

La Corte di giustizia ha fugato i dubbi circa la compatibilità con l'ordinamento UE della disciplina interna contenuta nell'art. 178, comma 8-bis, d. lgs. n. 50 del 2016 (codice dei contratti pubblici) che vieti l'affidamento delle concessioni autostradali scadute o in scadenza mediante il sistema della finanza di progetto, espressione dell'esigenza di preservare la libertà decisionale, in punto di modalità di individuazione del contraente, delle autorità nazionali, regionali o locali, pur con i limiti derivanti dall'ordinamento europeo.

Esigenze di garanzia della libertà degli Stati membri di privilegiare un modo di gestione a scapito degli altri (sempre nei limiti del rispetto delle regole fondamentali stabilite dal Trattato) e "condivisione" di una scelta (previsione della gara pubblica) coerente con l'apertura alla massima concorrenza in tale settore, le linee argomentative che la Corte ha posto a base della sua decisione.

**Corte di giustizia dell'Unione europea, sezione IX, ordinanza 26 novembre 2020, C-835/19 – Autostrada Torino Ivrea Valle D'Aosta – Ativa SpA**

**Contratti pubblici – Concessioni autostradali – Scadute o in scadenza – Affidamento – Normativa nazionale che vieta di ricorrere alla finanza di progetto**

*L'articolo 2, paragrafo 1, primo comma, della direttiva n. 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, in combinato disposto con l'articolo 30 e i considerando 5 e 68 di tale direttiva, deve essere interpretato nel senso che esso non osta a una disposizione nazionale che vieta alle amministrazioni aggiudicatrici di affidare concessioni autostradali scadute o in scadenza facendo ricorso alla procedura della finanza di progetto prevista all'articolo 183 del decreto legislativo del 18 aprile 2016, n. 50 – Codice dei contratti pubblici (1).*

(1) I. – La Corte di giustizia UE ha affermato la compatibilità con il diritto euro unitario dell'art. 178, comma 8-bis del d. lgs. n. 50 del 2016 (Codice dei contratti pubblici), aggiunto dall' art. 105, comma 1, lett. f), d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, secondo cui "Le amministrazioni non possono procedere agli affidamenti delle concessioni autostradali scadute o in scadenza facendo ricorso alle procedure di cui all'articolo 183".

L'ordinanza in rassegna ha evidenziato che non contrasta con le direttive UE la disciplina interna che vieti l'affidamento delle concessioni autostradali scadute o in scadenza mediante il sistema della finanza di progetto, espressione dell'esigenza di preservare la libertà delle autorità nazionali, regionali o locali, pur con i limiti derivanti dall'ordinamento europeo, avuto riguardo alle finalità di massima apertura possibile alla concorrenza anche in tale settore delineate dal legislatore interno.

La decisione è stata assunta a seguito del rinvio pregiudiziale disposto con ordinanza Consiglio di Stato, sez V, 6 novembre 2019, n. 7587 (in *Foro amm.*, 2019, 1798 e oggetto della *News US* in data 18 novembre 2019) che aveva ritenuto il predetto comma 8-*bis* dell'art. 178 suscettibile di una lettura ambigua rispetto a opzioni interpretative coerenti con la *ratio* antielusiva del divieto di proroga delle concessioni autostradali.

Il quesito posto dal giudice del rinvio – ossia se uno Stato membro possa imporre alle sue amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere a una concessione per la gestione autostradale e, in tal modo, vietare loro di optare per la procedura della finanza di progetto – si è innestato nell'ambito del giudizio d'appello relativo a due sentenze del T.a.r. per il Piemonte (sez. II, 31 agosto 2018, n. 977 e 31 agosto 2018, n. 978). Il giudice di primo grado aveva respinto due ricorsi proposti dalla società, (già) concessionaria di una tratta autostradale in forza di diverse concessioni, l'ultima delle quali scaduta nel 2016, avverso il rigetto di due distinte proposte di *project financing*, presentate nel 2015 (in applicazione della previgente disciplina contenuta nel d. lgs. n. 163 del 2006) e nel 2016 (sulla base del d. lgs. n. 50 del 2016 recante il nuovo codice dei contratti pubblici, nel testo anteriore alle modifiche apportate dal d.lgs. n. 56 del 2017, c.d. primo correttivo).

L'amministrazione aveva rigettato dette proposte poiché non rispondenti, tra l'altro, ai requisiti dell'art. 183, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016, in ragione dell'avvenuto inserimento di lavori già previsti negli strumenti di programmazione; quanto alla seconda ipotesi progettuale, il rigetto era motivato anche per il contrasto con l'art. 178, comma 8-*bis*, d.lgs. n. 50 del 2016, introdotto dal d.lgs. n. 56 del 2017, disciplina, questa, sopravvenuta ad entrambe le proposte della società concessionaria.

II. – Il percorso argomentativo della Corte, volto a dare una risposta di segno negativo al quesito posto dal giudice del rinvio, si sviluppa secondo i seguenti passaggi:

- a) come risulta dall'articolo 1 della direttiva n. 2014/23/UE, in combinato disposto con il suo considerando 8, oggetto di tale direttiva è stabilire le norme applicabili alle procedure di aggiudicazione delle concessioni, con campo di applicazione limitato alle procedure di valore superiore alla soglia UE;
- b) l'art. 2, par.1, primo comma, della direttiva n. 2014/23/UE riconosce il principio per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione;
- c) ne consegue che tali "autorità", considerate nella loro qualità di soggetti investiti di un potere normativo e non quali amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori, sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi al fine di garantire in particolare un elevato

- livello di qualità, sicurezza e accessibilità, parità di trattamento e promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici;
- d) dall'art. 2, par. 1, secondo comma, della direttiva in argomento, in combinato disposto con il considerando 5 della stessa, emerge che dette autorità possono decidere di espletare i loro compiti d'interesse pubblico avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre autorità o conferendo tali compiti a operatori economici;
- e) risulta pertanto che la direttiva n. 2014/23/UE – ciò che è pacifico nella giurisprudenza della Corte – non può privare gli Stati membri della libertà di privilegiare un modo di gestione a scapito degli altri: tale libertà implica in effetti una scelta che si colloca in una fase precedente a quella della procedura di aggiudicazione e che non può quindi rientrare nell'ambito di applicazione di tale direttiva;
- f) tale conclusione non può essere infirmata dall'asserzione (contenuta all'art. 30, par.1, di detta direttiva, nonché al considerando 68 della stessa), secondo cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore sono liberi di organizzare la procedura per la scelta del concessionario (fatto salvo il rispetto della medesima direttiva), sul rilievo che *“nell'ipotesi in cui le autorità nazionali, regionali o locali abbiano inteso privilegiare un modo di gestione in particolare, le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori beneficiano solo di una libertà condizionata, che, di conseguenza, può dispiegarsi solo nell'ambito delle scelte politiche precedentemente operate da dette autorità”*;
- g) la libertà delle autorità nazionali, regionali o locali di scegliere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi non può tuttavia essere illimitata ma deve essere esercitata nel rispetto delle regole fondamentali del TFUE, e, segnatamente dei principi di:
- g1) libera circolazione delle merci;
  - g2) libertà di stabilimento;
  - g3) libera prestazione dei servizi;
  - g4) parità di trattamento, divieto di discriminazione, mutuo riconoscimento, la proporzionalità e trasparenza;
- h) la disposizione nazionale di cui trattasi deve essere letta in relazione all'obiettivo di garantire la massima apertura possibile alla concorrenza delle concessioni autostradali in linea con il quale il legislatore italiano ha, per un verso, optato per un sistema di gara pubblica (così vietando l'alternativa costituita dall'aggiudicazione di tali concessioni mediante finanza di progetto), e, per altro verso, ha inteso evitare di riconoscere un qualsivoglia vantaggio, anche solo di fatto, ai concessionari uscenti;

- i) ne deriva che l'ordinamento UE in tema di concessioni *“non osta a una disposizione nazionale che vieta alle amministrazioni aggiudicatrici di affidare concessioni autostradali scadute o in scadenza facendo ricorso alla procedura della finanza di progetto prevista all'articolo 183 del nuovo codice dei contratti pubblici”*.

III. – Per completezza si segnala:

- j) sul principio della libera autorganizzazione delle autorità pubbliche in tema di contratti pubblici: Corte cost., 27 maggio 2020, n. 100 (in *Foro it.*, 2020, I, 3002 con nota di D'AURIA, oggetto della News US in data 17 giugno 2020), secondo cui la giurisprudenza della Corte di giustizia UE *“ha ribadito che dal principio di libera autorganizzazione delle autorità pubbliche (di cui al quinto considerando della direttiva 2014/24/UE e all'art. 2, par. 1, della direttiva 2014/23 del parlamento europeo e del consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione) discende la «libertà degli Stati membri di scegliere il modo di prestazione di servizi mediante il quale le amministrazioni aggiudicatrici provvederanno alle proprie esigenze» e, conseguentemente, quel principio «li autorizza a subordinare la conclusione di un'operazione interna all'impossibilità di indire una gara d'appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna»*. Nella pronuncia della Corte costituzionale, così come nell'ordinanza in rassegna, sono citate, Corte di giustizia UE, ordinanza 6 febbraio 2020, in cause da C-89/19 a C-91/19, Rieco s.p.a. (in *Giur. it.*, 2020, 1178 (m), con nota di MEALE; *Giornale dir. amm.*, 2020, 353, con nota di CONTESSA; *Urbanistica e appalti*, 2020, 353, con nota di CONTESSA; *Giur. it.*, 2020, 1731 (m), con nota di MAMELI e oggetto della News US in data 20 marzo 2020); nonché Corte di giustizia UE, 3 ottobre 2019, C-285/18, *Irgita*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2020, 203, con nota di DIVERIO; Corte di giustizia UE, ordinanza 6 febbraio 2020, C-11/19, Azienda ULSS n. 6 Euganea (in *Rass. dir. farmaceutico*, 2020, 701 e oggetto della News US in data 13 luglio 2020) con cui la Corte – con affermazione coerente con la libertà di scelta del modello gestionale da attuare e con la collocazione di tale scelta in un momento antecedente la celebrazione della gara, con conseguente esclusione dal campo di applicazione della direttiva n. 2014/24/UE – afferma la conformità all'ordinamento eurounitario della disciplina interna che subordina l'indizione della gara per l'aggiudicazione del servizio di trasporto sanitario alla condizione che il previsto partenariato tra enti *“del settore pubblico”* non consenta di garantire il predetto trasporto sanitario ordinario, fermo restando il rispetto dei principi di parità di trattamento, non discriminazione, riconoscimento reciproco, proporzionalità e trasparenza;

- k) sulla motivazione del mancato ricorso al mercato si veda:
- k1) Corte cost., 27 maggio 2020, n. 100 cit., ove è stato escluso il vizio di eccesso di delega e la violazione del divieto di *gold plating* – considerato principio di estrazione non unionale – nella previsione, contenuta nell’art. 192, comma 2, codice dei contratti pubblici, circa l’obbligo di motivazione sulle ragioni del mancato ricorso al mercato nell’ambito degli affidamenti in house. Il rispetto dei principi di concorrenza, pubblicità e trasparenza, la discrezionalità legislativa, il quadro normativo eurounitario e la continuità con la legislazione nazionale precedente, le direttrici entro le quali la Corte è giunta alla conclusione della necessità della motivazione per scelte che hanno effetti sul mercato delle pubbliche commesse. Più in particolare, secondo la Corte l’obbligo di motivazione sulle ragioni del mancato ricorso al mercato imposto dall’art. 192, comma 2, d. lgs. n. 50 del 2016, legittimamente risponde agli interessi costituzionalmente tutelati della trasparenza amministrativa e della tutela della concorrenza e dunque non risulta in contrasto con il criterio previsto dall’art. 1 comma 1, lettera a), della legge delega n. 11 del 2016;
  - k2) Corte di giustizia UE, sez. IX, ordinanza 6 febbraio 2020, C-89/19, C-90/19, C-91/19 – *Rieco s.p.a.*, cit.;
- l) sulla limitazione dei diritti del concessionario con alterazione del complesso di diritti e obblighi previsti dalla relativa convenzione: si veda Corte cost., 27 luglio 2020, n. 168 (oggetto della News US in data 9 settembre 2020) che ha dichiarato *“infondate le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 1, commi 3, 5, 7, 8, e 8-bis, 1-bis e 4-bis, del d.l. n. 109 del 2018, convertito con modificazioni dalla legge 16 novembre 2018, n. 130 sollevate in relazione agli artt. 3, 23, 24, 41, 97, 102, 103 e 111 Cost.”*;
- m) sugli strumenti di programmazione dei contratti pubblici:
- m1) quanto alla natura e finalità del programma triennale dei lavori pubblici, v.: C. conti, sez. contr. Campania, 6 giugno 2018, n. 77/18, secondo cui l’art. 21 del d. lgs. n. 50 del 2016 *“pone a carico delle amministrazioni aggiudicatrici l’obbligo di adottare il programma biennale degli acquisti dei beni e dei servizi e il programma triennale dei lavori pubblici, nonché i relativi aggiornamenti annuali. Tali programmi «sono approvati nel rispetto dei documenti programmatori e in coerenza con il bilancio e, per gli enti locali, secondo le norme che disciplinano la programmazione economico-finanziaria degli enti”*;
  - m2) quanto alla correlazione tra programma triennale e strumenti finanziari, v. Allegato n. 4/1 al d. lgs. n. 118 del 2011, *“principio contabile applicato concernente la programmazione di bilancio”* (punti 5.4., 8.2., 9.8);

- m3) quanto al rapporto tra programma triennale dei lavori pubblici e vincoli preordinati all'espropriazione: Corte cost., 18 dicembre 2020, n. 270;
- n) sul principio del *tempus regit actum*:
- n1) in generale: I) Cons. giust. amm. sic., sez. giur., 26 ottobre 2020, n. 983 che ha riaffermato la regola secondo cui *"il principio tempus regit actum attiene alle sequenze procedimentali che si compongono di atti dotati di singola autonomia funzionale, di modo che – fatte salve eventuali apposite norme transitorie – ogni fase o atto del procedimento trova la sua disciplina nelle disposizioni di legge o di regolamento vigenti alla data in cui ha luogo la fase o viene adottato l'atto conclusivo dell'autonoma fase procedimentale"*; II) Cons. Stato, sez. V, 10 giugno 2019, n. 3890, secondo cui *"la legittimità degli atti amministrativi deve essere valutata con riferimento al momento in cui essi sono stati adottati"*; III) 23 ottobre 2014, n. 5249; IV) sez. IV, 4 novembre 2011, n. 5854, secondo cui *"la corretta applicazione del principio tempus regit actum comporta che l'amministrazione sia tenuta, per solito, a tener conto anche delle modifiche normative intervenute durante l'iter procedimentale, non potendo al contrario considerare l'assetto cristallizzato una volta per tutte alla data dell'atto che vi ha dato avvio"*; sulla stessa linea interpretativa Corte cost., ordinanza 13 aprile 2018, n. 76 (oggetto della News US, in data 30 aprile 2018, cui si rinvia per ogni approfondimento di dottrina e giurisprudenza);
- n2) nei procedimenti edilizi: Cons. Stato, sez. IV, 14 novembre 2017, n. 5230, secondo cui *"la domanda di concessione edilizia (oggi permesso di costruire) deve essere valutata alla luce della normativa vigente al momento in cui l'Amministrazione comunale provvede su di essa e non all'epoca della presentazione"*; id. 4 novembre 2011, n. 5854, cit., secondo cui *"con specifico riguardo alle istanze di permesso di costruire, è soltanto nell'ipotesi eccezionale di riesame dell'istanza a seguito di annullamento giurisdizionale del diniego alla stessa opposto che trova spazio la possibilità di una decisione ora per allora"*;
- n3) in materia sanzionatoria: Cass. civ., sez. I, 17 marzo 2005, n. 5820, secondo cui *"il principio secondo cui, nell'ambito dei procedimenti amministrativi, in caso di sopravvenienza di nuove normative, ciascun atto di ogni serie all'interno del procedimento deve uniformarsi, in virtù del principio tempus regit actum, alla disciplina vigente al momento della sua adozione, restando in ogni caso inapplicabile all'atto la normativa sopravvenuta alla chiusura della fase procedimentale nella quale è inserito, si applica anche alle norme riguardanti i termini per il compimento di singoli atti procedimentali; ne consegue che, in tema di procedimento finalizzato all'adozione, da parte del prefetto, dell'ordinanza-ingiunzione per violazione di norme del codice della strada, le disposizioni che,*

*modificando l'art. 204 di tale codice, entrino in vigore anteriormente alla scadenza del termine ivi previsto, si applicano ai procedimenti in corso, ancorché iniziati antecedentemente alla entrata in vigore della nuova normativa, mentre non sono applicabili le norme che entrino in vigore successivamente alla scadenza di quel termine, conclusivo della fase procedimentale”;*

- n4) in tema di procedure selettive per il reclutamento di personale: Cons. Stato, Ad. plen., 24 maggio 2011, n. 9 (in *Corriere merito*, 2011, 1004 (m), con nota di CICCHESE; *Guida al dir.*, 2011, 25, 76, con nota di MEZZACAPO), secondo cui *“le disposizioni normative sopravvenute in materia di ammissione dei candidati, di valutazione dei titoli o di svolgimento di esami di concorso e di votazioni non trovano applicazione per le procedure in itinere alla data della loro entrata in vigore, in quanto il principio tempus regit actum attiene alle sequenze procedimentali composte di atti dotati di propria autonomia funzionale, e non anche ad attività (quale è quella di espletamento di un concorso) interamente disciplinate dalle norme vigenti al momento in cui essa ha inizio. Pertanto, mentre le norme legislative o regolamentari vigenti al momento dell’indizione della procedura devono essere applicate anche se non espressamente richiamate nel bando, le norme sopravvenienti per le quali non è configurabile alcun rinvio implicito nella lex specialis, non modificano, di regola, i concorsi già banditi «a meno che diversamente non sia espressamente stabilito dalle norme stesse [...]. È così affermato il principio generale dell’inefficacia delle norme sopravvenute a modificare le procedure concorsuali in svolgimento ma è altresì prevista la possibilità che, in via speciale e particolare, tali modifiche possano prodursi ad effetto di normative sopravvenute il cui oggetto specifico sia quel medesimo concorso, quando, evidentemente, il legislatore ragionevolmente ravvisi la necessità di un tale intervento”;*
- n5) in tema di *jus superveniens* tra il completamento dell’istruttoria e prima del provvedimento finale: Cons. Stato, sez. IV, 13 aprile 2016, n. 1450 (in *Foro amm.*, 2016, 803; sez. IV, 4 novembre 2011, n. 5854, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2011, 3378), secondo cui alla regola sulla base della quale *“la p.a. deve considerare anche le modifiche normative intervenute durante il procedimento, non potendo considerare l’assetto normativo cristallizzato in via definitiva alla data dell’atto che vi ha dato avvio [...] non può farsi eccezione neanche per l’ipotesi in cui [...] lo jus superveniens sia intervenuto dopo il completamento dell’intera istruttoria procedimentale, e tuttavia prima dell’adozione del provvedimento finale”;*
- n6) quanto allo *ius superveniens* nelle procedure di affidamento di contratti pubblici: Corte cost., 3 dicembre 2020, n. 259, secondo cui *“la giurisprudenza*

*del Consiglio di Stato è, peraltro, assolutamente costante nell'affermare che, nelle gare pubbliche o, amplius, nelle procedure selettive, la pubblica amministrazione è tenuta ad applicare le regole stabilite nel bando di gara, le quali costituiscono la lex specialis, non disapplicabile nel corso del procedimento neppure quando talune di dette regole risultino non più conformi a uno ius superveniens [...]. Secondo il giudice amministrativo, deve dunque escludersi che la normativa sopravvenuta possa avere alcun effetto diretto sul procedimento di gara, anche per una esigenza di salvaguardia dell'affidamento dei soggetti che vi partecipano ([...]. Ciò, salvo l'esercizio del potere di autotutela [...], inteso specificamente a rimuovere in via preventiva dal mondo giuridico le disposizioni del bando [...])”;*

o) sul principio di non discriminazione:

- o1) quanto al termine di confronto tra distinte situazioni (il trattamento sfavorevole assume rilievo ai fini della discriminazione qualora sia tale rispetto al trattamento riservato a un'altra persona che si trovi in situazione analoga), v. Corte di giustizia UE, 13 gennaio 2004, C-256/01, *Allonby c. Accrington and Rossendale College*; Corte eur. diritti dell'uomo, 18 febbraio 1991, *Moustaquim c. Belgique*, n. 12313/86 (in *Riv. internaz. diritti dell'uomo*, 1991, 510);
- o2) sul motivo oggetto di discriminazione: Corte di giustizia UE, 8 novembre 1990, C-177/88, *Dekker c. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum)*;
- o3) sulla discriminazione indiretta: Corte eur. diritti dell'uomo, 9 giugno 2009, *Opuz c. Turchia*, n. 33401/02, punto 183; 31 marzo 2009, *Weller c. Ungheria* n. 44399/05; 13 novembre 2007, *D.H. e a. c. Repubblica ceca*, n. 57325/00, punto 184; 20 giugno 2006, *Zarb Adami c. Malta*, n. 17209/02, punto 80; Corte di giustizia UE, 23 ottobre 2003, C-4/02 e C-5/02, *Hilde Schönheit c. Stadt Frankfurt am Main e Silvia Becker c. Land Hessen*; 30 aprile 1996, causa C-13/94, *P. c. S. e Cornwall County Council*;
- o4) sulle misure speciali o specifiche: Corte di giustizia UE, 6 luglio 2000, C-407/98 (in *European Legal Forum*, 2000, 7); 11 novembre 1997, C-409/95, *Marschall c. Land Nordrhein-Westfalen* (in *Foro it.*, 1998, IV, 0); 17 ottobre 1995, C-450/93, *Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen* (in *Notiziario giurisprudenza lav.*, 1995, 857);
- o5) sulle eccezioni o giustificazioni del trattamento meno favorevole nel quadro delle normative europee della non discriminazione: Corte di giustizia UE, 13 maggio 1986, C-170/84, *Bilka-Kaufhaus GmbH c. Weber Von Hartz*;

p) sulla finanza di progetto quale procedimento plurifase:

- p1) sulla natura delle diverse fasi della procedura: Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2015, n. 1872 (in *Foro amm.*, 2015, 1073), la quale ha affermato che: I) nella procedura di *project financing* l'approvazione del progetto è da ritenersi inidonea di per sé a costituire fonte di un obbligo di aggiudicazione a favore del promotore; II) la procedura di *project financing*, *“risulta articolata in due fasi, distinte ma strettamente connesse: la scelta del promotore, caratterizzata da ampia discrezionalità amministrativa per l'accoglimento della proposta, proveniente talvolta del promotore stesso, alla stregua della già effettuata programmazione delle opere pubbliche, con gara preliminare per la valutazione comparativa delle diverse offerte, seguita da eventuali modifiche progettuali e da rilascio della concessione, ovvero da una ulteriore fase selettiva ad evidenza pubblica (secondo le regole nazionali e comunitarie) fra più aspiranti alla concessione in base al progetto prescelto, con risorse totalmente o parzialmente a carico dei soggetti proponenti. E' dunque configurabile una fattispecie a formazione progressiva, il cui scopo finale (aggiudicazione della concessione, in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa) è interdipendente dalla fase prodromica di individuazione del promotore”* (cfr., in tal senso, Cons. Stato, sez. VI, 5 marzo 2013, n. 1315, ivi citata, in *Finanza loc.*, 2015, 4, 74);
- p2) sulla natura del giudizio espresso sulla proposta del promotore e sulla scelta di non dar corso alla gara: Cons. Stato, sez. V, 13 marzo 2017, n. 1139 (in *Foro amm.*, 2017, 571), secondo cui *“le valutazioni realizzate dall'amministrazione procedente nell'ambito delle procedure di project financing sono caratterizzate sia da una discrezionalità di tipo tecnico (in relazione alle complesse valutazioni inerenti gli aspetti economico-finanziari, progettuali e ambientali delle proposte), sia da una discrezionalità di tipo amministrativo (in relazione alle valutazioni relative al più adeguato perseguimento dell'interesse pubblico e alla scelta fra le diverse opzioni a tal fine percorribili, ivi compresa la c.d. 'opzione zero'). La giurisprudenza [...] ha recentemente chiarito che, anche una volta dichiarata di pubblico interesse una proposta di realizzazione di lavori pubblici ed individuato quindi il promotore privato, l'amministrazione non è per ciò stesso tenuta a dare corso alla procedura di gara per l'affidamento della relativa concessione. La scelta in questione costituisce infatti una tipica manifestazione di discrezionalità amministrativa nella quale sono implicate ampie valutazioni in ordine all'effettiva esistenza di un interesse pubblico alla realizzazione dell'opera, tali da non potere essere rese coercibili nell'ambito del giudizio di legittimità che si svolge in sede giurisdizionale amministrativa”*; in termini analoghi, Cons. Stato, sez. V, 21 giugno 2016, n. 2719, cit., secondo cui *“dalla dichiarazione di pubblico interesse della proposta del promotore privato non deriva alcun vincolo per*

*l'amministrazione di affidare la concessione, essendo necessaria da parte di quest'ultima una scelta ulteriore, analogamente a quanto avviene per qualsiasi decisione di affidare un contratto. In particolare, rispetto ai tipici moduli contrattuali pubblicitici, la complessiva disciplina dell'istituto del project financing si contraddistingue perché in questo caso l'iniziativa non è assunta dall'amministrazione stessa, ma dal privato. Senonché anche una volta che la proposta di quest'ultimo sia stata dichiarata di pubblico interesse, lo stesso non acquisisce alcun diritto pieno all'indizione della procedura, ma una mera aspettativa, condizionata dalle valutazioni di esclusiva pertinenza dell'amministrazione in ordine all'opportunità di contrattare sulla base della medesima proposta";*

- p3) sul rapporto tra proposta di finanzia di progetto e strumenti di programmazione dell'amministrazione: T.a.r. per la Sicilia, sez. III, 18 luglio 2014, n. 1929, secondo cui, con riferimento alla previgente disciplina, il programma triennale dei lavori pubblici è l'unico strumento *"che può e deve contemplare al suo interno la previsione di iniziative progettuali (nell'accezione propria dei contratti pubblici) caratterizzate dalla presenza di finanziamenti a carico di terzi. Ed invero, sia l'art. 14 dell'ormai abrogata l. n. 109 del 1994 [...], sia l'art. 128 del d. lgs. n. 163 del 2006 [...], individuano nel programma triennale dei lavori pubblici la sede naturale per considerare l'eventuale apporto finanziario di privati";* Cons. Stato, sez. V, 1 settembre 2009, n. 5136, secondo cui *"la scelta delle opere da offrire ai candidati promotori finanziari ha dunque luogo mediante la individuazione delle stesse nell'ambito del programma triennale dei lavori, [...] ove si consuma integralmente l'attività politica di scelta delle opere da finanziare mediante l'apporto dei privati; mentre la procedura operativa, nell'ambito della quale vi è la presentazione di un progetto completo, la sua valutazione, il suo inserimento a base d'asta, insomma tutta l'attività successiva è attività di gestione, vale a dire attività di valutazione tecnica consequenziale a quella scelta che [...] è nella esclusiva competenza dei dirigenti";*
- p4) sulle fasi della procedura e tutela giurisdizionale: Cons. Stato, Ad. plen., 28 gennaio 2012, n. 1 (in *Giornale dir. amm.*, 2012, 844 (m), con nota di GUELLA; *Dir. e pratica amm.*, 2012, fasc. 3, 52 (m), con nota di USAI; *Urbanistica e appalti*, 2012, 540, con nota di MANFREDI; *Giur. it.*, 2012, 1924 (m), con nota di MATTALIA; *Riv. nel diritto*, 2012, 1998, con nota di GUIDONE; *Foro amm.-Cons. Stato*, 2012, 820 (m), con nota di NICODEMO, PIGNATTI), la quale ha chiarito che la scelta del promotore determina una immediata posizione di vantaggio per il soggetto prescelto e che l'atto è pertanto impugnabile in sede giurisdizionale

amministrativa. Tuttavia, poiché questo vantaggio si sostanzia nella preferenza riconosciuta al progetto del promotore in sede di gara, lo stesso presuppone che l'amministrazione si sia già determinata nell'affidare la concessione. In altri termini, il vantaggio e l'aspettativa giuridicamente rilevante per il promotore si pone "a valle" della scelta dell'addivenire all'affidamento del contratto, che solo l'amministrazione stessa è titolata ad adottare;

- q) sulla *ratio* e finalità del divieto dell'art. 178, comma 8-bis d.lgs. n. 50 del 2016: Cons. Stato, Comm. spec., parere 30 marzo 2017, n. 782 (in *Foro amm.*, 2017, 614) *sub* art. 178, in cui, tra l'altro, si segnalava al Governo l'opportunità di far emergere la *ratio* del divieto di cui all'art. 178, comma 8-bis, "presumibilmente riconducibile alla necessità di evitare ogni aggiramento del divieto di proroga delle concessioni autostradali". In dottrina, R. DE NICTOLIS, *I Nuovi appalti pubblici, Appalti e concessioni dopo il d.lgs. 56/2017*, Bologna, 2017, 2068, la quale ha evidenziato che il divieto di cui trattasi "riguarda solo le concessioni autostradali scadute o in scadenza e non quelle a regime" e che "la ratio legis appare quella, in sede di primo riaffidamento delle concessioni autostradali, di evitare che i concessionari autostradali «storici» possano avere un vantaggio di fatto, quali proponenti nel project financing, giovandosi della prelazione, ai sensi dell'art. 183, comma 15 codice";
- r) sul rischio operativo, sull'obbligo di evidenza pubblica, sulla proroga e l'affidamento delle concessioni:
- r1) Corte di giustizia UE, sez. V, 18 settembre 2019, causa C-526/17 (in *Riv. giur. edilizia*, 2019, I, 1169), la quale ha ribadito che "secondo la giurisprudenza della Corte, il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza che ne deriva ostano a che, dopo l'aggiudicazione di un contratto di concessione di lavori pubblici, l'amministrazione aggiudicatrice concedente e il concessionario apportino alle disposizioni del loro contratto di concessione modifiche tali che dette disposizioni presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle del contratto iniziale. È quanto avviene se le modifiche previste hanno per effetto o di estendere la concessione di lavori pubblici, in modo considerevole, a elementi non previsti, o di alterare l'equilibrio economico contrattuale in favore del concessionario, oppure ancora se tali modifiche sono atte a rimettere in discussione l'aggiudicazione della concessione di lavori pubblici, nel senso che, se esse fossero state previste nei documenti disciplinanti la procedura di aggiudicazione originaria, o sarebbe stata accolta un'altra offerta oppure avrebbero potuto essere ammessi offerenti diversi [...]". Essa ha ulteriormente affermato che: I) in linea di principio, una modifica sostanziale di un contratto di concessione di lavori pubblici deve dar luogo a una nuova procedura di aggiudicazione relativa al contratto

così modificato (v., in tal senso, Corte di giustizia UE, sez. VIII, 7 settembre 2016, *Finn Frogne*, C-549/14, punto 30 e giurisprudenza ivi citata, in *Riv. trim. appalti*, 2017, 183); II) la normativa dell'Unione applicabile è quella in vigore alla data di tale modifica sicché il fatto che la conclusione del contratto di concessione iniziale sia anteriore all'adozione delle norme dell'Unione in *subiecta materia* non comporta quindi alcuna conseguenza;

r2) Cons. giust. amm. sic., sez. giur., 26 aprile 2019, n. 343 (in *Azienditalia*, 2019, 12, 1661, con nota di VALLONE MUSCATO), secondo cui nei contratti di concessione: I) il rischio operativo si ritiene sussistente nel caso in cui, in condizioni operative normali (per tali intendendosi l'insussistenza di eventi non prevedibili) “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 all'operatore economico deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dall'operatore economico non sia puramente nominale o trascurabile”; II) la mancata corrispondenza fra costi operativi gestionali e canone concessorio (con conseguente perdita di esercizio per il gestore) rappresenta pur sempre un – non auspicabile, ma possibile – evento connesso all'ordinaria dinamica gestionale; III) il rischio che la non corretta valutazione della domanda del servizio (e dei conseguenti flussi di cassa) determini effetti negativi sulla gestione del servizio rappresenta un ordinario “rischio di domanda”, connaturato con lo stesso istituto concessorio (e, anzi, coesenziale ad esso); IV) non sussiste in capo all'ente concedente alcun obbligo alla riconduzione del contratto di concessione ad una dimensione di remuneratività economica: laddove infatti si postulasse l'esistenza di un siffatto obbligo in capo all'amministrazione, ne resterebbe minata alla radice la stessa sussistenza del rischio operativo gestionale e, in via diretta, la stessa qualificabilità del contratto come concessione; V) la scelta dell'amministrazione di accordare *ex post* una rimodulazione degli aspetti economici del contratto in corso di esecuzione si porrebbe in contrasto con i principi liberoconcorrenziali, determinando una modifica successiva delle condizioni in relazione alle quali si è svolto il confronto competitivo fra più potenziali concessionari; VI) non a caso l'articolo 106 del nuovo Codice dei contratti, declinando principi immanenti nella materia concessoria (e in quanto tali applicabili anche al contratto all'origine dei fatti di causa) stabilisce che la modifica dei contratti in corso di esecuzione è eccezionalmente possibile, ma solo alle condizioni ivi stabilite;

- r3) Cons. giust. amm. sic., sez. giur., 13 dicembre 2010, n. 1471 (in *Arch. giur. oo. pp.*, 2010, 1195), secondo cui *“il project financing non rappresenta un istituto autonomo, disancorato dagli schemi formali dell’evidenza pubblica e sottratto ai principi in materia di affidamento dei lavori pubblici e va ribadita l’imprescindibile previa fissazione degli astratti criteri valutativi e dei connessi punteggi in un momento antecedente la conoscenza dei progetti, risultando altrimenti vulnerata la garanzia relativa alla parità di trattamento dei concorrenti”*;
- s) sulle concessioni autostradali:
- s1) Corte conti UE, Relazione speciale *“Partenariati pubblico-privato nell’UE: carenze diffuse e benefici limitati”*, 2018, secondo cui, anche con riferimento alle infrastrutture autostradali degli Stati membri, *“i progetti di partenariato pubblico-privato (PPP) ricorrono sia al settore pubblico che a quello privato per fornire beni e servizi che tradizionalmente vengono offerti dal settore pubblico, allentando al contempo le rigorose restrizioni di bilancio gravanti sulla spesa pubblica. La Corte ha rilevato che, benché i PPP siano potenzialmente in grado di assicurare un’attuazione più rapida delle politiche e buoni livelli di manutenzione, i progetti sottoposti a audit non sono sempre stati gestiti con efficacia, e non hanno garantito un rapporto adeguato tra benefici e costi. I potenziali vantaggi dei PPP spesso non si sono concretizzati, in quanto i PPP hanno fatto registrare ritardi, incrementi dei costi e sottoutilizzo, il che ha comportato 1,5 miliardi di euro di spese inefficienti e inefficaci, di cui 0,4 miliardi di euro di fondi dell’UE. Ciò è stato dovuto anche all’inadeguatezza delle analisi, delle strategie per l’impiego dei PPP nonché dei quadri istituzionali e normativi. Poiché solo pochi Stati membri possiedono un’esperienza e competenze consolidate nell’attuazione riuscita di progetti PPP, vi è un elevato rischio che i PPP non contribuiscano nella misura attesa all’obiettivo di utilizzare una maggior percentuale di fondi UE per progetti a finanziamento misto comprendenti PPP”*. La Corte formula le seguenti raccomandazioni: *“I) non promuovere un ricorso più intenso e diffuso ai PPP fino a quando le problematiche individuate non saranno state risolte e le seguenti raccomandazioni attuate con successo; II) mitigare l’impatto finanziario dei ritardi e delle rinegoziazioni sui costi dei PPP sostenuti dal partner pubblico; III) basare la scelta dell’opzione PPP su valide analisi comparative riguardanti le migliori opzioni di appalto; IV) stabilire politiche e strategie chiare per i PPP; V) perfezionare il quadro UE per una migliore efficacia dei progetti PPP”*;
- s2) Cons. Stato, sez. I, 26 giugno 2018, n. 1645 (in *Foro it.*, 2018, III, 592, con nota di TRAVI) ha affermato che *“le convenzioni fra il ministero delle infrastrutture e gli enti territoriali richiamate dall’art. 13 bis d.l. 16 ottobre 2017 n. 148, convertito, con modificazioni, dalla l. 4 dicembre 2017 n. 172, per la realizzazione*

*del corridoio scandinavo-mediterraneo e per lo sviluppo del corridoio mediterraneo hanno natura di accordo inter-istituzionale; pertanto, la facoltà degli enti territoriali di affidare i lavori in oggetto a società in house non comporta per essi la necessità di iscriversi nell'elenco previsto dall'art. 192 cod. contratti pubblici, né configura una subconcessione". La Sezione non ha mancato di ricostruire compiutamente l'istituto dell'in house providing ed ha ricordato che oltre al c.d. in house di tipo tradizionale, dalle direttive Ue e dall'art. 5 cod. contratti pubblici sono ricavabili anche altre forme di tale modulo: I) "in house a cascata: si caratterizza per la presenza di un controllo analogo indiretto, «tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo» (art. 5, 2° comma); l'amministrazione aggiudicatrice esercita un controllo analogo su un ente che a propria volta esercita un controllo analogo sull'organismo in house ed anche se tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'organismo in house non sussiste una relazione diretta, è comunque ammesso l'affidamento diretto"; II) "in house frazionato o pluripartecipato: ai sensi dell'art. 5, 4° comma, l'affidamento diretto è consentito anche in caso di controllo congiunto; le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori esercitano su una persona giuridica un controllo congiunto quando sono congiuntamente 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 (5° comma)"; III) "in house verticale «invertito» o «capovolto», si ha quando il soggetto controllato, essendo a sua volta amministrazione aggiudicatrice, affida un contratto al soggetto controllante senza procedura di evidenza pubblica: per il codice degli appalti «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 ...» (art. 5, 3° comma). Si verifica, pertanto, una sorta di bi-direzionalità dell'in house; la giustificazione a tale possibilità di affidamento diretto risiede nel fatto che, mancando una relazione di alterità, i rapporti tra i due soggetti sfuggono al principio di concorrenza qualunque sia la «direzione» dell'affidamento"; IV) "in house «orizzontale», che implica, invece, l'esistenza di*

*tre soggetti; un soggetto A aggiudica un appalto o una concessione a un soggetto B, e sia A che B sono controllati da un altro soggetto C. Non vi è quindi alcuna relazione diretta tra A e B, ma entrambi sono in relazione di in house con il soggetto C, che controlla sia A che B; l'amministrazione aggiudicatrice esercita un controllo analogo su due operatori economici distinti di cui uno affida un appalto all'altro";*

- s3) sul disvalore insito nella proroga delle concessioni: Cons. Stato, sez. IV, 23 febbraio 2018, n. 1141 (*Foro it.*, 2018, III, 243), secondo cui è legittima la scelta dell'amministrazione di non proseguire nelle attività di verifica di conformità urbanistico-ambientale rispetto alle attività progettuali inerenti ai lavori di adeguamento e messa in sicurezza di una porzione di una tratta autostradale, avendo come interlocutore l'impresa che gestisce quella tratta in regime di *prorogatio*. L'interesse della società concessionaria di una tratta autostradale ad ottenere la proroga della concessione si pone in contrasto con la *ratio* dell'evidenza pubblica, volta al migliore utilizzo possibile del danaro e degli altri beni della collettività e alla tutela della libertà di concorrenza tra le imprese, e, specificamente, con l'art. 178 del d.lgs. n. 50 del 2016 (codice dei contratti pubblici), che prevede l'obbligo di indire gare ad evidenza pubblica per la scelta del contraente in relazione alle concessioni autostradali scadute o in scadenza;
- s4) sul silenzio del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti sull'istanza di aggiornamento e revisione del piano economico finanziario: Cons. Stato, sez. V, 17 luglio 2019, n. 5022; T.a.r. per la Valle d'Aosta, 11 novembre 2016, n. 53, secondo cui *"il provvedimento di determinazione delle tariffe non rientra in senso stretto nell'ambito dell'interpretazione e applicazione della Convenzione, che vanno riferite propriamente alla fase di esecuzione delle prestazioni contrattuali, ma si pone quale elemento integrativo della stessa fonte contrattuale, fondato peraltro su determinazioni amministrative connotate da discrezionalità tecnica [...]. Difatti, l'art. 27 del decreto legge n. 69 del 2013, applicabile alla presente fattispecie ratione temporis, disciplina specificamente la procedura per l'approvazione degli adeguamenti tariffari e prevede l'intervento, in fase di adozione del decreto finale, oltre che del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, quale parte della Convenzione unica [...], anche del Ministero dell'Economia e delle Finanze, che al predetto rapporto convenzionale è certamente estraneo. Trattandosi di una attività certamente provvedimentale, la stessa non può essere sottratta alla giurisdizione del giudice amministrativo per libera scelta delle parti, stante l'inapplicabilità, ai giudizi in cui vengono in rilievo interessi legittimi, dell'art. 12 cod. proc. amm. secondo il quale «le controversie concernenti i diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte*

*mediante arbitrato rituale di diritto ai sensi degli articoli 806 e seguenti del codice di procedura civile»*”;

- t) sull'obbligo di gara per le forniture di beni e servizi autostradali: Cass. civ., sez. un., 11 luglio 2019, n. 18675, la quale ha ritenuto infondata la tesi dell'obbligo della procedura di gara solo per l'affidamento di lavori e non per i servizi e le forniture autostradali e, nel ritenere l'art. 177 d. lgs. n. 50 del 2016 "*norma di applicazione generale*", ha evidenziato come l'intenzione del legislatore sia palesemente quella di rendere immediatamente operativo l'obbligo dell'evidenza pubblica, risultando del tutto ingiustificato un diverso trattamento tra i vecchi ed i nuovi concessionari (ed anzi violativo del principio di uguaglianza e di parità di trattamento);
- u) sulla qualificazione (soggettiva) del concessionario autostradale e connesse questioni di giurisdizione: Cons. Stato, sez. VI, 30 giugno 2011, n. 3892, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2011, 2103;
- v) in dottrina:
  - v1) sul *project financing* quale declinazione del partenariato pubblico-privato: M. PALLOTTINO, *Il "project financing" e i finanziamenti alternativi delle opere pubbliche*, in *Nuova rass. legisl. dottr. giur.*, 1996, 19-20, 1904-1913; R. TENERINI, *Il Project Financing ovvero il finanziamento delle opere pubbliche senza oneri per la Pubblica Amministrazione*, in *Amm. it.*, 1997, 3, 362-370; A. COLETTA, *Project financing nell'esperienza italiana*, in *App. urb. edil.*, 1999, 5, 261-266; G. GRECO, *Le concessioni di lavori e di servizi nel quadro dei contratti di diritto pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 5, 993-1006; D. PONTE, *Processo e finanza di progetto: qualche utile indicazione di ordine sostanziale*, in *Urbanistica e appalti*, 2015, 11, 1146-1152; C. GUCCIONE, *La finanza di progetto nell'affidamento della concessione di servizi*, in *Rass. avv. Stato*, 2015, 2, 256-274; R. CORI, I. PARADISI, *Partenariato pubblico privato e 'project financing': il contesto di riferimento*, in *Appalti & Contratti*, 2015, 4, 8-49; M.R. NUCCIO, *"Project financing" e ripartizione del rischio imprenditoriale: profili di qualificazione di una vicenda negoziale complessa*, in *Riv. dir. impresa*, 2017, 1, 169-185; G. MULAZZANI, M. ROVERSI MONACO, *La finanza di progetto alla luce del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Giornale dir. amm.*, 2017, 6, 715-728; S. AMOROSINO, *Il Partenariato Pubblico Privato dalle teorie giuridiche alla realtà del Codice dei contratti pubblici (e del decreto correttivo, n. 56/2017)*, in *Urbanistica e appalti*, 2017, 5, 616-620; M. TIBERII, *Il partenariato pubblico-privato, la finanza di progetto e le concessioni amministrative: profili di rischio*, in *GiustAmm.it*, 2018, 3, 32; A. BIAGINI, *Il PPP, la concessione di lavori, di servizi e la finanza di progetto nel nuovo Codice degli appalti (d.lgs. 50/2016)*, in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2018, 2, 23-106; M. PERNA, *Il project*

financing nel contesto del partenariato pubblico privato, in *GiustAmm.it*, 2019, 2, 15;

- v2) sulle concessioni autostradali: G. TORREGROSSA, *La concessione autostradale nel sistema generale della concessione*, in *Dir. e società*, 1987, 1, 1-32; F. BALDUCCI, C. DEREATTI, *La nuova norma sulle concessioni autostradali. Prime note all'ordinanza di rinvio pregiudiziale del Tribunale di Genova del 16 novembre 2006*, in *Dir. Unione europea*, 2007, 1, 2, 98-110; M. MACCHIA, *Le concessioni autostradali nella riforma del Codice dei contratti pubblici*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 2016, 3, 829-840; C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, *Concessioni autostradali e vincoli europei*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2018, 6, 939-968 nel quale si pone l'accento sulla sussistenza di vincoli diretti e vincoli indiretti discendenti dall'ordinamento UE e sulla circostanza che la direttiva n. 2014/23/UE "pone, con riguardo tanto alle concessioni in generale, quanto a quelle autostradali, meno vincoli di quelli che si pensa o di quanto le venga in genere addebitato: e l'intervento del 2014 è stato definito «timido» da quella dottrina che auspicava una maggior armonizzazione così da eliminare le discrasie tra i sistemi esistenti nei diversi Stati membri. Del resto, essa neppure disciplina espressamente le concessioni autostradali, che invece, come noto, sono oggetto di disciplina ad hoc da parte del codice dei contratti pubblici del 2016 (diversamente da quanto accadeva in quello del 2006)"; S. CIMINI, *Il regime giuridico delle concessioni autostradali*, in *Nuove autonomie*, 2018, 2, 237-274; F. SPANICCIATI, *Il "decreto Genova" quale estremizzazione della deroga emergenziale*, in *Giornale dir. amm.*, 2019, I, 63, secondo cui, "il panorama delle concessioni esistenti offre una pluralità di modelli e soluzioni, difficilmente riconducibili a una logica unitaria e tali da rendere molto difficile valutare le performance dei concessionari [...]. La scarsità di capitali pubblici, ulteriormente aggravata dalla perdurante crisi economica, fa sì che i capitali privati siano indispensabili per il potenziamento infrastrutturale, il quale è un fondamentale fattore di crescita dell'economia. Ne discende che, anche nella sostanza, l'assegnazione e il rinnovo di concessioni autostradali a soggetti privati è un meccanismo difficilmente prescindibile in questo settore, salvo trovarsi a dover gestire l'intera rete autostradale con le sole, scarse, risorse pubbliche"; S. AMOROSINO, *Regolazione e programmazione delle infrastrutture*, in *Urbanistica e appalti*, 2019, 1, 46, secondo cui le disfunzioni principali in materia di concessioni autostradali e partenariato pubblico privato "sono di tre tipi: I) il modello normativo pecca per eccesso (di prescrizioni procedurali) e per difetto (per quanto riguarda aspetti essenziali quali il piano economico finanziario, l'articolazione ed efficacia dei controlli di merito e di risultato ed i meccanismi di

gestione di questi peculiari rapporti di lunga durata); II) la struttura giuridica delle convenzioni - atti negoziali che sono l'ultimo, ma decisivo, anello della catena regolatoria - stipulate tra l'ente concedente ed il concessionario, le quali "contengono" le regole del rapporto contrattuale. La convenzione, come tutti gli istituti giuridici, non è "in sé" né "buona" né "cattiva", come ritiene qualche politico "preso dalla strada", ma dipende da com'è strutturata. Molte convenzioni autostradali, antiche e recenti, sono palesemente squilibrate a favore dei concessionari (di qui, ad esempio, le difficoltà della revoca); III) soprattutto la debolezza della struttura tecnica di controllo, originariamente dell'ANAS e poi forzosamente "dislocata" nel Ministero delle Infrastrutture, ma lasciata in condizioni di grave inadeguatezza, che ne giustificano, almeno in parte, l'inefficienza";

- v3) sulla disciplina transitoria nella disciplina dei contratti pubblici: in relazione all'art. 216 d. lgs. n. 50 del 2016, R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 5, 503;
- v4) sul sistema normativo di regolazione dei contratti pubblici dopo la l. n. 55 del 2019: M. CORRADINO (a cura di), *Gli appalti pubblici dopo la legge sblocca cantieri*, Milano, 2019, 13-20; R. DE NICTOLIS, *Le novità sui contratti pubblici recate dal d.l. n. 32/2019 "sblocca cantieri"*, in *Urbanistica e appalti*, 2019, 4, 443;
- v5) sulle concessioni autostradali, R. DE NICTOLIS, *I Nuovi appalti pubblici*, Bologna, 2020, 2065 ss. con particolare riferimento a: I) limitato numero di concessionari autostradali nel contesto italiano; II) fonti normative extracodicistiche in materia; III) disciplina delle concessioni già scadute al momento dell'entrata in vigore del Codice; IV) affidamento *in house*; V) disciplina contenuta nel d.l. n. 55 del 2019; V) obbligo di esternalizzazione tra disciplina codicistica e l. n. 205 del 2017 (art. 1, comma 568); VI) norme sulla composizione delle commissioni di gara;
- v6) sull'assetto normativo delle autostrade in una prospettiva comparata con particolare riferimento alla Germania, Francia, Regno Unito, Australia, Stati Uniti e Cile, L. SALTARI, A. TONETTI, *Il regime giuridico delle autostrade. In Italia, in Europa e nelle principali esperienze straniere*, Milano, 2017, 117-270;
- v7) sul potere pubblico come limite esterno al mercato: M. LOTTINI, *Il mercato europeo - Profili pubblicistici*, Napoli, 2010, 1-26, secondo cui "se i rapporti regolati dal diritto del mercato europeo hanno un oggetto che in termini generalissimo coincide con l'attività economica, l'individuazione di quest'ultima ne traccia, conseguentemente, i confini esterni";

- v8) per una compiuta ricostruzione della disciplina in materia di appalti e concessioni (anche in relazione a rinnovi e proroghe) tra legislazione interna e ordinamento europeo, v. R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, cit.;
- v9) sulle concessioni nella prospettiva degli strumenti di regolazione dell'accesso e dell'uso di risorse scarse: G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, 159, ss.;
- v10) sulla proroga e rinnovo di contratti pubblici, tra i contributi più recenti: S. CALVETTI, *E' davvero ammissibile il rinnovo "espresso" dei contratti pubblici?*, in *Urbanistica e appalti*, 2014, 10, 1083, 1089; F. TRIOLO, *Precisazioni del Consiglio di Stato in tema di proroga espressa dei contratti d'appalto*, in *Contratti*, 2014, 3, 245-250; S. BIANCARDI, *Le varie forme di prolungamento ed estensione dei contratti di forniture e servizi*, in *Appalti & Contratti*, 2018, 3, 49-57; O. CRISTANTE, *Effetti della proroga del termine finale del contratto d'appalto*, in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2018, 2, 198-2011;
- v11) sul fenomeno delle "esternalizzazioni": L. DE RENTIIS, *I controlli in tema di società a partecipazione pubblica*, in V. TENORE, A. NAPOLI, *Studio sui controlli affidati dalla Costituzione alla Corte dei conti*, Napoli, 2020, 646 ss., laddove è evidenziato, con richiami giurisprudenziali, che "il fenomeno delle esternalizzazioni è riconducibile alla materia della contabilità pubblica in quanto l'utilizzo dello strumento societario per la gestione di risorse pubbliche al fine di realizzare attività di competenza o i interesse dell'ente incide direttamente sia sull'allocazione delle risorse finanziarie della collettività (e, in ultima analisi, sulla materia dei bilanci pubblici), sia sulla composizione del patrimonio pubblico, anche in relazione alle sue modalità di utilizzo e gestione";
- v12) sul PPP e sulla sua ripartizione (contrattuale – istituzionale) v., in dottrina, R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni*, Bologna, 2020, 1876 ss.;
- v13) sul ruolo del privato nello svolgimento di attività di interesse generale: G. PAGLIARI, *Libertà, autonomia privata e utilità sociale. Una riflessione problematica in Diritto amministrativo e società civile*, Bologna, 2018, 141 ss., secondo cui "l'estensione dell'azione privatistica nell'ambito delle finalità generali ha indotto un processo di modificazione della soggettività giuridica privatistica, introducendo fattispecie tipiche pur sempre riconducibili al medesimo genere della persona giuridica privata, epperò caratterizzate da vincoli prima sconosciuti";
- v14) sul mutuo riconoscimento e la differenziazione dei diritti nell'ordinamento europeo: sui veda l'approfondita ricostruzione in L. Torchia (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Bologna, 2012, cap. 12.