



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto Amministrativo 1

LE CONCESSIONI AUTOSTRADALI TRA PUBBLICO E PRIVATO.

RELATORE

Prof. Aristide Police

CORRELATORE

Prof. Aldo Sandulli

CANDIDATO

Rossella Currò

Matricola 148673

ANNO ACCADEMICO 2020/2021

INDICE-SOMMARIO

Pag.

INTRODUZIONE.....	7
-------------------	---

Capitolo 1- Il rilancio degli investimenti in infrastrutture attraverso moduli collaborativi pubblico e privato.

1. L' "ingresso" della concessione nel codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n.50, e successive modificazioni.....	11
2. La differenza tra il contratto di appalto e la concessione.....	21
3. Ambito applicativo del "modello concessorio"	27
4. La disciplina generale delle concessioni recata dal Codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n.50.....	30

Capitolo 2- Le concessioni autostradali.

1. In principio ero lo Stato.....	35
2. L'evoluzione storica delle concessioni autostradali. La nascita della concessione - contratto.....	36
3. Gli affidamenti dei concessionari ai sensi dell'articolo 177 del codice.....	43
4. Profili di legittimità costituzionale relativi alla disciplina introdotta dall'articolo 177 del Codice dei contratti pubblici.....	51

5. Lo scenario attuale delle concessioni autostradali. Dall'ANAS al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.....	59
6. Il problema della mancata attuazione del sistema europeo di telepedaggio - SET.....	70

Capitolo 3- Problematiche connesse ad alcune principali arterie autostradali tra affidamento mediante gara o *in house*.

Premessa.....	78
1. Il problema dell'equilibrio economico finanziario della concessione autostradale A24 ed A25 Roma l'Aquila Teramo e diramazione Torano – Pescara.....	80
2. La questione di legittimità costituzionale avverso l'articolo 52-quinquies del decreto-legge 24 aprile 2017, n.50, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 giugno 2017, n.96.....	93
3. La <i>vexata quaestio</i> dell'autostrada del Brennero e il problema dell' " <i>in house</i> ".....	98

Capitolo 4- Principali novità introdotte dal decreto-legge 28 settembre 2018, n. 109.

Premessa.....	111
1. La delega al commissario con poteri speciali.....	111
2. Rapporti tra commissario e Autostrade per l'Italia S.p.A.....	115
3. L'Agenzia Nazionale per la Sicurezza delle Ferrovie e delle Infrastrutture	

Stradali e Autostradali- ANSFISA.....	118
4. Sistema di monitoraggio dinamico per la sicurezza delle infrastrutture stradali e autostradali in condizioni di criticità.....	121
5. Dal ponte realizzato dall'ingegner Riccardo Morandi fra il 1963 e il 1967 al ponte S.Giorgio realizzato tra il 20 agosto 2018 e il 3 agosto 2020.....	123

Capitolo 5- Contributo recente della giurisprudenza costituzionale.

Premessa.....	126
1. I motivi di doglianza sollevati da ASPI innanzi al giudice amministrativo oggetto delle ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale.....	128
2. Le ragioni della rimessione alla Corte costituzionale dei profili di illegittimità costituzionale avverso le disposizioni “chiave” del decreto - legge “Genova”.....	130
3. Gli elementi di valutazione forniti dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti ai fini dell'intervento della Presidenza del Consiglio.....	137
4. La sentenza della Corte costituzionale 8 luglio 2020, n.168.....	149

Capitolo 6- Problematiche connesse alla permanenza della titolarità della concessione in capo ad ASPI.

Premessa.....	158
---------------	-----

1. Lo status quo dell’assetto concessorio e le clausole “vessatorie” per il concedente.....	160
2. Le disposizioni inserite nel decreto legge c.d. Multi-Proroghe 2019 finalizzate a favorire la revoca.....	162
3. I punti qualificanti del rapporto elaborato dal gruppo di lavoro istituito dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti ai fini dell’accertato inadempimento di ASPI.....	170
4. La nullità della clausola convenzionale di cui all’art. 9-bis della convenzione unica.....	173
5. Il rischio connesso alla risoluzione e la “soluzione negoziale”.....	177

Capitolo 7- Profili problematici sollevati in sede giurisdizionale e dalla Commissione europea avverso le norme del decreto-legge “Multi-proroghe” n. 162 del 2019.

Premessa.....	183
1. Le doglianze sollevate da ASPI in sede di azione di accertamento proposta al TAR Lazio.....	184
1.1. Profili di incompatibilità con il diritto unionale.....	188
1.2. Profili di violazione delle norme costituzionali.....	190
1.3. La posizione del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili. Eccezioni preliminari.....	192

1.3.1. Eccezioni di merito con riferimento alla presunta violazione dei principi comunitari.....	198
1.3.2. Eccezioni di merito con riferimento alla presunta violazione dei principi costituzionali.....	204
2. Il procedimento aperto dalla Commissione.....	208
2.1. Appalti pubblici e contratti di concessione.....	211
3. Gli elementi di risposta forniti dal Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili alla Commissione europea.....	212
3.1. Libertà di stabilimento e libera circolazione dei capitali. Modifica unilaterale delle clausole contrattuali nei contratti di concessione esistenti.....	213
3.2. Principi della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento.....	218
3.3. Appalti pubblici (contratti di concessione).....	220
CONCLUSIONI.....	225
BIBLIOGRAFIA.....	229
DOCUMENTI CONSULTATI.....	231

INTRODUZIONE

Il 14 agosto 2018, intorno alle undici e un quarto di mattina, l'Italia assisteva, attonita ed indignata, al crollo del Ponte Morandi che ha ferito al cuore la città di Genova, causando 43 vittime e segnando una pagina buia della nostra storia.

Davanti a quelle immagini surreali, che vedevano sgretolarsi letteralmente un'opera così imponente e qualificante una città intera, tutti hanno cominciato ad interrogarsi sulle modalità di gestione dei beni pubblici da parte dei privati, mentre la politica "gridava allo scandalo" e parte della compagine governativa minacciava la revoca immediata della concessione.

Il lavoro svolto si fonda sulla lettura di alcuni scritti specialistici sulla materia trattata e, prevalentemente, sull'esame di dossier documentale recepito presso il Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili (ex Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti), nonché sugli atti parlamentari e sui lavori preparatori inerenti le principali proposte normative che sono intervenute nel settore delle concessioni autostradali.

L'analisi prende le mosse da un accenno alle novità introdotte dalla disciplina europea, soffermandosi sulla disamina dell'istituto concessorio, come profondamente innovato a seguito del recepimento, nel codice dei contratti pubblici, della prima direttiva comunitaria che disciplina la materia, ponendo l'accento sulla trasversalità di tale istituto con riferimento alle c.d. "opere fredde", "opere calde" e "tiepide", attraversa le problematiche connesse a due

atti concessori, ossia la c.d. Autostrada dei Parchi A24- A25 e l'A22-Brennero-Modena, scelti perché caratterizzati dalla peculiarità, la prima, di essere stata la prima affidata mediante gara pubblica nel 2001 e la seconda in quanto paradigmatico esempio di affidamento “*in house*” per culminare nella disamina delle norme emanate in conseguenza della drammatica vicenda relativa al crollo del Ponte Morandi, in particolare dell'articolo 1 del decreto-legge “Genova” n. 109 del 2018 e dell'articolo 35 inserito nel decreto-legge Milleproroghe n. 162 del 2019.

L'elaborato si concentra, peculiarmente, sulle vicende giurisdizionali ed amministrative scaturite dai citati provvedimenti normativi nonché sulla problematica, ancora irrisolta al momento della stesura del presente elaborato, della permanenza o meno della titolarità della concessione in capo ad Autostrade per l'Italia S.p.a.

Dalla disamina viene fuori un istituto giuridico radicalmente capovolto, poiché si passa da un regime in cui le concessioni venivano affidate mediante semplici procedure negoziate, in spregio (diremmo oggi) ai più elementari principi di trasparenza, efficienza, economicità, parità di trattamento etc., al regime odierno che, nel rispetto della normativa europea “*medio tempore*” intervenuta, lascia libere le Amministrazioni di scegliere il modulo migliore per la gestione dei beni pubblici, ma impone il rispetto di regole ben precise, una volta effettuata tale scelta.

L'elaborato si sofferma, in particolare, sulle vertenze conseguenti all'emanazione di norme che correttamente, a sommo avviso di chi scrive, hanno estromesso *ex lege* la società Autostrade dalle

attività di ricostruzione del Ponte Morandi, affidata, invece, ad un commissario che ha operato in deroga alle disposizioni del codice dei contratti pubblici, come previsto dalla stessa norma attributiva dei relativi “poteri speciali”.

Il presente lavoro si pone l’obiettivo di analizzare con curiosità le problematiche scaturite da tale scelta, scelta che, in ambito privatistico, avrebbe rappresentato il logico corollario scaturente da un presumibile comportamento contrario ai principi di buona fede e leale collaborazione cui dovrebbe informarsi ogni rapporto contrattuale e che, *a fortiori*, dovrebbero sussistere nell’ipotesi in cui siffatto rapporto avesse ad oggetto beni pubblici appartenenti all’intera collettività e di interesse strategico per il Paese.

A contrario, alla data di stesura di questo lavoro di analisi, la concessione è ancora nella titolarità di ASPI e sono in corso tutte le vertenze di cui si darà atto nelle pagine dedicate a tale vicenda.

L’elaborato non trascura il confronto costantemente aperto con l’Unione europea in tale materia, posto che l’Italia registra sovente un sistema incancrenito e refrattario alla totale apertura al mercato delle concessioni autostradali, forse anche per il timore (fondato?) di subentro di società straniere nella gestione di *assets* strategici per il nostro Paese.

Dall’esame svolto emerge un sistema che si è caratterizzato, sinora, per i rilevanti rendimenti delle società concessionarie, cui compete una discrezionalità eccessiva nel determinare gli investimenti e a cui, negli ultimi anni, si sta cercando di porre rimedio,

forse anche in conseguenza degli episodi di cattiva o inesistente manutenzione da cui sono conseguiti eventi che hanno listato di lutto la nostra Repubblica.

Diceva S. Agostino, parlando dei tempi dell'anima, che il presente del passato è la memoria, il presente del presente è l'intuizione e il presente del futuro l'attesa.

L'auspicio è che la memoria non lasci il posto all'oblio ma, al contrario, funga da monito ai nostri governanti affinché intuiscono l'assoluta necessità di una gestione ottimale delle risorse pubbliche, rispondendo alle legittime attese delle nuove generazioni, su cui verrà a gravare un ingente debito pubblico da onorare.

Ciò ancor più a fronte del radicale cambio di passo dell'Europa che, con il suo *Next Generation* EU, ha mostrato un volto nuovo dando il via ad un moderno "*Piano Marshall*" da non sprecare.

CAPITOLO 1

IL RILANCIO DEGLI INVESTIMENTI IN INFRASTRUTTURE ATTRAVERSO MODULI COLLABORATIVI PUBBLICO E PRIVATO.

1. L' "ingresso" della concessione nel codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n.50, e successive modificazioni.

Con la comunicazione della Commissione n.896 del 20 dicembre 2011 inizia un processo di revisione del quadro normativo in materia di appalti pubblici, fondato su direttive del 2004, reso ancora più complesso da numerose sentenze della Corte di Giustizia europea e da frammentate modalità di recepimento a livello nazionale. Sulla base di tali indirizzi e dei lavori preliminari, è stata avviata una procedura di *impact assessment* sulle prime proposte della Commissione, che ha potuto giovare anche dell'esito della valutazione dell'impatto delle precedenti norme. L'obiettivo è quello di promuovere un mercato sempre più sano e competitivo, aperto a tutte le imprese europee e, gradualmente, a quelle extra europee, dove concorrenza e accessibilità possano promuovere innovazione, nuove imprese, occupazione e crescita. Tale nuova visione strategica culmina nelle nuove direttive del 2014 in materia di appalti pubblici e concessioni. ¹

¹ Si tratta di una proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio presentata dalla Commissione europea in data 20 dicembre 2011 che si pone in linea di continuità con quel

Nel contesto nazionale, il quadro normativo italiano, alla vigilia del recepimento delle nuove direttive, risulta estremamente complesso; esso conta, solo sommando codice e regolamento generale, 630 articoli e 37 allegati. Il codice del 2006, infatti, si era sostituito alla c.d. legge Merloni del 1994, nata in un contesto politico connotato dalla nota vicenda “tangentopoli”, che aveva reso indifferibile e necessitato un intervento nella materia degli appalti pubblici con norme di assoluto rigore, volte a limitare ogni spazio di discrezionalità delle stazioni appaltanti. A sua volta il medesimo codice del 2006 non aveva recepito tutti gli strumenti di regolamentazione flessibile consentiti dalle direttive del 2004, nella logica delle peculiarità del contesto italiano.

A rendere il quadro normativo ancor più complesso e variegato è stato il proliferare di norme che, nonostante la clausola di “riserva di codice” in esso contenuta, si sono succedute nell’arco di 10 anni sino all’emanazione del decreto legislativo n. 50 del 2016 che recepisce le tre nuove direttive comunitarie (nn.23, 24 e 25 del 2014), nell’ambito della c.d. strategia Europa 2020, con obiettivi ambiziosi che possono così sintetizzarsi:

- rendere più efficiente, mediante ricorso a procedure improntate a

cambio di prospettiva iniziato nel 1971 con l'approvazione della direttiva 71/305/CEE e proseguito sino all’emanazione delle direttive 2004/17/CE1 e 2004/18/CE2, con l’obiettivo di garantire procedure trasparenti e non discriminatorie e di assicurare che gli operatori economici provenienti da tutto il mercato unico possano beneficiare appieno delle libertà fondamentali nel campo degli appalti pubblici. La Commissione europea, infatti, dà atto nella medesima comunicazione che la valutazione economica complessiva ha evidenziato che le direttive sugli appalti pubblici hanno realizzato i loro obiettivi in misura considerevole.

canoni di semplificazione, flessibilità, correttezza, l'uso dei fondi pubblici;

- garantire la dimensione europea del mercato dei contratti pubblici di lavori servizi e forniture, assicurando la tutela della concorrenza, vietando pratiche discriminatorie, tutelando anche le piccole e medie imprese;

- fare un uso strategico degli appalti pubblici come strumento di politica economica e sociale, promuovendo l'innovazione tecnologica, la crescita sostenibile, la tutela ambientale, nonché obiettivi sociali quali la tutela dei lavoratori impiegati nell'esecuzione dei contratti pubblici e l'impiego nel lavoro dei soggetti svantaggiati;

- promuovere la lotta alla corruzione attraverso procedure semplici e trasparenti, rimuovendo le incertezze normative.

Tali obiettivi vengono declinati dalle tre nuove direttive che, per la prima volta, si caratterizzano per alcune significative novità rappresentate, ai fini del presente elaborato, da una disciplina sistematica delle concessioni di beni e servizi e dalla previsione di strumenti di aggiudicazione innovativi e flessibili, quali il partenariato per l'innovazione e un più ampio impiego del dialogo competitivo.²

Nel complesso e in armonia con le finalità della disciplina europea, gli obiettivi specifici che il nuovo codice del 2016 si prefigge sono:

² Per l'identificazione delle criticità si è largamente attinto alla relazione del Gruppo di lavoro per l'elaborazione della strategia nazionale di riforma degli appalti pubblici - Identificazione delle principali criticità del sistema. Individuazione delle possibili cause. Proposte correttive.

- snellire e razionalizzare il quadro normativo in materia di contratti pubblici e garantire una maggiore certezza applicativa delle norme;
- promuovere la trasparenza nel settore degli appalti e delle concessioni e la contendibilità dei relativi mercati;
- favorire l'accesso al mercato degli appalti e delle concessioni alle micro, piccole e medie imprese e alle imprese di nuova costituzione.³

Ai fini della materia trattata, si pone in luce l'importante novità costituita dalla nuova disciplina delle concessioni, in quanto si recepisce la direttiva 2014/23/UE che reca, per la prima volta, una disciplina unitaria in materia, unificando le concessioni di lavori, servizi e forniture e chiarendo, altresì, che si tratta di contratti di durata, caratterizzati dal rischio operativo in capo al soggetto privato, il che implica che non è garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione.

Per la prima volta l'adozione di una direttiva *ad hoc* per le concessioni rappresenta il segno evidente dell'attenzione riposta dall'ordinamento europeo verso questo strumento. Muta la *ratio* dell'istituto concessorio. Originariamente erano attribuiti al concessionario diritti speciali o esclusivi, in virtù dei quali quest'ultimo

³ Per l'esame delle principali novità introdotte dal codice e dell'impatto che ci si attendeva da esse si è attinto anche all'ANALISI DI IMPATTO DELLA REGOLAMENTAZIONE (AIR) redatta in aderenza all'allegato "A" alla Direttiva della Presidenza del Consiglio dei Ministri 16 gennaio 2013 e allegata allo schema di decreto legislativo sottoposto all'esame definitivo del Consiglio dei Ministri del 15 aprile 2016.

si sostituiva all'amministrazione, era soggetto a controlli pubblici, svolgendo attività strategiche per il benessere della collettività.

Nell'ottica sovranazionale, all'inverso, la concessione è integralmente piegata alle esigenze del mercato: non solo il concessionario è scelto a mezzo di procedure ad evidenza pubblica, ma quest'ultimo è un partner privato che si confronta con il mercato, che sottostà alle regole concorrenziali, mirando a contenere i costi e a realizzare un lavoro o a gestire un servizio in modo efficiente. Nell'ordinamento interno, la disciplina delle concessioni pubbliche è contenuta nella Parte III del nuovo codice e segnatamente agli artt. da 164 a 178, nonché all'interno della parte IV relativa agli strumenti di Partenariato Pubblico e Privato (PPP). Il paradigma concettuale a cui si ispira è che le concessioni devono spogliarsi del loro radicamento pubblicistico ed essere considerate a tutti gli effetti contratti, integralmente piegati alle esigenze del contesto economico, il cui elemento qualificante è il trasferimento del rischio operativo. L'attuale disciplina si caratterizza per il trasferimento dell'alea economico-finanziaria della gestione dell'opera in capo al concessionario nonché per l'effettiva allocazione dei rischi gestori sull'operatore economico, cosicché il rischio di gestione si tramuta da fattore accessorio alla concessione in elemento qualificante proprio di questo contratto.

Il legislatore nazionale, nel rispetto di quanto previsto dalla legge 28 gennaio 2016, n. 11, approvata in via definitiva dalle Camere il 14 gennaio 2016 e pubblicata sulla Gazzetta ufficiale n. 23 del 29 gennaio 2016, che ha delegato il Governo a recepire le tre direttive

del Parlamento europeo, rispettivamente la 2014/23/UE sui contratti di concessione, la 2014/24/UE sugli appalti pubblici nei settori ordinari e la 2014/25/UE nei settori speciali, nonché a riordinare la disciplina vigente in un unico testo denominato «codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione», ha scelto di recepire la normativa sovranazionale inglobando la disciplina delle concessioni all'interno di una distinta parte, la terza (che si compone di quattordici articoli, artt. 164-178, dedicati ai principi generali, alle garanzie procedurali, e all'esecuzione delle concessioni) del nuovo Codice.

Ad essere regolate in questa parte sono sia la fase pubblicitica che precede la stipula del contratto sia la fase dell'esecuzione. Nondimeno, in quanto compatibili, si applicano alle concessioni anche le norme delle parti I e II del Codice, relativamente ai principi generali, alle procedure di scelta del contraente, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di pubblicazione dei bandi e degli avvisi di gara, ai requisiti di qualificazione soggettivi, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione, nonché alle modalità esecutive del contratto.

Come evidenziato dal Consiglio di Stato in occasione dell'esame svolto in sede consultiva sullo schema del nuovo codice, *“La direttiva 2014/23 si muove col dichiarato intento di creare un quadro giuridico idoneo, equilibrato ma anche sufficientemente flessibile, tale da facilitare la più ampia diffusione dell'istituto concessorio, una volta acquisita la consapevolezza che i contratti di concessione rappresentano importanti strumenti nello sviluppo strutturale a lungo termine di infrastrutture e servizi strategici, in quanto concorrono al miglioramento dei livelli di concorrenza nel*

mercato interno, consentendo di beneficiare delle competenze del settore privato e contribuendo a conseguire innovazione ed efficienza, anche nell'uso dei fondi pubblici (cfr. 1° e 3° considerando).

In questo senso, il legislatore nazionale è chiamato ad ampliare il proprio orizzonte, finora limitato a discipline di settore, fatto salvo quanto (unicamente) finora era stato previsto nell'abrogando codice dei contratti di cui al d.lgs. n. 163/2006 dove, all'art. 30, in tema di concessioni di servizi, si prevedeva, al contempo, una clausola generale di esclusione di applicazione del codice ed una sintetica disciplina di principio residuale.... Il che comporta, all'evidenza, tutta una serie di verifiche di compatibilità, di problemi di coordinamento e di adattamento della disciplina nazionale, che per la prima volta si trova a dover attuare una disciplina organica a livello europeo.”⁴

Il nuovo codice, poi, pone l'accento in modo specifico sulle scelte relative alle proroghe delle concessioni, prevedendo che le proroghe sono ammesse solo in casi eccezionali, per un tempo limitato e devono risultare funzionali a effettuare investimenti già preventivati *ex ante* in sede di concessione iniziale. Si pone l'attenzione sulla necessità che, in relazione agli investimenti addizionali e ulteriori, non deve darsi proroga (ingiustificata) ma occorre ricorrere ad una procedura competitiva.

Si tratta di disciplina di maggior rigore in funzione proconcorrenziale di portata generale, non prevista, peraltro, dall'art.

⁴ Parere numero 00855/2016 e data 01/04/2016 - Consiglio di Stato.

Adunanza della Commissione speciale del 21 marzo 2016. NUMERO AFFARE 00464/2016.

43 della direttiva n.23, ed espressamente introdotta dalla legge delega con specifico riguardo alle sole concessioni autostradali (lett. III), anche se, invero, facendo riferimento “*alla nuova disciplina generale dei contratti di concessione*”.

Al riguardo il Consiglio di Stato, nel parere n. 855 trasmesso in data 1 aprile 2016, ha avuto modo di precisare che il divieto di proroga non può che riguardare tutte le concessioni, anche quelle autostradali già in essere, per le quali la disciplina specifica recata dall’art. 178 si aggiunge a quella generale, comunque ad esse applicabile.

Il nuovo codice risente, infatti, di ben 71 principi recati da una delega lunga e puntuale (legge 28 gennaio 2016, n. 11) che ha introdotto, rispetto alle direttive, ulteriori strumenti e istituti inediti, con l’obiettivo di portare effettiva trasparenza ed efficienza in un mercato non immune da vischiosità burocratica e illegalità.

Con riferimento al settore che ci occupa, si rammentano all’articolo 1, comma 1:

- la lettera iii), che prevede l’obbligo per i soggetti pubblici e privati, titolari di concessioni di lavori o di servizi pubblici già esistenti o di nuova aggiudicazione, di affidare una quota pari all’80 per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo superiore a 150.000 euro mediante procedura ad evidenza pubblica, stabilendo che la restante parte possa essere realizzata da società *in house* per i soggetti pubblici ovvero da società direttamente o indirettamente controllate o collegate per i soggetti privati;

- la lettera mmm) che introduce una particolare disciplina transitoria per l'affidamento delle concessioni autostradali che, alla data di entrata in vigore del decreto di recepimento delle direttive, siano scadute o prossime alla scadenza, onde assicurare il massimo rispetto del principio dell'evidenza pubblica.

Esulano, comunque, dall'ambito di interesse della Direttiva concessioni, e quindi anche del nuovo codice, le tematiche a monte relative alla missione che le imprese, incaricate della gestione dei servizi di interesse economico generale, sono tenute ad assolvere per finalità di interesse generale e quella relativa ai servizi rivolti agli utenti nell'interesse dei cittadini.

Non compete pertanto al codice sciogliere l'opzione tra il mercato e il non mercato, anche se sulla base della direttiva appare chiaro che, a valle, ove un servizio economico di interesse generale non sia lasciato al mercato, ma riservato al potere pubblico, trovano applicazione le regole, finalmente organiche, della concessione di servizi pubblici.

Resta sullo sfondo la libertà per lo Stato membro, sancita dall'art. 4, comma 1, della Direttiva, di definire, seppur in conformità del diritto europeo, quali possano ritenersi "servizi di interesse economico generale".

Si pone l'accento, infine, sull'articolo 2 della direttiva n.23, riguardante il principio di libera amministrazione delle autorità

pubbliche e che rappresenta uno degli elementi di novità della disciplina europea, trasposto nell'articolo 166 del codice. Lo stesso principio si trova anticipato nel quinto considerando della direttiva, dove si specifica che *“la presente direttiva riconosce e riafferma il diritto degli Stati membri e delle autorità pubbliche di decidere le modalità di gestione ritenute più appropriate per l'esecuzione di lavori e la fornitura di servizi. In particolare, la presente direttiva non dovrebbe in alcun modo incidere sulla libertà degli Stati membri e delle autorità pubbliche di eseguire lavori o fornire servizi direttamente al pubblico o di esternalizzare tale fornitura delegandola a terzi. Gli Stati membri o le autorità pubbliche dovrebbero rimanere liberi di definire e specificare le caratteristiche dei servizi da fornire, comprese le condizioni relative alla qualità o al prezzo dei servizi, conformemente al diritto dell'Unione, al fine di perseguire i loro obiettivi di interesse pubblico”*.⁵

Ci troviamo di fronte ad un radicale mutamento di prospettiva rispetto a quel radicato convincimento nel diritto interno secondo cui ipotesi diverse, quali l'internalizzazione e l'autoproduzione, rappresentano eccezioni rispetto alla regola dell'affidamento a terzi tramite gara e si recepisce l'ormai pacifico orientamento della Corte di Giustizia⁶.

⁵ Cfr. Considerando 5 della direttiva 2014/23/UE. Su tale punto vedi anche Appalti e concessioni – Rosanna De Nictolis pagg. 1765 e ss.

⁶ Cfr. Sentenza della Corte (Grande Sezione) 9 giugno 2009 — Commissione delle Comunità europee/Repubblica federale di Germania, in causa C-480/06 avente ad oggetto: Inadempimento di uno Stato — Violazione dell'art. 8 in combinato disposto con i titoli III, IV, V e VI della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di

Secondo la nuova disciplina l'attenzione dovrà essere ora posta, non sulla scelta dell'amministrazione, bensì sull'applicazione legittima dei presupposti e delle condizioni che devono sussistere perché si possa ricorrere ai diversi istituti al fine di evitare che l'utilizzo di istituti del tutto legittimi possa trasformarsi in un'elusione dell'obbligo di gara. Tenuto conto dell'impostazione europea e dei *dictat* chiari della direttiva, l'articolo 166 vigente non ha recepito la condizione della Camera, che imponeva l'obbligo dell'evidenza pubblica per l'esecuzione di lavori e la fornitura di servizi, negando così di fatto il principio della libera amministrazione.

2. La differenza tra il contratto di appalto e la concessione.

Il Consiglio di Stato, chiamato ad esprimersi in sede consultiva sullo schema di decreto legislativo recante il codice dei contratti pubblici trasmesso dal Governo a seguito dell'approvazione in sede preliminare nella seduta del Consiglio dei ministri del 3 marzo, ha evidenziato nel parere n. 855 reso dall'Adunanza della Commissione speciale in data 21 marzo 2016 come le Parti III, IV e V del nuovo Codice contenessero *“gli istituti di maggiore rilevanza economica e su cui si è maggiormente concentrata l'attenzione mediatica degli ultimi*

aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L. 209 del 1992, pag. 1) — Omessa organizzazione di una procedura formale comunitaria di aggiudicazione di appalto per l'attribuzione di servizi di smaltimento rifiuti a favore di quattro circoscrizioni (Landkreise) a un organismo di diritto pubblico. La citata sentenza rigetta il ricorso della Commissione europea contro la Germania disponendo anche la condanna alle spese.

mesi (concessioni, partenariato, contraente generale, finanza di progetto, infrastrutture strategiche).” Inoltre il Supremo Consesso ha vivamente suggerito un affinamento ed una corretta definizione del rischio trasferito al partner privato, quale elemento che differenzia una concessione da un appalto.

Al riguardo, è utile premettere che l'articolo 1 del nuovo codice, recependo gli articoli 1,13 e 23 della direttiva 2014/24/UE,⁷ 1 e 41 della direttiva 2014/25/UE⁸, nonché 1 e 27 della direttiva 2014/23/UE, ne definisce l'oggetto e l'ambito di applicazione, stabilendo che lo stesso disciplina i contratti di appalto e di concessione delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori aventi ad oggetto l'acquisizione di servizi, forniture, lavori e opere nonché i concorsi pubblici di progettazione.

Orbene il carattere essenziale del contratto di appalto, così come risultante dall'impostazione della direttiva 24/2014/UE e dalla definizione del nuovo Codice dei contratti pubblici, è dunque quello della sua onerosità, essendo necessario che l'amministrazione aggiudicatrice che abbia stipulato un appalto pubblico di lavori debba ricevere, in base allo stesso, una prestazione a fronte di un

⁷ Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE (Testo rilevante ai fini del SEE).

⁸ Direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 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.

corrispettivo ⁹. Il carattere oneroso implica che l'ente appaltante riceva, in base all'appalto pubblico, a fronte di un corrispettivo, una prestazione implicante un interesse economico diretto per tale amministrazione¹⁰.

⁹ Cfr. sentenza della Corte (Sesta Sezione) 12 luglio 2001, nel procedimento C-399/98, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, a norma dell'art. 177 del Trattato CE (divenuto art. 234 CE), dal Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, punto 77 *"A questo proposito occorre rilevare come il carattere oneroso del contratto si riferisca alla controprestazione erogata dalla pubblica autorità interessata a motivo della realizzazione delle opere che costituiscono oggetto del contratto di cui all'art. 1, lett. a), della direttiva e che sono destinate ad entrare nella disponibilità della detta autorità"*.

Vedi anche sentenza della Corte (Prima Sezione) 18 gennaio 2007, causa C-220/05, Jean Auroux e altri contro Commune de Roanne.

Domanda di pronuncia pregiudiziale: Tribunal administratif de Lyon - Francia.

Appalti pubblici - Direttiva 93/37/CE - Aggiudicazione senza previo bando di gara - Convenzione per la realizzazione di un'operazione di sistemazione urbanistica conclusa tra due amministrazioni aggiudicatrici - Nozioni di "appalti pubblici di lavori" e di "opere" - Modalità di calcolo del valore dell'appalto laddove si afferma che *"Una convenzione con cui una prima amministrazione aggiudicatrice affida ad una seconda amministrazione aggiudicatrice la realizzazione di un'opera costituisce un appalto pubblico di lavori ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 13 ottobre 1997, 97/52/CE, indipendentemente dal fatto che sia previsto o no che la prima amministrazione aggiudicatrice sia o divenga proprietaria, in tutto o in parte, di tale opera"* ovvero che *"Per determinare il valore di un appalto ai fini dell'art. 6 della direttiva 93/37, come modificata dalla direttiva 97/52, occorre prendere in considerazione il valore totale dell'appalto di lavori dal punto di vista di un potenziale offerente, il che include non soltanto l'insieme degli importi che l'amministrazione aggiudicatrice dovrà pagare, ma anche tutti gli introiti che proverranno da terzi."*

¹⁰ Causa C-451/08: Sentenza della Corte (Terza Sezione) 25 marzo 2010 (domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dall'Oberlandesgericht Düsseldorf — Germania) — Helmut Müller GmbH/Bundesanstalt für Immobilienaufgaben. Procedure di aggiudicazione degli

A fronte di ciò, invece, nella visione europea la concessione è intesa quale strumento contrattuale in grado di garantire un'efficace collaborazione tra la parte pubblica e la parte privata, in controtendenza rispetto alla tradizionale impostazione dell'ordinamento interno, ancorata a una concezione essenzialmente pubblicistica e quindi autoritativa dell'istituto. Tale impostazione si rinviene a partire da una serie di comunicazioni della Commissione europea che si sono succedute sull'argomento e che hanno chiarito come i principali tratti distintivi rispetto al contratto di appalto siano ravvisabili con riferimento al destinatario ed all'assunzione del rischio. Con particolare riferimento al primo aspetto, ossia il destinatario, questo, nell'appalto, è dato dalla stazione appaltante, mentre, nella concessione, è rappresentato dalla collettività indistintamente intesa. Per quanto attiene, invece, all'assunzione del rischio, nella concessione è ritagliato in capo al concessionario, al quale viene riconosciuto il diritto di gestione dell'opera realizzata quale

appalti pubblici di lavori — Appalti pubblici di lavori — Nozione — Vendita da parte di un ente pubblico di un terreno su cui l'acquirente intende eseguire successivamente taluni lavori — Lavori rispondenti ad obiettivi di sviluppo urbanistico definiti da un ente pubblico territoriale. In particolare, punti da 47 a 50, laddove si afferma che “...solo un contratto stipulato a titolo oneroso può rappresentare un appalto pubblico che ricade nell'ambito della direttiva 2004/18” o che “Il carattere oneroso del contratto implica che l'amministrazione aggiudicatrice che abbia stipulato un appalto pubblico di lavori riceva, in base allo stesso, una prestazione a fronte di un corrispettivo. Tale prestazione consiste nella realizzazione dei lavori che l'amministrazione aggiudicatrice intende ottenere” e che tale prestazione, “in ragione della sua stessa natura nonché in ragione del sistema e degli obiettivi della direttiva 2004/18, deve implicare un interesse economico diretto per l'amministrazione aggiudicatrice...” interesse economico che può essere “chiaramente accertato ove si preveda che l'amministrazione aggiudicatrice divenga proprietaria dei lavori o dell'opera oggetto dell'appalto”.

corrispettivo per la sua costruzione, con l'assunzione del rischio della scarsa redditività dell'opera ¹¹, mentre, nell'appalto, la gestione - e, conseguentemente, il rischio - grava sulla P.A. che ha commissionato l'esecuzione dell'opera.

Merita, in particolare, di essere citata la comunicazione della Commissione del 29 aprile 2000 ¹² sugli appalti e le concessioni che operava una netta distinzione tra appalti e concessioni sulla base di una serie di parametri ritenuti identificativi delle relative fattispecie. Si osserva che *“se i pubblici poteri sopportano la maggior parte dell'alea legata alla gestione dell'opera, garantendo, per esempio, il rimborso dei finanziamenti, l'elemento 'rischio' viene a mancare. In tal caso la Commissione ritiene che si tratti di un appalto pubblico di lavori e non di una concessione”*.

Tali principi sono stati in seguito recepiti dalla Dir. 2004/18/CE, abrogata poi dalla Dir. 14/24/UE, in base alla quale l'unica differenza tra concessione e appalto consisteva nel fatto che, nel caso della concessione, il corrispettivo è dato dal diritto di gestire l'opera che,

¹¹ Art. 5 direttiva 23/2014/UE *“...L'aggiudicazione di una concessione di lavori o di servizi comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi, comprendente un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, o entrambi. Si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario comporta una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile...”*.

¹² Comunicazione interpretativa della Commissione del 29 aprile dell'anno 2000 sulle concessioni nel diritto comunitario.

eccezionalmente, può essere accompagnato anche da un prezzo versato dall' amministrazione concedente. La concessione, pertanto, alleggerisce il coinvolgimento finanziario della P.A., facendo principalmente gravare l'impegno economico sul privato che ne assume il rischio, pur rimanendo comunque tenuta a vigilare sull'osservanza degli standard di qualità da garantire alla collettività.

In passato, questo distinguo tra gli istituti, da effettuarsi sulla base dei parametri sopradescritti, si rifletteva sul relativo regime di affidamento, nel senso che gli appalti erano sottoposti a regole più stringenti rispetto alle concessioni, la cui disciplina era pressoché rimessa ad una serie di principi. Oggi, questa diversità è gradualmente andata scemando, posto che, anche per le concessioni, pur vigendo il principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche, è stata introdotta una disciplina *ad hoc*, che, sebbene più snella rispetto a quella dei contratti di appalto, stabilisce comunque delle prescrizioni specifiche cui devono attenersi le amministrazioni aggiudicatrici in sede di affidamento. Nell'ambito del sistema introdotto dalle tre direttive sui contratti pubblici, quella sulle concessioni (2014/23/UE) costituisce dunque la novità più rilevante, e questo non solo perché viene introdotta, a livello europeo, una disciplina organica sia delle concessioni di lavori che di quelle di servizi, estendendo il proprio ambito di applicazione ai settori tradizionali e "speciali", ma anche, se non soprattutto, per la particolare connotazione che viene ad assumere l'istituto concessorio, potenzialmente diverso da quello tradizionale, anche per le nostre latitudini, pur avendo la nostra scienza giuridica da tempo

analizzato questa categoria dogmatica¹³.

3. Ambito applicativo del “modello concessorio”.

Se in linea puramente teorica risulta agevole marcare una netta differenziazione tra contratto di appalto e concessione, purtuttavia non mancano delicate questioni interpretative, con particolare riferimento al trasferimento del rischio.

Può risultare utile, sotto tale profilo, la disamina delle osservazioni del Consiglio di Stato rese in sede consultiva, laddove il Supremo Consesso ha messo in luce come, sotto il profilo qualitativo, la direttiva precisa che deve trattarsi di un rischio “*sul lato della domanda o sul lato dell’offerta, o entrambi*” (art. 5, n. 1, comma 2), mentre il considerando n. 20 precisa ulteriormente che tale rischio “*dovrebbe derivare da fattori al di fuori del controllo delle parti*”.

Giustamente ha osservato il Consiglio di Stato che ciò è conciliabile con il rischio della domanda, che dipende da comportamenti di soggetti terzi (fruitori del servizio), ma lo è di meno con il rischio dell’offerta, dato che la medesima è resa dallo stesso concessionario, concludendo così che le componenti del rischio riguardino essenzialmente elementi che sono al di fuori del controllo dell’operatore privato, come l’andamento dei costi (anche finanziari) che dipendono puramente dalle oscillazioni del mercato, e quindi, come tali, sono estranei al dominio delle parti.

Difficilmente può aver rilievo, anche nell’ambito del rischio dell’offerta, il c.d. rischio di disponibilità, tipico delle concessioni

¹³ Cfr. citato parere Consiglio di Stato.

associate alle opere c.d. fredde (ed ai relativi servizi, avvinti dalla stessa logica), ovvero alle opere che sono prive della capacità di generare reddito attraverso la fruizione da parte dei terzi, e che, risultando legato alla capacità da parte del concessionario di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità, sarebbe legato alla performance dello stesso concessionario, la cui rilevanza sembrerebbe esclusa dalla direttiva.

Del resto l'applicazione del modello concessorio alle c.d. opere fredde (il privato che le realizza e gestisce fornisce direttamente servizi all'amministrazione traendo la propria remunerazione da pagamenti effettuati dalla stessa: per es. nei casi di carceri o ospedali) ha destato, non da oggi, serie perplessità, dato che l'ambito naturale dell'istituto è certamente costituito dalle c.d. opere calde, ovvero da quelle dotate di intrinseca capacità di generare reddito attraverso ricavi di utenza (modello autostrade, gas, parcheggi), ovvero, al più, da quelle c.d. tiepide, categoria intermedia per la quale, non essendo sufficienti i ricavi di utenza a ripianare interamente le risorse impiegate, risulta necessario un contributo pubblico per la fattibilità finanziaria (modello impianti sportivi e, per i servizi, trasporto pubblico locale).

Tuttavia, come osservato dal Consiglio di Stato, non vi sono elementi per affermare che, in base alla direttiva, il modello della concessione non si applichi anche alle opere fredde (ed ai servizi dello stesso tipo), per le quali, a differenza delle opere calde (dove viene prevalentemente in rilievo il rischio della domanda, e dunque il rischio sul versante dei ricavi, come nel caso dell'esempio – non infrequente - della sovrastima dei flussi di traffico da parte di

concessionari autostradali), rileva principalmente il rischio dell'offerta, e quindi anzitutto quello sul versante dei costi ¹⁴.

Dal punto di vista quantitativo, e quindi dell'entità del rischio operativo, la direttiva n. 23 lascia margini ai legislatori nazionali e pone dei limiti, essenzialmente in termini negativi, ammettendo che una parte del rischio possa rimanere a carico dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore e risultando esclusi espressamente solo i casi in cui il rischio sia eliminato del tutto¹⁵.

¹⁴ Cfr. al riguardo anche l'art.165 del codice, in particolare il comma 1, che testualmente recita: "1. Nei contratti di concessione come definiti all'articolo 3, comma 1, lettere uu) e vv), la maggior parte dei ricavi di gestione del concessionario proviene dalla vendita dei servizi resi al mercato. Tali contratti comportano il trasferimento al concessionario del rischio operativo definito dall'articolo 3, comma 1, lettera zz) riferito alla possibilità che, in condizioni operative normali, le variazioni relative ai costi e ai ricavi oggetto della concessione incidano sull'equilibrio del piano economico finanziario. Le variazioni devono essere, in ogni caso, in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario."

¹⁵ Cfr. considerando nn. 18 e 19 direttiva 2014/23/UE che si riportano di seguito: "18. Le difficoltà legate all'interpretazione dei concetti di «contratto di concessione» e di «appalto pubblico» hanno generato una costante incertezza giuridica tra i soggetti interessati e sono state oggetto di numerose sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea. Ne consegue che è necessario precisare meglio la definizione di concessione, in particolare facendo riferimento al concetto di «rischio operativo». La caratteristica principale di una concessione, ossia il diritto di gestire un lavoro o un servizio, implica sempre il trasferimento al concessionario di un rischio operativo di natura economica che comporta la possibilità di non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati e i costi sostenuti per realizzare i lavori o i servizi aggiudicati in condizioni operative normali, anche se una parte del rischio resta a carico dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore. L'applicazione di norme specifiche per la disciplina dell'aggiudicazione di concessioni non sarebbe giustificata se l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore sollevasse l'operatore economico da qualsiasi perdita potenziale garantendogli un introito minimo pari o superiore agli investimenti effettuati e ai costi che l'operatore economico deve

In definitiva la “componente rischio” deve essere effettivamente sussistente, ancorché proporzionalmente ridotta, come emerge dal recepimento nazionale recato dall’art. 165, comma 2 del codice dei contratti pubblici, secondo cui *“l’eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può essere superiore al cinquanta per cento del costo dell’investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari”*.

4. La disciplina generale delle concessioni recata dal Codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n.50.

L’articolo 164 del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016, rubricato *“Oggetto e ambito di applicazione”* recepisce l’articolo 1 della direttiva 2014/23/UE, prevedendo l’ambito

sostenere in relazione all’esecuzione del contratto. Allo stesso tempo, occorre precisare che alcuni accordi remunerati esclusivamente dall’amministrazione aggiudicatrice o dall’ente aggiudicatore dovrebbero configurarsi come concessioni qualora il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall’operatore per eseguire il lavoro o fornire il servizio dipenda dall’effettiva domanda del servizio o del bene o dalla loro fornitura...”. “19. Qualora la regolamentazione settoriale specifica elimini il rischio prevedendo una garanzia a favore del concessionario per il recupero degli investimenti e dei costi sostenuti per l’esecuzione del contratto, il contratto stesso non dovrebbe configurarsi come una concessione ai sensi della presente direttiva. Il fatto che il rischio sia limitato sin dall’inizio non dovrebbe escludere che il contratto si configuri come concessione. Può essere questo il caso, per esempio, di settori con tariffe regolamentate o dove il rischio operativo sia limitato mediante accordi di natura contrattuale che prevedono una compensazione parziale, inclusa una compensazione in caso di cessazione anticipata della concessione per motivi imputabili all’amministrazione aggiudicatrice o all’ente aggiudicatore ovvero per cause di forza maggiore.”

oggettivo e soggettivo di applicazione delle disposizioni relative alle procedure per l'aggiudicazione delle concessioni. In particolare, come già anticipato nella disamina che precede, la disposizione richiama le norme della Parte I e della Parte II del codice applicabili alle procedure relative all'aggiudicazione dei contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi, indette dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori, precisando che alle procedure di aggiudicazione dei contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi si applicano anche le disposizioni del medesimo codice relative ai principi generali, alle modalità di affidamento, alle informazioni da inserire nei bandi di concessioni, agli avvisi di aggiudicazione delle concessioni, alla disponibilità elettronica dei documenti di gara, ai requisiti di qualificazione degli operatori economici, ai motivi di esclusione, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione, alla comunicazione ai candidati e agli offerenti, alla stipula del contratto, alle modalità di esecuzione e al *project bond*. Si prevede che i concessionari di lavori pubblici, che non sono amministrazioni aggiudicatrici, sono tenuti, in caso di affidamento di appalti di lavori affidati a terzi, a rispettare le disposizioni in tema di pubblicità dei bandi, termini delle procedure, requisiti generali e qualificazione degli operatori economici, subappalto, progettazione, collaudo, piani di sicurezza, che non siano specificamente derogate.

Dall'esame dei lavori preparatori è emerso che la disposizione finale, nella versione entrata in vigore, ha registrato la correzione di un errore di trasposizione in ordine all'ambito soggettivo di applicazione, contenuto nel testo approvato dal consiglio dei Ministri in via preliminare. In tal senso erano state formulate osservazioni sia

dal Consiglio di Stato che dalle Commissioni parlamentari e, conseguentemente, è stato specificato, come richiesto dalle Camere, che le disposizioni sulle concessioni non debbano applicarsi ai provvedimenti, comunque denominati, con cui le amministrazioni aggiudicatrici, a richiesta di un operatore economico, autorizzano, stabilendone le modalità e le condizioni, l'esercizio di un'attività economica che può svolgersi anche mediante l'utilizzo di impianti o altri beni immobili pubblici (si pensi ad esempio alle concessioni balneari).

Si è ampiamente dibattuto nel paragrafo precedente in merito alla problematica relativa all'allocazione del rischio, la cui disciplina di massima è recata dall'articolo 165 di cui al citato D.lgs. n. 50 del 2016 rubricato "*Rischio ed equilibrio economico-finanziario nelle concessioni*".¹⁶

Per quel che rileva ai fini del presente paragrafo, dall'esame dei lavori preparatori è emerso che la versione finale della disposizione è la risultante dell'integrazione richiesta in sede di Conferenza Unificata. In quella sede, infatti, era stato espressamente richiesto che la disposizione soprarichiamata recasse la precisazione che il contributo, se funzionale al mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario, potesse essere riconosciuto mediante diritti di godimento su beni immobili nella disponibilità dell'amministrazione aggiudicatrice, la cui utilizzazione fosse strumentale e tecnicamente connessa all'opera affidata in concessione. Inoltre, in accoglimento delle richieste delle commissioni parlamentari, la percentuale

¹⁶ Su tale aspetto cfr. Rosanna De Nictolis- Appalti pubblici e concessioni- pagg. da 1770 a 1780.

dell'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, è stata ridotta dal cinquanta al trenta per cento. Peraltro, in ordine alla richiesta di chiarimento, proveniente dalle commissioni parlamentari, del rapporto tra la nozione di rischio operativo e le definizioni di rischio di disponibilità e rischio di domanda nelle concessioni, la relazione illustrativa al codice, nella stesura sottoposta all'esame definitivo del Consiglio dei ministri, testualmente recita: *“Premesso che il rischio operativo comprende, a seconda del tipo di concessione, l'uno o l'altro, il rischio domanda dipende dalla variabilità della richiesta del servizio erogato dal concessionario agli utenti che pagano una tariffa e, per le concessioni autostradali, è precisato che tale rischio comprende anche il rischio traffico. Il rischio disponibilità, invece, secondo il Libro Verde sui partenariati pubblico-privati del 30 aprile 2004, si concretizza “in operazioni di altro tipo, dove il partner privato è destinato a realizzare e gestire un'infrastruttura per la pubblica amministrazione”. In questo modello la retribuzione del partner privato non avviene in forma di tariffe versate dagli utenti, ma di pagamenti regolari ricevuti dalla p.a. Il rischio di disponibilità è, dunque, quello legato al fatto che, in conseguenza di una bassa performance dei servizi che il partner privato deve rendere alla p.a., quest'ultima potrebbe procedere all'applicazione di penali, qualora gli standard dei servizi non siano soddisfatti. Sul punto l'AVCP, ora ANAC, ha chiarito nella determina 11 marzo 2010 le Problematiche relative alla*

disciplina applicabile all'esecuzione del contratto di concessione di lavori pubblici.”¹⁷.

¹⁷ Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo recante il codice dei contratti pubblici sottoposto all'esame definitivo del Consiglio dei Ministri prima della sua emanazione (pag. 180).

CAPITOLO 2

LE CONCESSIONI AUTOSTRADALI.

1. In principio ero lo Stato...

Originariamente, all'assetto statale di fine '800 era sconosciuta la nozione giuridica di concessione e la giurisprudenza (si ricordi che non esisteva ancora un "giudice degli interessi") parlava di contratti *tout court* che si limitavano a prevedere alcune forme di utilizzazione di beni pubblici oppure di affidamento a privati di costruzione e gestione di opere pubbliche e la cui struttura era fondata su canoni civilistici, con conseguente applicazione dei principi sulle obbligazioni e i contratti.

La *ratio* di tale impostazione risiedeva nella particolare situazione economica in cui versava l'Italia nel secolo scorso e nella conseguente esigenza di dare forti garanzie di tutela a quei privati che investissero nel settore pubblico, che solo il giudice ordinario poteva garantire¹⁸, nonché nel fatto che non esisteva ancora una vera e propria teoria del diritto amministrativo come la conosciamo oggi.

Con la nascita di tale teoria del diritto amministrativo, infatti, cambia profondamente la prospettiva e si pone l'accento su una posizione dominante dell'Amministrazione concedente rispetto al concessionario, che fonda la nascita del rapporto concessorio su un atto unilaterale della P.A. e che rimette alla medesima P.A. la facoltà

¹⁸ Galli R., Manuale di diritto amministrativo, CEDAM edizione 1996.

di recedere o modificare unilateralmente il rapporto, in nome del superiore interesse pubblico. Ovviamente si trattava di impostazione dominante a livello puramente teorico, posto che tale visione non forniva garanzie ai privati che volessero investire nel pubblico.

2. L'evoluzione storica delle concessioni autostradali. La nascita della concessione-contratto.

Preso atto dei limiti dell'impostazione dottrinale sopra delineata, agli inizi del '900 fiorisce dalla giurisprudenza della Cassazione la c.d. concessione-contratto¹⁹, figura che rappresenta oggi la qualificazione giuridica prevalente dei rapporti concessori di cui si occupa questo elaborato. La Suprema Corte precisò che la concessione dovesse

¹⁹ Cfr., sul punto, Corte di Cassazione Roma, 12 gennaio 1910, in Riv. dir. comm., 1910, secondo cui *“questo regolamento giuridico può essere costituito dal complesso delle modalità e delle condizioni dettate dalla pubblica amministrazione, indipendentemente da ogni vincolo convenzionale, ma può, senza ostacolo legale, formare oggetto di una stipulazione o di un complesso di patti, in cui l'ente pubblico assume la figura di contraente. In questa seconda ipotesi, certamente, possono aver luogo vere e proprie valutazioni contrattuali e azioni ex contractu per ripararle. Ma anche nella prima ipotesi, sia pure che non si tratti di vincolo contrattuale nella sua essenza operatosi per l'accettazione da parte della volontà individuale del concessionario, sorgono obbligazioni e responsabilità, diritti e doveri giuridici, le cui violazioni possono dar luogo ad azioni giudiziali”*. Autorevole dottrina argomentò, al riguardo, che *“nel primo momento è un atto, un movimento di potestà sovrana, ch'è la manifestazione di una sovrana volontà; nel secondo momento la volontà dell'amministrazione funziona come volontà di un contraente e, incontrandosi con quella del concessionario, dà esistenza ad un vero contratto. Non è a confondersi questo regolamento contrattuale con la semplice accettazione: questa può non costituire un contratto, ma un avvenimento indispensabile per l'attuazione della concessione”* (cfr. G.F. Concessioni sul demanio marittimo per uso industriale e competenza dell'autorità giudiziaria, in Riv. Dir. Comm., 1910).

essere distinta in “due momenti giuridici”, un atto amministrativo ed una convenzione privatistica, dando origine ad una fattispecie “mista”.

In quegli anni si parlava di “concessione di costruzione”, ma anche di “concessione di costruzione ed esercizio di opere pubbliche” la cui fonte normativa principale era la legge n.1139 del 1929 e che si sostanziava per la commistione tra appalto e concessione, in quanto la concessione diventava strumentale alla stipula di un contratto di appalto. L’ente concedente assumeva su di sé l’onere economico della realizzazione dell’opera e aveva l’incombenza di provvedere alle fasi di progettazione, studio e a tutte le attività preordinate alla dichiarazione di pubblico interesse etc.²⁰ I rapporti contrattuali tra le parti restavano disciplinati dalle regole privatistiche. La concessione poteva configurarsi anche come concessione di “servizi”, da gestire anche in regime di monopolio da parte del privato, che ha diritto ad essere remunerato per la prestazione di tale servizio. Sotto tale ultimo profilo, ai fini del presente lavoro, il “pedaggio autostradale” rivestiva all’origine solo una funzione recuperatoria delle spese di costruzione delle autostrade. Oggi, invece, la previsione di concessioni autostradali di solo esercizio configura il pedaggio quale corrispettivo per la gestione e la manutenzione della tratta autostradale e non può consistere in un “prezzo politico”, ma deve rispondere a precisi calcoli di economicità e redditività da parte delle concessionarie autostradali.

Soltanto negli anni ’50 fa capolino la concessione con alcune delle caratteristiche che conosciamo oggi.

Sono gli anni del dopoguerra, in cui bisogna ricostruire l’Italia (soprattutto la sua rete stradale), ma sono anche gli anni del boom

²⁰ Cfr. Appalti pubblici e concessioni – Rosanna De Nictolis (pagg. 1763-1764).

economico caratterizzato da grande fervore industriale. Nascono in quegli anni due enti pubblici, ossia l'ANAS (decreto legislativo 27 giugno 1946, n.38) e la società Autostrade concessioni e costruzioni, sorta nel 1950 su iniziativa dell'IRI.

Risale a quegli anni (1953) la geniale idea di una grande opera che unisse il Nord e il Sud del nostro Paese e, all'uopo, viene creata la società Sisi (Sviluppo iniziative stradali italiane) che predisporrà il primo progetto della futura A1 Autostrada del Sole o Autosole, che ancora oggi è la spina dorsale dell'intera rete nazionale.

Fanno seguito gli interventi normativi per lo sviluppo delle autostrade ed infatti risale al 21 maggio 1955 la legge n.463 a seguito della quale viene stipulata la prima convenzione tra ANAS e la società Autostrade e, si diceva, fa ingresso a pieno titolo la concessione con alcune significative caratteristiche che si rinverranno nella normativa successiva (durata trentennale, limiti al concorso finanziario dello Stato, fissato nella misura massima del 40 per cento, e preferenza per gli enti di diritto pubblico nella veste di concessionari).²¹

Con la legge n.729 del 1961, poi, non solo si rinnova la concessione di cui sopra ma si concentra in capo alla società Autostrade la gestione dell'intera rete autostradale a pedaggio fino ad allora di competenza ANAS mentre nel 1968, per la prima volta, la legge n. 385 delinea i contenuti delle convenzioni che vedremo anche successivamente.

Negli anni '70 si registra una inversione di tendenza, in quanto, al fine di escludere un eccessivo utilizzo del territorio, l'art. 18-bis del

²¹ Saltari L. e A. Tonetti, "Il regime giuridico delle autostrade in Italia, in Europa e nelle principali esperienze straniere", Giuffrè, Milano, 2017.

decreto-legge 13 agosto 1975, n. 376, convertito dalla legge n. 492 del 1975, sospendeva *“la costruzione di nuove autostrade o tratte autostradali e di trafori di cui non sia stato effettuato l'appalto, ancorché assentiti amministrativamente”*.

Bisognerà attendere la legge n. 531 del 1982, recante *“Piano decennale per la viabilità di grande comunicazione e misure di riassetto del settore autostradale”* per far ripartire i lavori di ammodernamento e di costruzione di nuove tratte autostradali, di fatto congelate a seguito dell'entrata in vigore del citato art. 18-bis di cui alla legge del 1975.

Gli anni '90 invece portano con sé la vera rivoluzione del settore, inaugurandone una completa privatizzazione ad opera della legge n.537 del 1993, che cristallizza la natura privata dell'attività svolta dalle società concessionarie autostradali e la contestuale esclusione della garanzia dello Stato per la contrazione dei mutui.²²

A seguito di tale normativa la partecipazione pubblica nelle società concessionarie autostradali è stata via via sostituita dalla partecipazione degli operatori privati sia attraverso le operazioni di dismissione di partecipazioni operate direttamente dallo Stato sia mediante l'acquisizione di quote detenute dagli enti pubblici.

Per adeguare la gestione dei rapporti concessori alla mutata natura degli operatori, l'art. 11 della legge n. 498 del 1992 ha radicato

²² L'avvio del processo di privatizzazione è consacrato nell'art. 10, comma 7, della L. n. 537 del 1993, il quale dispone che *“per favorire il processo di dismissioni della Società Autostrade S.p.A., sono abrogati l'articolo 16, primo comma, della legge 24 luglio 1961, n. 729, limitatamente alla parte in cui impone all'Istituto per la ricostruzione industriale di detenere la maggioranza delle azioni della concessionaria, e il primo comma dell'articolo 6 della legge 28 marzo 1968, n. 385, come sostituito dall'articolo 10 della legge 12 agosto 1982, n. 531.”*

nel CIPE la competenza per la revisione degli strumenti convenzionali e, a decorrere dal 1994, delle tariffe autostradali, i cui criteri sono invece definiti, a normativa vigente, dall'Autorità di regolazione dei trasporti in ragione dell'articolo 37 del decreto legge n. 201 del 2011.

L'assetto venutosi a creare a fine anni '90 permane fino al 2006, quando il legislatore, preso atto del risultato largamente insoddisfacente degli impegni presi dalle concessionarie in relazione agli investimenti da effettuare, decide di intervenire per modificare lo *status quo* dei rapporti concessori, con una normativa decisamente ambiziosa, recata dal decreto-legge n.262 del 2006, che inaugura la "convenzione unica" tra l'ANAS e le società concessionarie.²³

Contro tale normativa si alzerà una levata di scudi da parte dei concessionari, che denunceranno la violazione del principio *pacta sunt servanda*, in quanto tale decreto avrebbe alterato le pattuizioni contenute nelle convenzioni sottoscritte nel periodo 1997-2000 e su cui interverrà anche la Commissione europea, che aprirà ben due procedure di infrazione, successivamente archiviate con l'emanazione del famigerato articolo 8-duodecies del decreto legge n.59 del 2008, che approverà *ex lege* la convenzione unica.

Su tale disposizione, su cui si tornerà nel prosieguo, ASPI fonderà la strenua battaglia per contrastare qualsiasi provvedimento di risoluzione del rapporto negoziale.

²³ Cfr. art. 12, commi 82-89, del decreto legge 3 ottobre 2006 n.262, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2006, n. 286. Tale articolo sarà soppresso dalla legge di conversione 24 novembre 2006, n. 286. Parte delle disposizioni in esso contenute sono confluite nel nuovo testo dell'articolo 2 anche a seguito delle modifiche apportate dall'art. 8-duodecies del decreto legge n. 59 del 2008.

Autorevoli autori hanno comunque sostenuto una sostanziale sconfitta del legislatore, in quanto *“il tentativo del 2006 di definire un regime concessorio unico generale è stato in gran parte superato, per cui il panorama delle concessioni esistenti offre una pluralità di modelli e soluzioni, difficilmente riconducibili ad una logica unitaria”*²⁴.

In realtà i sistemi tariffari attualmente presenti nelle varie convenzioni scaturiti dalla contrattazione tra l'allora concedente ANAS ed i singoli concessionari sono assai variegati ²⁵ con *“una regolazione tariffaria à la carte”*²⁶.

Presumibilmente il superamento di questo *status quo*, peraltro già iniziato, potrà essere portato a termine felicemente soltanto nel corso dei prossimi anni attraverso l'operato dell'Autorità di regolazione dei trasporti che, in attuazione dell'art. 37 del decreto legge n.201 del 2011, ha il compito di predisporre e fornire al Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili (ex MIT) gli schemi delle future concessioni.²⁷

²⁴ Così L. Saltari e A. Tonetti in *“Il regime giuridico delle autostrade in Italia, in Europa e nelle principali esperienze straniere”*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 77.

²⁵ Nella Audizione del MIT alla Commissione VIII del Senato della Repubblica del 22 gennaio 2014, si riporta a pag. 52 l'elenco dei sei diversi regimi tariffari, con l'avvertenza che ve ne sono in realtà ulteriori e specifici in quanto *“derivanti direttamente da pattuizioni convenzionali ovvero definiti in sede di affidamento tramite procedura di gara”*.

²⁶ Così L. Saltari e A. Tonetti in *“Il regime giuridico delle autostrade in Italia, in Europa e nelle principali esperienze straniere”*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 83

²⁷ Si fa riferimento al comma 2, lettera g) del citato art. 37, che di seguito si riporta: *“g) con particolare riferimento al settore autostradale, a stabilire per le nuove concessioni nonché per quelle di cui all'articolo 43, comma 1 e, per gli aspetti di competenza, comma 2 sistemi tariffari dei pedaggi basati sul metodo del price cap, con determinazione dell'indicatore di produttività X a cadenza quinquennale per ciascuna concessione; a definire gli schemi di concessione da inserire nei bandi di gara relativi alla gestione o costruzione; a definire gli schemi dei bandi*

Per concludere l'exkursus normativo, si rammenta che, mentre permane in vigore il decreto n.262/2006 che continua a regolare i rapporti tra concedente e concessionario, il nuovo codice appalti disciplina finalmente in modo organico anche la materia delle concessioni autostradali, fornendo *“un quadro giuridico idoneo, equilibrato e flessibile per l'aggiudicazione di concessioni”*, garantendo, in tal modo, *“un accesso effettivo e non discriminatorio al mercato a tutti gli operatori economici dell'Unione assicurando altresì la certezza giuridica e favorendo quindi gli investimenti pubblici in infrastrutture e servizi strategici per i cittadini”*²⁸.

I 14 articoli del Codice (artt. 164-178) vanno ad incidere sulla materia delle concessioni autostradali, disciplinandone i vari aspetti procedurali della scelta del concessionario, dell'allocazione del rischio, dell'aggiornamento e della revisione del rapporto concessorio e della cessazione di quest'ultimo con eventuale proroga e relative questioni sottese ad essa.

Si giunge, così, all'ulteriore trasformazione dell'istituto e alla marcata differenza tra appalto e concessione, di cui si è detto ampiamente nel capitolo 1, posto che la Direttiva 23/2014, in particolare, ha evidenziato il punto essenziale dei contratti di concessione: permanenza del rischio operativo in capo al soggetto privato.

relativi alle gare cui sono tenuti i concessionari autostradali per le nuove concessioni; a definire gli ambiti ottimali di gestione delle tratte autostradali, allo scopo di promuovere una gestione plurale sulle diverse tratte e stimolare la concorrenza per confronto...”.

²⁸ Così la suddetta Direttiva europea 26 febbraio 2014, n. 23.

3. Gli affidamenti dei concessionari ai sensi dell'articolo 177 del codice dei contratti pubblici.

Il presente paragrafo esaminerà alcune specifiche problematiche concernenti le concessioni autostradali, con particolare riferimento a quelle già affidate sulla base della previgente normativa, in assenza di “una gara a monte”.

Già nel mese di marzo 2006, una segnalazione congiunta dell'AGCM e della allora AVLP (Autorità vigilanza sui lavori pubblici)²⁹ trasmessa al Parlamento ed al Governo lamentava come le società concessionarie facessero ricorso “*ad affidamenti a imprese proprie o controllate, talvolta anche non rispettando le soglie di riserva fissate dalla legge in favore di terzi*”.

La problematica dell'obbligo di affidamento a terzi da parte delle concessionarie, ora disciplinato dall'art. 177 del codice dei contratti pubblici, merita una disamina specifica, anche alla luce dei risvolti conseguenti alla sua entrata in vigore, culminati, da ultimo, nella sentenza non definitiva n. 5097 del 19 agosto 2020, con la quale la Sezione Quinta del Consiglio di Stato ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 1, lettera iii), della legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, e dell'articolo 177, comma 1, del codice sotto tre specifici profili:

- a) per contrasto con l'articolo 41 della Costituzione;
- b) per contrasto con l'articolo 3, comma 2, della Costituzione;

²⁹ Cfr. Atto di Segnalazione AS336 del 28 marzo 2006.

- c) per contrasto con l'articolo 97, comma 2, della Costituzione.³⁰

Giova premettere, prima di analizzare nel prosieguo le problematiche scaturite a seguito dell'entrata in vigore del nuovo codice già nei primi mesi di applicazione, che l'articolo 177 (*Affidamenti dei concessionari*) è attuativo del criterio di delega previsto dall'articolo 1, comma 1, lettera iii) della legge n. 11 del 2016, che imponeva, nella sua originaria formulazione, ai soggetti pubblici e privati, titolari di concessioni di lavori o di servizi pubblici già esistenti o di nuova aggiudicazione, di affidare mediante procedura ad evidenza pubblica una quota pari all'80 per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo pari o superiore a 150.000 euro. La disposizione stabilisce che la restante parte possa essere realizzata da società *in house* per i soggetti pubblici ovvero da società direttamente o indirettamente controllate o collegate per i soggetti privati, ovvero tramite operatori individuati mediante procedura ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato. Tale disposizione stabilisce, altresì, modalità di verifica del rispetto di tali previsioni affidate anche all'ANAC. Infine, prevede, per le concessioni già in essere, un periodo transitorio di adeguamento non superiore a 24 mesi. Si tratta di una disposizione che ha visto un acceso dibattito parlamentare e l'apposizione di condizioni da parte delle commissioni parlamentari che hanno chiesto di riformulare l'articolo, precisando

³⁰ Consiglio di Stato - Sentenza non definitiva n. 5097 del 19 agosto 2020 sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 8857 del 2019, proposto da A2A Illuminazione Pubblica s.r.l.

che il limite dell'importo di 150.000 euro si riferisce agli affidamenti relativi alle concessioni e non alle concessioni, come poteva sembrare da una prima lettura, e che il riferimento alle società *in house* debba presupporre il richiamo alle condizioni di cui all'articolo 5 del medesimo codice.³¹

³¹ Parere approvato dalla VIII Commissione Camera relativo all'Atto n. 283.

Si riportano di seguito i commi da 1 a 5 del citato art. 5 che rilevano ai fini della sussistenza dei requisiti richiesti per l'affidamento "*in house*": "*Art. 5 Principi comuni in materia di esclusione per concessioni, appalti pubblici e accordi tra enti e amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito del settore pubblico*

1. *Una concessione o un appalto pubblico, nei settori ordinari o speciali, aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato, non rientra nell'ambito di applicazione del presente codice quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:*

a) *l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi;*

b) *oltre l'80 per cento delle attività della persona giuridica controllata è effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore di cui trattasi;*

c) *nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati le quali non comportano controllo o potere di veto previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.*

2. *Un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore esercita su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi ai sensi del comma 1, lettera a), qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore.*

3. *Il presente codice non si applica anche quando una persona giuridica controllata che è un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore, aggiudica un appalto o una concessione alla propria amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore controllante o*

A pochi mesi dall'entrata in vigore nel nuovo codice, erano sorti dubbi interpretativi sull'esatta portata della disposizione di cui al comma 1 del citato articolo 177, in particolare sulla portata normativa della dizione "obbligo di affidare". Ci si chiedeva, in sostanza, se, stante il predetto disposto legislativo, fosse ammissibile, da parte dei concessionari di cui al comma 1 del citato articolo 177, eseguire direttamente i lavori avvalendosi del proprio personale interno.³²

La fattispecie normativa, dunque, è chiaramente diretta a disciplinare l'ipotesi in cui il concessionario necessita di rivolgersi

ad un altro soggetto giuridico controllato dalla stessa amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore, a condizione che nella persona giuridica alla quale viene aggiudicato l'appalto pubblico non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto prescritte dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

4. Un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore può aggiudicare un appalto pubblico o una concessione senza applicare il presente codice qualora ricorrano le condizioni di cui al comma 1, anche in caso di controllo congiunto.

5. Le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori esercitano su una persona giuridica un controllo congiunto quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

a) gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti;

b) tali amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica;

c) la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori controllanti."

³² Per una disamina esaustiva cfr. anche Rosanna De Nictolis- Appalti pubblici e concessioni-pagg. da 1814 a 1832.

all'esterno per l'esecuzione di lavori, servizi o forniture, non potendovi provvedere con le professionalità presenti al proprio interno, al fine di evitare che i concessionari destinatari di una concessione in assenza di una procedura di gara (a monte), che avessero necessità di acquisire servizi lavori o forniture all'esterno, potessero ulteriormente limitare la concorrenza ricorrendo, come accadeva nella prassi, a società dagli stessi controllate o ad essi collegate.

In verità si tratta di una disposizione che non ha un contenuto innovativo né rivoluzionario, in quanto si pone sulla stessa scia dell'articolo 253, comma 25, del previgente codice, che fissava la percentuale del 60/40, di talché il Ministero competente e l'ANAC hanno precisato che l'ambito applicativo della nuova previsione dovesse riguardare esclusivamente gli affidamenti di lavori, servizi e forniture successivi all'entrata in vigore del nuovo codice del 2016, in ossequio al principio di cui all'articolo 11 delle preleggi, in forza del quale la legge non può avere effetti retroattivi e dispone solo per l'avvenire.

In una richiesta di parere trasmessa all'ANAC ³³ il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti chiedeva specificamente di conoscere la reale portata interpretativa del comma 2 dell'articolo in parola ³⁴.

In tale richiesta di parere, argomentando sul fatto che la previsione non è attuativa di alcuna norma comunitaria e ponendo

³³ Nota del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti prot. 28149 del 13 luglio 2017.

³⁴ Si riporta di seguito la formulazione originaria del comma 2, vigente alla data del 13 luglio 2017: "2. *Le concessioni di cui al comma 1 già in essere si adeguano alle predette disposizioni entro 24 mesi dalla data di entrata in vigore del presente codice.*".

l'accento sull'uso del verbo "si adeguano" in luogo del verbo "riequilibrano", il suddetto Ministero prospettava all'ANAC due diversi possibili regimi:

- uno per gli affidamenti successivi all'entrata in vigore del codice, per i quali non si pone alcun dubbio in merito alla sicura applicazione della sopravvenuta disciplina;
- uno per gli affidamenti antecedenti alla data del 18 aprile 2016, che si esaurirebbe nell'obbligo per i concessionari di presentare "un piano di rientro" e che farebbe "scattare" l'obbligo del riequilibrio solo alla fine del periodo regolatorio concordato, in quanto, diversamente opinando, si consentirebbe al legislatore, in violazione del citato articolo 11 preleggi e del principio secondo cui "*pacta servanda sunt*", di incidere su rapporti giuridici pregressi o in corso, in ragione di specifici piani concordati tra concedente e concessionario.

L'ANAC³⁵, nel riconoscere, in linea di massima, la validità delle argomentazioni esposte dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, si riservava un'approfondita disamina della questione in apposito tavolo tecnico, che coinvolgesse tutti i soggetti interessati, anche in vista dell'elaborazione delle linee guida che la stessa Autorità avrebbe dovuto adottare in attuazione di quanto previsto dal comma 3 dell'articolo 177.

Si tratta delle Linee Guida n. 11 aggiornate con la Delibera ANAC n. 570 del 26 giugno 2019, da cui ha preso spunto la questione di

³⁵ Nota parere ANAC prot 93307 del 19 luglio 2017.

legittimità costituzionale sollevata dal Consiglio di Stato nel mese di agosto del 2020.³⁶

Per completare il quadro normativo vigente, si ricorda che il combinato disposto dell'articolo 1, comma 20, lettera bb), del decreto-legge "Sblocca cantieri" 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 giugno 2019, n.55, e dell'articolo 1, comma 9-bis, lettere a) e b), del decreto-legge 30 dicembre 2019, n. 162, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2020, n. 8 ha previsto una proroga al 31 dicembre 2021 dell'originario termine fissato in ventiquattro mesi dall'entrata in vigore del codice.

Si precisa, infine, che per le concessionarie autostradali, in virtù delle modifiche apportate all'ultimo periodo del comma 1 dell'articolo 177 in parola, a seguito dell'entrata in vigore dell'articolo 1, comma 568, della legge 27 dicembre 2017, n.205, a decorrere dal 1° gennaio 2018 per i titolari di concessioni autostradali la quota di cui al primo periodo (80 per cento) è pari al sessanta per cento.

Nell'Atto di segnalazione n. 6 del 17 luglio 2019,³⁷ l'ANAC affermava che, nonostante tutti i concessionari avessero dichiarato di avere rispettato le percentuali previste dalla norma fino al 2013 e dal

³⁶ Cfr. anche il parere reso dal Prof. Sabino Cassese il 28 luglio 2016 alla società Autostrade per l'Italia (ASPI) che chiedeva di analizzare la nuova disciplina recata dall'articolo 177 del nuovo codice, al fine di verificare le conseguenze della successione di norme nel tempo, anche rispetto agli impegni già concordati tra concedente e concessionario.

³⁷ ANAC- Atto di Segnalazione n. 6 del 17 luglio 2019 concernente gli esiti dell'indagine conoscitiva sui concessionari autostradali che hanno realizzato una percentuale di investimenti inferiore al 90% di quelli previsti, come risultante dai dati contenuti nella relazione 2016 del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti sulle "Attività nel settore autostradale in concessione".

Approvato dal Consiglio dell'Autorità con Delibera n. 644 del 17 luglio 2019.

2014 ad oggi (con la sola eccezione della società Asti-Cuneo che ha dichiarato che l'1% degli appalti di lavori viene eseguito da società terze) tuttavia, dall'esame condotto dall'Autorità su quei concessionari che, oltre a dichiarare di aver rispettato i suddetti limiti, avevano trasmesso dei dati a supporto, era emerso come le percentuali previste dalle norme non fossero state rispettate dai seguenti concessionari:

- Autostrada dei Fiori: per il Tronco A6 Torino-Savona il limite non sembra sia stato rispettato per gli anni 2015 e 2016; per il Tronco A10 Savona-Ventimiglia non sembra rispettato negli anni compresi tra il 2009 ed il 2016;
- SATAP: per il Tronco A4 il limite non sembra sia stato rispettato dal 2011 al 2016; per il Tronco A21 non sembra rispettato negli anni 2010 e 2011;
- Società Autostrada Ligure Toscana: per il Tronco Ligure-Toscano il limite non sembra rispettato dal 2009 al 2014; per il Tronco Autocisa non sembra sia stato rispettato negli anni compresi tra il 2009 ed il 2016;
- Società Autostrada Tirrenica: il limite non sembra sia stato rispettato negli anni 2009, 2011 e 2012;
- Società Traforo Autostradale del Frejus: il limite non sembra sia stato rispettato negli anni 2009, 2010, 2014, 2015 e 2016;
- Società Autostrade Meridionali: il limite non sembra sia stato rispettato negli anni 2014 e 2015;
- Strada dei Parchi: il limite sembra non sia mai stato rispettato e la tabella contenente i dati risulta poco chiara.

Nella complessità del quadro normativo sopra delineato interviene, come anticipato all'inizio del paragrafo, il Consiglio di Stato che solleva la questione di legittimità costituzionale con riferimento alla presunta violazione degli articoli 41, 3, secondo comma e 97, secondo comma, della Costituzione.

4. Profili di legittimità costituzionale relativi alla disciplina introdotta dall'articolo 177 del Codice dei contratti pubblici.

Nella sentenza non definitiva n. 5097 del 19 agosto 2020, il Consiglio di Stato sollevava la questione di legittimità costituzionale della disciplina sugli affidamenti da parte dei concessionari sotto diversi profili. In particolare:

1.1. Sotto il primo profilo, il Consiglio di Stato ipotizza la pretermissione delle esigenze di tutela della libertà di impresa costituzionalmente rilevante, che sarebbero eccessivamente sacrificate – pur nel legittimo intento legislativo di ripristinare la concorrenza “per il mercato” in settori in cui il mancato espletamento di procedure concorrenziali all’atto dell’affidamento delle concessioni può aver determinato situazioni di sostanziale monopolio – dal sostanziale “svuotamento” delle concessioni stesse, riveniente dalla dismissione quasi totalitaria delle prestazioni oggetto delle medesime e dalla conseguenziale necessità che le imprese già concessionarie debbano modificare in modo massiccio la propria organizzazione, trasformandosi di fatto in soggetti preposti dall’amministrazione concedente allo svolgimento di procedure di gara per affidare a terzi

le predette prestazioni (ivi comprese quelle svolte, o che potrebbero essere svolte, direttamente dagli stessi concessionari).

1.2. Sotto il secondo profilo, si assume:

- per un verso, l'eccessività (e, quindi, l'irragionevolezza) rispetto agli scopi perseguiti della soluzione normativa adottata, suscettibile di incidere pesantemente su affidamenti consolidati dei concessionari, i quali hanno ottenuto l'affidamento delle concessioni con modalità legittime *ratione temporis*, delle quali solo successivamente è emersa la contrarietà alle regole eurounitarie;
- per altro verso, l'irragionevole equiparazione, ai fini del diviso obbligo di dismissione, di situazioni concrete anche molto differenti (quanto alla dimensione della struttura imprenditoriale dei concessionari, al valore economico delle concessioni, al settore strategico cui afferiscono, all'essere esse già scadute e in proroga o meno).

1.3. Quanto al terzo profilo, si assume l'illegittimità della totale obliterazione da parte del legislatore degli effetti immediati della prospettata dismissione, afferente anche a servizi pubblici essenziali, e dunque potenzialmente suscettibile di comprometterne l'efficiente svolgimento e di causare ricadute anche economiche sull'utenza.

Dall'esame dei profili posti dal Consiglio di Stato all'attenzione della Corte costituzionale, si potrebbe evincere come lo stesso giudice rimettente sembrerebbe condividere, e dare anzi per scontata, la legittimità della *ratio* delle norme scrutinate, non direttamente discendente dalle direttive europee di riferimento ma, comunque,

corrispondente al perseguimento di obiettivi di maggiore effettività nell'ordinamento nazionale dei principi eurounitari di piena concorrenza e apertura del mercato nel settore delle concessioni di lavori, servizi e forniture. In altri termini, il giudice rimettente riconosce (salvo poi a sindacare la congruità e l'adeguatezza delle modalità scelte dal legislatore) la necessità di intervenire in un settore in cui, a causa dell'originario mancato rispetto delle regole dell'evidenza pubblica nell'affidamento delle concessioni, si è determinato un oggettivo squilibrio tra gli operatori economici, tale da imporre l'adozione di norme tese a "restituire" al mercato ed alla concorrenza – in una logica che lo stesso Consiglio di Stato definisce "ripristinatoria", anziché sanzionatoria – le prestazioni oggetto delle anzidette concessioni.

Del resto, tale esigenza, come dianzi esposto, non era ignota anche al previgente assetto normativo, laddove l'articolo 235, comma 25, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, come modificato dall'articolo 29 del decreto-legge 30 dicembre 2008, n. 207, convertito, con modificazioni, dalla legge 27 febbraio 2009, n. 14, imponeva ai concessionari di affidare a terzi, con procedure di evidenza pubblica, una percentuale minima del 40% dei lavori da realizzare (quota poi elevata al 60% dal decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27), obbedendo dunque alla medesima ratio delle previsioni oggi in esame.

Da quanto sopra esposto discende che, nel caso di specie, nonostante la non diretta derivazione delle norme censurate dalle direttive comunitarie in materia di appalti e concessioni, lo scrutinio di costituzionalità delle stesse non può non tener conto anche dei

principi eurounitari di libertà di stabilimento e di concorrenza. In altri termini, seppure il Consiglio di Stato assume a esclusivo parametro di riferimento le norme costituzionali interne, e fra esse in primo luogo l'articolo 41 della Costituzione, sembrerebbe più corretto il richiamo anche ai suindicati principi di derivazione comunitaria, per come ormai devono ritenersi innervare la Costituzione economica italiana, quanto meno dopo l'Atto unico europeo e il Trattato di Maastricht, alla stregua della giurisprudenza della Corte costituzionale.

Ciò in quanto, come è evidente, le limitazioni della libertà d'impresa che discendono dalle disposizioni in esame, e delle quali si duole la ricorrente nel giudizio *a quo*, nella stessa prospettiva del giudice rimettente trovano il proprio fondamento in un'opzione legislativa finalizzata alla più piena attuazione delle libertà comunitarie sopra richiamate, le quali nella giurisprudenza della Corte assumono a loro volta il rango di parametri sulla base dei quali operare il giudizio di costituzionalità delle leggi nazionali giusta l'articolo 117, comma 1, della Costituzione³⁸. In tale prospettiva, fra le ragioni di utilità sociale che possono giustificare una limitazione della libertà di impresa rientra anche l'esigenza di promuovere la concorrenza, da intendere anche nell'ordinamento interno nel senso proprio del diritto comunitario³⁹.

³⁸ Cfr. sent. Corte costituzionale 23 dicembre 2008, n. 439, laddove si afferma, in particolare, che: *“Al fine di evitare l’elusione delle norme comunitarie sulla libera circolazione dei servizi ed uno sfalsamento della concorrenza, l’affidamento di servizi e forniture tramite gara ad evidenza pubblica è la regola generale che consente l’osservanza delle norme e dei principi suindicati.”*

³⁹ Cfr. sentt. Corte cost. 9 marzo 2007, n. 64 e 13 gennaio 2004, n.14.

Sulla scorta di un sereno esame della giurisprudenza costituzionale in *subiecta materia*, può dirsi ormai superata l'originaria dimensione esclusivamente soggettivistica della libertà di impresa tutelata dall'articolo 41 della Costituzione, dovendo tenersi conto delle regole comunitarie che presidiano l'attuazione di un mercato competitivo ed equilibrato. In definitiva, laddove la norma costituzionale definisce una situazione soggettiva di libertà individuale (c.d. diritto di libertà), il diritto eurounitario mira principalmente ad attuare un modello di relazioni economiche e giuridiche, ponendo l'apertura del mercato e la libera concorrenza come premesse allo stesso dispiegarsi dell'anzidetta libertà individuale. Pertanto, le scelte legislative che per perseguire tale obiettivo "di sistema" mirano a rimuovere asimmetrie e situazioni di monopolio (quale che ne sia l'origine) vanno sempre valutate rapportandone l'incidenza sulla libertà individuale tutelata dall'articolo 41 Cost. alle indicate finalità di rilievo eurounitario, in un'ottica di bilanciamento tra valori tutti emergenti nell'ordinamento interno al livello della Costituzione economica.

Sotto il profilo dei prospettati impatti negativi, si rappresenta che gli stessi coinvolgeranno solo un numero ben definito di operatori economici, ossia quelli che risultano titolari delle concessioni alle quali, in virtù delle norme sopraindicate (nonché dell'ambito applicativo delle stesse come determinato dalle Linee guida dell'ANAC n. 11, oggetto di impugnazione nel giudizio a quo), si applica l'obbligo di dismissione della percentuale di prestazioni indicata dalle norme medesime; tuttavia, a fronte di tali impatti il legislatore intende perseguire un risultato vantaggioso per la totalità

degli operatori economici operanti nei settori di interesse delle concessioni in questione, grazie alla già richiamata “restituzione al mercato” delle predette prestazioni, e quindi alla possibilità anche per costoro di rendersi affidatari di lavori, servizi e forniture finora sottratti al confronto concorrenziale in quanto da lungo tempo appannaggio dei concessionari oggi tenuti all'esternalizzazione.

Siffatto beneficio per il mercato di riferimento nel suo complesso, nel bilanciamento degli interessi di rilievo costituzionale ed eurounitario dianzi richiamati, appare più che idoneo a legittimare in via di principio le scelte legislative trasfuse nel ricordato articolo 177, d.lgs. n. 50/2016, nella misura in cui lo stesso appare funzionale a una più piena apertura al mercato dei settori interessati ed all'attuazione in essi *de futuro* di un più equilibrato confronto concorrenziale fra gli operatori economici ivi operanti.

Con riguardo al secondo aspetto di ipotizzata incostituzionalità, il tema all'evidenza è quella della adeguatezza e congruità, alla stregua di un giudizio di proporzionalità e ragionevolezza, delle limitazioni imposte alla libertà di iniziativa economica degli operatori economici interessati rispetto alle finalità – anch'esse di valore costituzionale – che le norme in esame intendono perseguire.

Sotto tale profilo, è chiaro che il giudizio di ragionevolezza e di conformità all'articolo 3, comma 2, della Costituzione va condotto non in astratto, ma pur sempre nella divisata ottica di bilanciamento fra valori costituzionalmente rilevanti, essendo riconducibili a valori di tal fatta le ragioni di “utilità sociale” che, ai sensi dell'articolo 41 della stessa Costituzione, hanno indotto il legislatore del 2016 a introdurre

le misure limitatrici della libertà di impresa oggetto dell'odierno scrutinio di costituzionalità.

Al riguardo, è notorio che la riserva di legge contenuta nel citato articolo 41 Cost. si connota per il rimettere alla legislazione ordinaria non solo l'individuazione delle ragioni di utilità sociale che possono giustificare le limitazioni della libertà di iniziativa economica, e quindi dei casi in cui tali limitazioni possono essere introdotte, ma anche la determinazione della "intensità" delle stesse sotto il profilo di tempi, modalità e livello con cui si attua la compressione della libertà economica, in ragione delle esigenze di volta in volta perseguite. Sotto tale profilo, non vi è dubbio che la congruità e l'adeguatezza delle limitazioni *de quibus* va valutata nei singoli casi in relazione alla natura e all'entità delle specifiche esigenze di utilità sociale di volta in volta perseguite, trattandosi nella sostanza di valutare il corretto esercizio della discrezionalità legislativa rispetto ai fini perseguiti.⁴⁰

In primis, non può dirsi manifestamente eccessivo né sproporzionato l'obbligo dei concessionari interessati, che si assume riveniente dall'applicazione delle norme scrutinate, di modificare anche in modo profondo la propria organizzazione aziendale, trasformandosi da soggetti esercenti in via principale attività imprenditoriale a soggetti destinati a svolgere prevalentemente il ruolo di stazioni appaltanti, attraverso la gestione delle procedure di evidenza pubblica finalizzate alla esternalizzazione delle attività ricomprese nelle originarie concessioni. Infatti, che gli affidatari di concessioni pubbliche debbano essere attrezzati per lo svolgimento

⁴⁰ Cfr. ex plurimis, Corte cost., sentt. 24 gennaio 2017, n. 16; 21 luglio 2016, n. 203; 31 marzo 2015, n. 56; 29 aprile 2010, n. 152; 29 maggio 2009, n. 167.

di una tale attività si ricava già in via generale dalla previsione dell'articolo 164, comma 5, del Codice dei contratti pubblici, il quale, in puntuale attuazione di una regola eurounitaria, impone anche ai concessionari che non siano amministrazioni aggiudicatrici il rispetto delle parti I e II del Codice stesso (oltre a quello della parte III in materia di concessioni) per l'affidamento a terzi di lavori compresi nelle concessioni di cui sono titolari.

Inoltre, la suindicata vicenda modificativa è destinata comunque ad avere carattere temporaneo, dovendo durare fino alla naturale scadenza della concessione (il che è frutto di una precisa scelta normativa, corrispondente al già evidenziato carattere ripristinatorio della previsione di legge, che pertanto non ha e non può avere effetti "espropriativi" o risolutivi di concessioni in essere): dopodichè le imprese interessate torneranno a poter liberamente operare sul mercato e quindi a essere libere di darsi l'organizzazione aziendale che preferiscono.

Peraltro, lo stesso legislatore ha assicurato una gradualità quanto a tempi e modalità di attuazione dell'obbligo di dismissione in discorso, fissando per esso dei termini temporali entro cui darvi luogo (peraltro più volte prolungati) e affidando all'ANAC la definizione delle modalità concrete di attuazione della detta dismissione, nonché di verifica del rispetto degli obblighi in questione, al precipuo fine di venire incontro alle esigenze degli operatori economici interessati e non imporre loro *ex abrupto* l'adozione di misure destinate a incidere in modo rilevante sulla loro organizzazione ed attività.

La medesima "flessibilità" attuativa consentirà di modulare in modo differente la fase di adeguamento in relazione alle diverse

fattispecie e ipotesi ricorrenti nella realtà fattuale, in modo da superare un ulteriore profilo di irragionevolezza adombrato dal rimettente, sotto il profilo di una ipotetica equiparazione, ai fini che qui interessano, di situazioni difformi.

Sotto il profilo dell'ipotizzato contrasto con il principio di buon andamento della P.A. di cui all'articolo 97, comma 2, della Costituzione, giova evidenziare che gli effetti potenzialmente negativi e le ricadute sull'utenza che deriverrebbero dall'attuazione degli obblighi di esternalizzazione sanciti dalle disposizioni in esame sono solo genericamente e apoditticamente prospettati dal giudice rimettente, senza indicazione di elementi specifici e concreti che li rendano effettivamente prevedibili (ciò non potendo ritenersi discendere *ipso facto* dalla circostanza che la predetta esternalizzazione potrà riguardare anche servizi pubblici essenziali, corrispondenti a bisogni primari della collettività).

In ogni caso, la già richiamata gradualità e flessibilità con cui, nella stessa prospettiva delle norme in esame, si attuerà la prevista esternalizzazione delle attività già oggetto delle concessioni in essere, nella misura in cui consentirà di adeguare tempi e modalità alle diverse situazioni concrete è idonea a scongiurare i paventati impatti negativi sul buon andamento dell'attività amministrativa.

5. Lo scenario attuale delle concessioni autostradali. Dall'ANAS al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

La rete autostradale italiana ha una lunghezza di circa 7.400 Km, di cui quasi 6.800 in esercizio, di cui la maggior parte (poco meno

di 6.000 Km) è affidata a società concessionarie, mentre il resto è gestito da ANAS S.p.a.

La rete a pedaggio è gestita da 22 società concessionarie (di cui 14 a maggioranza privata e gestiscono il 75 per cento della rete) con 25 rapporti concessori. La rete autostradale di libera circolazione è invece rappresentata dalle tratte gestite direttamente da ANAS S.p.a. per un'estensione di 953,8 km.

Si rammenta, inoltre, che, in applicazione alle norme introdotte nel corso della XV legislatura improntate al cosiddetto «federalismo infrastrutturale» (articolo 3-ter del decreto-legge n. 135 del 2009, che ha modificato, tra l'altro, l'art. 2, comma 289 della legge finanziaria n. 244 del 2007⁴¹), sono state costituite società partecipate da ANAS S.p.a. e Regioni, con funzioni di soggetto concedente per la realizzazione di nuove tratte. È il caso di CAL S.p.a. (Concessioni Autostradali Lombarde) concedente per le società BreBeMi (Brescia-

⁴¹ Si riporta di seguito l'art. 3-ter del D.L. n.135 del 2009: "Art. 3-ter. *Adeguamento alla disciplina comunitaria in materia di concessioni autostradali - Società miste ANAS-regioni.*

1. *All' articolo 2 della legge 24 dicembre 2007, n. 244, il comma 289 è sostituito dal seguente: «289. Al fine della realizzazione di infrastrutture autostradali, di esclusivo interesse regionale, interamente ricadenti nel territorio di competenza di una singola regione e previste dagli strumenti di programmazione vigenti, le funzioni e i poteri di soggetto concedente e aggiudicatore possono essere trasferiti con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti ad un soggetto di diritto pubblico appositamente costituito in forma societaria e partecipata dall'ANAS S.p.a. e dalle regioni interessate o da soggetto da esse interamente partecipato, che esercita esclusivamente i sopra indicati poteri e funzioni».*

2. *Sono fatti salvi i poteri e le funzioni conferiti ai soggetti pubblici già costituiti alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto ai sensi dell'articolo 1, comma 979, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, e successive modificazioni, e dell'articolo 2, commi 289 e 290, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, nel testo vigente prima della data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto.*"

Bergamo-Milano), Pedemontana e TEEM (Tangenziale est esterna di Milano).

La Corte dei Conti, nell'indagine condotta sulla situazione delle concessioni autostradali ⁴², ha lamentato una generalizzata assenza di confronto concorrenziale e un *vulnus* ai principi europei e nazionali in materia di concorrenza, dal momento che la quasi totalità delle convenzioni in essere sono affidate o prorogate senza gara.

Anche l'AGCM ⁴³ da tempo ha chiesto:

- di disporre l'affidamento delle concessioni attraverso selezioni ad evidenza pubblica, limitandone durata ed ambito oggettivo;
- di fissare una durata che non risulti eccessivamente lunga ma contenuta entro i limiti strettamente necessari a recuperare gli investimenti, con la possibilità di compensare le concessionarie uscenti per gli investimenti non ancora ammortizzati al subentro;
- di evitare la proroga per le concessioni per le quali è necessario il tempestivo avvio del procedimento di evidenza pubblica per l'affidamento delle nuove;
- di introdurre una regolazione delle tariffe coerente con la logica del *price cap*. ⁴⁴

⁴² Corte dei conti- Sezione centrale di controllo sulla gestione delle Amministrazioni dello Stato- Deliberazione 18 dicembre 2019, n.18/2019/G avente ad oggetto "Le concessioni autostradali".

⁴³ Nota Autorità garante per la concorrenza e il mercato n. 9346 del 14 marzo 2018.

⁴⁴ Al riguardo, si rammenta che, l'art. 37 del decreto legge "Salva Italia" 6 dicembre 2011, n.201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n.214, come modificato dall'articolo 36 del decreto legge "liberalizzazioni" 24 gennaio 2012, n.1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n.27, ha attribuito all'ART di predisporre i modelli tariffari in coerenza con la logica del *price cap*.

Pur essendo molte le società concessionarie quotate in borsa, ove la trasparenza e l'informazione al mercato sono d'obbligo, le convenzioni autostradali sono diventate ostensibili e pubblicate sul sito ministeriale solo il 2 febbraio 2018, anche se non erano ancora resi pubblici gli allegati più significativi dal punto di vista economico, quali, a titolo esemplificativo, la remunerazione del capitale investito.

Il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti ⁴⁵ giustificava tale scelta con la necessità di contemperare gli interessi contrapposti della trasparenza e della tutela di informazioni potenzialmente pregiudizievoli per i privati, manifestando tuttavia la disponibilità ad una più ampia condivisione degli atti in presenza di chiare disposizioni normative in tal senso ed evidenziando che anche negli altri Paesi UE, dove l'istituto concessorio ricopre un ruolo strategico nella gestione delle autostrade, non è prevista la pubblicazione dei piani economico-finanziari. Soltanto dopo il crollo del ponte Morandi di Genova sia il Ministero che la concessionaria coinvolta hanno provveduto, nell'agosto 2018, all'integrale pubblicazione degli atti.

Ai fini della ricostruzione del quadro attuale si richiama l'analisi svolta nel paragrafo 2, che parte dall'avvio della procedura di privatizzazione della società autostrade, iniziata nel 1996 e culminata nella nuova convenzione del 4 agosto 1997 tra ANAS e la società Autostrade, con proroga sino al 2038 della precedente, che fondò la base normativa nell'art. 14 del decreto legge 11 luglio 1992, convertito dalla legge 8 agosto 1992, n.359.⁴⁶

⁴⁵ Cfr. nota n.4617 del 5 marzo 2018 e n. 19723 del 2 marzo 2018.

⁴⁶ Tale disposizione prevedeva, nella prospettiva della privatizzazione degli enti di gestione delle partecipazioni statali, che le attività attribuite o riservate "per legge o con atti

Tale nuovo assetto, tuttavia, non superò il vaglio della Corte dei conti che ricusò il visto di legittimità alla proroga per le concessioni autostradali, in quanto per tali concessioni la proroga ventennale non era motivata dall'esclusiva esigenza di ristabilire condizioni di equilibrio dei piani finanziari che le supportavano e non teneva conto delle altre due componenti fondamentali del rapporto, ossia il contributo dello Stato e il regime tariffario.⁴⁷

Il Governo *pro tempore* tuttavia attivò la procedura per la registrazione con riserva al fine di non bloccare il processo di privatizzazione avviato con la legge 24 dicembre 1994, n.537, che rappresentava un momento qualificante della politica economica di quegli anni.

Ancora negli anni 1999-2000 l'IRI deteneva l'86 per cento di Autostrade, che fu poi venduto in due *tranches* e l'investitore fu individuato, senza gara, nella società Schemaventotto, in maggioranza del gruppo Benetton, che acquistò il 9 marzo 2000 e che, nel 2003, rilevò l'84 per cento della società.

Gli effetti negativi della proroga erano sotto gli occhi di tutti e al riguardo sono stati espressi giudizi severi sia dall'allora Autorità per

amministrativi ad amministrazioni diverse da quelle istituzionalmente competenti, ad enti pubblici ovvero a società a partecipazione statale "restassero attribuite "a titolo di concessione ai medesimi soggetti attualmente titolari".

⁴⁷ Si pone sulla stessa scia della Corte dei conti anche l'AGCM, che trasmise all'uopo apposita relazione al Parlamento e al Governo il 22 maggio 1998. Anche la giurisprudenza più recente non riconosce margini di tutela alla proroga della durata del rapporto concessorio. Cfr. la sentenza della Corte cost. n.180/2008 e le sentt. Consiglio di Stato sez. V nn. 3250 e 2151/2011.

la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture⁴⁸ (ora ANAC) che dallo stesso Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, che evidenziava come la convenzione in essere non tenesse conto delle esigenze di salvaguardia del bene pubblico, il piano di investimenti non fosse stato realizzato e che i fondi finalizzati ai predetti investimenti sono stati utilizzati in finanza speculativa.

Tale regime, come già detto al paragrafo 2, è stato riformato con l'introduzione della convenzione unica a mezzo del decreto legge 3 ottobre 2006, n. 262, convertito dalla legge 24 novembre 2006, n. 286,⁴⁹ successivamente modificato dal citato art. 8-duodecies del D.L.

⁴⁸ Segnalazione al Parlamento e al Governo dell'8 giugno 2006 e del 19 ottobre 2006.

⁴⁹ Si riportano di seguito i commi da 82 a 85 del citato art. 2 nella formulazione oggi vigente:

“82. In occasione del primo aggiornamento del piano finanziario che costituisce parte della convenzione accessiva alle concessioni autostradali, ovvero della prima revisione della convenzione medesima, successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto, il Ministro delle infrastrutture, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, assicura che tutte le clausole convenzionali in vigore, nonché quelle conseguenti all'aggiornamento ovvero alla revisione, siano inserite in una convenzione unica, avente valore ricognitivo per le parti diverse da quelle derivanti dall'aggiornamento ovvero dalla revisione. La convenzione unica sostituisce ad ogni effetto la convenzione originaria, nonché tutti i relativi atti aggiuntivi.

83. Al fine di garantire una maggiore trasparenza del rapporto concessorio, di adeguare la sua regolamentazione al perseguimento degli interessi generali connessi all'approntamento delle infrastrutture e alla gestione del servizio secondo adeguati livelli di sicurezza, di efficienza e di qualità e in condizioni di economicità e di redditività, e nel rispetto dei principi comunitari e delle eventuali direttive del CIPE, le clausole della convenzione unica di cui al comma 82 sono in ogni caso adeguate in modo da assicurare:

a) la determinazione del saggio di adeguamento annuo delle tariffe e il riallineamento in sede di revisione periodica delle stesse in ragione dell'evoluzione del traffico, della dinamica dei costi nonché del tasso di efficienza e qualità conseguibile dai concessionari;

b) la destinazione della extraprofitabilità generata in virtù dello svolgimento sui sedimi demaniali di attività commerciali;

-
- c) *il recupero della parte degli introiti tariffari relativi a impegni di investimento programmati nei piani finanziari e non realizzati nel periodo precedente;*
- d) *il riconoscimento degli adeguamenti tariffari dovuti per investimenti programmati del piano finanziario esclusivamente a fronte della effettiva realizzazione degli stessi investimenti, accertata dal concedente;*
- e) *la specificazione del quadro informativo minimo dei dati economici, finanziari, tecnici e gestionali che le società concessionarie trasmettono annualmente, anche telematicamente, ad ANAS S.p.a. per l'esercizio dei suoi poteri di vigilanza e controllo nei riguardi dei concessionari, e che, a propria volta, ANAS S.p.a. rende analogamente disponibili al Ministro delle infrastrutture per l'esercizio delle sue funzioni di indirizzo, controllo nonché vigilanza tecnica ed operativa su ANAS S.p.a.; l'esercizio, da parte di ANAS S.p.a., del potere di direttiva e di ispezione in ordine alle modalità di raccolta, elaborazione e trasmissione dei dati da parte dei concessionari;*
- f) *la individuazione del momento successivamente al quale l'eventuale variazione degli oneri di realizzazione dei lavori rientra nel rischio d'impresa del concessionario, salvo i casi di forza maggiore o di fatto del terzo;*
- g) *il riequilibrio dei rapporti concessori, per quanto riguarda l'utilizzo a fini reddituali ovvero la valorizzazione dei sedimenti destinati a scopi strumentali o collaterali rispetto a quelli della rete autostradale;*
- h) *l'introduzione di sanzioni a fronte di casi di inadempimento delle clausole della convenzione imputabile al concessionario, anche a titolo di colpa; la graduazione di tali sanzioni in funzione della gravità dell'inadempimento;*
- i) *l'introduzione di meccanismi tesi alla migliore realizzazione del principio di effettività della clausola di decadenza dalla concessione, nonché di maggiore efficienza, efficacia ed economicità del relativo procedimento nel rispetto del principio di partecipazione e del contraddittorio.*

84. *Gli schemi di convenzione unica di cui al comma 82, concordati tra le parti e redatti conformemente a quanto stabilito dal comma 83, sentito il Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida sulla regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS), sono sottoposti all'esame del Comitato interministeriale per la programmazione economica (CIPE), anche al fine di verificare l'attuazione degli obiettivi di cui al comma 83. Tale esame si intende assolto positivamente in caso di mancata deliberazione entro quarantacinque giorni dalla richiesta di iscrizione all'ordine del giorno. Gli schemi di convenzione, unitamente alle eventuali osservazioni del CIPE, sono successivamente trasmessi alle Camere per il parere delle*

Commissioni parlamentari competenti per materia e per le conseguenze di carattere finanziario. Il parere è reso entro trenta giorni dalla trasmissione. Decorso il predetto termine senza che le Commissioni abbiano espresso i pareri di rispettiva competenza, le convenzioni possono essere comunque adottate.

85. All' articolo 11 della legge 23 dicembre 1992, n. 498, il comma 5 è sostituito dai seguenti:

«5. Le società concessionarie autostradali sono soggette ai seguenti obblighi:

a) certificare il bilancio, anche se non quotate in borsa, ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 31 marzo 1975, n. 136, in quanto applicabile;

b) mantenere adeguati requisiti di solidità patrimoniale, come individuati con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro delle infrastrutture;

c) agire a tutti gli effetti come amministrazione aggiudicatrice negli affidamenti di forniture e servizi di importo superiore alla soglia di rilevanza comunitaria nonché di lavori, ancorché misti con forniture o servizi e in tale veste attuare gli affidamenti nel rispetto del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni;

d) sottoporre gli schemi dei bandi di gara delle procedure di aggiudicazione all'approvazione di ANAS Spa, che deve pronunciarsi entro trenta giorni dal loro ricevimento: in caso di inutile decorso del termine si applica l'articolo 20 della legge 7 agosto 1990, n. 241; vietare la partecipazione alle gare per l'affidamento di lavori alle imprese comunque collegate ai concessionari, che siano realizzatrici della relativa progettazione. Di conseguenza, cessa di avere applicazione, a decorrere dal 3 ottobre 2006, la deliberazione del Consiglio dei ministri in data 16 maggio 1997, relativa al divieto di partecipazione all'azionariato stabile di Autostrade Spa di soggetti che operano in prevalenza nei settori delle costruzioni e della mobilità;

e) prevedere nel proprio statuto idonee misure atte a prevenire i conflitti di interesse degli amministratori, e, per gli stessi, speciali requisiti di onorabilità e professionalità, nonché, per almeno alcuni di essi, di indipendenza;

f) nei casi di cui alle lettere c) e d), le commissioni di gara per l'aggiudicazione dei contratti sono nominate dal Ministro delle infrastrutture. Restano fermi i poteri di vigilanza dell'Autorità di cui all' articolo 6 del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163. La composizione del consiglio dell'Autorità è aumentata di due membri con oneri a carico del suo bilancio. Il presidente dell'Autorità è scelto fra i componenti del consiglio.

5-bis. Con decreto del Ministro delle infrastrutture sono stabiliti i casi in cui i progetti relativi alle opere da realizzare da parte di ANAS S.p.a. e delle altre concessionarie devono essere

n. 59/2008, da stipularsi entro un anno dal primo aggiornamento del Pef o alla prima revisione della convenzione nel rispetto di alcuni presupposti indefettibili, che ha ampliato il complesso degli obblighi a carico dei concessionari, ha potenziato le funzioni di vigilanza e controllo, ha definito le clausole aggiuntive da recepire nella convenzione unica improntate ad una più analitica definizione dei rapporti, delle procedure, degli obblighi informativi a carico dei concessionari.⁵⁰

La rinegoziazione della convenzione più importante, quella con Autostrade per l'Italia del 12 ottobre 2007, non superò il vaglio del NARS (Nucleo di consulenza per l'Attuazione delle linee guida per la Regolazione dei Servizi di pubblica utilità), mentre in data 6 giugno 2008, a seguito della conversione del decreto legge 8 aprile 2008, n.59, a mezzo della legge 6 giugno 2008, n.101, venivano approvati *ex lege* tutti gli schemi di convenzione sottoscritti a quella data tra

sottoposte al parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici per la loro valutazione tecnico-economica.

5-ter. L'affidamento dei servizi di distribuzione carbolubrificanti e delle attività commerciali e ristorative nelle aree di servizio delle reti autostradali, in deroga rispetto a quanto previsto nelle lettere c) ed f) del comma 5, avviene secondo i seguenti principi:

a) verifica preventiva della sussistenza delle capacità tecnico-organizzative ed economiche dei concorrenti allo scopo di garantire un adeguato livello e la regolarità del servizio, secondo quanto disciplinato dalla normativa di settore;

b) valutazione delle offerte dei concorrenti che valorizzino l'efficienza, la qualità e la varietà dei servizi, gli investimenti in coerenza con la durata degli affidamenti e la pluralità dei marchi. I processi di selezione devono assicurare una prevalente importanza al progetto tecnico-commerciale rispetto alle condizioni economiche proposte;

c) modelli contrattuali idonei ad assicurare la competitività dell'offerta in termini di qualità e disponibilità dei servizi nonché dei prezzi dei prodotti oil e non oil».

⁵⁰ Cfr. citata relazione della Corte dei Conti n.18/2019/G.

ANAS e le concessionarie.⁵¹ Come già ricordato, per assicurare la corretta applicazione delle nuove norme, il CIPE emanò la delibera n.39/2007 in materia di regolazione economica del settore autostradale con l'obiettivo di adeguare la regolamentazione al perseguimento degli interessi pubblici e alla gestione del servizio secondo criteri di sicurezza, efficienza e qualità, in condizioni di economicità e redditività.⁵²

Il decreto-legge 6 luglio 2011, n.98, convertito dalla legge 15 luglio 2011, n.111, dispose poi il trasferimento delle funzioni di concedente per la rete autostradale a pedaggio sulla base dei contratti di convenzione vigenti dall'ANAS al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, che dal 1° ottobre 2012 è subentrato nel citato ruolo di concedente e ne ha assunto le competenze, che sono prioritariamente improntate ad accertare il rispetto delle pattuizioni definite nei rispettivi contratti.

La normativa più recente, recata dall'art. 178 del codice dei contratti pubblici, impone regole acceleratorie per l'avvio dei nuovi affidamenti *in house* o mediante procedure ad evidenza pubblica delle concessioni scadute o in scadenza, nel chiaro intento di evitare proroghe già ampiamente stigmatizzate non solo dalla Corte dei conti

⁵¹ Cfr. relazione tecnica pubblicata dal servizio studi del Senato in seno all'AS 714 giugno 2008. Nella segnalazione al Parlamento e al Governo del 4 luglio 2008 anche l'AGCM espresse giudizi fortemente negativi sulla convenzione con autostrade per l'Italia.

⁵² La delibera CIPE n.39/2007 è stata successivamente integrata con le delibere n.27/2013 e n. 68/2017.

e dalle Autorità indipendenti preposte, ma anche dalla Corte di giustizia.⁵³

Al momento della stesura del presente lavoro, dei 22 rapporti concessori esistenti, le concessioni scadute a partire dal 2010 riguardano le seguenti tratte:

- 1) A21, Piacenza-Cremona-Brescia dal 30 settembre 2011;
- 2) A3, Napoli-Pompei-Salerno dal 31 dicembre 2012;
- 3) A4, Brescia-Verona-Vicenza-Padova dal 30 giugno 2013;
- 4) A22, Brennero-Modena dal 30 aprile 2014;
- 5) A4 Venezia-Mestre; A23 Palmanova- Udine; A28, Portogruaro-Conegliano; A57 Tangenziale di Mestre; A 34 raccordo Villesse-Gorizia dal 31 marzo 2017;
- 6) A5 Torino-Ivrea-Quincinetto; A4/A5 Ivrea-Santhià, Sistema tangenziale di Torino e diramazione Torino-Pinerolo dal 31 agosto 2016;
- 7) A21, Torino-Alessandria-Piacenza dal 30 giugno 2017.⁵⁴

Le procedure per le nuove assegnazioni sono lunghe e problematiche e di fatto soltanto per le autostrade CENTRO-Padane si è conclusa la procedura di aggiudicazione, con riaffidamento alla nuova concessionaria Autovia padana, subentrata il 28 febbraio 2018.

⁵³ Emblematica al riguardo la sentenza del 18 settembre 2019, nella causa C- 526-17, che ha accolto il ricorso della Commissione europea dichiarando illegittima la proroga, senza previa pubblicazione del bando di gara, della concessione della tratta autostradale A12 Cecina-Livorno.

⁵⁴ Cfr. pag. 79 della citata deliberazione della Corte dei conti n.18/2019/G.

6. Il problema della mancata attuazione del sistema europeo di Telepedaggio-SET.

La normativa comunitaria ha innovato il settore delle concessioni autostradali anche sotto il profilo della disciplina concernente l'esazione del pedaggio, in particolare con la Direttiva 2004/52/CE concernente l'interoperabilità dei sistemi di telepedaggio stradale nell'Unione e della Decisione 2009/750/CE sulla definizione del servizio di europeo di telepedaggio e dei relativi elementi tecnici.

Al fine di raggiungere l'obiettivo della interoperabilità, la Direttiva prevede la creazione di un servizio europeo di telepedaggio (S.E.T.) complementare rispetto ai servizi di telepedaggio nazionali degli Stati membri e definito da un *corpus* di norme contrattuali che disciplinano le modalità di fornitura del servizio, nonché i requisiti tecnici. Il servizio presuppone altresì la possibilità di stipulare un contratto di abbonamento unico tra i clienti e gli operatori/emittenti del servizio, valevole su tutta la rete stradale europea.

Il SET, in sostanza, prevede la fornitura di servizi di telepedaggio da parte di Service Providers indipendenti, sulla base di parametri tecnici definiti dai provvedimenti citati.

Al riguardo, la Commissione europea⁵⁵ ha avviato nei confronti della Repubblica Italiana una procedura di infrazione.⁵⁶

I fatti contestati all'Italia si sostanziano prevalentemente in presunti indebiti ritardi - imputati all'Italia, quindi al settore autostradale a pedaggio – nel consentire l'ingresso sul mercato di

⁵⁵ Nota C (2020) 7840 final del 3 dicembre 2020.

⁵⁶ Procedura di infrazione PI 2020/231.

nuovi operatori; la Commissione europea adombra di conseguenza una situazione di indebito vantaggio competitivo concesso alla società Telepass che attualmente opera sulla base di uno standard tecnico nazionale (emesso dall'ente nazionale di normazione, UNI) e soprattutto lamenta che l'Italia non stia adottando le misure necessarie per garantire l'accesso non discriminatorio dei fornitori del S.E.T. ai settori sottoposti a pedaggio nel territorio nazionale.

In particolare, nella citata nota, la Commissione europea faceva riferimento alla vigente direttiva comunitaria in materia di telepedaggio, 2004/52/CE ed alla susseguente Decisione 2009/750/CE; nondimeno veniva anche referenziata, al punto 1.2 della lettera in oggetto, la direttiva 2019/520/UE, al momento non ancora trasposta nell'ordinamento nazionale, per la parte riguardante la fornitura del Servizio Europeo di Telepedaggio ai veicoli leggeri.

Il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, a cui la struttura tecnica di missione per le procedure di infrazione della Presidenza del Consiglio ha richiesto elementi di riscontro, evidenziava che già in data 18 novembre 2005 è stato adottato il decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 13 marzo 2006, n. 60, con cui sono state stabilite le condizioni necessarie per garantire l'interoperabilità dei sistemi di telepedaggio stradale dello Stato italiano con quelli della Comunità europea e che il medesimo Ministero è costantemente impegnato nell'assicurare una rapida e capillare diffusione dei sistemi di telepedaggio, nel rispetto dei principi di concorrenza, di non discriminazione e di parità di trattamento.

Nella citata nota, il Ministero escludeva, inoltre, qualsiasi discriminazione tra operatori economici, e, a tal fine, ha mantenuto continui rapporti con l'associazione di categoria dei concessionari autostradali Aiscat, la quale, mediante la società controllata Aiscat servizi, è incaricata per l'espletamento delle procedure di accreditamento formulate dai Service Providers.

L'Aiscat, quale soggetto deputato all'espletamento delle procedure di accreditamento, fornisce periodiche informazioni al Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili in merito allo stato di avanzamento delle procedure. L'esito delle procedure e la durata della stessa risulta ovviamente correlata all'acquisizione di tutta la documentazione da parte dei Service Providers, nonché alla favorevole verifica dei requisiti tecnici e di funzionamento.

L'avanzamento delle procedure in corso nel 2020 sono state parzialmente condizionate anche dall'emergenza sanitaria da Covid - 19. Comunque, allo stato, tutte le concessionarie autostradali italiane hanno concordato una modalità specifica di accreditamento (Procedura di Accreditamento nel seguito) dei Service Providers, modalità che viene da esse applicata in maniera uniforme, ed omogenea per tutti gli operatori economici.

Nell'espletamento della Procedura di accreditamento Aiscat opera in qualità di soggetto facilitatore, che si muove sulla base di una procedura concordata e che viene messa a disposizione dei Service Providers.

Nell'ambito della Procedura di Accreditamento è stato consentito ai Service Providers l'adozione di due distinti percorsi:

1. uno dedicato al Servizio Europeo di Telepedaggio (SET) con utilizzo degli apparati di bordo prescritti dalla direttiva 2004/52/CE e dalla Decisione 2009/750/CE;
2. uno dedicato al servizio per i mezzi pesanti, a livello nazionale (Servizio SIT-MP), che prevede l'uso di un modulo di bordo DSRC a 5,8GHz, modulo le cui caratteristiche devono comunque ottemperare alle indicazioni delle normative europee; il modulo può essere indipendente (*stand-alone*) o anche integrato in un apparato "SET".

Le due procedure differiscono in pratica solo per gli apparati previsti e per il fatto che nel caso del SET il candidato Service Provider deve solo esibire evidenza documentale della sua Registrazione come tale, mentre nel caso del SIT-MP viene richiesto al candidato di esibire una documentazione che permetta alle concessionarie di esaminare l'idoneità del Service Provider e delle tecnologie che esso intende utilizzare; la documentazione è basata su quanto previsto nella normativa di riferimento per la Registrazione al SET (Direttiva 2019/520/UE, Art. 4)

Peraltro, tutte le concessionarie autostradali hanno preliminarmente condiviso un "contratto tipo" nel quale solo le clausole commerciali sono lasciate, per ovvie ragioni di mercato, alla libera contrattazione delle parti. Lo schema di contratto che disciplina il rapporto con il Service Provider risulta quindi uniforme e garantisce uguaglianza di trattamento.

Nella citata nota si evidenziava che le concessionarie autostradali avevano da tempo reso disponibili percorsi di

accreditamento per i Service Providers di telepedaggio europei, nel corso dei quali erano programmate prove tecniche necessarie a verificare l'idoneità degli apparati proposti dai Service Providers e la corretta esecuzione dei processi di fatturazione tra essi e le concessionarie. In questa fase si riscontrava, tuttavia, che non sempre risultavano soddisfatti i requisiti richiesti per rendere possibile la comunicazione tra l'apparecchiatura di bordo e quella posta lungo le strade degli esattori del pedaggio (organizzazioni pubbliche o private che riscuotono i pedaggi per la circolazione in un determinato settore). Le interfacce, infatti, non sono compatibili né con il sistema di comunicazioni a corto raggio (Dedicated Short -Range Communication -DRSC) né con il sistema globale di navigazione via satellite (Global Navigation Satellite System – GNSS). Nella fase di accreditamento si verifica, infatti, anche la funzionalità del sistema di esazione su percorrenze ricomprese in più concessioni gestite da differenti operatori e la verifica della funzionalità del sistema nelle tratte interconnesse presenta in Italia una maggiore complessità tecnica in considerazione della frammentazione della rete e della molteplicità dei concessionari.

Nella nota in parola, il Ministero dava assicurazione che le procedure di Accreditamento erano svolte secondo uno stretto ordine cronologico di presentazione delle richieste da parte dei Service Providers, siano esse SET o SIT-MP, e che l'Aiscat si avvaleva della società IMQ che è Organismo Notificato ai sensi della legislazione europea sul telepedaggio, garantendo assoluta terzietà sull'espletamento della procedura e la sussistenza dei requisiti di competenza tecnica nell'esecuzione delle prove.

Le ragioni del ritardo lamentato dalla Commissione sono da rinvenirsi nel fatto che i Service Providers hanno richiesto l'accREDITAMENTO, inizialmente, del sistema SIT-MP e solo in una seconda fase, preso atto che lo stesso richiedeva un maggior tempo di istruttoria, hanno attivato il percorso di riconoscimento secondo il sistema SET che risulta più celere.

Ciò in quanto il sistema di accREDITAMENTO SIT-MP risulta particolarmente complesso non solo in Italia ma anche in tutti i Paesi europei, poiché richiede l'installazione di un'apparecchiatura compatibile anche con sistemi satellitari che ad oggi non sono operativi ed è stato proprio per superare tali limiti tecnologici che la direttiva UE/520/2019 ha consentito l'accREDITAMENTO al sistema più agile di SET. Tale modalità di accREDITAMENTO è stata attivata e resa disponibile unicamente dall'Italia.

La modifica "in corso d'opera", di cui si è detto, ha comportato, dunque, un allungamento dei tempi riconducibile agli stessi operatori e non agli Enti certificatori. Inoltre, i tempi di accREDITAMENTO in Italia risultano condizionati dalla circostanza di dover verificare la compatibilità degli apparati con un numero di concessionari autostradali (24) ampiamente superiore agli altri Paesi europei.

Relativamente al servizio SIT-MP, ad oggi due Service Providers, la tedesca DKV e la francese Axxes, stanno ultimando la sperimentazione con clientela reale del servizio (fase definita VRS, Verifica del Regolare Servizio, della durata di 90 giorni); la sperimentazione, che limita temporaneamente a qualche migliaio solo il numero dei clienti, avrà termine entro le prime settimane del 2021

per DKV, mentre è stata ultimata per Axxes, che attualmente opera sul mercato italiano.

Il Ministero evidenziava, inoltre, che la società Telepass stava seguendo i medesimi percorsi di accreditamento degli altri Service Providers e che il servizio già offerto dalla società stessa ai propri clienti veniva erogato sulla base della Normativa Tecnica - UNI che non è in alcun modo presa in esame nell'ambito degli accreditamenti necessari per fornire il servizio. Attualmente Telepass, per l'accREDITAMENTO sia al SET che al SIT-MP, si trova nella fase di "Verifica del Corretto Funzionamento".

I sistemi in uso da parte di Telepass sono stati introdotti in passato e si basano su una tecnologia per la quale i Service Providers non hanno attivato alcuna procedura di accreditamento: si tratta di un sistema basato su tecnologie di microonde e costituiva in passato lo standard operativo in Italia al pari di altri sistemi automatici di pedaggio adottati negli altri Paesi europei ed impiegati da Service Providers interni.

Si evidenziava, infine, che l'Italia è tra i primi Stati membri europei (gli altri sono Spagna, e Portogallo in maniera indiretta accettando gli utenti accreditati in Spagna) a consentire l'accesso al S.E.T. anche ai veicoli leggeri, anticipando l'attuazione della misura, prevista dalla Direttiva 2019/520/UE e da recepire nel nostro ordinamento entro il 19 ottobre 2021, consistente nell'uso da parte del cliente di un apparato di bordo meno complesso e costoso. Nei restanti Paesi europei che applicano il pedaggio ai veicoli leggeri non risulta ad oggi possibile iniziare la procedura di accreditamento SET e, quindi, contrariamente alle "preoccupazioni" sollevate dalla Commissione

europea, il Ministero competente ha dato assicurazione che l'apertura al mercato agli operatori comunitari in Italia non solo non è ostacolata ma è, anzi, maggiormente favorita dalla possibilità di accreditamento SET. Il medesimo Ministero ha stimato, altresì, che la conclusione dei procedimenti attualmente in corso possa avvenire entro il primo semestre del 2021, nel pieno rispetto dell'ordine cronologico di valutazione delle istanze presentate.

CAPITOLO 3

PROBLEMATICHE CONNESSE AD ALCUNE PRINCIPALI ARTERIE AUTOSTRADALI TRA AFFIDAMENTO MEDIANTE GARA O *IN* *HOUSE*.

Premessa

Nel presente capitolo si analizzano, nel dettaglio, le vicende relative a due concessioni autostradali prese a riferimento in quanto la prima (A24-A25) si connota per il fatto di essere stata in assoluto la prima ad essere oggetto di affidamento mediante procedura ad evidenza pubblica, mentre la seconda (A22-Brennero), scaduta dal 2014, ancora ad oggi è oggetto di un travagliato *iter* normativo e amministrativo per un affidamento *in house* che, al momento, non risulta ancora concluso.

La scelta è stata dettata dalla peculiarità di una concessione (la prima) che, seppure affidata a valle di una gara, al momento è sotto la gestione di un commissario straordinario per l'effettuazione dei lavori necessari alla messa in sicurezza, mentre le travagliate vicissitudini della seconda consentono di mettere in luce le problematiche legate all'affidamento *in house* che, per superare il vaglio delle Autorità comunitarie, deve rispondere a criteri ben precisi. Si rammenta, infatti, che l'obbligo di disapplicare le norme interne in contrasto con disposizioni dell'ordinamento europeo che presentino la caratteristica della diretta applicabilità (o produttrici di effetti diretti) ricade anche sulla pubblica amministrazione oltre che sul giudice

nazionale ⁵⁷. Sebbene, infatti, sia una norma nazionale a prevedere la stipulazione di una concessione fra il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti con le regioni ed enti locali interessati che hanno sottoscritto con lo stesso Ministero due protocolli di intesa per la gestione dell'A22, dall'altro lato la direttiva 23/2014/UE è applicabile anche nel caso di concessione ad enti pubblici imponendo, quindi, l'apertura al mercato con una procedura di gara trasparente. I numerosi interventi normativi sono volti, pertanto, ad assicurare che un eventuale affidamento avvenga nel rispetto delle norme europee.

In particolare, occorre che tale affidamento avvenga nell'ambito del principio di cooperazione orizzontale tra pubbliche amministrazioni che condividono competenze ed interessi, principio ricostruito prima con alcune importanti pronunce della Corte di giustizia⁵⁸ e recepito con gli stessi contenuti nella direttiva n.23 all'art.17 comma 4.

Questa norma sostanzialmente esclude l'applicazione della direttiva nel caso di accordi tra pubbliche amministrazioni che presentano interessi e competenze comuni e coordinano così la loro azione di amministrazione pubblica. Tale norma è esattamente riprodotta all'art. 6, comma 6 del codice dei contratti pubblici. Perché tale costruzione sussista occorre evidentemente che l'accordo di collaborazione pubblico non abbia ad oggetto una concessione, ma

⁵⁷ Cfr. sentenza della Corte di Giustizia di Lussemburgo del 22 giugno 1989, Fratelli Costanzo S.p.A. c. Comune di Milano, C 103/88.

⁵⁸ Cfr. sentenza dell'8 maggio 2014, Technische Universität Hamburg-Harburg e Hochschul-Informationssystem GmbH c. Datenlotsen Informationssysteme GmbH, C-15/13; sentenza del 19 dicembre 2012, Azienda Sanitaria Locale di Lecce e Università del Salento c. Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e altri Lecce, C-159/11; sentenza del 23 giugno 2013, Pepienbrock c. Kreis Duren, C-386/11.

si prefigga un'azione comune (ad esempio di sviluppo del corridoio) includendo anche la gestione dell'autostrada. Una fattispecie che pare riscontrarsi nel caso dell'A22 avuto riguardo al riparto di competenze (condivise) in materia di infrastrutture previsto all'art.117 della Costituzione e all'interesse comune dello Stato e delle regioni coinvolti nello sviluppo dei corridoi europei.

1. Il problema dell'equilibrio economico finanziario della concessione autostradale A24 e A25 Roma l'Aquila Teramo e diramazione Torano – Pescara.

Le tratte autostradali A24 e A25 Roma l'Aquila Teramo e diramazione Torano – Pescara si caratterizzano per un primato positivo, in quanto sono le prime tratte autostradali in assoluto ad essere gestite in regime di concessione dalla società Strada dei Parchi S.p.A. sulla base di una convenzione sottoscritta a seguito di procedura di gara, con l'allora concedente Anas S.p.A. in data 20 dicembre 2001, la cui scadenza è fissata al 31 dicembre 2030. Tale convenzione è stata aggiornata con l'Atto Aggiuntivo sottoscritto con ANAS S.p.A. in data 18 novembre 2009.

Si tratta di una concessione che ha ad oggetto la tratta che ha inizio dalla Tangenziale Est di Roma e si estende per 281,5 km verso Teramo e Pescara; in corrispondenza dello svincolo direzionale di Torano, la rete si biforca in due rami di cui uno prosegue verso L'Aquila Teramo (A24) e l'altro verso Chieti-Pescara (A25).

Tale concessione non è nata sotto buoni auspici e ha vissuto e

continua a vivere un *iter* travagliato, stante le difficoltà al raggiungimento di un equilibrio economico finanziario.

A decorrere dal 2014, infatti, risulta ancora in corso il procedimento di revisione della concessione che, al momento, non si è ancora perfezionato, essendo in corso una revisione del medesimo PEF, la cui istruttoria richiede la preventiva valutazione da parte delle Autorità comunitarie oltreché verifiche sotto il profilo amministrativo, giuridico ed economico.

Sotto tale profilo, il rapporto tra la società concessionaria e il Ministero concedente è stato costellato da una mole di ricorsi instauratosi nel corso degli anni e relativamente ai quali, al fine di meglio comprendere l'esatta portata della questione, si riportano le affermazioni del Consiglio di Stato laddove si ribadisce che *“pur essendo comprensibile la volontà delle amministrazioni di pervenire ad una soluzione condivisa di approvazione del nuovo P.E.F. che consenta su quella base la regolare prosecuzione del rapporto concessorio fino alla sua naturale scadenza, spetta alle amministrazioni coinvolte individuare con certezza, ed una volta per tutte, i punti di contrasto tra le parti, di modo che alla proposta della concessionaria seguano le determinazioni del concedente, alla stregua del procedimento di revisione delineato dall'art. 11.10 della Convenzione unica”* e che se *“...su tali determinazioni non si genera il consenso dell'altra parte (anche mediante il raggiungimento di un accordo parziale, ove praticabile, con stralcio dal P.E.F. degli interventi più controversi), riprendono vigore i generali principi dell'azione amministrativa autoritativa, gravando comunque sull'autorità amministrativa concedente l'obbligo di provvedere (cfr.*

C.d.S., V, 29 maggio 2017, n. 2521): perché si tratta di cura necessaria di un interesse pubblico di preminente rilievo per la generalità, che non tollera omissioni o dilazioni. Siffatto interesse, nel caso di specie, pur essendo mediato dall'interesse al perseguimento di soluzioni (preferibilmente concordate) tese a mantenere l'equilibrio economico-finanziario del rapporto concessorio, consiste nell'interesse all'effettiva fruizione da parte indistinta della collettività, senza soluzione di continuità, di un essenziale servizio di interesse economico generale; quindi, nell'interesse a che sia garantita la funzionalità dell'infrastruttura autostradale, in condizioni di corrispondente viabilità (come alla definizione di Autostrade dell'art. 2, comma 3, lett. a), del Codice della strada, d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285) e di necessaria, verificata e affidabile sicurezza per il pubblico, secondo piani di intervento compatibili con le esigenze della finanza pubblica e con i vincoli imposti da obblighi sovranazionali.”⁵⁹

Nelle more del perfezionamento della citata procedura, inoltre, non sono mancati gli interventi normativi, mirati prioritariamente all'esecuzione di interventi di sicurezza considerati urgenti e improcrastinabili.

Infatti, quando anche a seguito degli eventi sismici verificatisi negli anni 2009, 2016 e 2017, si è reso necessario procedere ad interventi di adeguamento autostradale finalizzati prevalentemente alla messa in sicurezza dei viadotti, è dovuto intervenire il legislatore che, già con l'art. 1, comma 183 della legge n. 228 del 2012, ha previsto specifiche disposizioni finalizzate alla realizzazione degli interventi necessari, anche attraverso la rinegoziazione delle condizioni della concessione

⁵⁹ Cfr. Consiglio di Stato Sezione V Sentenza 17 luglio 2019, n. 5022.

vigente ⁶⁰. Sulla stessa scia si pone l'art. 52- *quinquies* del decreto-legge 24 aprile 2017, n.50, che ha assicurato l'immediata disponibilità di 111,720 milioni di euro per interventi cd. di antiscalinamento regolati attraverso un Piano di convalida approvato con il decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti n.401 del 9 agosto 2017.

Con l'art. 16-bis del decreto legge del 20 giugno 2017 n. 91, convertito dalla legge n. 123 del 3 agosto 2017 ⁶¹, sono stati previsti, poi, contributi a valere sul Fondo Sviluppo e Coesione (FSC) per un importo di 250 milioni di euro da corrispondere in n. 5 annualità dal 2021 al 2025, con la statuizione che il valore degli interventi di ripristino e messa in sicurezza autorizzati dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, nonché il contributo disciplinato dalla

⁶⁰ La norma, in conseguenza degli eventi sismici del 2009 in Abruzzo, ha disposto specifiche misure per consentire la messa in sicurezza dei viadotti, l'adeguamento degli impianti di sicurezza in galleria e le ulteriori opere di adeguamento delle autostrade A24 e A25, in quanto opere strategiche per le finalità di protezione civile.

⁶¹ Si riporta l'art. citato: "Art. 16-bis. *Contributo per interventi di ripristino e messa in sicurezza sulla tratta autostradale A24 e A25*

1. *Per lo sviluppo dei territori delle regioni Abruzzo e Lazio ed al fine di consentire l'immediata esecuzione degli interventi di ripristino e messa in sicurezza sulla tratta autostradale A24 e A25 che si rendono necessari in conseguenza degli eventi sismici del 2009, del 2016 e del 2017, è autorizzato un contributo di 50 milioni di euro per ciascuno degli anni dal 2021 al 2025 a favore della società concessionaria Strada dei Parchi S.p.A.*

2. *Agli oneri di cui al comma 1, pari a 50 milioni di euro per ciascuno degli anni dal 2021 al 2025, si provvede mediante corrispondente riduzione delle risorse del Fondo per lo sviluppo e la coesione - programmazione 2014-2020 di cui all'articolo 1, comma 6, della legge 27 dicembre 2013, n. 147.*

3. *Il valore degli interventi di ripristino e messa in sicurezza autorizzati dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti nonché il contributo di cui al presente articolo sono riportati nell'aggiornamento del piano economico-finanziario della società concessionaria Strada dei Parchi S.p.A.*".

norma in esame, dovessero essere riportati nell'aggiornamento del piano economico-finanziario (PEF) della concessionaria Strada dei Parchi S.p.A.

Purtroppo nella legge di bilancio di fine anno, soltanto qualche mese dopo gli interventi sopra riportati, si è reso necessario un ulteriore emendamento.

Si fa riferimento all'art. 1, comma 725, della legge n. 205/2017 (legge di bilancio per il 2018) che ha rimodulato gli importi del contributo autorizzato con l'art. 16 bis, anticipando all'anno 2018 la prima erogazione.

Inoltre, il decreto legge 28 settembre 2018, n.109, convertito, con modificazioni, dalla legge 16 novembre 2018, n.130, ha disposto l'anticipazione di tali fondi, per un importo complessivo di euro 192 milioni, a favore della concessionaria autostradale Strada dei Parchi S.p.A., per la realizzazione di interventi urgenti per la messa in sicurezza delle tratte autostradali A24 e A25. Tali interventi risultano attualmente in corso.

In questo proliferare di norme, si inserisce la sentenza del TAR Lazio n.2897 pubblicata in data 5 marzo 2019 che ha annullato i provvedimenti del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti che avevano riscontrato negativamente, per assenza dei presupposti giuridici, le richieste di Strada dei Parchi di ottenere i finanziamenti per taluni interventi di messa in sicurezza statica dei viadotti, successivamente alla conclusione degli interventi cd. di "antiscalinamento".

Il suddetto Ministero affermava, infatti, che non sussistevano i presupposti giuridici per l'approvazione e l'acquisizione

dell'anticipazione sui contributi pubblici stanziati dei progetti presentati da Strada dei Parchi.

Ciò in quanto gli interventi emergenziali erano stati interamente definiti nel cd. programma "antiscalinamento", regolato con il decreto Ministeriale n. 401 del 9 agosto 2017, e che gli ulteriori interventi richiamati dalla concessionaria dovevano ritenersi esclusi da atti convenzionali di regolazione del rapporto concessorio, non avendo carattere emergenziale.

Ciò precludeva la possibilità, secondo il concedente, di avanzare richieste per l'anticipazione dei contributi previsti dalla legge n. 123/2017.

Nelle motivazioni con cui il TAR Lazio accoglie il ricorso della società concessionaria si legge che *".... le norme in questione sono, invero, di difficile lettura interpretativa in un contesto sistematico, in quanto hanno introdotto, in un lasso di tempo ridotto, due diverse forme di finanziamento in favore della concessionaria, senza chiarire se i due benefici avessero ad oggetto o meno la realizzazione di interventi della medesima natura e tipologia. La ricerca della esatta voluntas del legislatore è resa ancora più complessa dalla circostanza che l'art. 16-bis, pur facendo riferimento alla "immediata" esecuzione degli interventi di ripristino e messa in sicurezza, ha tuttavia previsto una forma di contribuzione pubblica destinata ad operare, nella formulazione originaria della norma, a partire dal 2021. Una simile previsione risultava difficilmente compatibile con una urgenza ed emergenzialità dei lavori da realizzare, che invece connotava il meccanismo di finanziamento garantito all'art.52-quinquies del D.L. n. 50/2017."*

Il collegio conclude nel senso che “...l’indicazione ricavabile dalla predetta norma è quella di realizzare tempestivamente gli interventi in questione, a prescindere dell’approvazione del nuovo PEF, il cui difficoltoso iter di definizione non può quindi giustificare il diniego al finanziamento di opere ritenute dal legislatore necessarie per la messa in sicurezza dell’autostrada.”.

Il problema degli investimenti necessari per la messa in sicurezza della tratta autostradale in parola, peraltro, costituisce specifico punto di una proposta di ammodernamento autostradale confluita in un’intesa istituzionale, c.d. *Roadmap* o “tabella di marcia”, raggiunta il 4 luglio 2017 tra il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti italiano e l’UE, rappresentata dal Commissario europeo alla concorrenza Margrethe Vestager.

Si tratta di un accordo che scaturisce a valle di una serrata interlocuzione tra le Autorità italiane e la Commissione europea tesa a consentire l’ammodernamento e il potenziamento della rete autostradale con un limitato impatto in termini di tariffa all’utenza, tenuto anche conto della congiuntura economica sfavorevole del momento.

In tale scenario, sotto un profilo più generale, si ricorda come già nel mese di agosto 2014 il Governo italiano avesse avanzato una serie di proposte, di cui la principale era confluita nella norma introdotta con l’art. 5, comma 1, del decreto legge n. 133 del 2014 ⁶², norma poi

⁶² Si riporta il testo del previgente art. 5 citato: “Art.5 Norme in materia di concessioni autostradali

[1. Nel rispetto dei principi dell'Unione europea, al fine di assicurare gli investimenti necessari per gli interventi di potenziamento, adeguamento strutturale, tecnologico e ambientale delle infrastrutture autostradali nazionali, nel rispetto dei parametri di sicurezza più avanzati prescritti da disposizioni dell'Unione europea, nonché per assicurare un servizio reso sulla base di tariffe e condizioni di accesso più favorevoli per gli utenti, i concessionari di tratte autostradali nazionali, entro il 30 giugno 2015, sottopongono al Ministro delle infrastrutture e dei trasporti le modifiche del rapporto concessorio in essere finalizzate a procedure di aggiornamento o revisione anche mediante l'unificazione di tratte interconnesse, contigue ovvero tra loro complementari, ai fini della loro gestione unitaria. Entro la medesima data il concessionario sottopone al Ministro delle infrastrutture e dei trasporti un nuovo piano economico-finanziario, corredato di idonee garanzie e di asseverazione da parte di soggetti autorizzati, per la stipulazione di un atto aggiuntivo o di apposita convenzione unitaria, che devono intervenire entro il 31 dicembre 2015. Il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentita per quanto di sua competenza l'Autorità di regolazione dei trasporti, trasmette gli schemi di atto aggiuntivo o di convenzione e i relativi piani economico-finanziari, corredati dei pareri prescritti dalla normativa vigente, ivi compreso quello del Comitato interministeriale per la programmazione economica, alle Camere per il parere delle competenti Commissioni parlamentari, che si esprimono entro trenta giorni dalla trasmissione. Decorso tale termine, il procedimento può comunque avere corso. Le richieste di modifica di cui al presente articolo prevedono nuovi investimenti da parte dei concessionari, i quali sono comunque tenuti alla realizzazione degli investimenti già previsti nei vigenti atti di concessione.

2. Il piano deve assicurare l'equilibrio economico-finanziario, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, nonché la disponibilità delle risorse necessarie per la realizzazione degli interventi infrastrutturali previsti nelle originarie concessioni e di quelli ulteriori per l'attuazione delle finalità di cui al comma 1 e per il mantenimento di un regime tariffario più favorevole per l'utenza.

3. L'affidamento dei lavori, nonché delle forniture e dei servizi, ulteriori rispetto a quelli previsti dalle vigenti convenzioni, avviene nel rispetto delle procedure di evidenza pubblica disciplinate dal codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163. Ai relativi affidamenti si applica l'articolo 11, comma 5, lettera f), della legge 23 dicembre 1992, n. 498, e successive modificazioni.

4. Al fine di accelerare l'iter relativo al riaffidamento delle concessioni autostradali A21 "Piacenza-Cremona-Brescia e diramazione per Fiorenzuola d'Arda (PC)" e A3 "Napoli-Pompei-Salerno" sono approvati gli schemi di convenzione, come modificati secondo le prescrizioni del

abrogata dall'articolo 217, comma 1, lettera rr) del codice dei contratti pubblici, in quanto, di fatto, mascherava una proroga *ex lege*.

Nella *Roadmap* del 4 luglio 2017 è disciplinata, per quel che rileva ai fini del presente paragrafo, l'esecuzione di tre interventi autostradali, uno dei quali costituito proprio dagli interventi di messa in sicurezza delle tratte Roma-L'Aquila- Teramo e diramazione per Torano-Pescara.

In considerazione degli ulteriori tempi necessari al perfezionamento della procedura ancora in corso e tenuto conto delle indifferibili esigenze di pubblico interesse che impongono l'effettuazione dei lavori necessari per assicurare la circolazione in sicurezza, l'articolo 206 del decreto legge "Rilancio" n. 34 del 2020 ha previsto la nomina di apposito Commissario straordinario per l'espletamento delle attività di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei necessari interventi, da attuare per fasi funzionali secondo livelli di

Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS) rese con i pareri nn. 6 e 7 del 7 agosto 2014 da considerarsi parte integrante della Convenzione, e i relativi piani economico-finanziari già trasmessi al CIPE.

4-bis. L'attuazione delle disposizioni di cui al presente articolo è subordinata al rilascio del preventivo assenso da parte dei competenti organi dell'Unione europea.

4-ter. Gli introiti pubblici derivanti da canoni di concessioni autostradali provenienti dall'applicazione del comma 1 sono destinati, secondo le modalità stabilite con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentite le Commissioni parlamentari competenti per materia, a interventi di manutenzione della rete stradale affidata in gestione alla società ANAS Spa, nonché ad alimentare il Fondo nazionale per il concorso finanziario dello Stato agli oneri del trasporto pubblico locale, di cui all'articolo 16-bis del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135, e successive modificazioni, e, per finalità di investimenti e compensazioni ambientali, il Fondo nazionale per la montagna, di cui all'articolo 2 della legge 31 gennaio 1994, n. 97, e successive modificazioni.]".

priorità per la sicurezza antisismica.⁶³

⁶³ Si riporta di seguito l'art. citato: *“Art.206 Interventi urgenti per il ripristino, la messa in sicurezza e l'ammmodernamento delle tratte autostradali A24 e A25 e della strada statale n. 4 a seguito degli eventi sismici del 2009, 2016 e 2017, nonché per la realizzazione di nuove infrastrutture autostradali*

1. Al fine di accelerare le attività di messa in sicurezza antisismica e il ripristino della funzionalità delle Autostrade A24 e A25, e il necessario coordinamento dei lavori per l'adeguamento alla normativa tecnica nazionale ed europea, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, da adottarsi entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, è nominato apposito Commissario straordinario per l'espletamento delle attività di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei necessari interventi, da attuare per fasi funzionali secondo livelli di priorità per la sicurezza antisismica, nel limite delle risorse che si rendono disponibili a legislazione vigente per la parte effettuata con contributo pubblico. Il Commissario dura in carica fino al 31 dicembre 2025. Al Commissario straordinario è attribuito un compenso, determinato con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, in misura non superiore a quella prevista dall'articolo 15, comma 3, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, i cui oneri sono posti a carico del quadro economico dell'opera.

2. Per l'esercizio dei compiti assegnati, il Commissario straordinario si avvale, come struttura di supporto tecnico-amministrativo, di una società pubblica di gestione di lavori pubblici con la quale stipula apposita convenzione nonché di esperti o consulenti fino al numero massimo di 10, scelti anche tra soggetti estranei alla pubblica amministrazione ai sensi dell'articolo 7, comma 6, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, di comprovata esperienza nel settore delle opere pubbliche e nelle discipline giuridiche o tecnico-ingegneristiche, i cui costi sono posti a carico delle risorse disponibili per il finanziamento dell'opera nel limite complessivo del 3 per cento.

3. Allo scopo di poter celermente stabilire le condizioni per l'effettiva realizzazione dei lavori, il Commissario straordinario, assume ogni determinazione ritenuta necessaria per l'avvio ovvero la prosecuzione dei lavori, anche sospesi, nella soluzione economicamente più vantaggiosa, provvede allo sviluppo, rielaborazione e approvazione dei progetti non ancora appaltati, anche avvalendosi dei Provveditorati interregionali alle opere pubbliche, di istituti universitari nonché di società di progettazione altamente specializzate nel settore, mediante

specifici protocolli operativi per l'applicazione delle migliori pratiche, con oneri a carico del quadro economico dell'opera. L'approvazione dei progetti da parte del Commissario straordinario, d'intesa con i Presidenti delle regioni territorialmente competenti, sostituisce, ad ogni effetto di legge, ogni autorizzazione, parere, visto e nulla osta occorrenti per l'avvio o la prosecuzione dei lavori, fatta eccezione per quelli relativi alla tutela ambientale, per i quali i termini dei relativi procedimenti sono dimezzati, e per quelli relativi alla tutela di beni culturali e paesaggistici, per i quali il termine di adozione dell'autorizzazione, parere, visto e nulla osta è fissato nella misura massima di sessanta giorni dalla data di ricezione della richiesta, decorso il quale, ove l'autorità competente non si sia pronunciata, detti atti si intendono rilasciati. L'autorità competente può altresì chiedere chiarimenti o elementi integrativi di giudizio; in tal caso il termine di sessanta giorni di cui al secondo periodo è sospeso fino al ricevimento della documentazione richiesta e, a partire dall'acquisizione della medesima documentazione, per un periodo massimo di trenta giorni, decorso il quale i chiarimenti o gli elementi integrativi si intendono comunque acquisiti con esito positivo. Ove sorga l'esigenza di procedere ad accertamenti di natura tecnica, l'autorità competente ne dà preventiva comunicazione al Commissario straordinario e il termine di sessanta giorni di cui al secondo periodo è sospeso, fino all'acquisizione delle risultanze degli accertamenti e, comunque, per un periodo massimo di trenta giorni, decorsi i quali si procede all'iter autorizzativo.

4. Per l'esecuzione dell'attività di cui al comma 3, il Commissario straordinario, entro trenta giorni dalla nomina, definisce il programma di riqualificazione delle tratte delle Autostrade A24 e A25 comprensivo degli interventi di messa in sicurezza antisismica e adeguamento alle norme tecniche sopravvenute, tenendo conto della soluzione economicamente più vantaggiosa ed individuando eventuali interventi da realizzare da parte del concessionario. Per gli interventi individuati, il Commissario straordinario procede, entro 90 giorni dalla definizione del programma ed autonomamente rispetto al concessionario, alla predisposizione o rielaborazione dei progetti non ancora appaltati, definisce il fabbisogno finanziario e il cronoprogramma dei lavori nel limite delle risorse che si rendono disponibili a legislazione vigente e realizza i lavori a carico del contributo pubblico per fasi funzionali secondo livelli di priorità per la sicurezza antisismica. Al perfezionamento dell'iter approvativo, il Commissario straordinario procede all'affidamento dei lavori. Dal momento dell'affidamento dei lavori e per l'intera durata degli stessi il Commissario straordinario sovrintende alla gestione delle tratte interessate e agli eventuali interventi realizzati dal concessionario ed emana, d'intesa con il concessionario, i conseguenti provvedimenti per la regolazione del traffico.

5. In relazione alle attività di cui al comma 3, il Commissario straordinario assume direttamente le funzioni di stazione appaltante e opera in deroga alle disposizioni di legge in materia di contratti pubblici, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea. Per le occupazioni di urgenza e per le espropriazioni delle aree occorrenti per l'esecuzione degli interventi, il Commissario straordinario, con proprio decreto, provvede alla redazione dello stato di consistenza e del verbale di immissione in possesso dei suoli anche con la sola presenza di due rappresentanti della regione o degli enti territoriali interessati, prescindendo da ogni altro adempimento.

5-bis. Al fine di completare gli interventi relativi alla strada statale n. 4 "via Salaria" - variante Trisungo-Acquasanta - 2° lotto funzionale dal km 155+000 al km 161+500, nonché gli interventi relativi alla strada statale n. 4 "via Salaria" - Realizzazione di strada a quattro corsie dal km 36 al km 54, è autorizzata la spesa di 3 milioni di euro per l'anno 2020 e di 17 milioni di euro per l'anno 2021 per le attività di progettazione, da concludere entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto.

5-ter. Le risorse di cui al comma 5-bis sono trasferite all'ANAS S.p.A. per le attività di progettazione nonché, per la quota eventualmente residua, per la realizzazione dei medesimi interventi, che sono inseriti nel contratto di programma con l'ANAS S.p.A. con priorità di finanziamento e realizzazione.

5-quater. Agli oneri derivanti dall'attuazione del comma 5-bis, pari a 3 milioni di euro per l'anno 2020 e a 17 milioni di euro per l'anno 2021, si provvede mediante corrispondente riduzione dello stanziamento del fondo speciale di conto capitale iscritto, ai fini del bilancio triennale 2020-2022, nell'ambito del programma "Fondi di riserva e speciali" della missione "Fondi da ripartire" dello stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze per l'anno 2020, allo scopo parzialmente utilizzando l'accantonamento relativo al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

6. Il concessionario autostradale prosegue nella gestione ordinaria dell'intera infrastruttura riscuotendo i relativi pedaggi. Entro 30 giorni dalla definizione del programma di cui al comma 4 da parte del Commissario straordinario, il concessionario propone al concedente l'atto aggiuntivo alla Convenzione e il nuovo Piano economico finanziario aggiornato secondo la disciplina prevista dall'Autorità di Regolazione dei Trasporti, in coerenza con il presente articolo e con gli eventuali interventi di propria competenza, ai sensi del comma 4.

7. Per la realizzazione degli interventi urgenti di cui al comma 1, è autorizzata l'apertura di apposita contabilità speciale intestata al Commissario straordinario, alla quale affluiscono

Si ricorda, infine, che l'art. 9-tricies semel del D.L. n. 123/2019 (convertito, con modificazioni, dalla L. n. 156/2019) aveva disposto la sospensione, per il periodo intercorrente tra il 1° gennaio 2019 e il 31 ottobre 2021, dell'incremento delle tariffe di pedaggio delle Autostrade A24 e A25, affidate in concessione alla società Strada dei Parchi, nelle more della rinegoziazione con la società concessionaria delle condizioni della concessione, in ogni caso non oltre la data di conclusione della verifica della sussistenza delle condizioni per la prosecuzione dell'attuale concessione, qualora tale data sia anteriore al 31 ottobre 2021.

2. La questione di legittimità costituzionale avverso l'articolo 52-quinquies del decreto-legge 24 aprile 2017, n.50, convertito, con

annualmente le risorse già destinate agli interventi del presente articolo nell'ambito dei riparti dei Fondi di investimento di cui all'articolo 1, comma 1072, della legge 27 dicembre 2017, n. 205 e all'articolo 1, comma 95, della legge 30 dicembre 2018, n. 145, per il finanziamento dei lavori di ripristino e della messa in sicurezza delle tratte autostradali A24 e A25 a seguito degli eventi sismici del 2009, 2016 e 2017, nei limiti dei relativi stanziamenti di bilancio annuali e delle disponibilità allo scopo destinate a legislazione vigente.

7-bis. A decorrere dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto e fino alla data del 30 giugno 2021, al fine di accelerare la realizzazione delle infrastrutture autostradali relative a una o più regioni, l'affidamento di cui all'articolo 178, comma 8-ter, del codice di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, può avvenire anche in favore di società integralmente partecipate da altre pubbliche amministrazioni nelle forme previste dal decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175. Il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti esercita sulla società il controllo analogo di cui all'articolo 5 del citato codice di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, secondo le modalità previste dal citato articolo 178, comma 8-ter.”.

modificazioni, dalla legge 21 giugno 2017, n.96.

La disciplina recata dall'articolo 52-*quinquies* del decreto-legge n.50 del 2017 ha già registrato l'emanazione di due distinte pronunce della Corte costituzionale, a seguito di autonomi ricorsi proposti dalla regione Abruzzo e dal Tribunale ordinario di Roma nell'ambito del procedimento vertente tra Strada dei parchi S.p.a., ANAS e Ministero delle infrastrutture e dei trasporti avente ad oggetto la spettanza ad ANAS delle rate del corrispettivo della concessione. Entrambi i ricorsi si sono conclusi con sentenza che ne dichiarava l'inammissibilità e la manifesta infondatezza.⁶⁴

Il giudizio proposto in via principale dalla Regione Abruzzo faceva leva principalmente sul presunto contrasto con l'art. 117, terzo comma, Cost., in quanto la norma avrebbe inciso in modo dettagliato sulla materia della «protezione civile» (lo stesso comma 1 farebbe riferimento ad *opere strategiche per la protezione civile*), in relazione alla quale vi è potestà legislativa concorrente tra Stato e Regione.

La disposizione avrebbe altresì violato sia l'art. 117, sesto comma, Cost., nella parte in cui demandava al decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti di approvare, entro il 31 agosto 2017, la

⁶⁴ Cfr. Sentenza Corte costituzionale 128/2018 Giudizio: GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE IN VIA PRINCIPALE Presidente: LATTANZI - Redattore: AMOROSO Udienza Pubblica del 22/05/2018; Decisione del 22/05/2018 Deposito del 13/06/2018; Pubblicazione in G. U. 20/06/2018 n. 25 e Sentenza Corte costituzionale 181/2019 Giudizio: GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE IN VIA INCIDENTALE Presidente: LATTANZI - Redattore: AMOROSO Udienza Pubblica del 4/06/2019; Decisione del 5/06/2019 Deposito del 16/07/2019.

definizione delle sue modalità di attuazione nonché la regolazione di un periodo transitorio, sia l'art. 3 Cost., sotto il profilo dei principi di ragionevolezza e coerenza logica, nella parte in cui prevedeva che il concessionario fosse chiamato ad effettuare le opere predette utilizzando le rate dei canoni concessori relativi agli anni 2015 e 2016, interferendo con il rapporto concessorio in essere che non prevede, a carico di Strade dei Parchi S.p.a., obblighi di manutenzione straordinaria della rete autostradale, cui devono essere ricondotti i lavori indicati nella norma.

La Presidenza del Consiglio dei ministri fondava invece la difesa erariale sul presupposto che la disposizione censurata dalla Regione Abruzzo costituirebbe norma strumentale al perseguimento di finalità per la salvaguardia del territorio, dell'ambiente e dell'incolumità pubblica, deducendo che la disciplina sull'emergenza, che appartiene alla protezione civile, investe anche i più diversi ambiti materiali, quali in particolare il governo del territorio, e che i principi fondamentali in materia di protezione civile assumono una speciale connotazione e una valenza particolarmente pregnante ogniqualvolta sussistono ragioni di urgenza che giustificano l'intervento unitario del legislatore statale.

Al riguardo, la difesa statale faceva leva sul fatto che l'art. 52-quinquies del decreto-legge n. 50 del 2017 non fosse lesivo della sfera di competenza della Regione Abruzzo, in quanto si prevedeva un intervento che non riguardava la disciplina della funzione della protezione civile, né dettava principi e criteri che la legislazione regionale dovesse seguire nel conformare il proprio sistema di protezione civile, ma, al contrario, avrebbe ad oggetto iniziative

finalizzate alla messa in sicurezza delle autostrade, opere di proprietà dello Stato per mezzo dell'ANAS S.p.a.

Le motivazioni su cui si fonda la declaratoria di infondatezza delle questioni sollevate si rinvencono, principalmente, nell'affermazione secondo cui *"...è indubitabile che tali lavori urgenti di messa in sicurezza si riferiscono segnatamente alla prevenzione del rischio sismico, come risulta del resto dalla stessa rubrica della disposizione impugnata, e quindi si iscrivono, in termini generali, nella protezione civile del territorio e delle persone che transitano sulle due autostrade suddette..."* e che *"...la previsione della realizzazione di tali lavori, sulla base di un piano proposto dalla società concessionaria ed approvato dal MIT con il menzionato decreto ministeriale, non può significare – secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata – che il legislatore statale abbia anche autorizzato il MIT a regolare, mediante un atto di esercizio di una funzione amministrativa, aspetti della disciplina della protezione civile con riferimento alle due autostrade suddette. Al contrario, l'area di competenza del decreto ministeriale era – ed è – limitata alla realizzazione dei lavori di messa in sicurezza delle due autostrade nel rispetto della vigente disciplina della protezione civile"*.

Alla luce di quanto precede, il decreto ministeriale non si colloca nell'area della protezione civile, ma *"è attratto al regime proprietario del bene su cui i lavori sono destinati ad essere effettuati e quindi, nella specie, a quello del demanio statale, di competenza esclusiva del legislatore statale"*.

La Corte richiama, peraltro, il consolidato orientamento in forza del

quale «*la titolarità di funzioni legislative e amministrative della Regione in ordine all'utilizzazione di determinati beni non può incidere sulle facoltà che spettano allo Stato in quanto proprietario e che la disciplina degli aspetti dominicali del demanio statale rientra nella materia dell'ordinamento civile di competenza esclusiva dello Stato*⁶⁵.

Sotto un diverso profilo, le doglianze sollevate nel giudizio proposto in via incidentale dal Tribunale di Roma facevano leva, invece, essenzialmente sul fatto che la disposizione censurata «*da un canto, investe un singolo determinato negozio tra parti determinate, in pendenza di una pluralità di giudizi in cui in contestazione è proprio il pagamento di parte delle rate di corrispettivo di concessione cui essa si riferisce, dall'altro impone ope legis una decisione viceversa già affidata all'organo giurisdizionale e da quest'ultimo già risolta in senso diverso*».

In sostanza si tratterebbe di una “norma-provvedimento” che modificherebbe regole pattizie, priva dei caratteri di generalità ed astrattezza che, peraltro, confliggerebbe con il principio della separazione dei poteri e lederebbe le prerogative della giurisdizione e il principio di uguaglianza.

Il Tribunale sollevava dubbi, in particolare, nella parte in cui la norma avrebbe sostituito, come destinatario del pagamento, l'ANAS all'effettivo creditore che – secondo il Tribunale – sarebbe stato il

⁶⁵ Cfr. sentenze Corte Cost. n. 102, n. 94 e n. 370 del 2008, n. 286 del 2004 e n. 343 del 1995. Con specifico riferimento al demanio marittimo, la Corte ha altresì precisato che «la competenza della Regione nella materia non può incidere sulle facoltà che spettano allo Stato in quanto proprietario. Queste infatti precedono logicamente la ripartizione delle competenze ed ineriscono alla capacità giuridica dell'ente secondo i principi dell'ordinamento civile» (sentenza n. 427 del 2004).

Ministero delle infrastrutture e dei trasporti alla stregua della disciplina previgente, in ragione dell'art. 25 del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, nella legge 9 agosto 2013, n. 98, che ha previsto il versamento direttamente al bilancio dello Stato dei canoni di concessione del sedime autostradale a carico dei concessionari stradali a partire al 1° ottobre 2012.

Sotto tali diversi aspetti, la motivazione della Corte si fonda essenzialmente sul fatto che *«la natura di “norma-provvedimento” [...], da sola, non incide sulla legittimità della disposizione»*⁶⁶ e che la legittimità costituzionale delle leggi-provvedimento – le quali non sono incompatibili *«in sé e per sé, con l’assetto dei poteri stabilito dalla Costituzione»*⁶⁷– deve essere *«valutata in relazione al loro specifico contenuto»*⁶⁸ *«essenzialmente sotto i profili della non arbitrarietà e della non irragionevolezza della scelta del legislatore»*⁶⁹ .

La Corte argomenta in modo esauriente sulle doglianze prospettate, evidenziando che, se in linea di principio una norma-provvedimento sopravvenuta nel corso di un giudizio tra le parti potenzialmente sarebbe suscettibile di squilibrare il contraddittorio e le posizioni da esse assunte in giudizio, purtuttavia conclude, nel caso di specie, come la norma non sia diretta ad avvantaggiare la parte pubblica, ma, al contrario, persegua una finalità ben diversa da quella di condizionare od orientare l'esito del giudizio, giacché è invece diretta a finanziare in parte i lavori di messa in sicurezza delle due

⁶⁶ Cfr. sentenza n. 270 del 2010.

⁶⁷ Cfr. sentenza n. 85 del 2013.

⁶⁸ Cfr. sentenze n. 275 del 2013, n. 154 del 2013 e n. 270 del 2010.

⁶⁹ Cfr. sentenza n. 288 del 2008.

autostrade assicurando, nell'immediato, al concessionario un risparmio di spesa con l'ampio differimento (ultradecennale) del termine di adempimento dell'obbligazione avente ad oggetto il pagamento di due rate del corrispettivo della concessione.

Sotto un ulteriore diverso profilo, aggiunge la Corte, la norma potrebbe iscriversi in uno schema che riproduce la previsione dell'articolo 1188 c.c., comportando che il debitore, il quale si giova del differimento del termine di adempimento della sua obbligazione, possa adempiere, con effetto pienamente liberatorio, pagando alla persona indicata dalla legge, nella specie all'ANAS, impregiudicati i rapporti interni tra quest'ultima e il Ministero.

La sentenza conclude, dunque, nel senso che, la disposizione censurata, *“valutata nel più ampio contesto complessivo degli interventi urgenti per la messa in sicurezza delle due autostrade suddette e dell'iniziale loro finanziamento, costituisce una norma-provvedimento non irragionevole (art. 3 Cost.), convergente verso la finalità di procedere all'avvio urgente di tali lavori, né è lesiva del diritto alla tutela giurisdizionale del concessionario”*.

3. La vexata quaestio dell'autostrada del Brennero e il problema dell'“in house”.

La tratta A22 Modena – Brennero, che si estende per 314 km, risulta ad oggi in concessione alla società Autostrada del Brennero ai sensi della convenzione sottoscritta il 29 luglio 1999 e dei successivi atti aggiuntivi, convenzione che, nonostante la scadenza alla data del

30 aprile 2014, prosegue per l'ordinaria amministrazione.⁷⁰ Si premette, altresì, che il tentativo del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti⁷¹ di mettere a gara la concessione in parola è fallito all'esito dell'annullamento del bando di gara e della suddetta direttiva ad opera della sezione quarta del Consiglio di Stato, che aveva discusso il caso il 17 dicembre 2013 e pronunciato la conseguente sentenza nel mese di marzo 2014.⁷²

La compagine societaria, secondo i dati dell'ultimo bilancio d'esercizio, è composta dall'84,7% da soci pubblici e per il 14,3% da soci privati (Serenissima Partecipazioni S.p.A., Società Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A., Banco Popolare Società Cooperativa, Infrastrutture CIS S.r.l.).

Lo "status quo" è la risultante di un Protocollo d'intesa sottoscritto in data 14 gennaio 2016 tra il concedente Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e le Amministrazioni pubbliche territoriali attraversate dalla A22, con il quale è stata evidenziata la rilevanza strategica della tratta autostradale A22, anche per la promozione dell'economia dei

⁷⁰ L'articolo 25 della Convenzione vigente prevede, infatti, che: "... alla scadenza del periodo di durata della concessione il concessionario uscente resta obbligato a proseguire nell'ordinaria amministrazione dell'esercizio dell'autostrada e delle relative pertinenze fino al trasferimento della gestione stessa ..."; inoltre "... per le nuove opere eseguite, che verranno eventualmente assentite successivamente alla presente convenzione e non ancora ammortizzate, il concessionario uscente ha diritto ad un indennizzo di tali poste dell'investimento, da parte del subentrante. Tale indennizzo è regolato secondo quanto previsto dalla Direttiva Ministeriale n.283/98 ...".

⁷¹ Direttiva n.311 del 10 agosto 2011 emanata dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti di intesa con il Ministero dell'Economia e delle Finanze.

⁷² Cfr. sentenza Consiglio di Stato, sez. IV del 13 marzo 2014, n. 1243.

territori, e la possibilità di proseguire la gestione della stessa mediante una società interamente pubblica, nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 17 della direttiva n. 2014/23/UE.

In coerenza con il contenuto del Protocollo d'intesa, e presumibilmente nell'ottica di dare copertura normativa ad un atto di natura convenzionale, l'articolo 13-bis del decreto - legge 16 ottobre 2017, n. 148, convertito dalla legge 4 dicembre 2017, n. 172, ha stabilito, anche in relazione all'autostrada A22, che:

- a) le funzioni di concedente siano svolte dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti;
- b) la convenzione, trentennale, di concessione possa essere stipulata dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti con le Regioni e gli enti locali che hanno sottoscritto il Protocollo di intesa del 14 gennaio 2016, con possibilità di avvalersi di società *in house*, già esistente o di nuova costituzione, nel cui capitale non figurino privati;
- c) la convenzione possa essere stipulata esclusivamente dopo la sua approvazione da parte del CIPE e previa acquisizione del parere dell'Autorità di regolazione dei trasporti;
- d) entro trenta giorni dalla data dell'affidamento della nuova concessione, la Società Autobrennero S.p.a. debba versare all'entrata del bilancio dello Stato le risorse accantonate in regime di esenzione fiscale fino alla predetta data nel fondo di cui all'articolo 55, comma 13, della legge 27 dicembre 1997, n. 449 ("Fondo Ferrovia") e destinate per legge al rinnovo dell'infrastruttura

ferroviaria attraverso il Brennero e alla realizzazione delle relative gallerie, nonché dei collegamenti ferroviari e delle infrastrutture connesse fino al nodo stazione di Verona e delle iniziative relative all'interporto di Trento, all'interporto ferroviario di Isola della Scala (Verona) ed al porto fluviale di Valdarò (Mantova).

In attuazione di detta previsione, veniva predisposta una bozza di Accordo di Cooperazione, che sotto il profilo giuridico si sostanzia, di fatto, in un accordo ai sensi dell'articolo 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241.⁷³ Tale bozza è stata sottoposta alla valutazione della Commissione europea in data 20 novembre 2018, che ne dichiarava la conformità al diritto unionale, e dell'Autorità di regolazione dei trasporti.⁷⁴

Tale Accordo prevede, in sintesi, quanto segue:

- 1) società concessionaria a capitale interamente pubblico;
- 2) durata trentennale della concessione;

⁷³ L'articolo 15 della legge 7 agosto 1990, n.241, che disciplina la materia degli accordi tra le pubbliche amministrazioni, prevede testualmente che: "1. Anche al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 14, le amministrazioni pubbliche possono sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune. 2. Per detti accordi si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni previste dall'articolo 11, commi 2 e 2-bis."

⁷⁴ Cfr. parere n. 10/2018 reso dall'Autorità di regolazione dei trasporti al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ai sensi dell'articolo 13-bis del decreto-legge 16 ottobre 2017, n. 148, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 2017, n. 172 e s.m.i., nella seduta del 22 novembre 2018. Nel medesimo parere l'ART avanzava una serie di osservazioni e richieste di integrazione e chiarimenti puntuali sia sulle considerazioni generali che sulle singole previsioni dell'accordo di cooperazione sottoposto al suo esame.

- 3) realizzazione di nuovi investimenti per 4,2 miliardi, di cui 800 milioni per interventi di miglioramento della viabilità ordinaria;
- 4) interventi di manutenzione ordinaria per 1,5 miliardi;
- 5) riconoscimento di un incremento tariffario nella misura massima dell'1,1 per cento annuo per tutta la durata della concessione, in base al nuovo sistema tariffario, inferiore al tasso di inflazione programmata dell'1,2 per cento;
- 6) assenza di dividendi da distribuire agli azionisti;
- 7) versamento al bilancio dello Stato delle risorse già accantonate ai sensi dell'articolo 55, comma 13, della legge 27 dicembre 1997, n. 449, per 718,4 milioni di euro, da destinare al finanziamento delle tratte di accesso del tunnel del Brennero e delle altre opere accessorie.

Il CIPE, con delibera n. 68 del 28 novembre 2018, approvava lo “schema di accordo di cooperazione all'affidamento della tratta autostradale A22 Brennero – Modena” per il periodo 2019-2048, con le prescrizioni rese dall'Autorità dei trasporti, dal NARS⁷⁵, con il parere n. 6/2018, e dal Ministero dell'economia e delle finanze, richiedendo la verifica della sostenibilità del piano economico-finanziario. Con ulteriore delibera n. 24 del 20 maggio 2019, il CIPE approvava l'accordo per la concessione della A22 Brennero-Modena.

⁷⁵ Si tratta del Nucleo di consulenza per l'Attuazione delle linee guida per la Regolazione dei Servizi di pubblica utilità (NARS) che dal 1996 è l'organismo tecnico di consulenza e supporto alle attività del CIPESS in materia tariffaria e di regolazione dei servizi di pubblica utilità non regolamentati da una specifica Autorità.

In realtà, anche a seguito dell'entrata in vigore della suddetta disposizione, si sono posti una serie di problemi pratici derivanti dalla presenza nel capitale sociale di privati, il che pone dubbi sulla compatibilità di tale modello con la normativa europea. Ed infatti si tratta di disposizione la cui *ratio legis* si sostanzia nella deroga al principio dell'affidamento con gara che può determinare *ex se* un danno erariale dovuto alla circostanza che lo Stato rinuncia ai favorevoli effetti, in termini economici e di qualità del servizio, derivanti dal confronto concorrenziale fra operatori, deroga che può giustificarsi se operata nel rispetto della normativa europea.

Al riguardo risulterebbe perfettamente compatibile con il diritto unionale un affidamento diretto pubblico-pubblico, cioè Stato-Enti territoriali, e l'avvalimento da parte degli enti pubblici di una società *in house* resta compatibile con il modello delineato, mentre non sembra compatibile con esso un eventuale affidamento diretto da parte dello Stato-concedente ad una compagine societaria in cui figurino soggetti privati, posto che in tal caso si violerebbe il principio della gara pubblica e il dettato stesso dell'articolo 13-bis, comma 4.⁷⁶

⁷⁶ L'articolo 13-bis, comma 4, testualmente recita: "4. *Gli atti convenzionali di concessione sono stipulati dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti con i concessionari autostradali delle infrastrutture di cui al comma 1, dopo l'approvazione del CIPE, previo parere dell'Autorità di regolazione dei trasporti sullo schema di convenzione e comunque, con riferimento all'infrastruttura autostradale A22 Brennero-Modena, entro il 30 aprile 2021 e il versamento degli importi dovuti per l'anno 2020 e per gli anni precedenti dal concessionario subentrante della predetta infrastruttura ai sensi del comma 3 è effettuato per il 50 per cento entro il 30 giugno 2021 e per il restante 50 per cento entro il 30 aprile 2022. I medesimi concessionari mantengono tutti gli obblighi previsti a legislazione vigente.*". Mentre il comma 1 recita: "1. *Per il perseguimento delle finalità di cui ai protocolli di intesa stipulati in data 14 gennaio 2016,*

Nel modello di collaborazione pubblico-pubblico su cui si fonda la previsione di cui all'articolo 13-bis vengono in rilievo due diversi profili che non vanno confusi tra loro:

- il profilo dell'attività di controllo sulle società *in house*, di cui gli enti pubblici intendano eventualmente avvalersi, che pertiene esclusivamente ai medesimi enti pubblici ed è elemento imprescindibile della fattispecie dell'*in house* e, quindi, dell'avvalimento;
- l'attività di vigilanza svolta dal concedente, quale attività autonoma e sganciata dalla attività di cui al punto che precede.

Infatti, mentre il controllo analogo rispetto alla società *in house*, che spetta agli enti pubblici sottoscrittori del Protocollo d'Intesa, si connota come «*un'influenza dominante su quest'ultima, se del caso attraverso*

rispettivamente, tra il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e la regione Trentino-Alto Adige/Südtirol unitamente a tutte le amministrazioni pubbliche interessate allo sviluppo del Corridoio scandinavo mediterraneo e sottoscrittrici del predetto protocollo e tra il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e le regioni Friuli-Venezia Giulia e Veneto interessate allo sviluppo del Corridoio mediterraneo, tesi a promuovere la cooperazione istituzionale per lo sviluppo dei medesimi Corridoi, il coordinamento delle infrastrutture autostradali A22 Brennero-Modena e A4 Venezia-Trieste, A28 Portogruaro-Pordenone e raccordo Villesse-Gorizia è assicurato come segue:

- a) le funzioni di concedente sono svolte dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti;*
- b) le convenzioni di concessione per la realizzazione delle opere e la gestione delle tratte autostradali hanno durata trentennale e sono stipulate dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti con le regioni e gli enti locali che hanno sottoscritto gli appositi protocolli di intesa in data 14 gennaio 2016, che potranno anche avvalersi nel ruolo di concessionario di società in house, esistenti o appositamente costituite, nel cui capitale non figurino privati;*
- c) le convenzioni di cui alla lettera b) devono prevedere che eventuali debiti delle società concessionarie uscenti e il valore di subentro delle concessioni scadute restino a carico dei concessionari subentranti.”.*

*strumenti derogatori rispetto agli ordinari meccanismi di funzionamento delle società di capitali, così da rendere il legame partecipativo assimilabile ad una relazione interorganica»*⁷⁷, la vigilanza del concedente sul concessionario si pone su tutt'altro piano, riguardando piuttosto l'esecuzione dei lavori di costruzione delle opere date in concessione e la gestione delle autostrade il cui esercizio è dato in concessione, l'attuazione delle leggi e dei regolamenti concernenti la tutela del patrimonio delle autostrade in concessione nonché la tutela del traffico e della segnaletica, l'adozione dei provvedimenti ritenuti necessari ai fini della sicurezza del traffico autostradale.

Premesso quanto sopra, alla data odierna non risulta ancora sottoscritto l'Accordo di Cooperazione approvato dal CIPE con la delibera n. 24 del 20 maggio 2019 e l'ennesima modifica intervenuta sull'articolo 13-bis nell'ultima legge di bilancio 2021 (articolo 1, comma 722, della legge 27 dicembre 2020, n.178) fissa al 30 aprile 2021 il termine per la sottoscrizione dell'atto convenzionale e dispone che il versamento degli importi dovuti per l'anno 2020 e per gli anni precedenti dal concessionario subentrante debba essere effettuato per il 50 per cento entro il 30 giugno 2021 e per il restante 50 per cento entro il 30 aprile 2022.

Peraltro, con la finalità di favorire la dismissione e la liquidazione dei soci privati, in sede di conversione del decreto legge 28 ottobre 2020, n.137, veniva inserito l'articolo 31-undecies che prevede la possibilità per la società *in house*, individuata quale

⁷⁷ Cfr. sentenza del *Consiglio di Stato*, sez. V, n. 2533 del 29 maggio 2017.

concessionaria, di procedere al riscatto delle azioni dei soggetti diversi dalle pubbliche amministrazioni, mediante il procedimento di cui all'articolo 2437-sexies del codice civile ed anche in deroga allo statuto, previa delibera dell'assemblea dei soci, adottata con la maggioranza prevista per le assemblee straordinarie.⁷⁸

Risulta doverosa, al riguardo, la premessa dell'avvenuta interlocuzione tra il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e la Commissione europea. Ed infatti il citato Ministero, con nota del 25 settembre 2020⁷⁹, aveva chiesto alla Commissione europea di valutare la compatibilità con l'ordinamento europeo della possibilità di prorogare per dieci anni la concessione già di titolarità della

⁷⁸ Si riporta la disposizione citata: "1. *In relazione alle infrastrutture autostradali di cui all'articolo 13-bis, comma 1, del decreto-legge 16 ottobre 2017, n. 148, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 2017, n. 172, al fine di consentire alle regioni e agli enti locali di potersi avvalere di società in house esistenti nel ruolo di concessionari ai sensi della lettera b) del medesimo comma 1, la società da essi a tale fine individuata può procedere, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 2437-sexies del codice civile ed anche in deroga allo statuto, al riscatto previa delibera dell'assemblea dei soci, adottata con la maggioranza prevista per le assemblee straordinarie, delle azioni di titolarità, alla data del 30 novembre 2020, di soggetti diversi dalle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165. In caso di riscatto, i termini di quindici giorni e di trenta giorni previsti dall'articolo 2437-quater, secondo comma, del codice civile sono ridotti rispettivamente a cinque giorni e a dieci giorni e il termine di cui al quinto comma del medesimo articolo 2437-quater è ridotto a venti giorni. Relativamente all'infrastruttura autostradale A22 Brennero-Modena, ai fini della determinazione del valore di liquidazione delle azioni, non si tiene conto della consistenza del fondo di cui all'articolo 55, comma 13, della legge 27 dicembre 1997, n. 449.*"

⁷⁹ Si tratta della nota UFFGAB prot. 37676/U del 25.09.2020.

Autostrada del Brennero S.p.A., al fine di effettuare, anche in funzione anticongiunturale per la ripresa economica a seguito della pandemia Covid-19, uno specifico programma di investimenti straordinari.

La Commissione europea, con nota del 9 ottobre 2020, evidenziava l'incompatibilità con l'ordinamento europeo di detta soluzione, in quanto essendo *“la concessione autostradale A22 Brennero-Modena [...] già scaduta (nel 2014), la contemplata proroga darebbe luogo ad un affidamento senza gara incompatibile con la normativa UE in materia di appalti pubblici e concessioni. Inoltre, un siffatto affidamento senza gara può essere incompatibile con le norme UE in materia di aiuti di stato.”*.

A seguito del pronunciamento della Commissione europea e, dunque, della possibilità di procedere all'affidamento della nuova concessione esclusivamente mediante gara ovvero secondo le modalità indicate nel comma 4 dell'articolo 13-bis del decreto-legge 16 ottobre 2017 n. 148, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti aveva proposto, anche sulla base degli esiti dei ripetuti incontri con i soci pubblici, gli amministratori della società e i rappresentanti dei territori, l'inserimento nel disegno di legge di bilancio di una disposizione finalizzata a:

1) favorire, in conformità all'orientamento espresso dalla Corte dei conti e alla natura del c.d. Fondo ferrovie, la liquidazione dei soci privati prevedendo la possibilità, mediante un meccanismo accelerato e derogatorio dal punto di vista procedurale della disciplina contenuta nell'articolo 2437–sexies del codice civile, per la società Autobrennero di procedere al riscatto delle azioni di titolarità di detti

società; ciò al fine di assicurare il rispetto della prima condizione contemplata dal citato articolo 13- bis e dall'Accordo approvato dal CIPE e qualificata dalla stessa Commissione europea come essenziale ai fini della legittimità di un affidamento senza gara, ovvero l'assenza nel capitale sociale di privati;

2) consentire l'effettuazione da parte della Concessionaria degli investimenti programmati, prevedendo il versamento allo Stato delle somme accantonate nel c.d. Fondo ferrovie, anziché in un'unica soluzione mediante versamenti rateizzati di pari importo, da effettuare entro l'anno 2028.

La proposta, rivolta ad agevolare la liquidazione dei soci privati, era stata inserita nell'articolo 130 del disegno di legge di bilancio 2021 approvato dal Consiglio dei Ministri e presentato alla Camera dei deputati in prima lettura il 18 novembre 2020 (AC 2790), ma era stata parzialmente stralciata all'esito dei rilievi della V Commissione Bilancio. Tale Atto Camera ha visto una conclusione anomala per stralcio deliberato il 20 novembre 2020, anche all'esito dei rilievi della Commissione V Bilancio, e dallo stralcio sono derivati ulteriori diversi progetti di legge .⁸⁰

⁸⁰ AC. 2790-bis, C. 2790-ter, C. 2790-quater, C. 2790-quinquies, C. 2790-sexies, C. 2790-septies, C. 2790-octies, C. 2790-novies, C. 2790-decies, C. 2790-undecies, C. 2790-duodecies, C. 2790-terdecies, C. 2790-quaterdecies, C. 2790-quinquiesdecies, C. 2790-sexiesdecies, C. 2790-septiesdecies, C. 2790-duodevicies, C. 2790-undevicies, C. 2790-vicies, C. 2790-viciessemel, C. 2790-viciesbis, C. 2790-viciester, C. 2790-viciesquater, C. 2790-viciesquinquies, C. 2790-viciessexies, C. 2790-viciessepties, C. 2790-duodetricies, C. 2790-undetricies, C. 2790-tricies, C. 2790-tricies semel, C. 2790-tricies bis.

La suddetta proposta è stata parzialmente approvata, invece, in sede di conversione del decreto legge 28 ottobre 2020 n. 137, convertito dalla legge 18 dicembre 2020, n.176, che ha inserito l'articolo 31-undecies finalizzato alla liquidazione dei soci privati, di cui si è detto prima.

Nella legge di bilancio 2021 ⁸¹ vigente è inserita, invece, la modifica concernente l'iter procedimentale che dovrebbe svolgersi con la seguente tempistica:

- a) sottoscrizione degli atti convenzionali, dopo l'approvazione del CIPE, previo parere dell'Autorità di regolazione dei trasporti sullo schema di convenzione, entro il 30 aprile 2021;
- b) versamento degli importi dovuti per l'anno 2020 e per gli anni precedenti dal concessionario subentrante della predetta infrastruttura per il 50 per cento entro il 30 giugno 2021 e per il restante 50 per cento entro il 30 aprile 2022.

Si rammenta, peraltro, che sia la Commissione europea, nella nota del 9 ottobre 2020, che l'atto di segnalazione del 10 marzo 2020

⁸¹ Art. 1, comma 722 della legge 30 dicembre 2020, n.178 che ha modificato il comma 4 del citato articolo 13-bis, che si riporta di seguito nella versione vigente: “4. *Gli atti convenzionali di concessione sono stipulati dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti con i concessionari autostradali delle infrastrutture di cui al comma 1, dopo l'approvazione del CIPE, previo parere dell'Autorità di regolazione dei trasporti sullo schema di convenzione e comunque, con riferimento all'infrastruttura autostradale A22 Brennero-Modena, entro il 30 aprile 2021 e il versamento degli importi dovuti per l'anno 2020 e per gli anni precedenti dal concessionario subentrante della predetta infrastruttura ai sensi del comma 3 è effettuato per il 50 per cento entro il 30 giugno 2021 e per il restante 50 per cento entro il 30 aprile 2022. I medesimi concessionari mantengono tutti gli obblighi previsti a legislazione vigente.*”

inviato al Parlamento dall'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato, a proposito dell'A22, hanno auspicato una celere conclusione dell'iter procedurale di sottoscrizione della convenzione di concessione dell'autostrada A22, nel rispetto della normativa euro-unitaria e nazionale in materia di in-house providing e, in caso di mancato rispetto della tempistica fissata dalla norma, l'effettivo espletamento di una procedura di gara per l'individuazione della nuova concessionaria.

CAPITOLO 4

PRINCIPALI NOVITÀ INTRODOTTE DAL DECRETO-LEGGE 28 SETTEMBRE 2018, N. 109.

Premessa

L'analisi del presente capitolo ripercorre le tracce delle principali novità introdotte dal legislatore in risposta ai tragici fatti occorsi il 14 agosto 2018.

Si fa riferimento, in particolare, agli articoli 1, 12 e 14 del decreto-legge 28 settembre 2018, n.109, convertito, con modificazioni, dalla legge 16 novembre 2018, n.130, di seguito decreto – legge “Genova”, recanti disposizioni con le quali si intende fornire una risposta immediata ed incisiva nell’ottica di procedere, entro tempi strettissimi, alla ricostruzione del Ponte Morandi e si procede all’individuazione di una serie di misure idonee ad evitare che fatti del genere possano recidivare.

1. La delega al commissario con poteri speciali.

Il decreto-legge “Genova” è emanato dal Governo proprio al fine di dare le prime risposte normative forti e, come si legge dalle premesse del medesimo, *di garantire misure urgenti a sostegno della popolazione colpita dall'evento del crollo di un tratto del viadotto Polcevera dell'autostrada A10, nel Comune di Genova, noto come ponte Morandi, avvenuto nella mattinata del 14 agosto 2018, nonché per le attività di demolizione del viadotto e di*

realizzazione di infrastrutture necessarie ad assicurare la viabilità nel Comune di Genova e nelle relative aree portuali, in termini di continuità rispetto alle iniziative intraprese dal Commissario delegato nominato con ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione civile n. 539 del 20 agosto 2018”.

Si premette, al riguardo, che, a meno di una settimana dal verificarsi dell'evento, con l'ordinanza del Capo Dipartimento di Protezione civile, si dava avvio ai primi interventi urgenti di protezione civile in conseguenza dell'emergenza determinatasi a seguito del crollo del Ponte.

Il Governo si trovava a fronteggiare una tragedia immane, che, oltre al sacrificio di 43 vittime, aveva provocato anche ingenti danni morali e materiali, consistenti nell'evacuazione di interi nuclei familiari, dalle proprie abitazioni, gravi danneggiamenti alle infrastrutture stradali e ferroviarie tali da prefigurare il collasso del sistema trasportistico della città di Genova e della Regione Liguria, la forzata interruzione delle attività economiche e produttive che avevano sede nelle zone colpite dall'evento.

Con il citato decreto legge il Governo voleva dare impulso e copertura normativa ad una serie di interventi urgenti che potessero realizzarsi anche al di fuori “delle stringenti maglie” imposte dal rispetto del codice dei contratti, ricorrendo alla nomina di un commissario che potesse proseguire nella propria attività, sulla base di quanto già disposto anche a mezzo dell'ordinanza del 20 agosto 2018.⁸²

⁸² Si tratta dell'ordinanza 20 agosto 2018 del Capo del Dipartimento della protezione civile recante “*Primi interventi urgenti di protezione civile in conseguenza dell'emergenza*”

Ed infatti, già nell'immediatezza del verificarsi dell'evento, a distanza di meno di una settimana, il Capo del Dipartimento della protezione civile, preso atto della necessità di disporre l'attuazione di primi interventi urgenti finalizzati a fronteggiare l'emergenza onde consentire la ripresa delle normali condizioni di vita delle popolazioni, nonché la messa in sicurezza dei territori e delle strutture, e tenuto conto del fatto che la situazione emergenziale in atto, per i caratteri d'urgenza, non consentiva l'espletamento di procedure ordinarie, ma imponeva l'utilizzo di poteri straordinari in deroga alla vigente normativa, acquisita l'intesa della Regione Liguria, con nota del 20 agosto 2018, nominava il Presidente della Regione Liguria quale Commissario delegato.

Si prevedeva, altresì, che il Commissario delegato dovesse operare a titolo gratuito e che lo stesso potesse avvalersi delle strutture e degli uffici regionali, della Città metropolitana di Genova, di quelli del Comune di Genova e delle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato.

L'articolo 3 della citata ordinanza recava un corposo elenco di disposizioni normative cui il Commissario era autorizzato a derogare.

L'ordinanza prevedeva e disciplinava, altresì, tutta una serie di misure urgenti che andavano dai contributi di prima assistenza alle spese funerarie, sino a tutte le attività di ricognizione ai fini della determinazione e quantificazione dei danni.

L'articolo 1 del decreto legge "Genova" n. 109 del 2018, nella sostanza, conferma la necessità di ricorrere alla nomina di un

determinatasi a seguito del crollo di un tratto del viadotto Polcevera dell'autostrada A10, nel Comune di Genova, noto come ponte Morandi, avvenuto nella mattinata del 14 agosto 2018".

commissario, nomina affidata ad apposito decreto del Presidente del Consiglio dei ministri ⁸³ che autorizza, nel contempo, il Commissario nominato ad operare in deroga ad ogni disposizione di legge extrapenale, fatto salvo il rispetto dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea al fine di garantire, in via d'urgenza, le attività per la demolizione e lo smaltimento dei materiali di risulta, nonché per la progettazione, l'affidamento e la ricostruzione dell'infrastruttura e il ripristino del connesso sistema viario.

Tale previsione (primo periodo del comma 5) è stata poi modificata dalla Camera e nella formulazione definitiva prevede – per la demolizione, la rimozione, lo smaltimento e il conferimento in discarica dei materiali di risulta, nonché per la progettazione, l'affidamento e la ricostruzione dell'infrastruttura e il ripristino del connesso sistema viario – che il Commissario straordinario operi in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale (non si fa più riferimento ad ogni disposizione di legge extrapenale), fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia di cui al decreto legislativo n.159 del 2011 (che non figurava nella originaria formulazione approvata dal Consiglio dei Ministri), e il rispetto dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea come già previsto nel testo vigente.

Il primo periodo del comma 1, peraltro, esplicita la finalità dell'articolo in esame, che è quella di accelerare le operazioni di

⁸³ Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 4 ottobre 2018 con il quale, in applicazione dell'art. 1, comma 1, del decreto-legge n.109 del 2018, il sindaco di Genova, dott. Marco Bucci, è stato nominato quale Commissario straordinario.

ricostruzione dell'infrastruttura crollata. Tale intervento di ricostruzione è qualificato, dalla disposizione in esame, opera di pubblica utilità. Tale dichiarazione di pubblica utilità attribuisce alle opere, anche qualora private, la natura giuridica di opera pubblica e costituisce presupposto per eventuali procedure espropriative.

2. Rapporti tra commissario e Autostrade per l'Italia S.p.a.

Come si anticipava nel capitolo 2, in Italia la rete autostradale assentita in concessione dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti si estende per circa 6.000 km ed è gestita da 22 società con 25 rapporti concessori regolati da apposite convenzioni. Accorpando le concessioni in base ai gruppi che esercitano il controllo economico sulle stesse, emergono due grandi aggregati imprenditoriali: il gruppo Atlantia (3.020 km), che comprende Autostrade per l'Italia e che controlla sostanzialmente circa metà della rete a pedaggio, e il gruppo Gavio (1.212,1 km), che ne controlla il 20 per cento.

La parte residua è divisa invece tra società che sono spesso controllate da enti pubblici locali o concessionari minori (1.657,8 km).

Ai fini del presente paragrafo, si premette che la società Autostrade per l'Italia S.p.A. è attualmente concessionaria della rete autostradale per un'estensione complessiva di 2.857 km e che il viadotto Polcevera è parte di tale rete ed è assentito in concessione alla società Autostrade per l'Italia in forza della Convenzione di concessione sottoscritta in data 4 agosto 1997, che ha fissato la scadenza della concessione al 31 dicembre 2038, ad oggi non modificata, e delle successive integrazioni intervenute con Convenzioni aggiuntive del

15 gennaio 1998, 29 marzo 1999, 21 maggio 1999, 23 dicembre 2002, nonché con la Convenzione Unica sottoscritta il 12 ottobre 2007, diventata efficace l'8 giugno 2008, e l'atto Aggiuntivo alla Convenzione Unica del 24 dicembre 2013, diventato efficace il 29 maggio 2014.

Tenuto conto della suddetta situazione, il primo periodo del comma 6 dell'articolo 1 del decreto legge in argomento prevede che il concessionario del tratto autostradale alla data dell'evento (vale a dire la società Autostrade per l'Italia) è tenuto, in quanto responsabile del mantenimento in assoluta sicurezza e funzionalità dell'infrastruttura concessa ovvero in quanto responsabile dell'evento, a far fronte alle spese di ricostruzione dell'infrastruttura e di ripristino del connesso sistema viario. La disposizione prevedeva inoltre che, in caso di omesso versamento nel termine previsto, il Commissario straordinario potesse procedere all'individuazione di un soggetto pubblico o privato che anticipasse le somme necessarie alla integrale realizzazione delle opere, a fronte della cessione *pro solvendo* della pertinente quota dei crediti dello Stato nei confronti di Autostrade S.p.A.

Nel corso dell'esame alla Camera, si interveniva su tale previsione precisando che la suddetta anticipazione potesse essere remunerata al tasso di rendimento dei buoni del Tesoro decennali maggiorato di 1,5 punti percentuali.

Si disponeva, comunque, al fine di realizzare tutti gli interventi necessari, uno stanziamento di garanzia in caso di mancato o ritardato versamento, autorizzando la spesa di 360 milioni di euro per assicurare il celere avvio delle attività del Commissario e a garanzia

dell'immediata attivazione del meccanismo di anticipazione.

Si tratta di una disposizione che tiene conto del contenuto della risoluzione della Camera votata in data 4 settembre 2018 ⁸⁴, laddove si affermava che *“ferme restando le eventuali responsabilità da accertare in ogni sede competente, i fatti accaduti hanno clamorosamente dimostrato che il Concessionario, avendo in custodia il Ponte, non ha saputo assicurarne la necessaria integrità”* e che *“appare pertanto doveroso valutare l'opportunità di affidare la ricostruzione del ponte Morandi ad una azienda pubblica, ma soprattutto occorre prioritariamente esigere dalla società concessionaria il pronto adempimento degli obblighi convenzionali su di essa incombenti circa il ripristino della funzionalità dell'infrastruttura”*.

L'articolo 1-ter – aggiunto nel corso dell'esame alla Camera dei deputati – ha previsto, inoltre, la consegna delle tratte autostradali A7 e A10 dal concessionario al Commissario, quali tronchi autostradali funzionalmente connessi al viadotto del Polcevera dell'autostrada A10, il cui esercizio risulta interferito dalla realizzazione degli interventi di ricostruzione dell'infrastruttura conseguente all'evento. Il comma 2 stabilisce, infine, l'obbligo per le concessionarie autostradali di provvedere ad intraprendere le occorrenti attività di verifica e messa in sicurezza di tutte le infrastrutture viarie oggetto di atti convenzionali, con particolare riguardo ai ponti, viadotti e cavalcavia, prioritariamente rispetto ad ogni altro intervento programmato, precisando che tali attività rimangono ad esclusivo carico delle concessionarie stesse, senza possibilità di imputazione alle tariffe

⁸⁴ Risoluzione in Assemblea 6/00014 presentato da D'UVA Francesco.

autostradali e senza alcuna corrispondente revisione del Piano economico finanziario (PEF).

Si stabilisce, inoltre, che resta fermo l'obbligo per le concessionarie di adottare ogni occorrente iniziativa a tutela della pubblica incolumità e della sicurezza delle infrastrutture, ivi comprese misure di limitazione o sospensione del traffico veicolare.

3. Agenzia Nazionale per la Sicurezza delle Ferrovie e delle Infrastrutture Stradali e Autostradali- ANSFISA.

Si leggeva nell'atto di risoluzione votato alla Camera il 4 settembre 2018 che "...è, pertanto, urgente ricominciare a programmare gli interventi di manutenzione e messa in sicurezza delle nostre infrastrutture per evitare che eventi di questo genere si verificano nuovamente e per garantire ai cittadini comodità ed efficienza dei trasporti" e che "è evidente come la gestione di Autostrade per l'Italia S.p.a. è stata contrassegnata da opacità, manutenzione insufficiente, oggettivo squilibrio tra interesse pubblico e interesse privato con conseguente eccessivo incremento delle tariffe autostradali".

Il punto 8 della citata risoluzione impegnava il Governo a valutare *"la costituzione di una struttura appositamente dedicata che possa utilmente effettuare le occorrenti attività di verifica e controllo su tutte le infrastrutture di mobilità e collegamento"*.

L'articolo 12 del decreto legge n.109 del 2018 si fa carico di tale esigenza, con particolare riferimento alla necessità di individuare uno specifico soggetto giuridico per una attività di controllo tecnico-

ispettivo più stringente e profonda della ordinaria attività di vigilanza spettante al concedente.

È questa la “*voluntas legis*” che legittima la nascita di una nuova Agenzia, detta ANSFISA, già operativa al momento della stesura del presente lavoro, con il dichiarato intento di assicurare elevati standard di sicurezza delle infrastrutture statali e autostradali.

ANSFISA succede a titolo universale all'Agenzia nazionale per la sicurezza delle ferrovie (ANSF), istituita dall'articolo 4 del decreto legislativo 10 agosto 2007 n. 162 (recante recepimento delle direttive 2004/49/CE e 2004/51/CE relative alla sicurezza e allo sviluppo delle ferrovie comunitarie), ereditandone le relative risorse umane, strumentali e finanziarie, nonché le competenze già previste. In tale ambito, si prevede che il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti abbia poteri di indirizzo, vigilanza e controllo strategico, esercitati secondo le modalità previste nel presente decreto. Nel corso dell'esame alla Camera, il comma 2 è stato modificato prevedendo che l'Agenzia sia dotata di personalità giuridica e tra i poteri assegnati al Ministro delle infrastrutture e dei trasporti è stato escluso quello relativo al controllo strategico.

Le nuove competenze di ANSFISA in materia di sicurezza delle infrastrutture stradali e autostradali sono disciplinate dal comma 4 dell'articolo in parola ⁸⁵. Oltre all'esercizio delle funzioni già

⁸⁵ Si riporta di seguito la disposizione citata: “4. Con riferimento alla sicurezza delle infrastrutture stradali e autostradali, oltre all'esercizio delle funzioni già disciplinate dal decreto legislativo 15 marzo 2011, n. 35 e fermi restando i compiti e le responsabilità dei soggetti gestori, l'Agenzia, anche avvalendosi degli altri soggetti pubblici che operano in materia di sicurezza delle infrastrutture:

disciplinate dal decreto legislativo 15 marzo 2011, n. 35 (Attuazione della direttiva 2008/96/CE sulla gestione della sicurezza delle infrastrutture stradali) – fermi restando i compiti e le responsabilità dei soggetti gestori – l'Agenzia esercita l'attività ispettiva, promuove l'adozione da parte dei gestori delle reti stradali ed autostradali di Sistemi di Gestione della Sicurezza per le attività di verifica e manutenzione delle infrastrutture certificati da organismi di parte terza riconosciuti dall'Agenzia, sovrintende alle ispezioni di sicurezza sulle infrastrutture stradali e autostradali, anche compiendo verifiche sulle attività di controllo già svolte dai gestori, propone al Ministro delle infrastrutture e dei trasporti l'adozione del piano nazionale per l'adeguamento e lo sviluppo delle infrastrutture stradali e autostradali

-
- a) *esercita l'attività ispettiva finalizzata alla verifica della corretta organizzazione dei processi di manutenzione da parte dei gestori, nonché l'attività ispettiva e di verifica a campione sulle infrastrutture, obbligando i gestori a mettere in atto le necessarie misure di controllo del rischio in quanto responsabili dell'utilizzo sicuro delle infrastrutture;*
- b) *promuove l'adozione da parte dei gestori delle reti stradali ed autostradali di Sistemi di Gestione della Sicurezza per le attività di verifica e manutenzione delle infrastrutture certificati da organismi di parte terza riconosciuti dall'Agenzia;*
- c) *sovrintende alle ispezioni di sicurezza previste dall'articolo 6 del decreto legislativo 15 marzo 2011, n. 35 sulle infrastrutture stradali e autostradali, anche compiendo verifiche sulle attività di controllo già svolte dai gestori, eventualmente effettuando ulteriori verifiche in sito;*
- d) *propone al Ministro delle infrastrutture e dei trasporti l'adozione del piano nazionale per l'adeguamento e lo sviluppo delle infrastrutture stradali e autostradali nazionali ai fini del miglioramento degli standard di sicurezza, da sviluppare anche attraverso il monitoraggio sullo stato di conservazione e sulle necessità di manutenzione delle infrastrutture stesse. Il Piano è aggiornato ogni due anni e di esso si tiene conto nella redazione ed approvazione degli strumenti di pianificazione e di programmazione previsti dalla legislazione vigente;*
- e) *svolge attività di studio, ricerca e sperimentazione in materia di sicurezza delle infrastrutture stradali e autostradali.”.*

nazionali ai fini del miglioramento degli standard di sicurezza, svolge attività di studio, ricerca e sperimentazione in materia di sicurezza delle infrastrutture stradali e autostradali, sia appartenenti alla rete stradale transeuropea che su quelle ad essa non appartenenti.

Nel corso dell'esame presso il Senato è stato introdotto il comma 4-quater, che trasferisce all'Agenzia anche le funzioni ispettive e di vigilanza sui sistemi di trasporto rapido di massa (metropolitane, tramvie, ferrovie urbane) esercitate dagli Uffici speciali trasporti a impianti fissi (USTIF) del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

Al fine di garantire l'efficacia della attività di controllo esercitata dall'Agenzia e il rispetto degli standard di sicurezza da parte dei concessionari, la disposizione (comma 5) prevede specifiche sanzioni amministrative nei casi in cui i concessionari non adempiano alle disposizioni adottate dall'Agenzia nell'esercizio delle proprie funzioni. Le sanzioni amministrative pecuniarie, anche progressive, sono accertate e irrogate dall'Agenzia secondo le disposizioni di cui al Capo I, Sezioni I e II, della legge 24 novembre 1981, n. 689.

4. Sistema di monitoraggio dinamico per la sicurezza delle infrastrutture stradali e autostradali in condizioni di criticità.

L'articolo 14, ai commi 1, 3-bis e 5, disciplina la realizzazione e la gestione di un sistema sperimentale di monitoraggio dinamico, a cui sovrintende il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, per le infrastrutture stradali e autostradali che presentano condizioni di

criticità connesse al passaggio di mezzi pesanti.

Si prevede, inoltre, al termine della fase sperimentale, l'operatività a regime del sistema di monitoraggio dinamico, implementato attraverso l'utilizzo delle più avanzate ed efficaci tecnologie, anche spaziali, per l'acquisizione e l'elaborazione dei dati di interesse.

La norma in esame prevede, altresì, che i soggetti gestori, a qualsiasi titolo, delle infrastrutture stradali e autostradali, individuate dal medesimo Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, forniscano al Ministero stesso i dati occorrenti per l'inizializzazione e lo sviluppo del sistema di monitoraggio dinamico, dotandosi degli occorrenti apparati per operare il controllo strumentale costante delle condizioni di sicurezza delle infrastrutture stesse (anche utilizzando – come precisato con un emendamento approvato nel corso dell'esame in sede presso la Camera dei deputati – il sistema BIM Building Information Modeling).

Su tale disposizione è poi intervenuto l'articolo 49 del decreto-legge 16 luglio 2020, n.76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n.120, che ha opportunamente precisato che si dovesse procedere separatamente all'adozione di decreti contenenti linee guida finalizzate ad assicurare l'omogeneità della classificazione e gestione del rischio, della valutazione della sicurezza e del monitoraggio dei ponti, viadotti, rilevati, cavalcavia e opere similari, esistenti lungo strade statali o autostrade gestite da Anas S.p.A. o da concessionari autostradali, nonché di quelli esistenti lungo infrastrutture stradali gestite da enti diversi da Anas S.p.A. o da concessionari autostradali.

Al momento della stesura del presente lavoro, la

sperimentazione di cui al citato articolo 14 del decreto – legge n. 109 del 2018 è partita soltanto con riferimento ai ponti e viadotti esistenti sulla rete stradale e autostradale nazionale gestiti da Anas S.p.A. o da concessionari autostradali, ma non anche per quelli esistenti lungo infrastrutture stradali gestite da enti diversi da Anas S.p.A. o da concessionari autostradali, presumibilmente per le implicazioni di carattere finanziario che ne deriverebbero a carico degli enti gestori.⁸⁶

5. Dal ponte realizzato dall'ingegner Riccardo Morandi fra il 1963 e il 1967 al ponte S. Giorgio realizzato tra il 20 agosto 2018 e il 3 agosto 2020.

La realizzazione del nuovo Ponte S. Giorgio, in meno di due anni dal crollo del precedente, è l'emblema dei risultati eccellenti cui si potrebbe giungere qualora la sinergia pubblico-privato operasse secondo modelli virtuosi, sganciati dal rispetto di regole a volte farraginose.

Nonostante la mole di contenzioso abbattutasi letteralmente sulle disposizioni "chiave" del decreto Genova, di cui si parlerà nel capitolo che segue, alle 18.30 del 3 agosto 2020, 720 giorni e qualche ora dopo quel famigerato giorno del 14 agosto 2018, questa imponente infrastruttura nasce e prova a ricucire, simbolicamente e

⁸⁶ Decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti 17 dicembre 2020, n.578 che ha adottato le Linee Guida per la classificazione e gestione del rischio, la valutazione della sicurezza ed il monitoraggio dei ponti e viadotti esistenti, già approvate dal Consiglio dei Lavori Pubblici nel mese di aprile 2020.

concretamente, una ferita che comunque non potrà essere dimenticata.

Al di là di questa ferita e del dibattito ancora aperto sulla replicabilità del modello Genova, è indubitabile che tale modello sia diventato un paradigma, non solo inteso come regole certe per realizzare bene un'opera pubblica importante, ma come modello che ha sicuramente funzionato e che da ora in avanti si imporrà nella sua dinamica in cui tutti gli attori coinvolti nel progetto del nuovo ponte hanno condiviso un atteggiamento mentale, un patto di valori non scritto in regole contrattuali, ma che ha consentito che le regole normative e convenzionali non diventassero un percorso ad ostacoli.

Un approccio fondato sul senso di responsabilità che ispira e porta a traguardo l'azione concreta, aiutando tutti a stare concentrati su ciò che conta senza incagliarsi ad ogni passo.

Ciò che veramente conta è il risultato finale, che vale ben più dello sforzo necessario a conseguirlo.

Ricordiamo che la nuova bellissima infrastruttura è stata disegnata da Renzo Piano, pensando ad una nave da cui guardare il mare, e che forse nulla sarebbe stato possibile in assenza della visione e dell'immenso regalo che questo talentuoso architetto ha voluto fare alla sua città, anzi proprio al quartiere nel quale è cresciuto.

Il Commissario Bucci e la relativa struttura commissariale hanno preferito il progetto di Renzo Piano a quello di Santiago

Calatrava proposto dalla cordata di costruzione Salini Impregilo con Fincantieri.

Dirà Marco Bucci: *“Abbiamo scelto il ponte di Renzo Piano basandoci su diversi criteri: costi, estetica, facilità di ricostruzione, tempi, rischi e manutenzione. Entrambi i progetti erano buoni, non c'è stato un confronto o una gara, ma una scelta.”*

Il nuovo ponte di Renzo Piano costerà 202 milioni di euro, mentre i lavori di demolizione costeranno 19 milioni. E sarà, nelle parole dell'architetto e senatore a vita, *“un ponte bello, bello com'è intesa la bellezza a Genova. Un ponte molto genovese. Semplice ma non banale. Un ponte di acciaio, sicuro e durevole. Perché i ponti non devono crollare.”*

Oggi l'Italia guarda al ponte con rispetto, per il dolore profondo di quanti hanno perso i loro cari per una tragedia inaccettabile e per l'orgoglio di quanti hanno messo nel viadotto Polcevera una certa idea dell'Italia ⁸⁷.

⁸⁷ Cfr. Il libro "La Nave di Genova" che il Secolo XIX ha distribuito gratuitamente in edicola, insieme al quotidiano, venerdì 14 agosto 2020, giorno del secondo anniversario della tragedia. Nel volume ci sono le storie degli sfollati, dei parenti, di chi ha demolito il ponte, di chi lo ha ricostruito. Storie che si possono ripercorrere attraverso gli articoli del Secolo XIX selezionati in questi due anni. Nelle sue 175 pagine si svolge il racconto di 24 mesi rievocati attraverso articoli, fotografie e testimonianze inedite sul crollo e sulla ricostruzione.

CAPITOLO 5

CONTRIBUTO RECENTE DELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE.

Premessa

Il presente capitolo esamina le vertenze contro gli atti adottati in attuazione del decreto legge “Genova”, di cui si è dibattuto nel capitolo 4.

Si tratta, in particolare, del decreto di nomina del commissario per la ricostruzione, adottato in attuazione dell’art. 1 del citato decreto,⁸⁸ del decreto del Commissario Straordinario per la ricostruzione ⁸⁹ avente ad oggetto: “Individuazione dei tronchi autostradali funzionalmente connessi al viadotto del Polcevera dell'autostrada A10” sul cui esercizio interferisce la realizzazione degli interventi di ricostruzione dell'infrastruttura, ai sensi dell'art. 1-ter del decreto-legge 28 settembre 2018, n. 109 e della nota del Commissario Straordinario per la ricostruzione,⁹⁰ indirizzata ad Autostrade per l'Italia S.p.A., avente ad oggetto: “Applicazione dell'art. 1-ter del decreto-legge 28 settembre 2018, n. 109”.

⁸⁸ Si tratta del citato decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 4 ottobre 2018, di nomina del dott. Marco Bucci a Commissario straordinario per la ricostruzione ai sensi dell'art. 1, comma 1, del decreto-legge 28 settembre 2018, n. 109, pubblicato in data 15 novembre 2018, esclusivamente nella parte in cui richiama “i commi 3, 4, 5 e 7 del richiamato articolo 1 del decreto-legge n. 109 del 2018”.

⁸⁹ Decreto n. 17, prot. n. D/2018/17 del 14 dicembre 2018, pubblicato solamente sul sito web del Commissario.

⁹⁰ Nota del commissario Bucci prot. n. CC.2018.374 del 21 dicembre 2018.

Si avrà riguardo, specificamente, alle doglianze sollevate da ASPI e al contenuto di ben sei ricorsi proposti al TAR Liguria, in seno ai quali sono stati sollevati dubbi di costituzionalità anche in relazione all'esclusione, disposta *ex lege*, della società Aspi dalle attività di ricostruzione del ponte Morandi.

Le questioni di legittimità sollevate, ritenute fondate e manifestamente rilevanti, sono state oggetto di autonome ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale da parte del TAR adito.

Si anticipa sin d'ora che, comunque, le scelte sottese al decreto legge Genova sono state riconosciute legittime dal supremo giudice delle leggi, e in particolare quella di non affidare ad Autostrade la ricostruzione del Ponte, in quanto la stessa *“è stata determinata dalla eccezionale gravità della situazione che lo ha indotto, in via precauzionale, a non affidare i lavori alla società incaricata della manutenzione del Ponte stesso”*.

La Corte ha poi dichiarato inammissibili le questioni sull'analogia esclusione delle imprese collegate ad Aspi e quelle concernenti l'obbligo della concessionaria di far fronte alle spese di ricostruzione del Ponte e di esproprio delle aree interessate.⁹¹

⁹¹ Sentenza Corte cost. 168/2020 nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale - Udienza Pubblica del 08/07/2020; Decisione del 08/07/2020 - Deposito del 27/07/2020; Pubblicazione in G. U. 29/07/2020 n. 31 Presidente: CARTABIA - Redattore: BARBERA Norme impugnate: Artt. 1, c. 3°, 5°, 6°, 7°, 8° e 8° bis; 1 bis; 1 ter, c. 1°; 4 bis, del decreto-legge 28/09/2018, n. 109, convertito, con modificazioni, nella legge 16/11/2018, n. 130.

1. I motivi di doglianza di ASPI sollevati davanti al giudice amministrativo oggetto delle ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale.

A seguito della nomina del Commissario straordinario di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 4 ottobre 2018, la società ASPI ricorreva al Tar Liguria avverso il suddetto provvedimento nonché avverso gli ulteriori atti adottati dal Commissario straordinario, aventi ad oggetto l'individuazione dei tronchi autostradali funzionalmente connessi o comunque adottati in attuazione dell'articolo 1-ter del decreto legge n. 109 recante *Interventi di messa in sicurezza e gestione delle tratte autostradali*.⁹²

Le doglianze di ASPI, sostanzialmente condivise dal giudice "a quo" ai fini della valutazione di rilevanza e non manifesta infondatezza, fondamentalmente facevano perno su:

- illegittimità dell'esclusione dalle attività di ricostruzione del Ponte, essendo la società ricorrente titolare dell'obbligo e, al contempo, del diritto di ricostruire il c.d. «Ponte Morandi» o «Viadotto Polcevera» sulla scorta della Convenzione Unica sottoscritta in data 12 ottobre 2007, in forza della quale è previsto l'obbligo per Aspi, quale concessionaria del tratto autostradale, di provvedere *«al mantenimento della funzionalità delle*

⁹² Ricorso numero di registro generale 48 del 2019, proposto da Autostrade per l'Italia S.p.A. notificato in data 14 gennaio 2019 contro Presidenza del Consiglio dei ministri, Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e Commissario Straordinario per la Ricostruzione del Viadotto Polcevera Genova.

infrastrutture concesse attraverso la manutenzione e la riparazione tempestiva delle stesse»;

- illegittimità dei commi 3, 5 e 7 dell'art. 1 del decreto-legge n. 109/2018, richiamati espressamente dal citato decreto del Presidente del Consiglio, con riferimento ai poteri e ai compiti attribuiti al Commissario Straordinario «*ai fini dello svolgimento dell'incarico*»; nonché dei commi 6, 8, e 8-bis, e degli articoli 1-bis, 1-ter e 4 in quanto porrebbero unilateralmente in capo alla Concessionaria obblighi estranei alle previsioni della Convenzione Unica ed in contrasto con essa;
- una spoliazione autoritativa operata *ex lege* dei compiti spettanti alla Concessionaria relativamente alla progettazione e realizzazione dei lavori di demolizione e ricostruzione del Ponte in ragione delle soprarichiamate disposizioni, che pongono in capo al Commissario Straordinario il compito di progettare e realizzare (avvalendosi di soggetti terzi scelti in deroga ad ogni normativa applicabile) la demolizione e ricostruzione del Ponte medesimo, attribuendo allo stesso il potere di recuperare e disporre fisicamente dei beni, oggetto della concessione assentita ad Aspi, direttamente interessati alle attività; con l'ulteriore previsione «aggravante» che né la Concessionaria né le società a questa collegate o da questa controllate possono essere chiamate dal Commissario Straordinario a curare la realizzazione delle attività concernenti la demolizione e ricostruzione del Ponte e del connesso sistema viario.

Nella sostanza, le previsioni normative sopra richiamate, ad avviso di ASPI, non risultavano rispondenti ai precetti costituzionali e

comunitari e, in particolare, sotto il primo profilo, agli articoli 3, 11, 27, 41, 42, 43, 77, 111 e 117, comma 1, Cost., nonché ai principi costituzionali e comunitari di parità di trattamento e non discriminazione, di affidamento, di proporzionalità e di ragionevolezza; conseguentemente, risultavano viziati gli atti commissariali adottati in attuazione delle stesse.

2. Le ragioni della rimessione alla Corte costituzionale dei profili di illegittimità costituzionale avverso le disposizioni “chiave” del decreto- legge “Genova”.

Il TAR Liguria⁹³ con ben 5 diverse ordinanze (numerate dalla 928 alla 932), relative ai giudizi proposti da Aspi, riteneva ammissibile e rilevante, in quanto non manifestamente infondato, il rinvio alla Corte costituzionale per accertare la legittimità o meno delle previsioni di legge contenute nel decreto-legge in argomento e in attuazione delle quali erano stati adottati i provvedimenti impugnati.

In particolare, il TAR Liguria poneva l'accento:

- sulla sussistenza in capo alla concessionaria dell'obbligo di riparazione, con il correlativo rischio economico, in quanto ASPI è tenuta al mantenimento della funzionalità dell'infrastruttura a prescindere dall'inserimento dello specifico intervento nel piano economico finanziario, e ciò *a fortiori* se si considera che

⁹³ ORDINANZA (Atto di promovimento) 6 dicembre 2019 pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana 1 aprile 2020, n.14 reg. ord. N.54. Sostanzialmente dello stesso tenore sono le ordinanze di cui al registro ordinanze nn. 51, 52 e 53 e 55.

l'esigenza di intervenire deriva, nel caso di specie, da un evento non valutabile *a priori* che, nonostante la sua eccezionalità, non esime la concessionaria dagli obblighi connessi al mantenimento della funzionalità del tratto autostradale;

- sulla sussistenza del conseguente diritto in capo alla concessionaria di adempiere all'obbligo di cui al punto precedente, obbligo che si caratterizza anche della particolare rilevanza non patrimoniale (in termini ad es. di «credibilità professionale») che l'adempimento di tali prestazioni assume in relazione alla stessa sfera giuridica del soggetto debitore;
- sul fatto che il diritto/obbligo di cui sopra si inserisce nell'ambito di un rapporto di natura sostanzialmente contrattuale a titolo oneroso in cui chiaramente l'esposizione al rischio economico da parte della ricorrente risulta essere fondato sull'obbligo dalla stessa assunto di provvedere in «prima persona» all'adempimento delle diverse prestazioni imposte in forza della convenzione;⁹⁴

⁹⁴ L'art. 8 della Convenzione prevede che «nel caso in cui il Concedente accerti che si sia verificato un grave inadempimento afferente gli obblighi riportati al successivo art. 9 della presente convenzione, il Concedente medesimo provvede a comunicare gli elementi dell'accertamento fissando un congruo termine entro il quale il Concessionario dovrà provvedere in ordine agli accertamenti, adempiendo ovvero fornendo le proprie giustificazioni. Trascorso il termine così fissato, senza che il Concessionario abbia provveduto ovvero presentato le proprie giustificazioni ovvero queste ultime non siano state accettate dal Concedente, quest'ultimo avvia il procedimento di cui al successivo art. 9». In primo luogo, prevede il necessario previo accertamento, da parte del Concedente, del grave inadempimento del Concessionario; una volta che il primo abbia accertato tale inadempimento, deve provvedere («provvede») a «stimolare» l'adempimento del secondo, comunicando gli esiti dell'accertamento, e fissando un congruo termine per l'adempimento o per la comunicazione

- sulla circostanza che la convenzione, approvata *ex lege*, attribuisce allo stesso soggetto debitore gravemente inadempiente una tutela molto accentuata e certamente derogatoria rispetto alle comuni previsioni codicistiche, sia sotto il profilo procedurale (reiterazione di diffide e termini in caso di decadenza) sia sotto il profilo sostanziale (con riguardo all'indennizzo dovuto in caso di recesso, revoca e risoluzione).

Sotto il profilo della rilevanza, pertanto, il TAR Liguria riconosceva l'indubbia rilevanza della questione di costituzionalità, ritenendo che, in assenza del complesso delle norme attributive e conformative della legittimazione pubblica e del potere, non avrebbero potuto essere adottati dal Commissario straordinario gli atti impugnati nel giudizio a

di giustificazioni. L'avvio del procedimento di decadenza, poi, è ulteriormente subordinato al fatto che, nel termine fissato dal Concedente medesimo, il Concessionario non abbia adempiuto, o non abbia presentato giustificazioni ovvero queste ultime, se presentate, non siano state accettate. Solo in tal caso, ai sensi dell'art. 9 della Convenzione, «la decadenza dalla concessione viene dichiarata con il procedimento di cui al successivo comma.» Il secondo comma dell'art. 9 prevede ulteriormente che «constatato il perdurare dell'inadempimento da parte del Concessionario agli obblighi di cui al comma precedente, il Concedente contesta al Concessionario stesso l'inadempimento con le modalità di cui all'art. 7 della legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modifiche, diffidandolo ad adempiere entro un congruo termine comunque non inferiore a novanta giorni che contestualmente gli assegna. Entro lo stesso termine il Concessionario può esercitare i diritti di cui all'art. 10 della legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modifiche. In caso di inottemperanza alla diffida nel termine assegnato ovvero di rigetto delle controdeduzioni eventualmente proposte dal Concessionario il Concedente assegna un ulteriore termine, non inferiore a sessanta giorni per adempiere a quanto intimato, pena la decadenza della concessione. In caso di mancato adempimento nel termine da ultimo assegnato il Concedente richiede al Ministro delle Infrastrutture di assumere, di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze, con decreto il provvedimento di decadenza dalla concessione. Il Concessionario resta obbligato a proseguire nell'ordinaria amministrazione dell'esercizio delle autostrade fino al trasferimento della gestione stessa».

quo. In particolare le norme censurate e rilevanti ai fini della decisione nel merito e, quindi, ai fini del giudizio di legittimità costituzionale, sono i commi 3, 5, 6, 7, 8 e 8-bis dell'art. 1 e il comma 1 dell'art. 1-ter.

Il profilo della non manifesta infondatezza delle richiamate disposizioni è stato fondato, invece, dal TAR Liguria sulle seguenti ragioni:

- dall'esegesi delle citate norme si evince che, pur essendo le stesse tendenzialmente generali ed astratte, tuttavia le stesse contengono delle prescrizioni puntuali e specifiche che attengono alla sfera giuridica di ASPI quale concessionaria del tratto autostradale interessato, escludendola, non solo dall'eseguire le prestazioni alle quali sarebbe tenuta in forza della Convenzione stipulata con ANAS, ma anche da qualunque procedura di gara concernente le operazioni ed opere relative al «Viadotto Polcevera», giungendo sinanche ad imporre obblighi di *facere* (consegna dei tratti autostradali accessori) e ulteriori prestazioni di natura economica;
- da quanto sopra emergerebbe con evidenza la natura di legge-provvedimento delle disposizioni censurate, in quanto, nel fare specifico riferimento alla posizione di ASPI, le stesse incidono sul rapporto convenzionale di gestione del tratto autostradale impedendo *ab externo* e in via autoritativa alla stessa di adempiere l'obbligo/diritto di ripristino della funzionalità viaria;
- pur non essendo preclusa alla legge ordinaria la possibilità di attrarre nella propria sfera di disciplina oggetti o materie normalmente affidati all'autorità amministrativa, non sussistendo un divieto di adozione di leggi a contenuto particolare e concreto,

tuttavia queste leggi sono ammissibili entro limiti non solo specifici, qual è quello del rispetto della funzione giurisdizionale in ordine alla decisione delle cause in corso, ma anche generali, e cioè quello del rispetto del principio di ragionevolezza e non arbitrarietà, tanto più rigoroso quanto più marcata sia, come nella specie, la natura provvedimento dell'atto legislativo sottoposto a controllo⁹⁵;

- il legislatore, intervenendo nell'ambito del rapporto convenzionale di cui era parte ASPI e incidendo autoritativamente sull'obbligo/diritto di quest'ultima di porre in essere qualunque attività relativa alla demolizione e ricostruzione del ponte, escludendo altresì l'odierna ricorrente dalla possibilità di partecipare alle gare per gli affidamenti delle opere e servizi necessari per l'esecuzione delle medesime attività e imponendo inoltre alla stessa ulteriori prestazioni patrimoniali, non avrebbe giustificato e puntualmente motivato tale scelta con riferimento, ad esempio, alle peculiarità dei lavori e delle opere e, quindi, alla ritenuta inidoneità, sotto il profilo tecnico o economico del soggetto obbligato all'adempimento, del relativo obbligo contrattuale;
- al comma 7 dell'art. 1 si adduce, quale motivazione per la soluzione adottata nei confronti di Aspi, l'esigenza *«di evitare un ulteriore indebito vantaggio competitivo nel sistema delle concessioni autostradali»* e il fatto che, comunque, *«non può escludersi che detto concessionario sia responsabile, in relazione all'evento, di grave inadempimento del rapporto*

⁹⁵ Cfr. sentenza C. Cost. 8.5.2009, n. 137.

concessorio », statuizioni da cui si evince che il legislatore si è sostanzialmente risolto nell'adottare un provvedimento legislativo totalmente escludente partendo dal presupposto che ASPI potrebbe essere considerata responsabile del tragico incidente del «Viadotto Polcevera» occorso il 14 agosto e con l'obiettivo di evitare che Aspi medesima tragga *«un ulteriore indebito vantaggio competitivo nel sistema delle concessioni autostradali»*. Il legislatore finirebbe dunque per adottare una "sanzione" o comunque un provvedimento fortemente lesivo delle prerogative vantate da ASPI per la legittimità del quale avrebbero dovuto essere svolti un'istruttoria o, comunque, un accertamento dai quali fosse possibile far emergere quantomeno degli indizi di possibile responsabilità da parte di ASPI (in termini anche solo di potenziale verosimiglianza), dei quali, altresì, avrebbe dovuto essere adeguatamente dato conto nel testo di legge (violazione artt. 3, 23 e 97 Cost.);

- anche laddove si potesse affermare che, con le norme-provvedimento in contestazione, il legislatore abbia effettuato un accertamento anche solo sommario e in via cautelare, tale previsione parrebbe essere contrastante con gli articoli 102, 103, 24 e 111 Cost., nella misura in cui il Governo/Parlamento ha ritenuto di potersi esprimere, sia pure in termini possibilistici, sulla responsabilità di ASPI per i fatti noti del c.d. «Ponte Morandi», violando il principio di separazione dei poteri legislativo e giudiziario, avendo, di fatto, esercitato un potere di accertamento che non gli competeva ed obliterando le garanzie processuali di cui all'art. 24 Cost., in ordine al diritto di difesa, e all'art. 111, primo

comma, Cost.;

- possibile contrasto del complesso delle disposizioni in esame con i principi di libertà imprenditoriale e di libertà della concorrenza tutelati dall'art. 41 della Costituzione, in quanto l'esclusione dalle attività di demolizione e ricostruzione dell'infrastruttura statuita *ex lege* configura una restrizione della libertà di iniziativa economica che, in assenza di previ accertamenti in ordine alla responsabilità dell'evento, non pare giustificata dall'esigenza di tutelare eventuali interessi di rango costituzionale né si evincerebbe la ragione per la quale l'interesse pubblico perseguito dal legislatore (alla più celere e completa ricostruzione dell'infrastruttura) sarebbe stato meglio tutelato sottraendo la competenza del ripristino alla concessionaria, anziché consentendo a quest'ultima di adempiere agli obblighi previsti in forza del rapporto concessorio.

Il giudice remittente precisa anche di non poter invocare il principio espresso dalla Corte costituzionale secondo il quale, ai fini dell'ammissibilità della questione di costituzionalità, occorre cercare di fornire un'interpretazione adeguatrice delle norme censurate di illegittimità costituzionale, posto che, ad avviso dello stesso, nel caso di specie, varrebbe il principio secondo il quale la formulazione lessicale della disposizione non permette un'interpretazione diversa da quella sopra fornita⁹⁶, stante l'estrema singolarità e specificità oggettiva e soggettiva della normativa in contestazione, che escluderebbe un'interpretazione delle disposizioni censurate diversa

⁹⁶ Cfr. sentenza C.Cost., 22/07/2010, n. 270.

da quella espressa dal medesimo giudice.

3. Gli elementi di valutazione forniti dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti ai fini dell'intervento della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

La Presidenza del consiglio dei ministri, ricevuta la notifica del ricorso, chiedeva al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti un parere in merito all'opportunità di intervento del Presidente del Consiglio e il citato Ministero forniva al riguardo delle valutazioni.⁹⁷

La citata nota fornisce degli spunti di lettura delle norme che tengono conto, non soltanto di profili squisitamente e tecnicamente giuridici, ma pongono l'accento anche e soprattutto sui profili di eccezionale gravità del fatto.

In particolare, si mette in luce il profilo, oggetto di attenzione anche da parte degli organi di stampa in quei giorni, della scarsa considerazione, da parte del giudice rimettente, della gravità dei fatti verificatisi in data 14 agosto 2018, che hanno rivestito incidenza causale decisiva nell'adozione delle norme oggetto dello scrutinio di costituzionalità.

Afferma il Ministero che *“Il crollo del Viadotto Polcevera (o “l'evento”, come viene più volte definito nelle ordinanze di rimessione) costituisce circostanza che, per la sua oggettiva estrema gravità, non può non rappresentare la chiave di lettura di tutte le successive*

⁹⁷ Nota prot. 15269/U del 11 aprile 2020 indirizzata alla Presidenza del Consiglio dei Ministri Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi - Ufficio contenzioso e per la consulenza giuridica.

iniziative dell'Amministrazione statale, a cominciare dalla necessità di dotarsi di una normativa emergenziale.”.

E' indubitabile, peraltro, che la tragedia verificatasi il 14 agosto 2018, per le conseguenze materiali derivate, per la risonanza mediatica mondiale che ha prodotto, per la sua incidenza sull'immagine di affidabilità ed efficienza del Paese nella gestione della propria rete infrastrutturale, per l'ampiezza e l'entità dello stato di emergenza che ha cagionato, ben potesse giustificare l'adozione di scelte legislative eccezionali quali quelle che venivano censurate dai ricorrenti.

Il concetto di “gravità” dei fatti, occorsi il 14 agosto 2018, non evoca soltanto l'oggettiva e innegabile entità delle conseguenze luttuose e dannose che il crollo ha determinato (43 vittime, 566 sfollati, ingenti danni a edifici e infrastrutture circostanti), ma anche la loro incidenza sull'elemento fiduciario che deve necessariamente connotare i rapporti fra concedente e concessionario, costituendo la pre-condizione stessa di un'utile prosecuzione del rapporto concessorio.

Questo aspetto, che è decisivo per una corretta valutazione delle iniziative legislative adottate sul piano della legittimità costituzionale, anche in un'ottica di bilanciamento con gli interessi dei quali le società ricorrenti si sono fatte portatrici *nei giudizi a quo*, nella duplice veste di interlocutori contrattuali dell'Amministrazione e di operatori economici *tout court*, risulterebbe sottovalutato nelle ordinanze di rimessione del Tar della Liguria.

Nel merito delle questioni sollevate, invece, con riguardo alla presunta lesione delle prerogative scaturenti dalla Convenzione

unica del 12 ottobre 2007 vertenti, in particolare, sull'obbligo/diritto della concessionaria di porre in essere qualunque attività relativa alla demolizione e ricostruzione del Viadotto Polcevera, ad avviso del Ministero la citata disposizione convenzionale, che, ad avviso del giudice *a quo*, attribuirebbe il diritto di ricostruzione alla concessionaria, sarebbe invece specificamente riferita, significativamente associandoli in unica proposizione, ai soli interventi di "manutenzione" e "riparazione" che siano strumentali al "mantenimento della funzionalità delle infrastrutture".

È evidente, quindi, che esulano dalla previsione citata e da tutte le altre clausole convenzionali gli interventi conseguenti a eventi – accidentali o imputabili a responsabilità di chiunque – che abbiano fatto venir meno in radice la funzionalità della infrastruttura, determinando per l'Ente proprietario la necessità di ricostruirla *ex novo*.

In siffatte ipotesi si opera oltre l'ambito degli interventi rientranti nell'ordinaria gestione dell'infrastruttura di competenza del concessionario, e la loro progettazione, il loro affidamento e la successiva esecuzione non possono non soggiacere alla comune disciplina in materia di opere pubbliche.

Diversamente opinando, la previsione convenzionale *de qua* finirebbe per integrare una sorta di riserva in favore del concessionario di ogni futuro intervento ricostruttivo dell'infrastruttura, in caso di suo totale o parziale perimento, in spregio e violazione di ogni più elementare regola, di diritto interno o comunitario, in tema di concorrenza e apertura al mercato nel settore delle opere pubbliche.

Ad avviso del Ministero, inoltre, sarebbe del tutto irrilevante,

rispetto a quanto osservato, la circostanza che il giudizio *a quo* non investa la ricostruzione dell'intera infrastruttura, ma solo di una "minima parte" di essa (tale sarebbe, secondo la già citata ordinanza n. 932/2019, il Viadotto Polcevera). *Ciò che rileva, infatti, è il dato funzionale del sopravvenuto venir meno di una porzione dell'infrastruttura stessa, suscettibile di autonomo uso e autonoma valutazione economica, in modo da renderne possibile l'autonomo affidamento della relativa ricostruzione non qualificabile come intervento di "manutenzione" e "riparazione". La duplice circostanza esclude, per un verso, che l'intervento sia ricompreso nell'ambito di operatività della convenzione, per l'altro che ricorra un'artificiosa frammentazione di una prestazione che avrebbe dovuto essere logicamente e tecnicamente trattata in modo unitario.*

Sotto il profilo della lamentata presunta violazione del principio di ragionevolezza ad opera di una legge-provvedimento con effetto sanzionatorio potenzialmente "sproporzionato", il Ministero richiama la casistica della giurisprudenza costituzionale che, di volta in volta, declina la ragionevolezza come coerenza, congruenza, congruità, proporzionalità, necessità, misura, pertinenza, e così via.

In particolare, la ragionevolezza si manifesta anche come non arbitrarietà, quando la scelta legislativa sia sostenuta da una ragione giustificatrice sufficiente ovvero non si presenti come costituzionalmente intollerabile.⁹⁸

⁹⁸ Sentenza Corte costituzionale n. 1130 del 22 dicembre 1988 ove si legge che " *il giudizio di ragionevolezza, lungi dal comportare il ricorso a criteri di valutazione assoluti e astrattamente prefissati, si svolge attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da*

Ciò vuol dire che il criterio del giudizio di ragionevolezza non si risolve nei termini di una valutazione di conformità, quanto piuttosto in termini di non difformità/ accettabilità /plausibilità di una certa scelta legislativa ⁹⁹, ossia, in estrema sintesi, l'esercizio del potere discrezionale da parte del legislatore sarebbe censurabile soltanto nei casi in cui sia stato esercitato in maniera manifestamente irragionevole, arbitraria o radicalmente ingiustificata.

Sul punto, il Ministero lamenta alcuni errori logici commessi dal tribunale amministrativo ligure, laddove avrebbe ricavato la motivazione delle norme esaminate dal solo comma 7 dell'articolo 1, senza minimamente prendere in considerazione, tenuto conto proprio della qualificazione di "legge-provvedimento" assegnata alle norme stesse, la premessa del decreto legge n. 109/2018, nella quale, con il richiamo espresso ai tragici fatti del 14 agosto 2018 ed alle conseguenti condizioni emergenziali che essi avevano determinato, si rinvergono le fondamentali ragioni giustificatrici dell'intervento legislativo in esame.

Inoltre il giudice remittente avrebbe esaminato

soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti. Sicché (...), l'impossibilità di fissare in astratto un punto oltre il quale scelte di ordine quantitativo divengono manifestamente arbitrarie e, come tali, costituzionalmente illegittime, non può essere validamente assunta come elemento connotativo di un giudizio di merito, essendo un tratto che si riscontra, come s'è appena visto, anche nei giudizi di ragionevolezza. Del resto (...), le censure di merito non comportano valutazioni strutturalmente diverse, sotto il profilo logico, dal procedimento argomentativo proprio dei giudizi valutativi implicati dal sindacato di legittimità, differenziandosene, piuttosto, per il fatto che in quest'ultimo le regole o gli interessi che debbono essere assunti come parametro del giudizio sono formalmente sanciti in norme di legge o della Costituzione".

⁹⁹ Cfr. ex plurimis sentt. n. 70 del 30 aprile 2015 e n. 26 del 6 febbraio 2007.

“atomisticamente” i due profili motivazionali che ricava dal dato testuale della norma, anziché nella loro valenza sinergica, così obliterandone la oggettiva idoneità a incidere in modo determinante sull’elemento fiduciario che deve connotare, per tutta la sua durata, il rapporto tra concedente e concessionario.

È pacifico che, ai fini della formulazione di un giudizio di inaffidabilità nei confronti di un operatore economico, non è necessario che eventuali sue responsabilità per pregresse condotte commissive od omissive risultino da sentenze o accertamenti definitivi, ben potendo la pubblica amministrazione valorizzare, ai fini delle proprie successive valutazioni, circostanze di fatto comunque serie, univoche e consistenti che depongano nel senso della scarsa affidabilità professionale dell’impresa.

In tale ottica, l’affermazione secondo cui non può escludersi che il concessionario sia responsabile dell’evento rappresenta la sintesi dello “stato dell’arte” delle conoscenze acquisite al momento dell’adozione del decreto legge n. 109/2018, in relazione alle condotte tenute dal concessionario nell’adempimento dei propri obblighi convenzionali, rispetto alle quali il crollo del 14 agosto ha costituito l’occasione dell’avvio di più puntuali e approfondite verifiche. Sulla base di queste stesse verifiche, al di là e indipendentemente da se, come e quando si acquisirà certezza in ordine a un’eventuale responsabilità nella causazione dell’evento luttuoso, risultava già ampiamente raggiunta, alla data di adozione del decreto-legge, la soglia della sufficienza ai fini di un complessivo giudizio di non affidabilità, peraltro in vista proprio dell’affidamento degli interventi di demolizione e ricostruzione del medesimo Viadotto Polcevera.

Tale essendo la situazione, il consentire che di tali ultime prestazioni potesse rendersi affidatario lo stesso concessionario in questione avrebbe finito realmente per integrare un “ulteriore vantaggio” (come recita la norma) rispetto al quale un giudizio di non meritevolezza appare davvero tutt’altro che irragionevole.

Peraltro, il Ministero si spinge oltre giungendo ad affermare come la scelta di ricorrere a nuova procedura competitiva per l’affidamento della demolizione e della successiva ricostruzione del Viadotto Polcevera non solo è legittima, ma è altresì intesa a una fisiologica maggiore apertura del mercato, nel senso dell’ampliamento delle possibilità di accesso di altri operatori, i quali avrebbero potuto risultare inevitabilmente svantaggiati nel confronto con chi ad oggi, e da lungo tempo, ha gestito l’infrastruttura in questione.¹⁰⁰

¹⁰⁰ A conferma della correttezza della scelta legislativa con riferimento alla comparazione di interessi effettuata, si richiamano le argomentazioni della Corte costituzionale, rese nella sentenza n. 56/2015 confermata più recentemente da C.Cost. n.16 del 2017:

“Secondo la giurisprudenza di questa Corte, tuttavia, il valore del legittimo affidamento riposto nella sicurezza giuridica trova sì copertura costituzionale nell’art. 3 Cost., ma non già in termini assoluti e inderogabili. Per un verso, infatti, la posizione giuridica che dà luogo a un ragionevole affidamento nella permanenza nel tempo di un determinato assetto regolatorio deve risultare adeguatamente consolidata, sia per essersi protratta per un periodo sufficientemente lungo, sia per essere sorta in un contesto giuridico sostanziale atto a far sorgere nel destinatario una ragionevole fiducia nel suo mantenimento. Per altro verso, interessi pubblici sopravvenuti possono esigere interventi normativi diretti a incidere peggiorativamente anche su posizioni consolidate, con l’unico limite della proporzionalità dell’incisione rispetto agli obiettivi di interesse pubblico perseguiti. Con la conseguenza che «non è affatto interdetto al legislatore di emanare disposizioni le quali vengano a modificare in senso sfavorevole per i beneficiari la disciplina dei rapporti di durata, anche se l’oggetto di questi sia costituito da diritti soggettivi perfetti», unica condizione essendo «che tali disposizioni non trasmodino

Anche sotto il profilo del presunto scrutinio delle norme in esame facendo ricorso, come affermato dal giudice *a quo*, ai parametri e agli strumenti di valutazione che il giudice amministrativo impiegherebbe nello scrutinio di legittimità di un provvedimento amministrativo, il Ministero censura le motivazioni delle ordinanze di rimessione, ricordando come la Corte costituzionale si sia sempre mantenuta molto cauta rispetto alla possibilità di estendere *sic et simpliciter* al sindacato di legittimità costituzionale gli strumenti “classici” del sindacato di legittimità esercitato nel giudizio amministrativo.

In sostanza non possono essere condivise le argomentazioni del giudice rimettente laddove lo stesso, rinvenendo nelle disposizioni che incidono sulla posizione delle società ricorrenti un contenuto sanzionatorio e proprio in ragione della loro natura di leggi-provvedimento, imputerebbe al legislatore un difetto di istruttoria, assumendo che l'adozione delle dette disposizioni avrebbe dovuto essere preceduta da un iter istruttorio e questo avrebbe dovuto essere in qualche modo richiamato nelle norme.

Si tratterebbe, ad avviso del Ministero, di affermazione che oblitererebbe le posizioni della giurisprudenza costituzionale in materia di leggi-provvedimento, laddove, pur affermando che, a fronte dell'assenza di preclusioni costituzionali a tale modalità di esplicazione della funzione legislativa, la tutela delle situazioni

in un regolamento irrazionale, frustrando, con riguardo a situazioni sostanziali fondate sulle leggi precedenti, l'affidamento dei cittadini nella sicurezza giuridica, da intendersi quale elemento fondamentale dello Stato di diritto (sentenze n. 302 del 2010, n. 236 e n. 206 del 2009)» (ex plurimis, ordinanza n. 31 del 2011)».

giuridiche dei soggetti interessati è assicurata proprio dal sindacato di costituzionalità della legge - che tiene luogo del sindacato di legittimità del provvedimento ordinariamente svolto dal giudice amministrativo - tuttavia, in ragione della mancanza in tali leggi dei caratteri di generalità ed astrattezza, se ne impone un sindacato particolarmente stringente proprio sotto il profilo della ragionevolezza, nei termini sopra delineati.

La Corte, in tutte le ipotesi in cui si è soffermata sulle peculiarità del proprio sindacato di costituzionalità sulle leggi-provvedimento, piuttosto che alle tradizionali figure sintomatiche dell'eccesso di potere elaborate dalla giurisprudenza amministrativa (quali sono, appunto, il difetto di istruttoria e il vizio di motivazione), si è richiamata a principi e regole di rango costituzionale.

Così, al fine di assicurare le garanzie dei diritti individuali anche a fronte di tale tipologia di leggi, la Corte si è sempre mossa lungo tre direttrici fondamentali:

- a) innanzitutto, al fine di verificare che il legislatore abbia operato un equilibrato bilanciamento di tutti i valori costituzionalmente tutelati che vengono in rilievo, lo scrutinio di legittimità deve essere operato con riguardo ai principi costituzionali di parità di trattamento, imparzialità, buon andamento dell'amministrazione, legittimo affidamento e principalmente, come già detto, esaminando la coerenza tra strumento utilizzato e fine pubblico da perseguire¹⁰¹;
- b) in secondo luogo, occorre verificare che la scelta del legislatore non crei discriminazione con situazioni soggettive

¹⁰¹ Cfr. Corte cost., 10 ottobre 2014, n. 231.

analoghe non interessate dalla legge provvedimento¹⁰² ;

c) infine, quanto al bilanciamento tra principi e diritti costituzionalmente rilevanti, questo va compiuto non in astratto, ma con riferimento al caso concreto, per accertare se siano stati rispettati i criteri della ragionevolezza e proporzionalità.

In ordine al preteso contrasto con l'articolo 41 della Costituzione, il Ministero lamenta come le argomentazioni svolte nelle ordinanze di rimessione si riducono, dopo aver richiamato nuovamente l'effetto "escludente" delle "misure" contenute nell'articolo 1 del decreto legge n. 109/2018, a sostenere come l'esclusione dalle attività di demolizione e ricostruzione dell'infrastruttura statuita *ex lege* configurerebbe una restrizione della libertà di iniziativa economica che non arreca apprezzabili utilità alle attività del Commissario straordinario e che, in assenza di accertamenti atti a dimostrare la responsabilità dell'evento, non pare giustificata dall'esigenza di tutelare interessi di rango costituzionale.

Il giudice *a quo* – ad avviso del Ministero – fornirebbe una visione riduttiva del precetto costituzionale, facendo coincidere la "utilità sociale", che, a norma del secondo comma dell'articolo 41 Costituzione, può legittimare limitazioni alla libertà di iniziativa economica, con la utilità per le attività del Commissario straordinario, mentre il precetto costituzionale è chiaramente inteso a tutelare interessi della collettività che vanno ben oltre l'interesse di una specifica stazione appaltante alla celerità e speditezza di una determinata procedura di affidamento di un'opera pubblica.

Sotto tale specifico profilo, conclude il Ministero che,

¹⁰² Cfr. Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85.

diversamente da quanto affermato, rivestono almeno pari rango costituzionale gli interessi a che le risorse pubbliche siano impiegate per ottenere la miglior ricostruzione possibile, a che sia salvaguardata la sicurezza e l'incolumità di quanti utilizzeranno l'infrastruttura in futuro, a che sia assicurata la massima apertura alla concorrenza nella procedura di affidamento degli interventi di ricostruzione, evitando il consolidarsi di "rendite di posizione" a favore di soggetti le cui attività erano già *illo tempore* oggetto di accertamenti in diverse sedi per gravi inadempienze agli obblighi assunti nei confronti dell'Amministrazione, ed a cui carico potrebbero configurarsi profili di responsabilità nella causazione del crollo proprio di quella stessa infrastruttura.¹⁰³

Le argomentazioni che precedono, ad avviso del Ministero, sono suscettibili di per sé a far venir meno le censure afferenti gli articoli 24, 102 e 111 della Costituzione, in quanto il legislatore non avrebbe sovrapposto un proprio giudizio di responsabilità a quello da assumere nelle sedi competenti, né tanto meno anticipato gli esiti delle indicate procedure di accertamento.

Al contrario, la sottolineatura normativa del fatto che "non può escludersi" una responsabilità del concessionario nella causazione del crollo del 14 agosto 2018 vale solo a rafforzare un'opzione ispirata da un più ampio e generale giudizio di non affidabilità degli operatori economici interessati, tale da poter perfino prescindere da quelle che saranno le risultanze delle indagini in corso sull'evento suindicato.

¹⁰³ Sul punto, è opportuno richiamare l'ulteriore previsione dell'articolo 41 Costituzione, laddove esclude che la libertà di iniziativa economica possa esplicarsi "in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana".

Non si tratta, dunque, di scelte normative *latu sensu* sanzionatorie, ma di scelte che costituiscono invece legittimo e non sindacabile esercizio della discrezionalità legislativa per il miglior perseguimento di interessi della collettività (sicurezza dell'utenza, corretto impiego delle risorse pubbliche, massima apertura al mercato del settore delle infrastrutture autostradali).

Si precisa, peraltro che i parametri costituzionali invocati contengono principi regolatori del giusto processo, non applicabili a procedimenti amministrativi come quello di specie, finalizzato a verificare un eventuale grave inadempimento addebitabile alla società concessionaria.

La Presidenza del Consiglio interviene nel giudizio davanti alla Corte costituzionale, nella sostanza ripercorrendo l'iter logico giuridico sopra delineato.

Peraltro, l'Avvocatura dello Stato evidenziava che la scelta del legislatore di escludere ASPI risulterebbe del tutto coerente con la disciplina nazionale, adottata in attuazione della direttiva (UE) 2014/24 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, relativa agli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE.

Il riferimento è all'art. 80, comma 5, lettera c), cod. contratti pubblici, che prevede che le stazioni appaltanti escludano dalla partecipazione alle procedure d'appalto gli operatori economici che si siano resi colpevoli di gravi illeciti professionali, quando questi siano tali da renderne dubbia la integrità o l'affidabilità (è citata la sentenza della CGUE del 3 ottobre 2019, in causa C-267/2018). In questo senso – riporta l'Avvocatura dello Stato – la giurisprudenza

amministrativa nazionale interpreta la nozione di grave illecito professionale in termini ampi, al punto che sarebbe sufficiente la pendenza di un procedimento penale per procedere all'esclusione. Tale circostanza sarebbe coincidente con il caso in esame¹⁰⁴ .

4. La sentenza della Corte costituzionale 8 luglio 2020, n.168.

La Corte costituzionale¹⁰⁵, in data 27 luglio 2020, depositava la sentenza con la quale, previa riunione di tutti i giudizi in quanto vertenti sulle medesime disposizioni, in data 8 luglio 2020 aveva emanato una decisione congiunta di rigetto della questione e di cui si ripercorrono di seguito i punti salienti riferite alle sole questioni considerate rilevanti e non manifestamente infondate.

In primis, dalla natura provvedimentale del decreto-legge Genova, che sicuramente contiene previsioni «*di contenuto particolare e concreto*» che incidono «*su un numero limitato di destinatari, attraendo alla sfera legislativa quanto normalmente affidato all'autorità amministrativa*», la Corte costituzionale fa derivare la necessità, pienamente conforme alla giurisprudenza della medesima Corte, di uno scrutinio di costituzionalità stretto, ovvero

¹⁰⁴ Sono citate le sentenze Consiglio di Stato, sezione quinta, 7 gennaio 2020, n. 70; 20 marzo 2019, n. 1846; 24 gennaio 2019, n. 586 e n. 591; 3 gennaio 2019, n. 72; e sezione terza, 27 dicembre 2018, n. 7231.

¹⁰⁵ Sentenza 168/2020 Giudizio: GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE IN VIA INCIDENTALI

Presidente: CARTABIA - Redattore: BARBERA Udienza Pubblica del 08/07/2020; Decisione del 08/07/2020 Deposito del 27/07/2020; Pubblicazione in G. U. 29/07/2020 n. 31.

particolarmente severo, poiché in norme siffatte è insito il pericolo di un arbitrio, connesso alla potenziale deviazione, in danno di determinati soggetti, dal comune trattamento riservato dalla legge a tutti i consociati (ex plurimis, sentenze n. 182 del 2017 e n. 64 del 2014).

Aggiunge, tuttavia, che non si accorda alla giurisprudenza costituzionale la conseguenza che i rimettenti avevano tratto da questa corretta premessa, ossia che l'accertamento della violazione dei principi che presiedono all'attività amministrativa possa essere integralmente invocata anche in caso di leggi provvedimento, conducendo ad un sindacato equipollente, nei criteri e nei modi, a quello al quale è soggetto l'esercizio della discrezionalità amministrativa.

Ad avviso della Corte, il fatto che il legislatore attragga a sé una materia che, in caso contrario, sarebbe stata rimessa alla autorità amministrativa comporta, infatti, che la legge si sostituisca all'atto provvedimentale, ma non che ne mutui con ciò anche i tratti costitutivi.

Da tale premessa consegue, dunque, che i criteri con cui la Corte è chiamata a porre in essere il proprio controllo di legalità costituzionale facciano riferimento, in particolare, alla verifica sulla eventuale motivazione che accompagni l'intervento legislativo.

Si afferma, infatti, nella sentenza in esame che *“Benché, in linea di principio, il legislatore non abbia l'obbligo di motivare le proprie scelte (sentenza n. 14 del 1964), ugualmente ciò non gli è affatto precluso (sentenza n. 379 del 2004), ed anzi, specie a fronte di un intervento normativo provvedimentale, può proficuamente contribuire a porre in luce le ragioni giustificatrici, agevolando l'interprete e*

orientando, in prima battuta, il sindacato di legittimità costituzionale. Tuttavia, questa Corte, come si è avvertito accadere nel conflitto tra poteri vertenti su un atto motivato, «non può limitarsi a verificare la validità o la congruità delle motivazioni» (sentenza n. 10 del 2000), ovvero del corredo lessicale con cui si esprime la ragione della scelta, ma deve piuttosto accertare se la norma esprima interessi affidati alla discrezionalità legislativa, e regolati in forma compatibile con la Costituzione.».

Sostiene la Corte che bisogna individuare la causa ultima della norma, la sua razionalità oggettiva e che il “tessuto normativo” presenta «una “motivazione” obiettivata nel sistema, che si manifesta come entità tipizzante del tutto avulsa dai “motivi”, storicamente contingenti» (sentenza n. 89 del 1996), e, eventualmente, ulteriore rispetto alla formula verbale con cui il legislatore storico cerca di esprimerla.

Ne consegue quale logico corollario che non può essere seguito l'approccio dei rimettenti, volto a rendere causa immediata di illegittimità costituzionale ogni eventuale inadeguatezza della motivazione esplicitata dal legislatore, ma che, al contrario, è necessario *“accertare in maniera stringente se siano identificabili interessi in grado di giustificare la legge, desumibili anche in via interpretativa (sentenza n. 270 del 2010), perché devono risultare i criteri che ispirano le scelte realizzate, nonché le relative modalità di attuazione attraverso l'individuazione degli interessi oggetto di tutela (sentenze n. 182 del 2017 e n. 137 del 2009).”.*

In tale ottica, le norme censurate percorrono due tappe:

- in primo luogo, il legislatore ha previsto che il concedente non

attivasse la convenzione di cui il concessionario era parte, e dunque non obbligasse quest'ultimo a fornire la prestazione, nonostante ASPI ne avesse la volontà;

- in secondo luogo, e per conseguenza logica, si è precluso al commissario straordinario di avviare la procedura negoziata senza pubblicazione con il concessionario, ai sensi dell'art. 1, comma 7, censurato.

La sentenza in parola considera ciascuno dei due passaggi legittimi in quanto fondati su ragioni obiettive, congruenti o connesse con quelle esplicitate, sia pure in modo non sempre limpido, nella stessa normativa in esame: la decisione di non attivare la convenzione è dipesa sia dall'urgenza di avviare i lavori per ripristinare tempestivamente un tratto autostradale essenziale per i collegamenti nella regione sia dai dubbi insorti sull'affidabilità del concessionario, alla luce della gravità dell'evento verificatosi e delle risultanze delle prime indagini amministrative.

L'esclusione dello stesso concessionario dalla procedura negoziata, poi, è la naturale conseguenza della decisione di cui sopra e, inoltre, è funzionale anche a determinare una maggiore apertura del settore autostradale alla concorrenza da parte di operatori diversi dai concessionari, ivi compresa ASPI alla quale fa capo una porzione maggioritaria del mercato nazionale.

La Corte aderisce poi sostanzialmente alla difesa erariale nella parte in cui non ritiene invocabile il ricorso al procedimento disciplinato dalle clausole convenzionali di cui si è detto nei paragrafi precedenti riferito al solo concedente nei casi di grave inadempimento, aggiungendo anzi che *“Nel caso di specie, tuttavia,*

è pacifico che il legislatore non abbia affatto inteso imporre al concedente di porre termine alla concessione, nell'uno o nell'altro dei modi possibili ai sensi della convenzione, tanto che ASPI ha continuato, a seguito dell'entrata in vigore del decreto-legge censurato, ad esercitarla. Piuttosto, ferma la concessione, il legislatore, con norma provvedimento, ha deciso che ci si rivolgesse a terzi ai fini della ricostruzione del ponte, anziché stabilire che il concedente attivasse gli obblighi convenzionali del concessionario. Le disposizioni censurate, per tale parte, non hanno dunque segnato, nonostante la natura provvedimento, alcuna devianza dalle regole in tema di concessioni, e connesse convenzioni, che disciplinano analoghe fattispecie, cosicché il pericolo di arbitrio che in esse è insito, nel caso di specie non è nemmeno ipotizzabile.”.

Si tratterebbe, anzi, di una scelta operata nel rispetto di quanto previsto dall'art. 166 del Codice dei contratti pubblici, reso in attuazione della direttiva n. 2014/24/UE, secondo il quale le amministrazioni aggiudicatrici, a ciò nel caso di specie indirizzate dal legislatore, sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi.

Le argomentazioni che precedono portano la Corte a dichiarare non fondate, conseguentemente, le questioni di costituzionalità degli artt. 1, commi 3, 5, 7, 8, e 8-bis del D.L. n. 109 del 2018, nella parte in cui avrebbero spogliato ASPI dal diritto/obbligo di ricostruire il ponte, in quanto si fondano sulla non corretta premessa che la convenzione fosse per tale parte opponibile alla discrezionalità della parte pubblica concedente nel percorrere una via alternativa, ritenuta più confacente all'interesse pubblico.

Così come sono da considerarsi conseguentemente infondate le censure secondo cui l'estromissione di ASPI tradirebbe l'interesse pubblico alla celere e compiuta esecuzione dei lavori, o che vedono nelle norme censurate una componente della inflizione ad ASPI di una "sanzione", in assenza di un accertamento della responsabilità del fatto.

Ricorda, infatti, la Corte *"...che il crollo del Ponte Morandi, causando ben 43 vittime, ha segnato profondamente la coscienza civile nella comunità, e ha aperto una ferita nel rapporto di fiducia che non può mancare tra i consociati e lo stesso apparato pubblico, cui è affidata la cura di beni primari tra i quali, in primo luogo, la salute e l'incolumità..."* e che *"In un tale contesto, segnato da un grado eccezionale di gravità, è tutt'altro che irragionevole, incongrua o sproporzionata la scelta legislativa di affidare la ricostruzione a terzi, anziché al concessionario, il quale, in quanto obbligatovi contrattualmente e custode del bene, avrebbe dovuto provvedere alla manutenzione dell'infrastruttura, e prevenirne il disfacimento."*

Si tratta, quindi, di una scelta normativa che non presuppone un definitivo accertamento delle responsabilità e non nasconde alcun intento punitivo, ma che si impone quale cautela per nulla irragionevole.

Anche l'incarico al commissario, con la previsione recata dal comma 7 di non ricorrere ad ASPI, può ritenersi pienamente rispondente ai parametri costituzionali, non avendo la Corte riscontrato l'invocata violazione del diritto di libertà di impresa ex art. 41 Cost. Ed infatti il legislatore ha incaricato il commissario di procedere all'affidamento dei lavori per mezzo di procedura negoziata

senza previa pubblicazione, disciplinata dall'art. 32 della direttiva 2014/24/UE e attuata nell'ordinamento nazionale dall'art. 63 cod. contratti pubblici, idoneo a rispondere, tra l'altro, ai casi di estrema urgenza derivanti da eventi imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice, tali da impedire, per ragioni di tempo, l'impiego delle ordinarie procedure di gara. In tali casi, la stazione appaltante può consultare direttamente gli operatori economici, «nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione», e aggiudicare i lavori a chi tra questi offra le condizioni economiche più vantaggiose.

Ripercorrendo, sul punto, le motivazioni della sentenza in argomento, la norma censurata sarebbe il precipitato naturale, e contraddistinto da coerenza intrinseca, della decisione legislativa che il concedente non chiedesse l'esatto adempimento della convenzione da parte di ASPI, in forza dell'obbligo su di essa gravante di ricostruire il ponte, ma le fossero preferiti terzi operatori. Sarebbe stato, infatti, manifestamente irragionevole seguire tale via, benché la concessionaria dovesse provvedere a proprie spese, per poi consentirle di aggiudicarsi le medesime prestazioni all'esito di una procedura onerosa per l'amministrazione aggiudicatrice.

La motivazione sul punto, che rende non fondate le censure, sono le medesime e solide ragioni di eccezionale gravità e urgenza, connesse alla tragedia di Genova e al conseguente deficit di fiducia incorso nei confronti del custode del bene perito, che hanno permesso di escludere l'illegittimità costituzionale della prima e fondamentale scelta legislativa.

Richiama, ancora, la Corte uno dei motivi su cui si era incentrata la difesa erariale, laddove si afferma che, per questa parte

la norma censurata, pur con riferimento alla peculiare figura della procedura negoziata senza pubblicazione, ha dato seguito alla consolidata giurisprudenza civile e amministrativa, accordatasi alle speculari posizioni della Corte di giustizia e formatasi, da ultimo, sull'art. 80 cod. contratti pubblici, reso in attuazione dell'art. 57 della direttiva 2014/24/UE in tema di contratti pubblici, che si riferisce a operatori colpevoli di «gravi illeciti professionali, tali da renderne dubbia l' integrità o affidabilità».

Detta giurisprudenza è ferma nel ritenere che gravi violazioni normative da parte di un operatore economico, tali da configurare un considerevole illecito professionale, o comunque un grave inadempimento, ne comporti l'esclusione dalla gara, quand'anche l'illecito non sia stato accertato definitivamente in giudizio¹⁰⁶, ma sussistano e siano valutati elementi tali da «provocare la rottura del rapporto di fiducia con l'operatore economico»¹⁰⁷.

La Corte conclude, infine, escludendo anche il presunto contrasto con gli artt. 24, 102, 103 e 111 Cost., in quanto, ad avviso della stessa, non vi sarebbe correlazione tra la scelta precauzionale di non impegnare ulteriormente il concessionario e l'accertamento definitivo della responsabilità in un giudizio civile o penale per il fatto (il quale avrebbe oltretutto richiesto molto tempo), nel senso che la prima, esercitata dal legislatore, non necessita del secondo, soggetto invece a riserva di giurisdizione (sentenza n. 85 del 2013).

¹⁰⁶ Come si può desumere anche dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza 19 giugno 2019, in causa C-41/18, Meca.

¹⁰⁷ Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza 3 ottobre 2019, in causa C-267/18, D.A.C. SA.

La portata obiettiva del censurato art. 1, comma 7, non consiste, infatti, nell'accertare la responsabilità per trarne effetti sanzionatori, ma nel regolare l'affidamento dei lavori di ricostruzione del ponte.

CAPITOLO 6

PROBLEMATICHE CONNESSE ALLA PERMANENZA DELLA TITOLARITA' DELLA CONCESSIONE IN CAPO AD ASPI.

Premessa

Nella parte introduttiva si anticipava come, nell'immediatezza del verificarsi del tragico evento connesso al crollo del Ponte Morandi, si sia levato un coro, da parte degli organi governativi preposti, che inneggiava alla revoca della concessione ad ASPI.

Anche in Parlamento, nella risoluzione della Camera votata in data 4 settembre 2018, al punto 1) degli impegni del Governo figurava proprio quello di verificare *“se, in relazione al rapporto di concessione con Autostrade per l'Italia S.p.A., vi siano gli estremi per la revisione, la revoca o la risoluzione della concessione, in relazione sia all'oggettivo difetto di buona custodia, testimoniato dal collasso del ponte Morandi, che in relazione alle risultanze della Commissione ispettiva istituita presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, nonché degli accertamenti medio tempore compiuti dall'autorità giudiziaria”*.

Vedremo, invece, come il percorso risulterà irto di ostacoli, dovendo fare i conti con una convenzione approvata *ex lege* e rinnovata sino al 2038, con previsione di clausole vessatorie in caso di recesso ed esosi indennizzi da corrispondere, che creerebbero un *vulnus* nelle

finanza pubblica.¹⁰⁸

Ad oggi ASPI continua a gestire la concessione autostradale nonostante gli sforzi del Governo, in persona della Presidenza del Consiglio dei Ministri, del Ministero dell'economia e delle finanze e del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, finalizzati a ipotesi e proposte di soluzioni negoziali, riguardanti, rispettivamente, un nuovo assetto societario di Aspi e nuovi contenuti per la definizione transattiva della controversia.

Si esamineranno, nel presente capitolo, lo *status quo* dell'assetto concessorio e la *querelle*, ancora all'esame delle competenti strutture ministeriali al momento dell'elaborazione del presente lavoro, afferente la risoluzione negoziale, con l'ingresso di Cassa Depositi e Prestiti, che dovrebbe rilevare la quota spettante ad ASPI, previa determinazione di un corrispettivo, su cui non si giunge ancora ad un accordo, posto che si pone il profilo di non trascurabile rilievo concernente la manleva per tutte le azioni pendenti in sede civile e penale, cui conseguirà un risarcimento ingente.

¹⁰⁸ Il testo delle Convenzioni uniche con le società concessionarie autostradali e dei relativi atti aggiuntivi ed allegati sono consultabili, a seguito della risoluzione approvata dalla camera, sulla apposita pagina web del sito del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti. Sino a tale data gli atti non erano ostensibili in ossequio ad un presunto rispetto di un non meglio precisato diritto di tutela di interessi economici e commerciali, legati a strategie commerciali e relativi al Know-how aziendale. Dopo il crollo del ponte Morandi si è proceduto all'integrale pubblicazione di tutti gli atti.

1. Lo *status quo* dell'assetto concessorio e le clausole “vessatorie” per il concedente.

Come emerge anche dalla relazione sulle concessioni autostradali recata dalla delibera della Corte dei Conti del 18 dicembre 2019, ASPI è concessionaria di circa la metà della rete autostradale italiana da molti decenni, senza peraltro avere ottenuto tale qualità a seguito di una gara.

La sua posizione è stata ulteriormente rafforzata dal già rammentato art. 8-*duodecies* del decreto-legge 8 aprile 2008, n. 59, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 giugno 2008, n.101, che ha legificato la convenzione del 2007, prorogando la durata del rapporto concessorio fino al 31 dicembre 2038.

Peraltro, gli artt. 9 e 9-bis della convenzione prevedono un regime indennitario del tutto eccezionale e derogatorio, a favore della concessionaria, delle regole di diritto comune attinenti a tale genere di rapporto e dettano regole che rendono straordinariamente onerosa per la parte pubblica la decadenza e la revoca della concessione.

Basti pensare che l'art. 9 della convenzione, in tema di decadenza dalla concessione per grave inadempimento del concessionario, subordina il subentro del concedente al pagamento di un importo corrispondente al valore attuale netto dei ricavi di gestione «sino alla scadenza della concessione», preservando così l'utile che il concessionario avrebbe tratto dal rapporto, benché quest'ultimo sia cessato per causa imputabile allo stesso concessionario.

Sembrerebbe una situazione paradossale se raffrontata con le

regole che sovrintendono ai rapporti contrattuali nel settore privato, laddove giammai si giustificerebbe siffatto sbilanciamento a danno di una parte e risulta ancora più incomprensibile se si pensa che, nel caso che ci occupa, lo svantaggio ricade sulla parte pubblica che dovrebbe agire con l'unica finalità di massimizzare il pubblico interesse.

Abbiamo visto, infatti, come lo strumento della concessione abbia un senso nei termini in cui si rivolge al privato solo se la sinergia pubblico-privato meglio risponda a garantire l'interesse della collettività.

La peculiarità delle clausole convenzionali balza agli onori della cronaca e fa indignare l'opinione pubblica nel momento in cui, verificatasi la tragedia, sono resi noti gli atti convenzionali.

Nella richiamata risoluzione della Camera, al punto 5) si legge l'impegno del Governo a *"...verificare, per quanto di competenza, la regolarità delle procedure che hanno condotto alla stipula dei contratti concessori e se i contenuti di questi ultimi non configurino responsabilità, soprattutto da un punto di vista contabile, in capo ai soggetti che li hanno stipulati, sottoponendo al giudizio della Corte dei conti tutti gli atti utili per tale accertamento"*.

Dall'analisi sin qui svolta, peraltro, è emerso come il contesto italiano si caratterizzi negativamente per essere un sistema chiuso, non già perché il diritto lo sottragga alle regole della concorrenza, ma perché, di fatto, esse non sono state osservate al tempo in cui si sono affidate concessioni senza gara, poi prorogate per molti decenni con analoghe modalità.

Al riguardo si rammenta anche la sentenza della Corte di

giustizia dell'Unione europea del 18 settembre 2019, in causa C-526/17, che ha condannato lo Stato italiano per avere prorogato una concessione di tratto autostradale conseguita a suo tempo senza gara, ribadendo la piena soggezione di tale segmento del mercato al principio di concorrenza.

Tale soggezione è ora affermata anche dall'art. 178 cod. contratti pubblici.

2. Le disposizioni inserite nel decreto legge c.d. Multi-Proroghe 2019 finalizzate a favorire la revoca.

L'articolo 35 del decreto-legge 30 dicembre 2019, n.162, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2020, n.8,¹⁰⁹ introduce una disciplina, derogatoria rispetto a quella prevista dal Codice dei contratti pubblici, finalizzata a regolare i casi di revoca, decadenza o risoluzione di concessioni di strade o di autostrade, ivi incluse quelle sottoposte a pedaggio.

In particolare sono disciplinati: l'affidamento ad ANAS S.p.A. della gestione di tali strade o autostrade nelle more dell'affidamento a nuovo concessionario, l'indennizzo da corrispondere in caso di estinzione della concessione per inadempimento del concessionario nonché l'efficacia del provvedimento di revoca, decadenza o risoluzione della concessione.

Si prevede, nel dettaglio, che nei casi di revoca, decadenza o di risoluzione, nelle more dello svolgimento delle procedure di gara per l'affidamento a nuovo concessionario e solo per il tempo strettamente

¹⁰⁹ Dossier Camera parte I AC 2325.

necessario alla sua individuazione, l'ANAS S.p.a. possa:

- assumere la gestione delle strade/autostrade in questione;
- svolgere le attività di manutenzione ordinaria e straordinaria e quelle di investimento finalizzate alla loro riqualificazione o adeguamento.

L'attribuzione dei suddetti compiti all'ANAS opera in attuazione dell'art. 36, comma 3, del decreto legge n.98 del 2011, norma con cui sono state dettate disposizioni in materia di riordino dell'ANAS S.p.A., a cui, al comma 3, sono specificamente attribuiti, tra l'altro, i compiti di, *“costruire e gestire le strade, ivi incluse quelle sottoposte a pedaggio, e le autostrade statali, incassandone tutte le entrate relative al loro utilizzo, nonché alla loro manutenzione ordinaria e straordinaria”* e a *“realizzare il progressivo miglioramento ed adeguamento della rete delle strade e delle autostrade statali e della relativa segnaletica”*.

Dall'esame dei lavori preparatori si evince chiaramente che la disciplina di cui al citato articolo 35 deve considerarsi speciale e derogatoria della disciplina recata dall'art. 176 del Codice dei contratti pubblici, che, in tali casi, prevede la possibilità per il concessionario di proseguire nella gestione ordinaria dell'opera, incassandone i ricavi da essa derivanti, sino all'effettivo pagamento delle somme dovute per il tramite del nuovo soggetto subentrante, fatti salvi gli eventuali investimenti improcrastinabili individuati dal concedente unitamente alle modalità di finanziamento dei correlati costi. Tale facoltà è ovviamente esclusa nei casi di risoluzione del rapporto per inadempimento del concessionario o, comunque, per fatti allo stesso

imputabili.¹¹⁰

In tali casi, gli enti finanziatori possono indicare un operatore economico, che subentri nella concessione, avente caratteristiche tecniche e finanziarie corrispondenti o analoghe a quelle previste nel bando di gara o negli atti in forza dei quali la concessione è stata affidata, con riguardo allo stato di avanzamento dell'oggetto della concessione alla data del subentro.

¹¹⁰ Si riportano di seguito i commi 4, 5 e 5-bis dell'art. 176 che rilevano ai fini del presente paragrafo: “4. Qualora la concessione sia risolta per inadempimento della amministrazione aggiudicatrice ovvero quest'ultima revochi la concessione per motivi di pubblico interesse spettano al concessionario:

a) il valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti, ovvero, nel caso in cui l'opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, i costi effettivamente sostenuti dal concessionario;

b) le penali e gli altri costi sostenuti o da sostenere in conseguenza della risoluzione, ivi inclusi gli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse;

c) un indennizzo a titolo di risarcimento del mancato guadagno pari al 10 per cento del valore delle opere ancora da eseguire ovvero, nel caso in cui l'opera abbia superato la fase di collaudo, del valore attuale dei ricavi risultanti dal piano economico finanziario allegato alla concessione per gli anni residui di gestione

5. Le somme di cui al comma 4 e al comma 7 sono destinate prioritariamente al soddisfacimento dei crediti dei finanziatori del concessionario e dei titolari di titoli emessi ai sensi dell'articolo 185, limitatamente alle obbligazioni emesse successivamente alla data di entrata in vigore della presente disposizione e sono indisponibili da parte di quest'ultimo fino al completo soddisfacimento di detti crediti.

5-bis. Senza pregiudizio per il pagamento delle somme di cui al comma 4, in tutti i casi di cessazione del rapporto concessorio diversi dalla risoluzione per inadempimento del concessionario, il concessionario ha il diritto di proseguire nella gestione ordinaria dell'opera, incassandone i ricavi da essa derivanti, sino all'effettivo pagamento delle suddette somme per il tramite del nuovo soggetto subentrante, fatti salvi gli eventuali investimenti improcrastinabili individuati dal concedente unitamente alle modalità di finanziamento dei correlati costi.”.

L'operatore economico subentrante deve assicurare la ripresa dell'esecuzione della concessione e l'esatto adempimento originariamente richiesto al concessionario sostituito entro il termine indicato dalla stazione appaltante. Il subentro dell'operatore economico ha effetto dal momento in cui la stazione appaltante vi presta il consenso. Viene inoltre previsto che la stazione appaltante prevede nella documentazione di gara il diritto di subentro degli enti finanziatori.¹¹¹

La disposizione normativa introdotta con l'articolo 35 dispone, altresì, che, nei casi di cessazione del rapporto per cause non imputabili al concessionario, sono fatte salve le eventuali disposizioni convenzionali che escludano il riconoscimento di indennizzi in caso di estinzione anticipata del rapporto concessorio e la possibilità per ANAS, ai fini dello svolgimento delle attività sopra descritte, di acquistare gli eventuali progetti elaborati dal concessionario, previo

¹¹¹ Cfr. i commi da 8 a 10 del citato art. 176: "8. *Nei casi che comporterebbero la risoluzione di una concessione per cause imputabili al concessionario, la stazione appaltante comunica per iscritto al concessionario e agli enti finanziatori l'intenzione di risolvere il rapporto. Gli enti finanziatori, ivi inclusi i titolari di obbligazioni e titoli analoghi emessi dal concessionario, entro novanta giorni dal ricevimento della comunicazione, possono indicare un operatore economico, che subentri nella concessione, avente caratteristiche tecniche e finanziarie corrispondenti o analoghe a quelle previste nel bando di gara o negli atti in forza dei quali la concessione è stata affidata, con riguardo allo stato di avanzamento dell'oggetto della concessione alla data del subentro.*

9. *L'operatore economico subentrante deve assicurare la ripresa dell'esecuzione della concessione e l'esatto adempimento originariamente richiesto al concessionario sostituito entro il termine indicato dalla stazione appaltante. Il subentro dell'operatore economico ha effetto dal momento in cui la stazione appaltante vi presta il consenso.*

10. *La stazione appaltante prevede nella documentazione di gara il diritto di subentro degli enti finanziatori di cui al comma 8.*".

pagamento di un corrispettivo determinato avendo riguardo ai soli costi di progettazione e ai diritti sulle opere dell'ingegno di cui all'art. 2578 del codice civile. Si fa riferimento all'equo compenso che l'art. 2578 del codice civile riconosce all'autore di progetti di lavori di ingegneria o di altri lavori analoghi – purché costituiscano soluzioni originali di problemi tecnici – a fronte dell'esecuzione senza il suo consenso del progetto tecnico a scopo di lucro.

Nei casi di cessazione del rapporto per fatti imputabili al concessionario, l'articolo 35, al comma 1, quarto periodo, richiama la disciplina di cui all'articolo 176 del codice dei contratti, con riferimento al diritto all'indennizzo nei soli termini disciplinati dal su richiamato comma 4, lettera a) del medesimo art. 176, precisando, altresì, che l'efficacia del provvedimento di revoca, decadenza o risoluzione della concessione non è sottoposta alla condizione del pagamento da parte dell'amministrazione concedente del predetto indennizzo.

La norma in esame – nel prevedere l'applicazione della sola lettera a) del comma 4 del citato art. 176 e non anche delle lettere b) e c) – esclude, quindi, la possibilità di riconoscere al concessionario il pagamento delle penali o un indennizzo a titolo di risarcimento del mancato guadagno.

Tale indennizzo è dunque limitato al valore delle opere realizzate e agli oneri accessori al netto degli ammortamenti ovvero, nei casi in cui non sia ancora intervenuto il collaudo, dei costi effettivamente sostenuti.

Il legislatore precisa, inoltre, che l'applicazione della succitata lettera a) opera anche in sostituzione di eventuali clausole convenzionali, sostanziali e procedurali, difformi, anche se approvate

per legge, da intendersi come nulle ai sensi dell'art. 1419, secondo comma, del codice civile, senza che possa operare, per effetto della presente disposizione, alcuna risoluzione di diritto.

Si tratta di una disposizione rivoluzionaria e dirompente ai fini dell'analisi del presente elaborato in merito alla possibilità di addivenire ad una risoluzione del rapporto concessorio di ASPI.

Il richiamo all'art. 1418 del codice civile prevede infatti la nullità del contratto quando lo stesso è contrario a norme imperative, quando mancano i requisiti essenziali, quando la causa o i motivi sono illeciti, nonché quando la nullità sia stabilita dalla legge.

Il successivo art. 1419 c.c. disciplina la nullità parziale del contratto e la nullità di singole clausole prevedendo:

- che la nullità parziale del contratto o di singole clausole contrattuali travolge l'intero contratto quando risulti che le parti non avrebbero mai concluso l'accordo senza quella specifica parte o clausola poi dichiarata nulla (primo comma);
- che tale regola non si applica quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative (secondo comma).

Quanto alla "risoluzione di diritto", si ricorda che essa – diversamente dalla risoluzione giudiziale – opera al verificarsi degli eventi ai quali le parti hanno ricollegato questo effetto, senza necessità di una pronuncia del giudice.

Con riferimento alla previsione della norma in esame, secondo cui le clausole convenzionali difformi sono nulle "*senza che possa operare, per effetto della presente disposizione, alcuna risoluzione di diritto*", si fa presente che essa sembra finalizzata proprio ad impedire l'applicazione di clausole, quali quella contenuta nell'art. 9-bis,

comma 4, della Convenzione unica con Autostrade per l'Italia S.p.A. (stipulata il 12 ottobre 2007 e approvata per legge in virtù del disposto dell'art. 8-duodecies del D.L. 59/2008), volte a disporre che la convenzione si intende risolta di diritto in presenza di atti o fatti, ivi inclusi "mutamenti sostanziali del quadro legislativo o regolatorio", che prevedano la inserzione automatica di nuove norme nella convenzione ovvero un obbligo di rinegoziazione alle condizioni previste nell'atto e/o fatto e/o provvedimento legislativo o regolatorio, a meno che il concessionario non comunichi al concedente, entro un termine prestabilito, la volontà di accettare l'inserzione automatica di norme ovvero di procedere alla rinegoziazione.

Si ricorda, peraltro, che nel parere del Gruppo di lavoro di giuristi¹¹² si afferma la tesi della nullità dell'art. 9-bis della Convenzione unica con ASPI.

Si tratta di una norma estremamente coraggiosa che, ovviamente, non poteva non determinare effetti al momento del suo ingresso nell'ordinamento giuridico, tant'è che la stessa è *sub judice* sotto il profilo della sua legittimità costituzionale e all'esame della Commissione europea, ai fini del vaglio di compatibilità con il diritto eurounitario, di cui si dirà nel prosieguo del presente lavoro.

Peraltro anche l'ANAC,¹¹³ nell'ambito dell'indagine conoscitiva sulle concessioni autostradali tenutasi presso il Senato in data 7 luglio

¹¹² Si tratta del gruppo di lavoro costituito con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti 29 marzo 2019, n. 119, al fine di rendere un parere al Ministro p.t. Paola De Micheli. Si veda, in particolare, il par. 9, pagg. 46-50 del predetto parere.

¹¹³ Memoria depositata dal Presidente ANAC prof. Francesco Merloni a seguito dell'audizione presso la commissione Lavori pubblici del Senato il 7 luglio 2020.

2020, pur esprimendo apprezzamento per la nuova disposizione, finalizzata ad attuare appieno il principio di concorrenzialità di cui all'art. 178 del codice dei contratti pubblici, avvertiva sul pericolo dei possibili contenziosi che sarebbero potuti insorgere nella concreta fase applicativa, soprattutto nella parte relativa alla nuova disciplina sull'indennizzo.

Il Ministro *pro tempore*,¹¹⁴ a valle dell'entrata in vigore della disposizione, affermava che *“si tratta di una previsione che, nell'individuare l'importo massimo astrattamente riconoscibile al concessionario in caso di anticipata cessazione della concessione per fatto a lui imputabile, non deve essere in alcun modo intesa come certezza per lo stesso di ottenere l'importo in parola”* e che laddove ci si trovasse di fronte ad un inadempimento contrattuale *“...l'indennizzo previsto dall'art. 35 ben potrà essere assorbito, in tutto o in parte, da quanto dovuto in concreto dal concessionario al concedente a titolo di risarcimento del danno”*.

L'art. 35 si prefigge, altresì, di assicurare, mediante la sostituzione automatica delle eventuali clausole a contenuto difforme, uniformità tra le concessioni e un ribaltamento del rapporto tra interesse privato e interesse pubblico, ad oggi sbilanciato a favore dell'interesse privato.

¹¹⁴ Audizione del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti (Paola De Micheli) nell'ambito dell'esame del decreto legge n. 162 del 30 dicembre 2019 presso le Commissioni riunite I e V della Camera dei deputati in data 16 gennaio 2020 ore 15.30.

3. I punti qualificanti del rapporto elaborato dal gruppo di lavoro istituito dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti ai fini dell'accertato inadempimento di ASPI.

Già all'indomani del crollo del Ponte Morandi il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti aveva avviato un'indagine, tramite la competente Direzione generale, nella sua qualità di concedente, avviando il procedimento con l'esame delle clausole convenzionali, in particolare quella di cui agli articoli 8, 9 e 9-bis, che disciplinano le varie ipotesi di cessazione anticipata del rapporto convenzionale.

Il predetto Ministero ha anche nominato una commissione tecnica¹¹⁵ con il compito di esaminare e relazionare sulle cause del crollo del Ponte.

Nel presente paragrafo saranno esaminati i punti nodali sotto il profilo squisitamente giuridico, che sono emersi dal lavoro del gruppo di esperti cui si è fatto cenno nel paragrafo 2, con particolare riferimento all'inadempimento di ASPI agli obblighi convenzionali, al di là delle eventuali responsabilità da accertarsi in sede penale o civile, e, in caso affermativo, ai poteri spettanti al concedente per far valere siffatto inadempimento.

Il lavoro del gruppo di esperti si snoda partendo da un *excursus* storico sull'origine della concessione sino a giungere alla disamina del rapporto concessorio vigente di cui alla convenzione unica approvata *ex lege* in forza della quale, in estrema sintesi, ASPI ha assunto

¹¹⁵ Cfr. Relazione della Commissione ispettiva ministeriale istituita con i decreti del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti 14 agosto 2018, n.386, 27 agosto 2018, n.387 e 5 settembre 2018, n. 392.

l'obbligo, sia di provvedere alla costruzione di nuove opere infrastrutturali di adeguamento delle autostrade oggetto della concessione, sia di provvedere alla manutenzione ordinaria e straordinaria, con la finalità di conservare la rete nel rispetto di elevati *standard* di qualità del servizio e di sicurezza dell'utenza, anche mediante un affidabile e costante sistema di monitoraggio dell'infrastruttura.

Dalla lettura dell'art. 5 della convenzione, che fa riferimento "al trasferimento della gestione" dal concessionario all'eventuale subentrante, il gruppo di lavoro desume la sussistenza di un obbligo gravante in capo ad ASPI di consegnare l'intera rete al momento della scadenza della concessione, onde rendere possibile il citato trasferimento.

Ne conseguirebbe, dunque, l'applicabilità dell'art. 1177 c.c.¹¹⁶, considerato che, trattandosi a tutti gli effetti di un rapporto contrattuale, le norme del codice civile completano e integrano il regime di tale rapporto.

Da tale richiamo all'art. 1177 discenderebbe, per quel che rileva ai fini del presente lavoro, che ASPI è tenuta ad eseguire ogni opera ed intervento, anche diverso ed ulteriore rispetto a quelli previsti dalla convenzione, che risulti strumentale all'adempimento dell'obbligazione finale di consegna in buono stato di conservazione.

Esaminando poi gli articoli 8, 9 e 9-bis che disciplinano le varie fattispecie di scioglimento anticipato del rapporto concessorio, esaminati sotto un diverso profilo nel capitolo precedente, il gruppo di

¹¹⁶ Art. 1177 del c.c. recita: "*L'obbligazione di consegnare una cosa determinata include quella di custodirla fino alla consegna*".

esperti ha evidenziato come tale disciplina, inserita nella convenzione del 2007, differisca da quella del 1997 e si caratterizza per più aspetti quale *“speciale ed eccentrica rispetto a quella legale (in particolare a quella prevista dal codice civile e dal codice dei contratti pubblici) e all'apparenza molto “sbilanciata” dal lato e in favore del concessionario”*.¹¹⁷

In sostanza, ogni ipotesi di risoluzione è subordinata al pagamento di una somma di denaro ingente, se non addirittura insostenibile per l'erario, e si caratterizza per un significativo sbilanciamento a favore di una delle due parti, circostanza ancor più grave se si pensa che la “parte debole” è proprio l'amministrazione pubblica.

Il gruppo di esperti valuta, dunque, la validità di tali clausole, ritenendo ininfluyente, sotto tale profilo, la circostanza dell'approvazione *ex lege*, considerata rilevante soltanto sotto il profilo integrativo dell'efficacia, ma non dei suoi contenuti e, dunque, insuscettibile di salvare le citate clausole da eventuali vizi di nullità.

Dopo aver puntualmente disatteso le controdeduzioni presentate da ASPI, che sostanzialmente trovavano il punto di forza nella clausole convenzionali, il gruppo di lavoro conclude che il perimento del Ponte ha determinato un inadempimento definitivo di tale gravità da porre a carico del concessionario, ai sensi del richiamato art. 1177 c.c., e assoggettato alla relativa disciplina civilistica di cui all'art. 1218 c.c.¹¹⁸, non riconducibile, dunque, agli specifici e puntuali obblighi previsti dai

¹¹⁷ Cfr. pag. 19 del citato rapporto.

¹¹⁸ L'art. 1218 del c.c. recita: *“Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile”*.

citati artt. 8, 9 e 9-bis della convenzione.

Da tale accertata responsabilità discende la facoltà per il Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili di procedere alla risoluzione contrattuale, anche in ragione della rilevante compromissione degli interessi pubblici in gioco.

Sostiene il gruppo di lavoro che *“il crollo del viadotto Polcevera, certamente dovuto ad un cedimento strutturale dell’opera, dimostri a sufficienza l’inaffidabilità dell’intero sistema di monitoraggio, valutazione e manutenzione, lungamente ripercorso da ASPI nelle proprie controdeduzioni”*.

La riscontrata gravità dell’inadempimento, peraltro, ad avviso del gruppo di esperti, potrebbe legittimare la risoluzione integrale del rapporto, avendo la convenzione ad oggetto tutte le tratte di cui si compone l’intera rete autostradale ed essendo, dunque, non percorribile, ad avviso degli esperti, una risoluzione parziale limitata al solo tratto interessato dalla tragedia del 14 agosto.

Gli effetti di una risoluzione parziale, infatti, incidendo sull’oggetto e limitandolo, si potrebbero perseguire solo passando per la via consensuale.

4. La nullità della clausola convenzionale di cui all’art. 9-bis della convenzione unica.

Abbiamo analizzato nel capitolo precedente la sussistenza di tutti gli elementi atti a configurare la fattispecie dell’inadempimento grave ai sensi dell’art. 1453 c.c.

Bisogna adesso verificare se la disciplina codicistica risulti

applicabile *tout court* alla fattispecie in parola ovvero se la disciplina convenzionale possa ritenersi speciale e, dunque, prevalente.

In realtà la convenzione non deroga né disciplina la fattispecie dell'inadempimento, ma contiene clausole speciali concernenti esclusivamente il rapporto di risoluzione (anche per inadempimento) e pagamento del conseguente indennizzo a favore del concessionario.

A differenza di quanto disciplinato nell'articolo 176 del codice dei contratti che, ovviamente, distingue i casi in cui la risoluzione avviene per cause imputabili al concedente o connesse a ragioni di pubblico interesse da quelli in cui sia riconducibile al concessionario, la convenzione non opera distinzioni al riguardo.

Sotto tale profilo si precisa, poi, che la disciplina applicabile "*ratione temporis*" sarebbe quella del previgente codice 12 aprile 2006, n.163, in particolare del combinato disposto degli articoli 136 e 142¹¹⁹ che

¹¹⁹ Si riporta il testo dei previgenti artt. 136 e 142:

Art. 136 "[1. Quando il direttore dei lavori accerta che comportamenti dell'appaltatore concretano grave inadempimento alle obbligazioni di contratto tale da compromettere la buona riuscita dei lavori, invia al responsabile del procedimento una relazione particolareggiata, corredata dei documenti necessari, indicando la stima dei lavori eseguiti regolarmente e che devono essere accreditati all'appaltatore.

2. Su indicazione del responsabile del procedimento il direttore dei lavori formula la contestazione degli addebiti all'appaltatore, assegnando un termine non inferiore a quindici giorni per la presentazione delle proprie controdeduzioni al responsabile del procedimento.

3. Acquisite e valutate negativamente le predette controdeduzioni, ovvero scaduto il termine senza che l'appaltatore abbia risposto, la stazione appaltante su proposta del responsabile del procedimento dispone la risoluzione del contratto.

4. Qualora, al fuori dei precedenti casi, l'esecuzione dei lavori ritardi per negligenza dell'appaltatore rispetto alle previsioni del programma, il direttore dei lavori gli assegna un termine, che, salvo i casi d'urgenza, non può essere inferiore a dieci giorni, per compiere i

riconoscerebbe al concedente il potere di risoluzione in autotutela per inadempimento del concessionario.

L'anomalia e l'eccentricità di tale mancata distinzione emerge con forza nel momento in cui viene riconosciuto sempre e comunque il pagamento di un indennizzo corrispondente al valore attuale netto dei ricavi della gestione prevedibile dalla data di adozione del provvedimento di scioglimento anticipato sino alla scadenza della concessione, la cui efficacia è subordinata all'effettivo pagamento.

lavori in ritardo, e dà inoltre le prescrizioni ritenute necessarie. Il termine decorre dal giorno di ricevimento della comunicazione.

5. Scaduto il termine assegnato, il direttore dei lavori verifica, in contraddittorio con l'appaltatore, o, in sua mancanza, con la assistenza di due testimoni, gli effetti dell'intimazione impartita, e ne compila processo verbale da trasmettere al responsabile del procedimento.

6. Sulla base del processo verbale, qualora l'inadempimento permanga, la stazione appaltante, su proposta del responsabile del procedimento, delibera la risoluzione del contratto.]”

Art. 142 “1. Il presente capo disciplina le concessioni di lavori pubblici e gli appalti di lavori affidati dai concessionari di lavori pubblici.

2. Sono escluse dal campo di applicazione del presente codice, le concessioni affidate nelle circostanze previste dagli articoli 17, 18, 22, 31. Ad esse si applica l'articolo 27.

3. Alle concessioni di lavori pubblici, nonché agli appalti di lavori pubblici affidati dai concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici, si applicano, salvo che non siano derogate nel presente capo, le disposizioni del presente codice.

4. I concessionari di lavori pubblici che non sono amministrazioni aggiudicatrici, per gli appalti di lavori affidati a terzi sono tenuti all'osservanza della sezione IV del presente capo. Si applicano, in tale ipotesi, in quanto compatibili, le disposizioni della parte I, parte IV, parte V, nonché le norme della parte II, titolo I e titolo II, in tema di pubblicità dei bandi, termini delle procedure, requisiti generali e qualificazione degli operatori economici, subappalto, progettazione, collaudo, piani di sicurezza, che non siano specificamente derogate dalla sezione IV del presente capo.”.

Non v'è chi non veda l'irragionevolezza di una tale clausola, che, balzata tristemente all'onore della cronaca in conseguenza della tragedia del 14 agosto, ha fatto indignare l'opinione pubblica, non essendo replicabile una siffatta regolazione di interessi in nessun rapporto di natura civilistica.

Peraltro, analizzando tale clausola facendo ricorso alle norme del codice civile, si potrebbe affermare, senza possibilità di confutazione alcuna, che si tratterebbe di clausola nulla.

Ed infatti tale clausola sarebbe priva di causa meritevole di tutela, vanificando del tutto la corrispettività delle prestazioni, che caratterizza il rapporto convenzionale, e concretizzandosi, di fatto, nel riconoscimento di una posizione di immunità e privilegio di una sola parte a danno dell'altra (giustappunto la parte portatrice di interessi pubblici) in totale spregio ai criteri di uguaglianza e ragionevolezza.

In tale prospettiva, la stessa può evidentemente ritenersi contraria all'ordine pubblico "economico" in quanto qualunque comportamento del concessionario (anche illecito) è esente da conseguenze mentre il concedente non potrebbe mai invocare la risoluzione se non subordinatamente all'esborso di ingenti somme che creano un *vulnus* nella finanza pubblica.

Nondimeno sovviene a favore del riconoscimento della nullità anche l'art. 1229 c.c.¹²⁰, che sancisce la nullità di clausole volte a limitare o escludere preventivamente la responsabilità del debitore in caso di

¹²⁰ L'art. 1229 del c.c. recita: "E' nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave. E' nullo altresì qualsiasi patto preventivo di esonero o di limitazione di responsabilità per i casi in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico."

dolo o colpa grave.

Diversamente opinando, si potrebbe addivenire ad una soluzione che non preveda l'applicazione dell'art. 9-bis facendo leva sull'inciso della medesima disposizione, laddove la stessa fonda il diritto all'indennizzo sul "*rispetto del principio dell'affidamento*".

È di lapalissiana evidenza che nessun legittimo affidamento possa ingenerarsi nel concessionario a fronte di grave inadempimento dello stesso o in dipendenza di fatti a lui imputabili.

5. Il rischio connesso alla risoluzione e la "soluzione negoziale".

Se dall'esame dei paragrafi che precedono discenderebbe quale logico corollario la scelta ovvia della risoluzione per grave inadempimento, purtuttavia gli esperti del gruppo di lavoro istituito dal Ministro *pro tempore* delle infrastrutture e dei trasporti mettono in guardia il Ministero sul rischio connesso ad una risoluzione unilaterale del rapporto, da cui potrebbe ragionevolmente derivare un contenzioso di importo significativo e di cui gli esperti non possono (ovviamente) prevedere il felice esito per lo Stato, sia sotto il profilo del sicuro riconoscimento della legittimità di tale risoluzione unilaterale da parte del giudice eventualmente adito, sia sotto il profilo del mancato riconoscimento di un indennizzo esoso, nel caso di accertata legittimità della medesima risoluzione.

Ciò in quanto il giudice eventualmente adito potrebbe non aderire alla sopra rappresentata tesi della nullità e ritenere applicabili le clausole convenzionali in ragione della ricordata legislazione di tale convenzione per effetto del più volte richiamato art. 8-duodecies,

comma 1, del decreto legge n.59 del 2008, che ne escluderebbe la rimozione a mezzo di un semplice atto amministrativo unilaterale e che avrebbe reso indisponibile per le parti il contenuto dell'accordo originario e la conseguente impossibilità di affermare *ex post* la nullità della clausola relativa al riconoscimento dell'indennizzo.

Questa è, ad esempio, la posizione assunta dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 4262 del 2012, laddove, aderendo alla tesi dell'"indisponibilità" di cui si è testé detto, ha affermato che *"il contenuto della convenzione è stato cristallizzato da apposita norma di legge, rispetto alla quale gli atti adottati ... si pongono come direttamente attuativi di disposizioni legislative"*.

Altro aspetto problematico potrebbe essere individuato, sotto il profilo finanziario, nella necessità di dover riconoscere comunque un valore di subentro da parte dell'eventuale nuovo concessionario corrispondente almeno all'onere residuo dei debiti contratti dal concessionario per gli investimenti assentiti dal concedente, valore che, in considerazione della risoluzione con molti anni di anticipo e della presumibile realizzazione di investimenti non interamente ammortizzati, sarebbe di entità tale da rendere difficoltosa la ricerca sul mercato di un operatore economico in grado di sostenerne l'onere.

Peraltro, anche la diversa ipotesi di affidamento *in house* presenterebbe le medesime criticità in ragione degli effetti indesiderati che potrebbe ingenerarsi sui saldi di finanza pubblica.

Senza sottovalutare poi i problemi di continuità della gestione della rete autostradale e la necessità di evitare l'interruzione dell'offerta di un servizio essenziale per i bisogni della collettività, esigenze che potrebbero risultare compromesse da una cessazione anticipata del

rapporto.

Nella memoria conclusiva, dunque, gli stessi sottopongono all'attenzione del Ministro l'alternativa di una "*reductio ad equitatem*" del rapporto, ferma restando comunque la possibilità per il concedente di agire in giudizio per il risarcimento dei danni causati dal comportamento *contra jus* del concessionario, possibilità non esclusa anche in assenza di una declaratoria di nullità delle clausole convenzionali.

Nelle more suggeriscono, comunque, per le ragioni sopra esposte, una "*prorogatio*" della gestione da parte dell'attuale concessionario, motivata anche dal fatto che tale periodo di *prorogatio* dovrebbe essere computato ai fini della determinazione del valore di subentro, in quanto si risolverebbe in un'estensione temporale del rapporto concessorio che amplierebbe il periodo di ammortamento, riducendo, conseguentemente, il valore di subentro ed evitando nel contempo, la sospensione degli investimenti, che ASPI sarebbe tenuta a garantire continuando a percepire i flussi di cassa della gestione sino al subentro del nuovo concessionario.

Al momento della stesura del presente lavoro il confronto tra le Amministrazioni competenti (Presidenza del Consiglio dei ministri per il tramite del Segretario generale, Ministero dell'economia e delle finanze e Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, per il tramite dei rispettivi Capi di Gabinetto) e il concessionario, nonostante molteplici incontri, non è ancora culminato nell'individuazione di una soluzione negoziale condivisa.

Dal comunicato stampa a valle di una riunione infuocata del Consiglio dei Ministri tenutasi nella notte del 15 luglio 2020 e durata

circa sei ore emergeva che Aspi avrebbe inviato quattro lettere diverse al Governo, nelle quali avrebbe man mano accolto "tutte le richieste" e, al riguardo, il Consiglio dei ministri avrebbe dato mandato al Ministero dell'economia e delle finanze e al Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili di definire i dettagli della transazione con Aspi.

La soluzione individuata, almeno da quanto è stato possibile apprendere dagli organi di stampa e non essendo disponibili ancora documenti ufficiali, vedrebbe i due Ministeri gestire l'uscita graduale di Atlantia da Autostrade e l'ingresso di Cassa depositi e prestiti nonché l'elaborazione di un nuovo accordo su tutti gli aspetti della convenzione.

L'interlocuzione con Cassa depositi e Prestiti sarebbe dovuta iniziare entro il 27 luglio 2020.

La nuova proposta di Autostrade per l'Italia, portata sul tavolo dal Ministro dell'economia e delle finanze *pro tempore*, è stata al centro della discussione nella citata riunione del Consiglio dei ministri, in seno alla quale il Presidente del Consiglio p.t. ha posto alcuni punti fondamentali ed irrinunciabili:

- il taglio delle tariffe autostradali;
- la modifica dell'articolo 35 del decreto Milleproroghe che riduce da 23 a 7 miliardi l'indennizzo in caso di revoca;
- la manleva per sollevare lo Stato dalle richieste risarcitorie legate al ponte Morandi e il diritto di recesso, per il futuro, in caso di gravi inadempienze del concessionario risarcendo solo gli investimenti non ammortizzati.

La novità che ha permesso alla trattativa di sbloccarsi riguarda

l'azionariato: i Benetton si sono detti disponibili allo scorporo di Autostrade rispetto ad Atlantia, all'ingresso di Cassa depositi e prestiti in ASPI e alla successiva quotazione in Borsa.

Sarebbe previsto un tempo che va da sei mesi a un anno per la conclusione del processo, così articolato:

- una prima fase in cui Cassa depositi e Prestiti entrerebbe con il 51% e ci sarebbe lo scorporo che porterebbe il peso della famiglia Benetton tra il 10 e il 12%, soglia sotto la quale non si entra nel Consiglio di amministrazione;
- una seconda fase in cui ci sarebbe la quotazione che dovrebbe portare a una società con un azionariato diffuso alto, fino al 50%, con possibilità di ingresso di nuovi soci, con un'operazione di mercato, abbassando ulteriormente il peso della famiglia Benetton;
- la rinuncia alla revoca potrà avvenire solo in caso di completamento dell'accordo transattivo.

Dal comunicato stampa del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti p.t. si evince che la proposta prevede specifici punti qualificanti riguardo alla transazione e al futuro assetto societario del concessionario. In particolare si prevedono:

- misure compensative ad esclusivo carico di ASPI per il complessivo importo di 3,4 miliardi di euro;
- riscrittura delle clausole della convenzione al fine di adeguarle all'articolo 35 del decreto-legge "Milleproroghe" (decreto-legge 30 dicembre 2019, n. 162);
- rafforzamento del sistema dei controlli a carico del concessionario;
- aumento delle sanzioni anche in caso di lievi violazioni da parte

del concessionario;

- rinuncia a tutti i giudizi promossi in relazione alle attività di ricostruzione del ponte Morandi, al sistema tariffario, compresi i giudizi promossi avverso le delibere dell’Autorità di regolazione dei trasporti (ART) e i ricorsi per contestare la legittimità dell’art. 35 del decreto-legge “Milleproroghe”;
- accettazione della disciplina tariffaria introdotta dall’ART con una significativa moderazione della dinamica tariffaria;
- l’immediato passaggio del controllo di ASPI a un soggetto a partecipazione statale (Cassa depositi e prestiti – CDP), attraverso la sottoscrizione di un aumento di capitale riservato da parte di CDP, l’acquisto di quote partecipative da parte di investitori istituzionali, la cessione diretta di azioni ASPI a investitori istituzionali di gradimento di CDP, con l’impegno da parte di Atlantia a non destinare in alcun modo tali risorse alla distribuzione di dividendi, la scissione proporzionale di Atlantia, con l’uscita di ASPI dal perimetro di Atlantia e la contestuale quotazione di ASPI in Borsa. Gli azionisti di Atlantia valuteranno la smobilizzazione delle quote di ASPI, con conseguente aumento del flottante.

Sembrerebbe risultare anche la disponibilità di ASPI, in relazione al futuro assetto societario ed in alternativa al processo di cui al punto che precede, a cedere direttamente l’intera partecipazione in ASPI, pari all’88%, a CDP e a investitori istituzionali di suo gradimento.

CAPITOLO 7
PROFILI PROBLEMATICI SOLLEVATI IN SEDE
GIURISDIZIONALE E DALLA COMMISSIONE EUROPEA
**AVVERSO LE NORME DEL DECRETO-LEGGE “MULTI-
PROROGHE” N. 162 DEL 2019.**

Premessa

Nel capitolo precedente è stato esaminato il tentativo del Governo, mediante l’inserimento dell’art. 35 nel decreto–legge Milleproroghe del 2019, di intervenire sul rapporto concessorio, al fine di una “*reductio ad equitatem*” del medesimo rapporto, sotto il profilo della corresponsione dell’indennizzo ad ASPI o della determinazione del valore di subentro.

Peraltro, sono state esaminate le problematiche connesse all’eventuale adozione di provvedimenti unilaterali di scioglimento anticipato del rapporto, in presenza della più volte richiamata “legificazione” del rapporto.

Il presente capitolo esamina le doglianze sollevate da ASPI innanzi al TAR Lazio già all’indomani dell’entrata in vigore delle disposizioni recate dal citato art. 35, nell’ambito di una quanto mai singolare azione di accertamento in merito alla validità delle clausole convenzionali su cui si è focalizzata l’attenzione dei precedenti capitoli.

A ciò farà seguito l’esame dei profili di criticità evidenziati dalla Commissione europea nell’ambito dell’EU Pilot (2021) 9831/FISMA.

Nonostante le criticità e lo squilibrio oggettivo ed ingiustificabile delle esaminate clausole convenzionali, si vedrà come il cammino per

giungere a dirimere la controversia tra lo Stato e ASPI appare ancora disseminato di ostacoli difficili da sormontare e/o rimuovere.

1. Le doglianze sollevate da ASPI in sede di azione di accertamento proposta al TAR Lazio.

In data 11 marzo 2020 l'Avvocatura dello Stato trasmetteva al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti il ricorso con il quale Autostrade per l'Italia S.p.a. conveniva in giudizio innanzi al Tribunale amministrativo regionale di Roma il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti¹²¹, il Ministero dell'economia e delle finanze, Anas S.p.a. a socio unico per l'accertamento della validità e della vigenza degli articoli 8, 9, e 9-bis della Convenzione unica più volte richiamata.

Si accennava, nelle premesse, alla singolarità di tale azione, in quanto la stessa è stata proposta previa richiesta di disapplicazione dell'art. 35 del decreto-legge Milleproroghe n. 162 del 2019 o previa rimessione delle questioni di compatibilità della citata disposizione con il diritto comunitario o con i principi costituzionali.

È evidente, dunque, che ASPI abbia "strumentalizzato" un'anomala azione dichiarativa per sollevare i citati profili di incompatibilità con il diritto comunitario che, ovviamente, non avrebbe potuto far valere in via principale, ma solo "*incidenter tantum*" in corso di causa.

Nelle premesse del ricorso, ASPI lamenta come il Ministero delle

¹²¹ La nota dell'Avvocatura generale dello Stato unitamente all'atto di ricorso ed ai relativi allegati è stato acquisito agli atti dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti con prot. SEGRMIN Registro Ufficiale I 0011027 del 13.03.2020.

infrastrutture e dei trasporti, seppure in nessuna sede competente fosse stata accertata (almeno sino alla data di notifica del ricorso) la responsabilità della stessa ASPI, già dal mese di agosto 2018 tuttavia avesse avviato un procedimento di accertamento di grave inadempimento, ancora *in itinere*, mentre il Governo adottava interventi legislativi (primari e secondari, ossia attuativi) di carattere sanzionatorio che avrebbero inciso “*ingiustamente ed immotivatamente sulla sua situazione giuridica*”.

In particolare, ASPI ritiene che l’ulteriore modifica unilaterale del rapporto concessorio, imposta autoritativamente dal citato art. 35 e gravemente pregiudizievole della sua posizione e attività di concessionario, sia parimenti contrastante con i fondamentali principi fissati dalla Costituzione e dalla disciplina comunitaria e, pertanto, chiedeva al Tribunale Amministrativo di accertare e dichiarare la validità e vigenza degli artt. 8, 9 e 9-bis della Convenzione Unica nella formulazione convenuta nel 2007, stante l’illegittimità del medesimo art. 35 per contrasto con tali precetti costituzionali e comunitari e la sua conseguente inidoneità a modificare ovvero sostituire le citate disposizioni convenzionali.

Peraltro, dopo aver richiamato le ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale del TAR Liguria (al momento della notifica del ricorso non era ancora stata depositata la sentenza della Corte costituzionale di cui si è ampiamente dibattuto), ASPI, precisando di comprendere lo straziante dolore dei familiari delle vittime e dichiarando di aver provveduto spontaneamente anche a risarcire (nell’atto di ricorso è usato volutamente (?) il termine liquidare) gran parte dei danneggiati, dichiara di rivendicare “*solo il doveroso rispetto*

del diritto comunitario e costituzionale a fronte di un nuovo intervento legislativo che ha modificato, ancora una volta unilateralmente e autoritativamente, aspetti essenziali della disciplina convenzionale, con il malcelato obiettivo di rendere più agevole e meno oneroso per il Concedente il preteso scioglimento del rapporto di concessione per il caso di inadempimento del concessionario”.

Nel ricorso ASPI ripercorre la “*ratio*” e l’origine della modifica di cui al richiamato articolo 8- *duodecies*, comma 2, del decreto legge n. 59 del 2008, ricordando come tale disposizione abbia visto la luce a valle di una lunga interlocuzione con i competenti Uffici della Commissione europea e come il Presidente del Consiglio p.t. avesse formalizzato alla Commissione che: “*Con tale testo di legge vengono infatti approvati tutti gli schemi di convenzione con Anas S.p.A. già sottoscritti dalle società concessionarie autostradali alla data di entrata in vigore del decreto, permettendone la tempestiva entrata in vigore, e vengono apportate modifiche all'articolo 2, comma 86, della legge 286/ 2006 tali da eliminare ogni ambiguità in relazione alla non modificabilità unilaterale, da parte dello Stato, dei regimi tariffari...*” e che “*...solo in presenza di tali formali misure atte a rendere imm modificabili le convenzioni sottoscritte, il Commissario McCreevy comunicava, con lettera al Ministro per le Infrastrutture del 29 ottobre 2008, l'avvenuta chiusura della procedura d'infrazione*”.

Lo Stato italiano, dunque, ad avviso di ASPI, sin dal 2008, ha espressamente riconosciuto l’illegittimità comunitaria di modifiche unilaterali dei rapporti concessori in essere, assumendo, nel contempo, un impegno nei confronti, non solo della Commissione UE, ma anche dei concessionari autostradali, a non modificare

unilateralmente le convenzioni sottoscritte in quel periodo a seguito di una ampia ed approfondita negoziazione e condivise dalla Commissione (tra cui la Convenzione Unica di ASPI).

Ovviamente, ad avviso di chi scrive, le argomentazioni che precedono prescindono, tuttavia, dalla portata oggettivamente sbilanciata e vessatoria di alcune clausole convenzionali, su cui probabilmente non si è soffermato l'esame della Commissione, ma che non si comprende come abbiano superato il vaglio degli uffici preposti.

Una cosa è, infatti, la stabilità del rapporto concessorio, tutt'altra storia è la sottoscrizione di un contratto contenente clausole quali quelle più volte richiamate.

Eppure, secondo ASPI, quelle norme convenzionali svolgerebbero una funzione essenziale nel rapporto concessorio, costituendo *“la base della valutazione della affidabilità e solvibilità del Concessionario operata dal mercato finanziario anche per il caso di anticipata interruzione della concessione, mercato finanziario cui necessariamente ASPI deve ricorrere — ed è infatti ricorsa — per acquisire le risorse occorrenti per realizzare gli imponenti investimenti cui si è obbligata con la stipula della Convenzione Unica.”*.

Il ricorso disserta lungamente sui gravi danni reputazionali occorsi alla società sotto il profilo dell'affidabilità finanziaria e della solvibilità di ASPI (si cita il declassamento del proprio rating ad opera di Moody's e di Standard & Poor's non appena resa pubblica la notizia delle modifiche introdotte dal citato art.35) e pone l'accento sul fatto che, ove il Governo si decidesse inopinatamente ad adottare un provvedimento caducatorio della concessione, dando applicazione

alla disciplina dell' art. 35, l'esito potrebbe essere, a dir poco, catastrofe, in quanto il *default* di ASPI metterebbe a rischio anche la controllante Atlantia S.p.A. sia in qualità di garante di ASPI (per circa 5,6 miliardi di euro) sia per l'inevitabile accelerazione della restituzione del proprio debito finanziario, con un dissesto finanziario elevatissimo (quantomeno pari a circa 16 miliardi di euro) e coinvolgerebbe, oltre che le migliaia di dipendenti di ASPI, anche le migliaia di investitori portatori di obbligazioni e di titoli di ASPI e di Atlantia S.p.A. e tutti i più importanti Istituti Finanziari italiani ed europei.

1.1. Profili di incompatibilità con il diritto unionale.

Le ragioni di diritto su cui si fonderebbe, ad avviso di ASPI, l'obbligo di disapplicazione del giudice sarebbero da rinvenire nella presunta esistenza di un contrasto dell'articolo in esame con i principi della certezza del diritto e del legittimo affidamento (quale corollario del primo) che sono posti a base delle libertà fondamentali sancite dal TFUE agli artt. 49 e ss. e 63 e ss. relative alla libera circolazione dei capitali e alla libertà di stabilimento.

Sotto tale profilo, lamenta ASPI che proprio il contesto di certezza del diritto, legislativamente sancito, avrebbe fatto sorgere, in capo alla medesima, la legittima aspettativa della stabilità del regime convenzionale pattuito, *“affidamento ulteriormente rafforzato dalla circostanza che alla Convenzione Unica ed alla sua approvazione per legge si era pervenuti all'esito di una procedura di infrazione comunitaria originata proprio da un precedente intervento legislativo*

volto a modificare unilateralmente e autoritativamente il precedente regime convenzionale”.

Al riguardo si richiama la sentenza della Corte di Giustizia¹²² che, nel caso di sopravvenute modifiche normative alla situazione giuridica di un operatore economico, ha comunque statuito l'obbligo del legislatore nazionale di *"prevedere un periodo transitorio di durata sufficiente per permettere agli operatori economici di adeguarsi ovvero un sistema di compensazioni adeguato"*.

Sotto diverso profilo, si contesta la violazione dell'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea,¹²³ in quanto lo stravolgimento delle condizioni contrattuali della Convenzione Unica operato dall'art. 35, di fatto, si concretizzerebbe, per la sua gravità, in una vera e propria espropriazione non giustificata da esigenze oggettive (di carattere economico o finanziario), né da pubblico interesse, e, dunque, perseguita in violazione del principio di proporzionalità imposto ai sensi del citato art. 17.

Sotto il profilo della libertà di concorrenza, nel ricorso in parola si lamenta, in particolare, la violazione degli artt. 101 e 106 TFUE nella misura in cui, per il caso di revoca, decadenza o risoluzione della

¹²² Cfr. sent. CGUE 20.12.2017 in causa C 322/16.

¹²³ Statuisce, infatti l'art. 17 che *“ogni individuo ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquistato legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità. Nessuno può essere privato della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa. L'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale"*. Poiché l'art. 17 corrisponde sostanzialmente all'art. 1 del Primo protocollo alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ("CEDU") esso deve essere interpretato in conformità alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ("Corte EDU").

concessione, si prevede l'attribuzione diretta del servizio di gestione delle autostrade, senza gara e per un tempo imprecisato ("per il tempo strettamente necessario") ad un'impresa pubblica, ANAS S.p.A., alla quale viene inoltre attribuita la facoltà *"di acquistare gli eventuali progetti elaborati dal concessionario previo pagamento di un corrispettivo determinato avendo riguardo ai soli costi di progettazione e ai diritti sulle opere dell'ingegno"*, posto che le norme sulla libera concorrenza si applicano anche alle imprese pubbliche.¹²⁴ Esso contrasterebbe inoltre con il principio, espresso dal considerando 77 della direttiva 2014/23/UE, che non vede di buon occhio la sostituzione di un operatore senza passare dalle procedure di evidenza pubblica.

Nel ricorso in parola ASPI chiede al giudice adito, ove lo stesso non ritenesse di aderire alla tesi della disapplicazione, di rimettere alla Corte di giustizia la questione pregiudiziale nei termini sopra esposti.

1.2. Profili di violazione delle norme costituzionali.

Sotto il profilo della presunta illegittimità costituzionale, ASPI lamenta che gli aspetti di incostituzionalità che affliggerebbero l'art. 35 sono sia strutturali che contenutistici, concretizzandosi, sotto il profilo strutturale, la palese violazione dell'art. 77 Cost. per violazione

¹²⁴ Si afferma, nel considerando 77, che *"In linea con i principi di parità di trattamento e di trasparenza, l'aggiudicatario non dovrebbe essere sostituito da un altro operatore economico, ad esempio in caso di cessazione della concessione a motivo di carenze nell'esecuzione, senza riaprire la concessione alla concorrenza."*

del requisito dell'omogeneità, inteso come necessaria coerenza interna delle sue previsioni, anche in rapporto alla finalità generale dell'atto¹²⁵, mentre, sotto il profilo contenutistico, sarebbe palese la violazione dell'art. 3 Cost. in ragione della irretroattività impropria che connota l'art. 35, intervenendo (sia pure per situazioni future) su rapporti negoziali in corso (segnatamente sulla Convenzione Unica di ASPI)¹²⁶ e dell'art. 41 Cost. nella misura in cui dichiara la nullità delle clausole convenzionali che contengono — per il caso di decadenza della concessione per inadempimento del concessionario — misure indennitarie diverse e maggiori di quella indicata dallo stesso art. 35, con sostituzione automatica delle nuove previsioni normative.

ASPI fonda, inoltre, l'incostituzionalità della previsione di nullità

¹²⁵ Sul punto, *ex plurimis*, si richiama la sentenza della Corte cost. 16.2.2012 n. 22, laddove si afferma che: *“L' “intrinseca coerenza delle norme contenute nel decreto legge o dal punto di vista oggettivo e materiale o dal punto di vista funzionale e finalistico” che la Corte afferma necessaria ai sensi dell'art. 77 Cost. non impone che le norme siano omogenee sia quanto al contenuto sia quanto alla funzione, ma non consente che le stesse non lo siano né sotto l'uno né sotto l'altro profilo.”* Inoltre si fa riferimento alla sentenza della Corte costituzionale n. 220 del 2013, laddove si afferma che, strutturalmente, una modifica di un assetto giuridico complesso non può avere i requisiti della straordinaria necessità ed urgenza e, dunque, un siffatto intervento legislativo non può essere operato con la decretazione d'urgenza. Anche sotto tale profilo la norma in esame è pertanto contrastante con il precetto costituzionale.

¹²⁶ Nel ricorso si richiama la giurisprudenza della Corte cost. cristallizzata dalla sentenza 103 del 2013 che ha individuato *“una serie di limiti generali all'efficacia retroattiva delle leggi, attinenti alla salvaguardia, oltre che dei principi costituzionali, di altri fondamentali valori di civiltà giuridica, posti a tutela dei destinatari della norma e dello stesso ordinamento, tra i quali vanno ricompresi il rispetto del principio generale di ragionevolezza, che si riflette nel divieto di introdurre ingiustificate disparità di trattamento; la tutela dell'affidamento legittimamente sorto nei soggetti quale principio connotato allo Stato di diritto; la coerenza e la certezza dell'ordinamento giuridico; il rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario”*.

delle clausole convenzionali anche sul fatto che il legislatore non avrebbe tenuto in alcun conto l'approvazione *ex lege* della Convenzione Unica (predicando, peraltro, la nullità di alcune disposizioni della medesima convenzione, senza però abrogare la legge che l'aveva approvata) né la circostanza che la concessione è un rapporto di durata in essere da molti anni, con la conseguenza che l'introduzione di una nullità sopravvenuta, con effetto retroattivo, altererebbe il bilanciamento economico-strutturale originariamente stabilito dalle parti e, quindi, risulterebbe incoerente anche con il diritto generale dei contratti, in relazione al tema dell'incidenza delle sopravvenienze sui rapporti di durata.

Né, argomenta ASPI, si può riconoscere all'art. 35 il valore di disposizione interpretativa, in difetto dei presupposti costituzionali di introduzione delle norme di interpretazione autentica, non sussistendo alcuna incertezza applicativa, ma semmai (a dire di ASPI) solo la presunta (illegittima) volontà di disciplinare in modo diverso, retroattivamente e in favore della parte concedente, l'assetto sinallagmatico della fase conclusiva del rapporto.

1.3. La posizione del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili. Eccezioni preliminari.

Il Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili (allora Ministero delle infrastrutture e dei trasporti), ricevuto il ricorso di ASPI trasmesso dall'Avvocatura generale dello Stato, riscontrava il medesimo, fornendo alla medesima Avvocatura puntuali elementi di

difesa.¹²⁷

In via del tutto preliminare, il suddetto Ministero eccepiva l'inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, non rientrando la materia del contendere nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Faceva rilevare, infatti, il suddetto Dicastero come la ricorrente non chiedesse l'annullamento di alcun provvedimento amministrativo né avrebbe potuto farlo, atteso che, per espressa ammissione della stessa, il procedimento originato a seguito del tragico evento del 14 agosto 2018, in relazione a contestati inadempimenti del concessionario, è tuttora *in itinere* e nessuna determinazione conclusiva risulta ancora adottata dall'Amministrazione concedente.

Contrariamente a quanto prospettato, dunque, la vertenza si incentrerebbe esclusivamente sugli effetti immediatamente pregiudizievoli scaturenti dalle iniziative legislative "impattanti" sul rapporto concessorio, nella prospettiva di una futura possibile risoluzione, revoca o decadenza di esso.

Sotto tale profilo, l'interpretazione che la S.C. attualmente dà dell'estensione della giurisdizione esclusiva del g.a. in relazione ai rapporti concessori del tipo di quello che viene in rilievo nel caso in esame, sulla base dell'incidenza del quadro normativo eurounitario e dei più recenti arresti della giurisprudenza costituzionale¹²⁸, indirizza

¹²⁷ Nota UFF. LEGISL. REGISTRO UFFICIALE U prot. n. 0021542 del 25.05.2020.

¹²⁸ Ex plurimis, sentenza Corte cost. n. 204 del 2004 laddove si statuisce che la materia dei pubblici servizi può essere oggetto di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo se in essa la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo. Tale potere non è ravvisabile in linea di principio quando, esaurita la fase pubblicistica della scelta del concessionario, sia sorto il "vincolo" contrattuale e siano in contestazione la delimitazione del

indubabilmente a escludere che possano rientrare in tale giurisdizione le controversie del tipo di quella in parola, in cui il *thema decidendum* è costituito dalle conseguenze di vere o presunte inadempienze del concessionario agli obblighi rivenienti dalla concessione stessa.¹²⁹

Nel caso di specie, sostiene, dunque, il Ministero, appare evidente che la domanda di accertamento avanzata da ASPI s'inscrive nella fase esecutiva del rapporto concessorio, mirando ad "anticipare" le determinazioni, future ed eventuali, che l'Amministrazione concedente potrebbe adottare all'esito del

contenuto del rapporto, gli adempimenti delle obbligazioni contrattuali e i relativi effetti sul piano del rapporto, salvo che l'amministrazione intervenga con atti autoritativi che incidono direttamente, seppure successivamente all'aggiudicazione, sulla procedura di affidamento mediante esercizio del potere di annullamento d'ufficio o comunque nella fase esecutiva mediante altri poteri riconosciuti dalla legge.

¹²⁹ Si richiama quanto affermato dalle Sezioni unite della Corte di cassazione in una sua recentissima pronuncia (sent. Sez. Un. 8 luglio 2019, n. 18267) laddove si afferma che le controversie relative alla fase esecutiva di una concessione di servizio sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario, al quale spetta di giudicare sugli adempimenti (e sui relativi effetti) con indagine diretta alla determinazione dei diritti e degli obblighi dell'amministrazione e del concessionario, nonché di valutare, in via incidentale, la legittimità degli atti amministrativi incidenti sulla determinazione del corrispettivo; resta ferma, invece, la giurisdizione del giudice amministrativo nei casi in cui l'amministrazione, successivamente all'aggiudicazione definitiva, intervenga con atti autoritativi incidenti direttamente sulla procedura di affidamento, mediante esercizio del potere di annullamento d'ufficio, o comunque adotti atti autoritativi in un procedimento amministrativo.

Inoltre Cass. Sez. Un. 25 febbraio 2011, n. 4614, laddove si sancisce il principio che "Per radicare la giurisdizione esclusiva non è sufficiente la mera attinenza della controversia con una determinata materia, occorrendo pur sempre che la controversia abbia ad oggetto, in concreto, la valutazione di legittimità di provvedimenti amministrativi che siano espressione di pubblici poteri.

procedimento in corso per l'accertamento di ipotizzate inadempienze, afferendo, conseguentemente, alla fase paritetica del rapporto convenzionale, alla quale è estraneo qualunque esercizio di poteri pubblicistici da parte del concedente.

Né varrebbe obiettare che, nel caso in esame, le censure di parte ricorrente s'indirizzano primariamente avverso norme di legge, e quindi atti espressione di potestà eminentemente pubblicistica, atteso che dinanzi al giudice amministrativo non è consentito lamentare in via diretta l'incostituzionalità di norme di legge, dovendo la relativa questione essere sottoposta al giudice pur sempre nell'ambito di un "*giudizio*" rientrante nella sua sfera di cognizione, e quindi attraverso la proposizione di un'azione appartenente alla giurisdizione amministrativa e mirante al conseguimento di un risultato, rispetto al quale la previa declaratoria di illegittimità costituzionale si ponga come strumentale e indefettibile.

Il Ministero eccepisce, inoltre, l'inammissibilità sotto il diverso ulteriore profilo della carenza di legittimazione e interesse a ricorrere, contestando *in primis* la qualificazione di "*legge-provvedimento*" che parte ricorrente dà delle disposizioni contenute nel comma 1 dell'articolo 35 del più volte citato D.L. n. 162/2019, oggetto delle censure di illegittimità costituzionale proposte nel ricorso in via mediata.

E invero, secondo l'ormai consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale, la fattispecie della legge-provvedimento ricorre quando con una previsione di contenuto particolare e concreto il legislatore incide su un numero limitato di destinatari, attraendo alla sfera legislativa quanto è normalmente affidato all'autorità

amministrativa ¹³⁰.

Al contrario, è sufficiente una piana lettura della disposizione per verificare che essa, lungi dal riferirsi a una specifica e puntuale vicenda amministrativa, ha carattere di generalità e astrattezza, afferendo a tutte le “*concessioni di strade o di autostrade, ivi incluse quelle sottoposte a pedaggio*”, per le quali detta una disciplina innovativa, e pur sempre generale e astratta, per l’ipotesi di loro revoca, decadenza o risoluzione, a nulla rilevando il numero ipoteticamente limitato di concessionari a cui la norma potrebbe applicarsi, essendo evidente che essa è destinata a riguardare qualsiasi futuro titolare di concessioni di strade e autostrade. Si tratta, infatti, di disciplina che interviene in via generale in una particolare fase “patologica” del rapporto concessorio (la revoca, risoluzione o decadenza di esso), introducendo regole destinate a operare *de futuro* in via generale, donde il carattere indiretto del suo impatto sulle eventuali previsioni convenzionali difformi, in quanto eventuali effetti nella sfera giuridica della ricorrente potrebbero prodursi solo in conseguenza di una potenziale e futura sua applicazione al rapporto concessorio in essere, per effetto delle determinazioni che l’Amministrazione concedente potrebbe assumere all’esito del procedimento tuttora in corso.

Sotto il profilo dell’interesse a ricorrere, che ASPI afferma sussistere in termini *tranchant* nell’azione di accertamento, non essendo necessaria, a suo avviso, l’attualità del pregiudizio lamentato dal ricorrente, ma essendo sufficiente che vi sia uno stato di

¹³⁰ Cfr., ex plurimis, sentenze Corte cost. 9 febbraio 2018, n. 24, 19 maggio 2017, n. 114 e 3 ottobre 2016, n. 214.

incertezza sul rapporto giuridico dedotto in controversia, il Ministero, al contrario, ne disconosce la sussistenza, affermando come in capo ad ASPI non sussista alcuna situazione giuridica individuata e distinta da quella di *quisque de populo*, tale da radicare il presupposto processuale della *legitimatio ad causam*, e ciò in applicazione della previsione di cui all'articolo 34, comma 2, del codice del processo amministrativo, secondo cui *"In nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati"*.

La difesa erariale fa perno, altresì, sul fatto che la pretesa azionata in giudizio, e di cui si chiede tutela, afferisce ad interessi legittimi e, conseguentemente, rammenta che, malgrado la mancanza di previsione espressa, in tali casi si ritiene ammissibile un'azione di mero accertamento soltanto laddove, per la mancanza di un formale provvedimento amministrativo, le altre azioni si appalesassero inadeguate ad assicurare alla pretesa sostanziale del ricorrente una tutela effettiva¹³¹, in quanto, diversamente opinando, si contravverrebbe al divieto di consentire una cognizione "anticipata" del rapporto amministrativo da parte del giudice, prima e indipendentemente dall'adozione di provvedimenti lesivi, con chiara invasione della sfera riservata alla P.A. Peraltro, anche nei casi eccezionali nei quali reputa ammissibile l'azione di accertamento autonomo, la giurisprudenza non sembra escludere affatto la

¹³¹ Tale orientamento è stato inaugurato dal Consiglio di Stato affrontando la nota e tormentata questione dei rimedi a disposizione del soggetto che si ritenga leso dall'attività edilizia avviata dal proprietario di un suolo confinante sulla base di una SCIA cui non abbia fatto seguito l'esercizio dei poteri inibitori del Comune.

necessità di un pregiudizio concreto e attuale al quale la domanda giudiziale sia preordinata a far fronte.

Diversamente, il processo verrebbe trasformato in strumento per la soluzione, in via di massima o accademica, di una questione di diritto, in vista della tutela di situazioni future o meramente ipotetiche.

Conclude, quindi, il Ministero che anche l'azione di accertamento deve essere sorretta da un interesse ad agire concreto ed attuale ex art. 100 c.p.c.,¹³² fermo restando che l'attualità deve persistere al momento della decisione del ricorso.

Aggiunge, infine, come la perdita di credibilità sui mercati finanziari di ASPI, che peraltro sarebbe un effetto solo indiretto ed eventuale delle iniziative del legislatore italiano (laddove si aderisse alla tesi della presunta sussistenza di tale rapporto causa-effetto), possa invece dipendere dal coinvolgimento nei tragici eventi del 14 agosto 2018, piuttosto che dalle iniziative assunte dal legislatore.

1.3.1. Eccezioni di merito con riferimento alla presunta violazione dei principi comunitari.

Sotto il profilo del merito, contesta *in primis* il Ministero come non sussista il paventato contrasto tra le disposizioni recate dall'art. 35 e le norme del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), nei sensi stigmatizzati nel ricorso introduttivo.

Al riguardo, si evidenzia la profonda diversità esistente fra la portata e il contenuto dell'attuale articolo 35, del decreto-legge n.162 del 2019

¹³² Cfr. T.A.R. Toscana, sez. III, 12 novembre 2019, n. 1517; T.A.R. Piemonte, sez. I, 7 novembre 2013, n. 1152; T.A.R. Catanzaro, sez. I, 15 maggio 2012, n. 454.

e quelli del previgente articolo 2, comma 82, del decreto-legge 3 ottobre 2006, n. 262, convertito, dalla legge 24 novembre 2006, n. 286, modificato per archiviare una procedura di infrazione, a cui parte ricorrente dedica una lunga e approfondita trattazione in apertura del proprio ricorso.

E difatti, come risulta dalla stessa ricostruzione di parte istante, in quel caso il *punctum dolens* dell'impatto delle nuove norme sulle convenzioni autostradali in essere costituiva il precipitato inevitabile della scelta di sostituire alle convenzioni preesistenti la nuova "Convenzione unica", ciò che poneva automaticamente il problema dell'incidenza delle clausole in essa contenute con le eventuali previsioni difformi contenute nelle convenzioni sottoscritte in epoca anteriore e ancora in essere.

Nella fattispecie per cui è causa, invece, il legislatore è intervenuto a dettare una disciplina innovativa in ordine alle ipotesi di revoca, decadenza o risoluzione di concessioni autostradali, con l'intento di ricondurre tali vicende "patologiche" del rapporto concessorio nell'alveo della normativa generale introdotta dal Codice degli appalti di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, e quindi di superare *in parte qua* le difformi previsioni convenzionali preesistenti, frutto del risalire della genesi di molte delle convenzioni in questione a epoca largamente anteriore all'affermarsi del principio dell'applicabilità delle disposizioni eurounitarie in materia di concessioni anche alle cc.dd. concessioni di costruzione e gestione (*genus* nel quale rientrano, come già accennato, anche le concessioni autostradali).

Alla luce delle argomentazioni che precedono non si ravviserebbe, dunque, alcun contrasto dell'art 35 del decreto-legge n.162 del 2019

con i principi di libertà di stabilimento e di libera circolazione dei capitali di cui rispettivamente agli articoli 49 e seguenti e 73 e seguenti del TFUE, che ASPI farebbe discendere riprendendo il ragionamento all'epoca svolto dalla Commissione¹³³ europea nell'avviare la procedura di infrazione (poi archiviata) a seguito dell'entrata in vigore dell'articolo 2, comma 82, del decreto-legge n. 262 del 2006. Si tratta di un ragionamento sulla base del quale si assume, in estrema sintesi, che l'introduzione di norme di legge destinate a incidere in modo retroattivo su rapporti concessori in essere, modificandone unilateralmente il regime convenzionale, produrrebbe effetti discriminatori tra gli operatori economici che conseguentemente limiterebbero la libertà degli investitori europei di concorrere per acquisire lo stato di controparte dell'Amministrazione nei rapporti concessori.

Giova, comunque, evidenziare al riguardo come il rapporto concessorio esistente tra il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti

¹³³ Oggetto dei rilievi della Commissione erano, in particolare, le disposizioni con le quali veniva stabilita la rinegoziazione di tutte le convenzioni di concessione autostradale esistenti, con fissazione di una data alla quale la convenzione unica avrebbe sostituito le convenzioni esistenti e dei principi ai quali le nuove convenzioni avrebbero dovuto conformarsi (con la previsione in base alla quale, ove il concessionario non avesse accettato le nuove condizioni, la concessione si sarebbe estinta automaticamente). In un contesto nel quale non erano chiari né gli obiettivi perseguiti con le disposizioni in questione, né la giustificazione o eventuali motivi imperativi di interesse pubblico che avrebbero determinato le misure adottate, le disposizioni medesime – secondo la Commissione – finivano per ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato, in ragione del fatto che «le nuove regole non chiariscano ai potenziali investitori le condizioni specifiche e obiettive alle quali la concessione autostradale sarà rinnovata o ritirata» (v. Comunicato stampa della Commissione europea IP/061561 del 14 novembre 2006: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/IP_06_1561).

e ASPI, sulla base della più volte citata Convenzione unica, non possa in alcun modo assimilarsi ad un qualsiasi rapporto convenzionale, governato dalle regole dell'autonomia privata e in relazione al quale siano predicabili aspettative e affidamenti qualificati da tutelare. Ed invero, in disparte i relevantissimi interessi pubblicistici implicati dalla gestione di vastissime porzioni della rete autostradale nazionale (ex se idonei e sufficienti a legittimare una disciplina "speciale" che riserva ampi spazi e margini alla potestà pubblicistica del concedente), occorre tener conto – oltre che della specifica vicenda, evocata da parte ricorrente, del passaggio nel 2006-2007 dalle plurime convenzioni alla Convenzione "*unica*" – del più generale quadro normativo in materia.

Senza ripercorrere la genesi e la storia successiva delle concessioni autostradali, originariamente stipulate sulla base delle normative sulle partecipazioni stradali (legge 24 luglio 1961, n. 729, come modificata dalla legge 28 marzo 1968, n. 385) e successivamente, con la privatizzazione dei soggetti concessionari, più volte prorogate, modificate e aggiornate nell'ambito di un quadro normativo in cui la riconduzione al quadro europeo dei rapporti concessori ha costituito un obiettivo molto faticosamente e solo parzialmente perseguito, ai fini della questione esaminata nel presente paragrafo è sufficiente rammentare come le "novità" introdotte col più volte citato articolo 35 si sostanziano nell'aver il legislatore riportato il regime vigente nell'alveo del diritto unionale, secondo la disamina articolata nel paragrafo precedente.

Con specifico riguardo poi al possibile impatto delle citate disposizioni sulle vicende (future ed eventuali) della Convenzione

unica interessante l'odierna ricorrente, il Ministero, nell'atto difensivo trasmesso all'Avvocatura generale, ha evidenziato come ciò non costituisca di per sé un fatto né anomalo né inusuale, essendo pacifico in giurisprudenza che il legislatore può legittimamente introdurre norme innovative che incidano su rapporti contrattuali in essere, col solo limite dei rapporti esauriti, verificandosi in tali casi un fenomeno di nullità parziale sopravvenuta delle clausole difformi e di sostituzione automatica delle stesse ai sensi dell'articolo 1419, comma 2, del codice civile, non potendo essere oggetto di tutela l'affidamento o l'aspettativa del privato ad un determinato trattamento, dipendente da scelte rientranti nella discrezionalità del legislatore ¹³⁴.

Aggiunge, anzi, che il riferimento normativo al precitato articolo 1419 del codice civile avrebbe potuto perfino essere omesso, essendo la nullità parziale *de qua* rilevabile d'ufficio dal giudice (cfr. Cass. civ., sez. I, 17 novembre 2000, n. 14899).

In buona sostanza: anteriormente all'entrata in vigore del decreto-legge n. 162 del 2019 gli operatori economici stabiliti in altri Stati membri dell'Unione avevano contezza che, qualora avessero inteso concorrere in Italia all'affidamento di concessioni pubbliche (anche di costruzione e gestione di opere pubbliche), avrebbero dovuto soggiacere a una determinata disciplina interna, segnatamente quella contenuta nel Codice dei contratti pubblici, rispetto alla quale talune concessioni risalenti a epoca pregressa (fra le quali quella cui afferisce la Convenzione unica del 2007) presentavano determinati aspetti "devianti".

Oggi, quegli stessi operatori economici sono informati che

¹³⁴ Cfr. in questo senso Cass. civ., sez. V, ord. 27 dicembre 2018, n. 33456.

identiche sono le condizioni normative e di mercato ove volessero rendersi affidatari di concessioni nel sistema italiano, mentre quegli aspetti “devianti” che connotavano le concessioni pregresse, o talune di esse, sono stati in parte attenuati o modificati.

Poco comprensibile (rectius criptico) appare la doglianza relativa al presunto contrasto con l’art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, posto che non si comprende il perché – ad esempio – il rendere immediatamente efficace la caducazione del rapporto concessorio, il sancire la nullità di eventuali clausole di risoluzione automatica, il circoscrivere entro limiti definiti l’entità degli importi da corrispondere al concessionario in tali casi, dovrebbe tradursi nell’adozione di misure “ablatorie” della proprietà in danno del concessionario.

Il Ministero confuta, inoltre, la sussistenza di un presunto contrasto con l’articolo 101 del TFUE, nella parte in cui “*nelle more dello svolgimento delle procedure di gara per l’affidamento a nuovo concessionario, per il tempo strettamente necessario alla sua individuazione,*” ANAS S.p.a. può assumere la gestione delle medesime, nonché svolgere le attività di manutenzione ordinaria e straordinaria e quelle di investimento.

Al riguardo, oltre a rimarcare il possibile difetto di interesse alla censura, non avendo ASPI alcuna legittimazione né alcun interesse a contestare le modalità con cui l’Amministrazione dovesse procedere all’individuazione di un nuovo affidatario, il Ministero evidenzia come tale disposizione, lungi dal sottrarre al mercato l’affidamento delle concessioni oggetto di revoca, decadenza etc., prevede espressamente che esso avvenga attraverso “*procedure di gara*”,

pertanto nel pieno rispetto della normativa di derivazione eurounitaria in materia di concorrenza ed evidenza pubblica.

La gestione delle infrastrutture da parte di ANAS S.p.a. è stabilita in via meramente provvisoria, all'evidente fine di evitare ogni soluzione di continuità nella gestione di opere che possono essere anche di estrema rilevanza per la rete stradale e autostradale nazionale.

Peraltro, stante la configurazione giuridica di ANAS come soggetto privato investito, con specifico provvedimento concessorio che trova fonte nella stessa previsione legislativa, della cura di rilevanti interessi pubblici, discende che l'affidamento ad ANAS S.p.a. della realizzazione e/o della gestione di un'infrastruttura stradale o autostradale non necessita di alcuna procedura selettiva, essendo attività sostanzialmente esperita in via diretta dall'Amministrazione statale con i propri mezzi e le proprie risorse.

1.3.2. Eccezioni di merito con riferimento alla presunta violazione dei principi costituzionali.

Con riferimento alle eccezioni di illegittimità costituzionale articolate sotto plurimi profili dalla ricorrente, nella memoria trasmessa dal Ministero si contesta, *in primis*, la fondatezza della doglianza fondata sul presunto contrasto con l'articolo 77 della Costituzione per pretesa eterogeneità delle disposizioni *de quibus* rispetto all'oggetto del decreto-legge.

Al riguardo, va preliminarmente rimarcato che i precedenti invocati dalla ricorrente, nei quali la Corte costituzionale si è spinta a

dichiarare l'illegittimità costituzionale di norme inserite in decreti-legge per contrasto con l'articolo 77 Cost., concernono sempre fattispecie di disposizioni palesemente e radicalmente estranee all'oggetto del decreto d'urgenza, per lo più inserite nel corpo di esso durante l'*iter* parlamentare della conversione.

Nel caso che qui occupa, malgrado il decreto-legge in esame sia convenzionalmente individuato col nome di "*Milleproroghe*" (al pari di altri decreti per prassi approvati dal Governo negli ultimi anni), risulta evidente come fin dall'inizio esso non sia stato concepito come destinato a contenere unicamente norme di proroga di termini e scadenze stabiliti da altre norme legislative, avendo in realtà un contenuto più ampio e articolato.

Ciò è evidente in primo luogo dalla sua rubrica ("*Disposizioni urgenti in materia di proroga di termini legislativi, di organizzazione delle pubbliche amministrazioni, nonché di innovazione tecnologica*"), ma anche dalla premessa, in cui si legge fra l'altro: "*Ritenuta la straordinaria necessità e urgenza di adottare misure organizzative e finanziarie per garantire l'efficienza e l'efficacia dell'azione di pubbliche amministrazioni e magistrature, nonché in materia di innovazione tecnologica*".

L'evidente ampiezza concettuale dell'intento di "*garantire l'efficienza e l'efficacia dell'azione di pubbliche amministrazioni e magistrature*" rende del tutto coerente una norma come l'articolo 35 ("*Disposizioni in materia di concessioni autostradali*"), destinata a riordinare in un punto estremamente delicato una disciplina della cui tormentata storia e delle delicatissime problematiche si è ampiamente dibattuto.

Anche sotto il profilo della presunta insussistenza dei requisiti

di necessità ed urgenza, si sottolinea come tali requisiti devono essere valutati assumendo quale termine di riferimento non già la sola Convenzione unica del 2007, bensì l'intero panorama delle concessioni stradali e autostradali, del cui assetto si è già vista la non ancora piena coerenza col quadro eurounitario, al punto da rendere non seriamente contestabile la necessità e perfino l'urgenza di un intervento di riordino del legislatore.

Anzi, afferma il Ministero come l'urgenza di intervenire specificamente sul regime della revoca, della decadenza o della risoluzione delle concessioni autostradali scaturisse proprio dal tragico evento costituito dal crollo del Viadotto Polcevera, in quanto quel luttuoso evento, come ampiamente illustrato dai *media*, aveva dato avvio a un più ampio dibattito politico-istituzionale circa lo stato di conservazione e manutenzione della rete autostradale italiana, inducendo il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti ad iniziare estesi accertamenti sul corretto adempimento degli obblighi convenzionali da parte dei concessionari.

Il tutto, nel quadro del recupero di un sano regime dei diritti, dei doveri e delle competenze all'interno dei diversificati regolamenti convenzionali in essere, rispetto al quale è del tutto coerente e rispondente a evidenti interessi pubblici un intervento normativo volto alla *reductio ad unitatem* del regime legale di eventuali accertamenti di inadempienze ascrivibili ai concessionari.

Da tali rilievi discenderebbe, altresì, l'infondatezza della doglianza di violazione dell'articolo 3 Cost., per pretesa irragionevolezza della modifica normativa introdotta, con effetto retroattivo, sulle vicende relative a una concessione in corso di

esecuzione.

Innanzitutto, come già più volte evidenziato, nel caso di specie non si è in presenza di norme direttamente intese a modificare il regime di un rapporto contrattuale in corso, ma semplicemente di norme generali e astratte che, come è sempre possibile, possono produrre effetti indiretti anche su specifiche concessioni, ma solo in quanto sono indirizzate alla generalità delle concessioni dello stesso tipo, anche future.

In secondo luogo, i predetti effetti non possono definirsi “*retroattivi*”, essendo le nuove disposizioni – come è ovvio – destinate ad applicarsi soltanto alle future determinazioni di revoca, decadenza o risoluzione dei rapporti concessori, e non certo anche a quelle già adottate al momento della sua entrata in vigore (altro sarebbe stato, ad esempio, se la norma sopravvenuta avesse avuto la pretesa di essere applicabile a una decadenza già dichiarata, e magari oggetto di contenzioso).

Sotto tale aspetto, anche l'introduzione di una ipotesi di nullità “*sopravvenuta*” non può di per sé stessa essere qualificata come indice di incostituzionalità della norma sopravvenuta, trattandosi, ad avviso della giurisprudenza, di fenomeno del tutto legittimo, ancorché nel rispetto di altri limiti e parametri costituzionali, che nella specie si è visto essere del tutto rispettati per le argomentazioni che precedono.

Nella memoria difensiva sottolinea poi il Ministero, “...*la posizione della stessa ricorrente, la quale, smarrendo la considerazione più ampia del quadro storico, giuridico e istituzionale in cui l'intervento legislativo si collocava per ricondurre quest'ultimo unicamente alla specifica vicenda del proprio rapporto concessorio, propone una*

visione miope e limitativa che abdica alla necessità di ricostruire il quadro dei preminenti interessi pubblici che il legislatore ha manifestamente perseguito con le disposizioni in questione.”¹³⁵

2. Il procedimento aperto dalla Commissione.

Dalla lettura dei paragrafi precedenti emerge con lapalissiana evidenza il “braccio di ferro” in atto contro il Governo.

Al momento della stesura del presente lavoro non si è ancora addivenuti né all’adozione di provvedimenti espressi né si è approdati ad una soluzione di tipo negoziale, che sembrerebbe essere la scelta prediletta dal Governo attualmente in carica.

Ciò che non ha, invece, trovato stallo è l’apertura dei contenziosi, in tutte le sedi potenzialmente competenti, che hanno già visto una pronuncia finanche del giudice delle leggi (richiamata sentenza n. 168 del 2020).

Da ultimo, anche la Commissione europea ha aperto sul tema delle novità introdotte dal famigerato art. 35 un Progetto pilota, ossia ha attivato un meccanismo di scambio di informazioni informale tra la Commissione europea e l’Italia su possibili problemi di mancata applicazione del diritto dell’Unione europea, progetto cui la Commissione sovente fa ricorso prima dell’apertura formale di una procedura di infrazione.¹³⁶

Ai fini del presente lavoro, il presente paragrafo esaminerà le

¹³⁵ Cfr. citata nota prot. n. 0021542 del 25.05.2020.

¹³⁶ EU Pilot (2021)9831/FISMA Nuove misure legislative applicabili ai contratti di concessione autostradale.

richieste di chiarimenti inerenti l'articolo 35, comma 1, del decreto legge 31 dicembre 2019 n. 162, sollevati, come affermato dalla competente DG FISMA, a seguito di “*un numero considerevole di reclami e domande*”.

La Commissione premette che le misure statali che comportano modifiche unilaterali dei termini vigenti dei contratti di concessione, comprese le modifiche che incidono sulle condizioni di risoluzione e sull'indennizzo per l'estinzione anticipata, rientrano nell'ambito di applicazione del diritto dell'UE.

Alla luce della superiore premessa, nel merito formula delle domande ben precise su cui si aspetta delle risposte e che saranno analiticamente esaminate nel prosieguo.

In primis, la Commissione esprime la preoccupazione che le modifiche normative introdotte dal decreto legge Milleproroghe, in quanto potenzialmente idonee ad incidere sui diritti dei concessionari e sui loro investitori, potrebbero costituire restrizioni alle libertà del mercato interno, in particolare la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei capitali di cui agli articoli 49 e 63 del TFUE.

Rammenta, dunque, la Commissione come tali modifiche sarebbero, in linea di principio, vietate, salvo che non risultino giustificate da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica¹³⁷ o da motivi imperativi di interesse generale riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e, comunque, in tal caso, devono essere proporzionate al perseguimento dell'interesse pubblico.

In tale ottica, e per quel che rileva ai fini del presente paragrafo,

¹³⁷ Si richiamano, sul punto, gli articoli 52 e 65 TFUE.

la Commissione pone un “focus” sul comma 1, quarto e quinto periodo, dell’art. 35, laddove si introdurrebbe una nuova disciplina che regola i casi di estinzione anticipata del rapporto nonché le modalità di calcolo e pagamento dei prescritti indennizzi in tale scenario.¹³⁸

Sotto tale primo profilo, la Commissione ha chiesto all’Italia:

“a) quali sono i motivi dell'adozione di tali misure?

b) in che modo si accerterebbe la violazione degli obblighi del concessionario che farebbe scattare l'applicazione dell'articolo 35 del decreto?”

Rappresenta la Commissione che, ad avviso degli autori dei reclami, le modifiche normative sarebbero avvenute in modo inaspettato e non avrebbero tenuto conto della loro particolare situazione prevedendo disposizioni transitorie o indennizzi adeguati. Se così fosse, la stessa avverte che le disposizioni del decreto in questione potrebbero violare i principi della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento, che sono principi generali del diritto dell'Unione riconosciuti dalla CGUE.

Su tale punto, presumibilmente uno dei reclami presentati avrà

¹³⁸ Si fa riferimento alle sole disposizioni che prevedono che:

- in caso di estinzione anticipata di una concessione autostradale per inadempimento da parte del concessionario, si applichi l'articolo 176, comma 4, lettera a), del codice dei contratti pubblici e che tale disposizione sostituisca le eventuali clausole difformi, sostanziali e procedurali, delle concessioni esistenti, anche se approvate per legge;
- nel caso in cui l'estinzione anticipata sia determinata da una violazione degli obblighi del concessionario, l'efficacia della risoluzione non è sottoposta alla condizione del pagamento del corrispondente indennizzo;
- non possa operare, per effetto delle disposizioni di cui ai punti che precedono, alcuna clausola delle concessioni esistenti relativa alla risoluzione di diritto.

ripercorso i ragionamenti posti alla base dell'azione di accertamento e di cui si è ampiamente dibattuto nel paragrafo precedente, a cui si rinvia.

2.1. Appalti pubblici e contratti di concessione.

Nella nota inviata all'Italia la Commissione premette che, nel rispetto di quanto previsto dagli articoli 3, 30, 31 e 33 della direttiva 2014/23/UE, in linea generale, le concessioni non potrebbero essere affidate direttamente, salvo casi eccezionali, ma dovrebbero essere aggiudicate mediante una procedura di gara a evidenza pubblica che garantisca il rispetto dei principi di parità di trattamento e trasparenza. In tale prospettiva, la disposizione di cui al comma 1, primo periodo, dell'articolo 35, che affida ad ANAS, in caso di scioglimento anticipato della concessione, la gestione dell'autostrada in questione, potrebbe equivalere a un'aggiudicazione diretta e, come tale, in linea di principio incompatibile con la direttiva,

La nota degna di rilievo, al riguardo, e su cui si pone l'accento, è che, su tale ultimo punto, la Commissione aggiunge e precisa *"...se tale assegnazione provvisoria avesse una durata superiore al tempo strettamente necessario all'individuazione del nuovo concessionario mediante procedura di gara e/o se tale assegnazione provvisoria fosse associata a una "modifica sostanziale" della concessione secondo la definizione di cui all'articolo 43 della direttiva sulle concessioni"*.

Pertanto, sarà agevole, sul punto, richiamare la chiarezza della formulazione normativa, che non lascia adito a equivoci

interpretativi.¹³⁹

I servizi della Commissione, su tale ultimo aspetto, hanno invitato le autorità italiane a esprimere il loro parere in merito alla suddetta potenziale violazione della direttiva sulle concessioni.

3. Gli elementi di risposta forniti dal Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili alla Commissione europea.

In riscontro alla nota n. 88 del 21 gennaio 2021 della Struttura di missione per le procedure di infrazione istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili ha trasmesso, alla medesima struttura, gli elementi di riscontro in ordine ai singoli punti su cui si è incentrata l'attenzione dei competenti Uffici della Commissione.¹⁴⁰

¹³⁹ Il primo periodo del comma 1 del richiamato art. 35 è estremamente chiaro nel prevedere che *"In caso di revoca, di decadenza o di risoluzione di concessioni di strade o di autostrade, ivi incluse quelle sottoposte a pedaggio, **nelle more dello svolgimento delle procedure di gara per l'affidamento a nuovo concessionario, per il tempo strettamente necessario alla sua individuazione**, ANAS S.p.a., in attuazione dell'articolo 36, comma 3, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, può assumere la gestione delle medesime, nonché svolgere le attività di manutenzione ordinaria e straordinaria e quelle di investimento finalizzate alla loro riqualificazione o adeguamento."*

¹⁴⁰ Nota prot. Registro ufficiale U. 9450 del 12 marzo 2021 trasmessa alla struttura di missione per le procedure di infrazione in merito all'EU Pilot (2021) 9831 FISMA concernente l'articolo 35 del decreto legge n. 162 del 2019.

3.1 Libertà di stabilimento e libera circolazione dei capitali. Modifica unilaterale delle clausole contrattuali nei contratti di concessione esistenti.

Sotto un primo profilo la Commissione chiede, in particolare, quali sono i motivi dell'adozione delle misure adottate. Al riguardo, il Ministero ha fornito ampie ed esaustive argomentazioni in merito ai motivi dell'adozione delle misure recate dall'articolo 35.

Preliminarmente, si ripercorre l'iter normativo che viene in rilievo, rammentando come la disciplina delle concessioni autostradali sia stata riformata dall'articolo 2, commi 82-90, del decreto-legge 3 ottobre 2006, n. 262, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2006, n. 286, come modificato dall'articolo 1, comma 1030, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria 2007 che ha introdotto la "Convenzione Unica").

Lo schema di Convenzione Unica (C.U.) rappresenta pertanto il quadro contrattuale di riferimento per la regolazione dei rapporti concessori autostradali ed è redatto conformemente ai criteri riportati dalla sopra citata norma finalizzata a rafforzare le funzioni di vigilanza del Concedente.

Nel periodo compreso tra il 2007 ed il 2009, la maggioranza delle società concessionarie ha sottoscritto i testi di Convenzione Unica che sono divenuti efficaci *ex lege* ai sensi dell'articolo 8-*duodecies* del decreto-legge 8 aprile 2008, n. 59.

Gli Atti convenzionali sottoscritti contengono, tra l'altro, specifiche clausole che regolano "l'accertamento di gravi inadempimenti del concessionario" (art. 8), la "decadenza della concessione" (art. 9) ed "il recesso, revoca e risoluzione della Convenzione" (art. 9-bis).

Nell'ipotesi di decadenza della concessione, come ampiamente esposto in precedenza, l'articolo 9 della Convenzione Unica stabilisce il subentro da parte del Concedente in tutti i rapporti del concessionario scaduto, subordinatamente alla corresponsione di un indennizzo corrispondente al *“valore attuale netto dei ricavi della gestione, prevedibile dalla data del provvedimento di decadenza sino alla scadenza della concessione, al netto dei relativi costi, oneri, investimenti ed imposte prevedibili nel medesimo periodo, scontati ad un tasso di rendimento di mercato comparabile e maggiorato delle imposte”*.

L'importo è decurtato dalle seguenti componenti:

- l'indebitamento finanziario netto assunto dal Concedente alla data del trasferimento stesso;
- i flussi di cassa della gestione percepiti dal Concessionario durante lo svolgimento dell'ordinaria amministrazione decorrente dalla data del provvedimento di decadenza fino alla data di trasferimento della concessione;
- la somma a titolo di penale, pari al 10% dello stesso, salvo il maggior danno subito dal Concedente per la parte eventualmente eccedente la predetta penale forfettaria.

Secondo il conteggio stabilito dallo schema di Convenzione Unica, l'indennizzo da subentro è quantificato sulla base dei ricavi netti prospettici del concessionario scaduto nel periodo ricompreso tra la data di decadenza e il termine originario della concessione.

Lo schema di Convenzione Unica prevede la quantificazione dell'indennizzo da subentro secondo la medesima modalità dell'articolo 9, sia in caso di recesso, revoca e risoluzione per pubblico interesse, sia nell'ipotesi di inadempimento del concessionario. Conseguentemente, anche nella circostanza che la risoluzione del rapporto derivi dalla mancata osservanza degli obblighi convenzionali, il concessionario inadempiente avrebbe diritto ad un indennizzo commisurato ai ricavi attesi per il periodo residuo di concessione.

La richiamata previsione convenzionale opera una deroga al Codice dei contratti, il quale, invece, prevede una distinta regolazione dei rapporti a seconda che la risoluzione della concessione avvenga per motivi di pubblico interesse ovvero per cause imputabili alla società.

Nel primo caso, come si diceva, il comma 4 dell'articolo 176 del citato codice dei contratti prevede il pagamento di una serie di importi che includono anche le aspettative di profitto, mentre, ai commi 7 e 8, che regolano la risoluzione del contratto per cause imputabili al concessionario, si fa rinvio ai differenti criteri di cui all'articolo 1453 del codice civile (nei contratti con prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto, salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno).

Sul punto appena evidenziato, che è davvero cruciale al fine di dimostrare l'assoluta insussistenza di una violazione del diritto europeo, il legislatore ha inteso compiere un ulteriore passo verso il superamento di una non più tollerabile situazione di sottrazione delle

concessioni autostradali alla disciplina eurounitaria, quale quella recepita dal codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016.

La disposizione prevista dall'articolo 35 del decreto-legge n. 162/2019 ha consentito di regolare la fattispecie dell'inadempimento del concessionario secondo i principi coerenti con l'ordinamento nazionale vigente e con le norme di diritto primario e ha permesso di superare le criticità insite nell'articolo 9 della C.U.

Negli elementi di risposta forniti alla competente struttura di missione si fa leva su un principio consolidato ed inviolabile, già evidenziato nella memoria difensiva inerente al giudizio presso il TAR Lazio, che fa perno sulla piena legittimità di norme innovative che incidano su rapporti contrattuali in essere, ferma restando l'inviolabilità dei soli "diritti quesiti", secondo i principi cardine del nostro ordinamento giuridico.

Si mette, altresì, in evidenza come non possano derivare effetti discriminatori e lesivi delle evocate libertà comunitarie a fronte di disposizioni con le quali altro non si fa che eliminare parzialmente alcuni aspetti di un regime convenzionale, relativo a un rapporto concessorio risalente nel tempo, non assimilabile a quello oggi previsto dalla normativa attuativa delle direttive eurounitarie in materia e, per di più, i cui effetti erano disciplinati direttamente dalla legge.

In buona sostanza le argomentazioni del Ministero ripercorrono il ragionamento posto alla base degli elementi di difesa prodotti innanzi al Tar Lazio, insistendo sul fatto che, a seguito dell'entrata in vigore del decreto legge n. 162/2019, gli operatori economici stabiliti in altri

Stati membri dell'Unione sono informati che identiche sono le condizioni normative e di mercato ove volessero rendersi affidatari di concessioni nel sistema italiano, mentre quegli aspetti "devianti" che connotavano le concessioni pregresse, o talune di esse, sono stati in parte attenuati o modificati. Nella sostanza, si ribadisce come l'intervento operato con l'articolo 35 incida sulla generalità dei rapporti concessori di un certo tipo (quelli aventi ad oggetto la costruzione e gestione di strade e autostrade), producendo solo in via indiretta ed eventuale effetti su concessioni in essere e, laddove è suscettibile di modificare il regime convenzionale delle pregresse concessioni, lo fa nel senso dell'eliminazione di previsioni difformi ed eccentriche rispetto al quadro normativo eurounitario, esauendo il proprio effetto nel ricondurre tale regime a quello cui saranno soggetti tutti gli operatori economici, di qualunque provenienza, che dovessero rendersi affidatari di concessioni di strade o autostrade.

Appare evidente, pertanto, l'insussistenza di qualsivoglia profilo di contrasto tra le previsioni in discorso e le norme del TFUE relative alle libertà di stabilimento e di circolazione dei capitali.

Sotto un secondo profilo, invece, i competenti Uffici della Commissione chiedono specificamente di conoscere in che modo si accerterebbe la violazione degli obblighi del concessionario che farebbe scattare l'applicazione dell'articolo 35 del decreto.

Al riguardo, nella nota di risposta del Ministero si fa riferimento alla procedura di decadenza direttamente contemplata negli schemi di Convenzione Unica sottoscritti dal 2007. Il comma 1 del richiamato articolo 9 recita *"La decadenza dalla concessione viene dichiarata con il procedimento di cui al successivo comma, nel caso in cui,*

esperito quanto previsto al precedente art. 8, perduri la grave inadempienza da parte del concessionario agli obblighi di cui alle lett. b), f), j), l), n), o), p), s), v) del comma 1 dell'art. 3. La grave inadempienza da parte del Concessionario all'obbligo di cui alla lettera f), comma 1 dell'art. 3, relativamente all'esecuzione degli interventi, è ravvisabile laddove il Concessionario stesso, volontariamente, ometta di avviare o sospenda arbitrariamente la realizzazione degli interventi...”.

3.2. Principi della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento.

Con specifico riguardo a tale profilo, in particolare, la Commissione chiede di conoscere le modalità con cui il decreto legge garantirebbe il rispetto dei principi della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento, che, ad avviso della Commissione, potrebbero essere disattesi da modifiche normative avvenute in modo inaspettato e che non prevedono disposizioni transitorie o indennizzi adeguati.

Al riguardo, il Ministero, sulla scorta delle considerazioni espresse al punto che precede, ribadisce che l'art. 35 sopra richiamato non fa altro che dettare norme generali e astratte che, come è sempre possibile, possono produrre effetti indiretti anche su specifiche concessioni, ma solo in quanto indirizzate alla generalità delle concessioni dello stesso tipo, anche future. Peraltro, i predetti effetti non possono definirsi “retroattivi”, e, come tali, necessitanti di una disciplina transitoria con previsione di eventuali indennizzi. Al

contrario le nuove disposizioni – come è ovvio – sono destinate ad applicarsi soltanto alle future determinazioni di revoca, decadenza o risoluzione dei rapporti concessori, e non certo anche a quelle già adottate al momento della sua entrata in vigore (altro sarebbe stato, ad esempio, se la norma sopravvenuta avesse preteso di essere applicabile a una decadenza già dichiarata, e magari oggetto di contenzioso).

Più in generale, è la stessa giurisprudenza della Corte costituzionale a riconoscere che sia ben possibile che il legislatore possa incidere anche sul regime di rapporti contrattuali in corso e non ancora esauriti, purché ciò sia giustificato da rilevanti e preminenti interessi pubblici. A ciò si aggiunge come il richiamo alla nozione di “indennizzo” appare del tutto improprio e ultroneo, atteso che nella specie si tratta di disposizioni disciplinanti le spettanze del concessionario nell’ipotesi di cessazione del rapporto concessorio per inadempimento dello stesso concessionario: fattispecie nella quale non v’è luogo a che il concessionario sia “indennizzato” di alcunché, trattandosi esclusivamente di regolare il regime delle competenze che gli spettano per le prestazioni già eseguite al momento dello scioglimento del rapporto. In ogni caso, ove anche si trattasse di indennità convenzionalmente previste, queste non sarebbero certamente assimilabili all’indennizzo da perdita del diritto di proprietà (cui specificamente si riferisce la giurisprudenza invocata da parte ricorrente), consistendo esse in una mera liquidazione forfettaria del danno risarcibile pattiziamente operata dalle parti.

Peraltro, la disciplina convenzionale circoscrive i casi che giustificano la procedura di decadenza la quale, quindi, dipende da

situazioni oggettive, gravi e riscontrabili ed è sottratta alla scelta discrezionale del Concedente. L'art. 35 del decreto-legge n. 162/2019 non ha modificato la previsione afferente alle cause di decadenza per le quali, quindi, permane il rinvio all'Atto convenzionale.

Stante la natura negoziale della Convenzione, in occasione di ciascun aggiornamento di contratto, le parti potranno concordare una revisione delle fattispecie di decadenza su base volontaria, fermi restando i principi di ragionevolezza e proporzionalità che governano il rapporto concessorio.

L'articolo 35 del decreto-legge n. 162/2019 interviene esclusivamente nella regolazione delle fattispecie di inadempimento del concessionario, escludendo preesistenti asimmetrie contrattuali a favore del concessionario. Tale norma è quindi finalizzata ad accertare l'equilibrio tra le prestazioni convenzionali e restituisce certezza nei reciproci diritti. La norma disciplina esclusivamente situazioni di natura "patologica", mentre non produce alcun effetto in caso di ordinaria esecuzione del contratto.

3.3. Appalti pubblici (contratti di concessione).

Come anticipato, la Commissione pone l'accento sul fatto che l'assegnazione provvisoria ad ANAS di una concessione risolta, come previsto dall'articolo 35, comma 1, del decreto-legge n. 162/2019, potrebbe equivalere a un'aggiudicazione diretta e, come tale, incompatibile con la direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, ove la stessa avesse una durata superiore al tempo strettamente necessario all'individuazione del nuovo concessionario mediante procedura di gara ovvero nel caso in

cui tale assegnazione provvisoria fosse associata a una "modifica sostanziale" della concessione secondo la definizione di cui all'articolo 43 della direttiva medesima. I servizi della Commissione, come anticipato nel paragrafo 2.2., hanno dunque chiesto chiarimenti *in merito alla suddetta potenziale violazione della direttiva sulle concessioni.*

Al riguardo, il Ministero ha rappresentato che, per assicurare il servizio autostradale senza soluzione di continuità, l'articolo 35 del decreto-legge n. 162/2019, al comma 1, stabilisce che *"in caso di revoca, di decadenza o di risoluzione di concessioni di strade o di autostrade, ivi incluse quelle sottoposte a pedaggio, nelle more dello svolgimento delle procedure di gara per l'affidamento a nuovo concessionario, per il tempo strettamente necessario alla sua individuazione, ANAS S.p.a., in attuazione dell'articolo 36, comma 3, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, può assumere la gestione delle medesime, nonché svolgere le attività di manutenzione ordinaria e straordinaria e quelle di investimento finalizzate alla loro riqualificazione o adeguamento"*.

La stessa disposizione in esame, lungi dal sottrarre al mercato l'affidamento delle concessioni oggetto di revoca, decadenza etc., prevede espressamente che esso avvenga attraverso "procedure di gara", pertanto nel pieno rispetto della normativa di derivazione eurounitaria in materia di concorrenza ed evidenza pubblica. La gestione delle infrastrutture da parte di ANAS S.p.a., come già ampiamente emerso dall'esame svolto fin qui, è stabilita in via meramente provvisoria, all'evidente fine di evitare ogni soluzione di

continuità nella gestione di opere che possono essere anche di estrema rilevanza per la rete stradale e autostradale nazionale.

In secondo luogo, il Ministero, ripercorrendo l'iter logico-giuridico di cui al paragrafo 2 del capitolo 6, a cui si rinvia, ribadisce che, oltre ad essere concessionaria del medesimo Ministero, ANAS S.p.a. è espressamente individuata dal legislatore quale soggetto istituzionalmente preposto a svolgere le funzioni di interesse pubblico indicate dal richiamato articolo 36, comma 2, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98.

Più specificamente, anche prima dell'entrata in vigore del suddetto decreto legge n. 98/2011, l'ANAS, trasformata ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 8 luglio 2002, n. 138, convertito con modificazioni, dalla legge 8 agosto 2002, n. 178 (modificato dall'articolo 76 della legge 27 dicembre 2002, n. 289), da ente pubblico economico in società per azioni, svolgeva i compiti di cui alle lettere da a) a g), nonché l), dell'articolo 2 del decreto legislativo 26 febbraio 1994, n. 143, in regime di concessione, assentita dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti d'intesa, per quanto attiene agli aspetti finanziari, con il Ministero dell'economia e delle finanze; si era, pertanto, in presenza, di un soggetto privato investito, con specifico provvedimento concessorio che trovava fonte nella stessa previsione legislativa, della cura di rilevanti interessi pubblici.

A fronte delle argomentazioni che precedono, il Ministero fa discendere che l'affidamento ad ANAS S.p.a. della realizzazione e/o della gestione di un'infrastruttura stradale o autostradale non necessita di alcuna procedura selettiva, essendo attività sostanzialmente esperita in via diretta dall'Amministrazione statale

con i propri mezzi e le proprie risorse. Donde l'inconfigurabilità in radice di qualsivoglia lesione dell'articolo 101 del TFUE.

Peraltro, giova rammentare come, per le medesime esigenze di continuità del servizio, l'ipotesi di subentro transitorio di ANAS nella gestione delle tratte autostradali era già stata contemplata dalla legge di riforma del settore autostradale 24 novembre 2006, n. 286 recante: *“Disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria*, il cui articolo 1, comma 87, stabilisce, infatti, che *“nel caso in cui il concessionario, in occasione del primo aggiornamento del piano finanziario ovvero della prima revisione della convenzione di cui al comma 82, dichiara espressamente di non voler aderire alla convenzione unica redatta conformemente a quanto previsto dal comma 83, il rapporto concessorio si estingue. ANAS S.p.a. assume temporaneamente la gestione diretta delle attività del concessionario per il tempo necessario a consentirne la messa in gara”*.

Nella nota di risposta trasmessa alla struttura di missione per le procedure di infrazione il Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili ha insistito sul carattere straordinario del subentro di ANAS, esclusivamente rivolto ad assicurare la continuità del servizio per il tempo strettamente necessario ad individuare un nuovo operatore attraverso una procedura di mercato.

La gestione di ANAS, dunque, assumendo una caratteristica eccezionale e transitoria, non può essere equiparata all'affidamento diretto di un servizio e non produce alcuna alterazione della libertà di concorrenza, che, al contrario, viene pienamente garantita attraverso la procedura di gara richiamata dallo stesso decreto-legge n. 162/2019.

A conferma dell'eccezionalità della gestione transitoria di ANAS il Ministero adduce l'assenza di un subentro automatico della stessa Società nella gestione del concessionario scaduto, poiché la norma si limita a configurare la mera possibilità di gestire l'infrastruttura nell'eventualità che ulteriori ipotesi operative siano considerate non praticabili.

Al momento della stesura del presente elaborato, non si conoscono ancora gli esiti della procedura avviata dalla Commissione che, tenuto conto della fondatezza degli elementi forniti dal Ministero, potrebbe essere archiviata.

CONCLUSIONI

L'elaborato parte dalle novità introdotte a seguito dell'entrata in vigore di una disciplina finalmente organica in materia di appalti e concessioni, in ambito europeo prima (direttiva 2014/23/UE) e nazionale poi (recepimento della direttiva concessioni e risistemazione organica della materia all'interno dell'apposito Capo dedicato alle concessioni del codice dei contratti pubblici di cui al D.Lgs. n. 50 del 2016) si snoda attraverso l'esame specifico delle concessioni autostradali, analizzando lo scenario italiano con le numerose criticità messe in luce dalle Autorità indipendenti di settore oltre che dalla Corte dei conti, concentrandosi, poi, su quello che vorrebbe essere "il cuore" dell'elaborato medesimo, costituito dal tragico crollo del Ponte Morandi e dalla disamina di tutti gli atti conseguenti adottati e adottandi in conseguenza di tale evento.

Nella premessa si richiamavano le immagini trasmesse dai media e credo che l'Italia non dimenticherà mai i volti dei cittadini genovesi segnati dalla disperazione causata dalla morte di persone a loro care, ma anche dalla perdita non trascurabile della loro dimora e di tutto ciò che la stessa conteneva, compresi i ricordi.

Credo che resteranno scolpite nella memoria di ciascuno di noi le immagini di coloro a cui era consentito di entrare per breve tempo nelle proprie case per recuperare qualcosa cui tenessero particolarmente e che ne uscivano magari tenendo tra le mani delle semplici fotografie.

Ai familiari delle vittime si è rivolto anche il sindaco commissario Bucci dicendo che "queste cose non devono succedere mai più".

Il lavoro svolto si sofferma, anche, sulla forte volontà della città di Genova di ripartire, ricomponendo ciò che è stato spezzato, e lo ha fatto mirabilmente inaugurando in meno di due anni un nuovo ponte che il Presidente del Consiglio *pro tempore* Giuseppe Conte ha definito "*un'opera mirabile frutto del genio italico, di una virtuosa collaborazione tra politica, amministrazione locale, impresa e lavoro*" e anche "*la dimostrazione che il nostro Paese sa rialzarsi, sa tornare a correre*".

Genova è diventato il paradigma di un sistema sinergico che ha funzionato e ha vinto e sovente sentiamo i politici richiamare tale modello come strumento cui far ricorso per la realizzazione delle opere pubbliche.

Nonostante la mole di contenzioso abbattutasi letteralmente sulle disposizioni "chiave" del decreto-legge "Genova", di cui si è ampiamente parlato nel capitolo 5, la nuova imponente infrastruttura prova a ricucire, simbolicamente e concretamente, una ferita che comunque non potrà essere dimenticata.

Al riguardo, il lavoro svolto nel capitolo 4 ha posto l'accento sul fatto che il "modello Genova" ha rappresentato un atteggiamento mentale, un patto di valori non scritto in regole contrattuali ma che ha consentito che le regole normative e convenzionali non diventassero un percorso ad ostacoli ma, al contrario, contribuissero a portare a traguardo l'azione concreta.

Ricordiamo anche che la nuova bellissima infrastruttura, che suscita, nel contempo, meraviglia ma anche il dolore profondo del ricordo, è stata disegnata da Renzo Piano, si dice “*pensando ad una nave da cui guardare il mare*” e che forse nulla sarebbe stato possibile in assenza della visione e dell’immenso regalo che questo talentuoso architetto ha voluto fare alla sua città.

Ad avviso di chi scrive, tuttavia, il modello “Genova” rappresenta un *unicum* nel panorama italiano ed è difficilmente replicabile in assenza di circostanze di emergenza ed eccezionalità.

Dall’esame dell’art. 1 del decreto legge Genova è emerso che la realizzazione dei lavori da parte del Commissario è stata sì “liberata” da ogni laccio burocratico (persino lo smaltimento del materiale di risulta è stato autorizzato in deroga alla normativa speciale di settore), ma non può sottacersi come la deroga al codice dei contratti pubblici e a tutta la normativa di settore, esclusa quella penale, possa costituire una incognita pericolosa in un sistema purtroppo interessato da fenomeni di infiltrazione criminale o sovente arroccato su logiche particolaristiche e poco rispettose del bene comune.

Genova ha funzionato perché nella realizzazione del nuovo Ponte i genovesi ci hanno messo il cuore, spinti dalla voglia di riscatto e dall’esigenza di lenire anche il dolore subito, perché le Amministrazioni preposte hanno fatto in modo mirabile la loro parte, perché l’*iter* dei lavori era sotto i riflettori della cronaca e i *media* ne seguivano gli eventi.

Tuttavia, ad avviso di chi scrive, un Paese che funziona deve assicurare il risultato “Genova” nel rispetto delle norme che disciplinano la materia degli appalti e delle concessioni, eventualmente rivista dal legislatore, se del caso, al fine di garantire l’efficacia e la speditezza delle procedure di aggiudicazione, tempi certi nella esecuzione dei contratti, senza mai perdere di vista la qualità, sia con riferimento alla progettazione sia relativamente alla metodologia di scelta del contraente.

Nei ultimi due capitoli l’analisi si sofferma, invece, sulle problematiche, ancora aperte, vertenti sulla sussistenza della titolarità della concessione autostradale in capo alla società Autostrade, cercando di spiegare come, nonostante si inneggiasse nei giorni immediatamente successivi al verificarsi del tragico evento alla revoca e/o risoluzione del rapporto concessorio, a distanza di quasi tre anni non si sia ancora addivenuti né all’adozione di un provvedimento amministrativo di caducazione del rapporto né alla definitiva soluzione negoziale.

L’auspicio, come detto in premessa, è che la memoria con lasci il posto all’oblio e che – come è successo per il Ponte Morandi- *“le rovine non rappresentino solo il passato ma diventino il futuro che ci invita all’attenzione ...”*¹⁴¹.

¹⁴¹ La citazione è del grande fotografo Josef Koudelka e si legge all’inizio del percorso museale aperto presso l’Ara Pacis di Roma dal 1 febbraio 2020 dove sono esposti i grandi capovalori che testimoniano il viaggio nell’antico di questo grande fotografo ceco. La Mostra è intitolata *“Radici. Evidenza della storia, enigma della bellezza”*.

BIBLIOGRAFIA

Anselmi D., "Le concessioni di gestione dell'infrastruttura stradale" intervento al Convegno RAZIONALIZZAZIONI DEI MERCATI E AGGREGAZIONI FRA IMPRESE DI TRASPORTO", tenutosi presso la sede dell'AGCM, a Roma, il 26 gennaio 2017.

Cantone R. e Caringella F. Il codice dei contratti pubblici dopo il correttivo- Rivista online diretta da R. Cantone e F. Caringella ITALIAAPPALTI.IT- DIKE giuridica editrice 2017.

Cartei G., "Il contratto di concessione di lavori e servizi: novità e conferme a 10 anni dal Codice De Lise", in Urbanistica e appalti, n.8-9/2016.

Contessa C., "Le nuove regole dell'affidamento delle concessioni", in Urbanistica e appalti, n.8-9/2016.

Cori R. e I. Paradisi, "I contratti di concessione e il Partenariato pubblico privato dopo il correttivo del Codice dei contratti pubblici", in Appalti e Contratti, n. 6/2017.

De Nictolis R., "Il nuovo codice degli appalti", in Urbanistica ed appalti, n.5/2016

- Ferrara D.

De Nictolis R., "Appalti pubblici e concessioni dopo la legge "sblocca cantieri"", in Zanichelli Editore, 2020.

Franchini C. e Sciaudone F., "Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni: elementi critici e opportunità", Editoriale scientifica editore, 2015.

Galli R., Manuale di diritto amministrativo, CEDAM edizione 1996.

Giordano C.F. e Pasquini G. "Le concessioni di lavori pubblici", in M. Clarich, "Commento al codice dei contratti pubblici", Giappichelli, 2010.

Greco M.G., "Chiarimenti sull'istituto giuridico di concessione nella Direttiva 2014/23/UE. Il rischio "operativo" nel rapporto concessorio", pubblicato online su www.lineeavcp.it.

Macchia M., "Le concessioni autostradali nella riforma del codice dei contratti pubblici", in Riv. giur. Mezz., 3, 2016.

Ragazzi G., "I signori delle autostrade", Il Mulino, 2008.

Rizzo G., "La concessione di servizi", Giappichelli editore Torino- Edizioni 2012.

Saltari L. e A. Tonetti, "Il regime giuridico delle autostrade in Italia, in Europa e nelle principali esperienze straniere", Giuffrè, Milano, 2017.

Sorace D., C. Marzuoli, "Concessioni amministrative", in Digesto disc. Pubbl.1985.

Zunarelli S. e L. Di Girolamo "Il settore autostradale", in F. Bassan "La regolazione dei trasporti in Italia: L 'ART e i suoi poteri, alla prova dei mercati", Giappichelli editore, 2015.

DOCUMENTI CONSULTATI

ANALISI DI IMPATTO DELLA REGOLAMENTAZIONE (AIR) redatta in aderenza all'allegato "A" alla Direttiva della Presidenza del Consiglio dei Ministri 16 gennaio 2013 e allegata allo schema di decreto legislativo sottoposto all'esame definitivo del Consiglio dei Ministri del 15 aprile 2016.

Analisi e parere reso al Ministro da parte del gruppo di lavoro costituito con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti 29 marzo 2019, n. 119.

Atto di Segnalazione ANAC n. 6 del 17 luglio 2019 Concernente gli esiti dell'indagine conoscitiva sui concessionari autostradali che hanno realizzato una percentuale di investimenti inferiore al 90% di quelli previsti, come risultante dai dati contenuti nella relazione 2016 del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti sulle "Attività nel settore autostradale in concessione". Approvato dal Consiglio dell'Autorità con Delibera n. 644 del 17 luglio 2019.

AS336 Atto di Segnalazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici inviato il 28 marzo 2006 al Presidente del Senato, al Presidente della Camera dei Deputati, al Presidente del Consiglio dei Ministri, al Ministro delle Attività produttive, al Ministro delle Infrastrutture e Trasporti con cui le citate Autorità, congiuntamente, hanno espresso una serie di osservazioni e rilievi in merito alle "Modalità di affidamento di lavori nell'ambito di concessioni pubbliche".

Atto di Segnalazione dell'allora Autorità Vigilanza sui Lavori Pubblici al Parlamento e al Governo dell'8 giugno 2006 e del 19 ottobre 2006.

Audizione del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti (Paola De Micheli) nell'ambito dell'esame del decreto legge n. 162 del 30 dicembre 2019 presso le

Commissioni riunite I e V della Camera dei deputati in data 16 gennaio 2020, ore 15.30.

Comunicazione della Commissione europea del 29 aprile 2000 sugli appalti e le concessioni.

Convenzione Unica approvata *ex lege* dall'art. 8-duodecies, comma 1, del decreto legge n.59 del 2008, consultabile sul sito istituzionale del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

Decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti 17 dicembre 2020, n.578 che ha adottato le Linee Guida per la classificazione e gestione del rischio, la valutazione della sicurezza ed il monitoraggio dei ponti e viadotti esistenti, già approvate dal Consiglio dei Lavori Pubblici nel mese di Aprile 2020.

Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 4 ottobre 2018 , di nomina del dott. Marco Bucci a Commissario straordinario per la ricostruzione ai sensi dell'art. 1, comma 1, del decreto-legge 28 settembre 2018, n. 109, pubblicato in data 15 novembre 2018.

Decreto del Commissario Bucci n. 17, prot. n. D/2018/17 del 14 dicembre 2018, pubblicato solamente sul sito web del Commissario.

Deliberazione Corte dei conti- 18 dicembre 2019, n.18/2019/G avente ad oggetto "Le concessioni autostradali".

Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione Testo rilevante ai fini del SEE.

Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE (Testo rilevante ai fini del SEE).

Direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 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.

Dossier parte I **AC 2325** (DDL conversione decreto-legge Milleproroghe 2020)-decreto-legge 30 dicembre 2019, n.162, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2020, n.8.

Dossier relativo all'**AC 2790** (DDL Bilancio 2021)-legge di bilancio 2021 30 dicembre 2020, n.178.

EU Pilot (2021)9831/FISMA Nuove misure legislative applicabili ai contratti di concessione autostradale.

Libro "La Nave di Genova" che il **Secolo XIX** ha distribuito gratuitamente in edicola, insieme al quotidiano, venerdì 14 agosto 2020, giorno del secondo anniversario della tragedia del crollo del Ponte Morandi.

Memoria ANAC depositata dal Presidente prof. Francesco Merloni a seguito dell'audizione presso la commissione Lavori pubblici del Senato il 7 luglio 2020.

Memoria difensiva ricorso ASPI/ Ministero delle infrastrutture e dei trasporti innanzi al TAR Lazio Azione di accertamento delle clausole della convenzione unica. Art 35 DL Milleproroghe n. 162 del 2019 UFFLEGISL REGISTRO UFFICIALE U prot. n. 0021542 del 25.05.2020.

Note Ministero delle infrastrutture e dei trasporti n.4617 del 5 marzo 2018 e n. 19723 del 2 marzo 2018 sulla pubblicità degli atti inerenti le concessioni autostradali.

Nota Autorità garante per la concorrenza e il mercato n. 9346 del 14 marzo 2018.

Nota del commissario Bucci prot. n. CC.2018.374 del 21 dicembre 2018.

Nota Ministero delle infrastrutture e dei trasporti prot. 15269/U del 11 aprile 2020 indirizzata alla Presidenza del Consiglio dei Ministri Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi - Ufficio contenzioso e per la consulenza giuridica.

Nota Ministero delle infrastrutture e dei trasporti UFFGAB prot. 37676/U del 25.09.2020.

Nota C (2020) 7840 final del 3 dicembre 2020 relativi alla Procedura di infrazione PI 2020/2318 (SET).

Nota prot. Registro ufficiale U. 9450 del 12 marzo 2021 trasmessa alla struttura di missione per le procedure di infrazione in merito all'**EU Pilot (2021) 9831 FISMA** concernente l'articolo 35 del decreto legge n. 162 del 2019.

Ordinanza 20 agosto 2018 del Capo del Dipartimento della protezione civile recante "Primi interventi urgenti di protezione civile in conseguenza dell'emergenza determinatasi a seguito del crollo di un tratto del viadotto Polcevera dell'autostrada A10, nel Comune di Genova, noto come ponte Morandi, avvenuto nella mattinata del 14 agosto 2018".

ORDINANZA (Atto di promovimento) N. 54 6 dicembre 2019 Ordinanza del 6 dicembre 2019 del Tribunale amministrativo regionale per la Liguria sul ricorso proposto da Autostrade per l'Italia S.p.A. contro Presidenza del Consiglio dei ministri, Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e Commissario Straordinario per la Ricostruzione del Viadotto Pulcevera Genova. Sostanzialmente dello stesso tenore sono le ordinanze di cui al registro **ordinanze nn. 51, 52 e 53 e 55**.

Parere ANAC 19 luglio 2017 prot 93307.

Parere della Commissione europea Direzione generale del mercato interno, dell'industria, dell'imprenditoria e delle PMI Vice Direttore Generale 2 – Responsabile per le Direzioni E, G, H e l'Unità B4 Ref Ares (2020) 5368474 del 9 ottobre 2020 di risposta alla richiesta di parere del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti sulla proroga dell'autostrada A22.

Parere Consiglio di Stato numero 00855/2016 in data 01/04/2016 - Adunanza della Commissione speciale del 21 marzo 2016 NUMERO AFFARE 00464/2016.

Parere approvato dalla VIII Commissione Camera relativo all'Atto n. 283 il 7 aprile 2016 (poi codice dei contratti pubblici).

Parere reso dal Prof. Sabino Cassese il 28 luglio 2016 alla società Autostrade per l'Italia (ASPI) che chiedeva di analizzare la nuova disciplina recata dall'articolo 177 del nuovo codice, al fine di verificare le conseguenze della successione di norme nel tempo, anche rispetto agli impegni già concordati tra concedente e concessionario.

Relazione del Gruppo di lavoro per l'elaborazione della strategia nazionale di riforma degli appalti pubblici - Identificazione delle principali criticità del sistema individuazione delle possibili cause proposte correttive.

Relazione della Commissione ispettiva ministeriale istituita con i decreti del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti 14 agosto 2018, n.386, 27 agosto 2018, n.387 e 5 settembre 2018, n. 392.

Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo recante il codice dei contratti pubblici sottoposto all'esame definitivo del Consiglio dei Ministri.

Richiesta di parere trasmessa all'ANAC con nota del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti prot. 28149 del 13 luglio 2017.

Ricorso ASPI/ Ministero delle infrastrutture e dei trasporti innanzi al TAR Lazio trasmesso dall'Avvocatura generale dello Stato e acquisito dagli atti dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti con prot. SEGRMIN Registro Ufficiale I 0011027 del 13.03.2020. Azione di accertamento delle clausole della convenzione unica. Art 35 D.L. Milleproroghe n. 162 del 2019.

Risoluzione in Assemblea 6/00014 presentato da D'UVA Francesco martedì 4 settembre 2018, seduta n. 41.

Sentenza del Consiglio di Stato non definitiva n. 5097 del 19 agosto 2020.

Sentenza Corte cost. 168/2020 nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale - Udienza Pubblica del 08/07/2020; Decisione del 08/07/2020 -Deposito del 27/07/2020; Pubblicazione in G. U. 29/07/2020 n. 31 Presidente: CARTABIA - Redattore: BARBERA Norme impugnate: Artt. 1, c. 3°, 5°, 6°, 7°, 8° e 8° bis; 1 bis; 1 ter, c. 1°; 4 bis, del decreto-legge 28/09/2018, n. 109, convertito, con modificazioni, dalla legge 16/11/2018, n. 130.