



**News n. 91 del 13 luglio 2023  
a cura dell'Ufficio del massimario**

Il Consiglio di Stato rimette alla Corte di giustizia UE la questione circa la compatibilità dell'art. 183, comma 15, d. lgs. n. 50 del 2016 laddove interpretato così da consentire trattamenti discriminatori in una procedura di attribuzione del diritto di prelazione, senza predefinitone dei criteri e comunque senza comunicazione dei medesimi a tutti i concorrenti ma solo ad alcuni di essi, quanto meno al decorso dei tre mesi di urgenza previsti da tale articolo.

Il rinvio è stato disposto non tanto in ragione della ritenuta sussistenza di dubbi interpretativi sulla compatibilità della disciplina con la normativa UE quanto in dichiarata esecuzione degli obblighi gravanti ai sensi dell'art. 267 TFUE sul giudice di ultimo grado.

**Consiglio di Stato, sezione V, ordinanza 7 giugno 2023, n. 5615 – Pres. de Nictolis, Est. Fantini**

**Contratti pubblici e obbligazioni della pubblica amministrazione – Partenariato pubblico privato – Finanza di progetto – Fase preliminare – Disciplina – Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE**

*Va rimessa alla Corte di giustizia UE la seguente questione pregiudiziale:  
"se l'art. 183, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016 è contrario al diritto UE e in particolare ai principi di pubblicità, imparzialità e non discriminazione contenuti sia nel Trattato che nei principi UE, propri di tutte le procedure comparative, laddove interpretato così da consentire trattamenti discriminatori in una procedura di attribuzione del diritto di prelazione, senza predefinitone dei criteri e comunque senza comunicazione dei medesimi a tutti i concorrenti ma solo ad alcuni di essi, quanto meno al decorso dei tre mesi di urgenza previsti da tale articolo" (1).*

- I. Con l'ordinanza in rassegna la quinta sezione del Consiglio di Stato ha disposto un rinvio pregiudiziale di interpretazione alla Corte di giustizia UE circa la compatibilità o meno della disciplina nazionale della finanza di progetto contenuta nell'art. 183, comma 15, d. lgs. n. 50 del 2016, laddove interpretato così da consentire trattamenti discriminatori in una procedura di attribuzione del

diritto di prelazione, senza predefinizione dei criteri e comunque senza comunicazione dei medesimi a tutti i concorrenti ma solo ad alcuni di essi, quanto meno al decorso dei tre mesi di urgenza previsti da tale disposizione.

La sezione – che con sentenza non definitiva n. 5184 del 2023, ha respinto tutti gli altri motivi di appello – ha puntualizzato che tale disciplina non può ritenersi violativa del diritto UE, e in particolare dei principi di pubblicità, imparzialità e non discriminazione contenuti sia nel Trattato che nei principi UE, e che il rinvio pregiudiziale è stato disposto in esecuzione degli obblighi ex art. 267 TFUE gravanti sul giudice nazionale di ultimo grado non ricorrendo nel caso di specie uno dei casi di esenzione dal relativo obbligo.

II. L'iter argomentativo seguito dal collegio si è così articolato:

- a) la procedura di *project financing*, secondo la costante giurisprudenza, enuclea due serie procedimentali strutturalmente autonome ma biunivocamente interdipendenti sotto il profilo funzionale:
  - a1) la prima, di selezione del progetto di pubblico interesse;
  - a2) la seconda, di gara di evidenza pubblica sulla base del progetto dichiarato di pubblica utilità;
- b) la seconda serie, più precisamente, è distinta nelle subfasi di individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa e di eventuale esercizio da parte del promotore del diritto di prelazione;
- c) la fase preliminare di individuazione del promotore, ancorché procedimentalizzata, è connotata da amplissima discrezionalità amministrativa, in quanto intesa non già alla scelta della migliore tra una pluralità di offerte sulla base di criteri tecnici ed economici preordinati, ma alla valutazione di un interesse pubblico che giustifichi, alla stregua della programmazione delle opere pubbliche, l'accoglimento della proposta formulata dall'aspirante promotore (in termini, tra le tante, Cons. Stato, sez. V, 10 febbraio 2020, n. 1005, in *Nuovo notiziario giur.*, 2020, 193, con nota di BARBIERI);
- d) in tale cornice il Collegio va escluso, proprio in relazione al fondamento di razionalità della fase preliminare di individuazione del promotore, che il mancato rispetto del termine (perentorio) di tre mesi per la valutazione della fattibilità della proposta determini come effetto quello di una maggiore "strutturazione" del procedimento, *ad instar* di un procedimento di gara, anche perché una siffatta "conversione" non ha attinenza con la dichiarata perentorietà del termine;
- e) il punto fondamentale è che la scelta del promotore di una procedura di finanza di progetto non è un modulo di confronto concorrenziale sottoposto al principio delle procedure di evidenza pubblica, quanto piuttosto uno strumento tramite il quale l'amministrazione definisce di concerto con il privato un obiettivo di interesse pubblico da realizzare; ciò appare tanto più vero ove si consideri che l'amministrazione, anche una volta dichiarata di pubblico interesse la proposta del privato e individuato il promotore, non è tenuta a dare corso alla procedura di gara per l'affidamento della concessione (Cons. Stato, sez. V, 23 novembre 2018, n. 6633), non creandosi alcun vincolo per l'amministrazione e, corrispondentemente, enucleandosi una mera aspettativa (non giuridicamente

- tutelata) in capo al privato, condizionata dalle valutazioni di esclusiva pertinenza dell'amministrazione in ordine alla opportunità di contrattare sulla base della proposta (Cons. Stato, sez. V, 4 febbraio 2019, n. 820, in *Gazzetta forense*, 2019, 136);
- f) ne discende che alla fase di scelta del proponente male si attaglia la predeterminazione dei criteri di valutazione, presupponente quanto meno la esatta definizione dell'oggetto del procedimento e dunque della proposta;
- g) quanto al termine di tre mesi ex art. 183, comma 15, d. lgs. n. 50 del 2016, esso, pur qualificato come perentorio dalla medesima disposizione, è posto a garanzia e dunque in favore del soggetto presentatore della proposta, non potendosi dunque postulare che il suo inutile decorso determini la decadenza della proposta stessa.

III. Per completezza si segnala quanto segue:

- h) 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, 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;
- i) sulla motivazione del mancato ricorso al mercato si veda:

i1) 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;

i2) Corte di giustizia UE, sez. IX, ordinanza 6 febbraio 2020, C-89/19, C-90/19, C-91/19 – Rieco s.p.a., cit.;

j) 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.*”;

k) sul principio di non discriminazione:

k1) 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);

k2) sul motivo oggetto di discriminazione: Corte di giustizia UE, 8 novembre 1990, C-177/88, Dekker c. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum);

k3) 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;

k4) 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);

k5) 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;

l) sulla finanza di progetto quale procedimento plurifase:

11) 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. È 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);

12) 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, 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";*

- 13) sul rapporto tra proposta di finanza 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";*
- 14) 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;
- m) 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*";  
n) sul rischio operativo, sull'obbligo di evidenza pubblica, sulla proroga e l'affidamento delle concessioni:

- n1) 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;
- n2) 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 libero concorrenziali, 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;

n3) 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"*;

o) sulle concessioni autostradali:

o1) 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"*;



- o2) 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”*;
- o3) 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;
- o4) 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;
- p) 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);
- q) sul divieto di affidamento di concessioni autostradali scadute o in scadenza mediante project financing: Corte di giustizia UE, sez. IX, ordinanza 26 novembre 2020, C-835/19, Autostrada Torino Ivrea Valle D’Aosta – Ativa SpA, oggetto della News US in data 24 dicembre 2020;
- r) in dottrina:
- r1) 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. MULLAZZANI, 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;

- r2) 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;
- r3) 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;
- r4) 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";
- r5) 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.;
- r6) 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.;

- r7) 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 di 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”;
- r8) sul PPP e sulla sua ripartizione (contrattuale – istituzionale) v., in dottrina, R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni*, Bologna, 2020, 1876 ss.;
- r9) sulla figura del proponente ex art. 183 comma 15 del codice del 2016 e sulla questione della natura del termine trimestrale ivi previsto, v.: C. MALINCONICO, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, Milano, 2019, V, 248 ss.; R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni*, cit., 1905 ss.;
- r10) 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”.