

CONCESSIONI: T.A.R. Lazio -Roma - Sezione Quarta – Sentenza 31 marzo 2025, n. 6464.

1. Concessioni amministrative – Concessioni di beni e servizi – Contratti pubblici e obbligazioni della pubblica amministrazione – Inadempimento precedente il contratto: Esclusione – Inadempimento nel corso del rapporto: Risoluzione – Parallelismo/Differenze -Individuazione.

2. Concessioni amministrative – Concessioni di beni e servizi – Contratti pubblici e obbligazioni della pubblica amministrazione – Inadempimento nel corso del rapporto: Risoluzione – Facoltà non obbligo – Comparazione interessi -Necessità.

1. La causa di esclusione prevista dal comma 5, lettera c-ter dell'art. 80 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 si salda con la risoluzione per inadempimento, disciplinata dall'art. 176, comma 7, del medesimo codice dei contratti pubblici, con la differenza che una volta istaurato il rapporto negoziale paritario tra l'amministrazione e il concessionario, la risposta del concedente all'inadempimento deve confrontarsi non solo con l'interesse del privato alla prosecuzione del rapporto, ma anche con gli interessi della stessa amministrazione a garantire la continuità del servizio e a evitare i costi connessi alla cessazione anticipata della concessione. (1).

2. La risoluzione del contratto può costituire la legittima reazione dell'ordinamento al grave inadempimento del concessionario, che abbia leso il rapporto di fiducia nella capacità professionale dell'impresa, ferma restando la discrezionalità della scelta, conservando l'amministrazione il potere discrezionale di individuare lo strumento più opportuno per rispondere all'inadempimento. (2).

Il Tar ha precisato che l'art. 176 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 prevede infatti la mera facoltà – e non l'obbligo – della stazione appaltante di procedere alla risoluzione del contratto, rimettendo all'amministrazione l'individuazione della soluzione preferibile, sulla base di una ponderata analisi di costi e benefici, in coerenza peraltro con la generale configurazione del potere di autotutela dell'amministrazione, che è sempre discrezionale e richiede, tanto per i vizi genetici dell'atto, quanto per il difetto sopravvenuto del sinallagma, l'ulteriore requisito di un interesse pubblico concreto e attuale che giustifichi la rimozione dell'atto o lo scioglimento del rapporto.

(1) Conformi: Quanto alla necessità della continuità del possesso dei requisiti di partecipazione anche nella fase di esecuzione, Cons. Stato, Ad. plen., 20 luglio 2015, n. 8; cfr. anche Cons. di Stato, Ad. plen., 2 aprile 2020, n. 10 (oggetto della News UM n. 45 del 14 aprile 2020), secondo cui è ravvisabile un interesse concreto e attuale, ai sensi dell'art. 22 della l. n. 241 del 1990, e una conseguente legittimazione, ad avere accesso agli atti della fase esecutiva di un contratto pubblico da parte di un concorrente alla gara, in relazione a vicende che potrebbero condurre alla risoluzione per inadempimento dell'aggiudicatario e quindi allo scorrimento della graduatoria o alla riedizione della gara, purché tale istanza non si traduca in una generica volontà da parte del terzo istante di verificare il corretto svolgimento del rapporto contrattuale.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Presidenza del Consiglio dei ministri, del Ministero dell'economia e delle finanze, del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, dell'Autorità di regolazione dei trasporti, della Corte dei conti, dell'Avvocatura dello Stato, di Autostrade per l'Italia S.p.a., di Mundys S.p.a. (già Atlantia S.p.a.) e di Holding Reti Autostradali S.p.a. – H.r.a.;

Vista la sentenza di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea n. 13434 del 2022, pronunciata da questa Sezione, ai sensi dell'art. 267 del Trattato del Funzionamento dell'Unione Europea;

Vista la sentenza n. 7925 del 2023 del Consiglio di Stato;

Vista la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea 7 novembre 2024, C-683/22;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 febbraio 2025 la dott.ssa Giulia La Malfa e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1 – Aipe – Associazione italiana pressure equipment, Conf.i.m.i. industria Abruzzo – Associazione dell'industria manifatturiera e dell'impresa privata dell'Abruzzo e Adubsef – Associazione difesa utenti servizi bancari e finanziari, enti esponenziali rappresentativi di produttori e utenti, hanno impugnato il Decreto n. 37 del 22 febbraio 2022 con cui il Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, ha approvato l'Accordo transattivo stipulato il 14 ottobre 2021 con la società concessionaria Autostrade per l'Italia S.p.a.

L'Accordo in questione era intervenuto per definire consensualmente la procedura di contestazione per grave inadempimento agli obblighi di manutenzione e custodia della rete autostradale da parte della concessionaria Autostrade per l'Italia S.p.a., avviata dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti con nota n. 17664 del 16 agosto 2018 a seguito del crollo del viadotto del Polcevera (conosciuto anche come Ponte Morandi) avvenuto il 14 agosto 2018. In particolare, attraverso la soluzione negoziale le parti hanno concordato di proseguire il rapporto concessorio in essere, anziché risolvere il contratto per inadempimento della concessionaria, prevedendo la rinegoziazione dei termini della Convenzione unica del 12 ottobre 2007.

Sempre con il ricorso introduttivo sono stati impugnati, in uno con il Decreto di approvazione n. 37 del 2022, gli atti ad esso presupposti o connessi, quali, segnatamente: i) il sottostante Accordo transattivo del 14 ottobre 2021; ii) il parere dell'Avvocatura generale dello Stato, trasmesso con nota 24 settembre 2021; iii) il parere dell'Autorità di regolazione dei trasporti (Art) n. 8 del 14 ottobre 2020 e successiva nota del 16 dicembre 2021; iv) il parere del Comitato interministeriale per la programmazione economica e lo sviluppo sostenibile (Cipess) di cui alla deliberazione n. 75 del 22 dicembre 2021; v) il parere del Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (Nars) n. 3 del 22 dicembre 2021; vi) la delibera di

apposizione del visto della Corte dei conti all'esito del controllo di legittimità sugli atti del Governo e delle Amministrazioni dello Stato n. SCCLEG/2/2022/PREV depositata in Segreteria il 29 marzo 2022; vii) la nota del 5 novembre 2021, n. 19135, con cui la società ASPI ha trasmesso al Mims la proposta di piano economico-finanziario (Pef) aggiornata; viii) i verbali delle sedute del 14 e 15 luglio 2020 del Consiglio dei Ministri.

2 – La materia del contendere verte, in sostanza, sulla validità dell'Accordo che ha consentito la prosecuzione della concessione autostradale con la società Autostrade per l'Italia S.p.a.

Il rapporto concessorio in esame origina dalla Convenzione unica sottoscritta il 12 ottobre 2007 tra Autostrade per l'Italia S.p.a. e A.n.a.s. S.p.a. (alla quale è successivamente subentrato il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti) per l'affidamento di una pluralità di tratte autostradali dell'estensione di oltre 2.800 km, con scadenza fissata al 31 dicembre 2038.

Nello svolgimento del rapporto concessorio, il 14 agosto 2018, si è però verificato il crollo di una sezione del viadotto Polcevera sull'autostrada A10, in concessione ad ASPI, causando la morte di 43 persone.

A seguito del tragico evento, il 16 agosto 2018, la Direzione generale di vigilanza sulle concessionarie autostradali ha avviato formalmente la contestazione del gravissimo inadempimento di ASPI agli obblighi di manutenzione e custodia scaturenti dalla concessione. A tal fine, è stato istituito un Gruppo di lavoro interistituzionale con il mandato di accertare la sussistenza dell'inadempimento del concessionario e di illustrarne, correlativamente, le possibili implicazioni giuridiche.

All'esito dell'istruttoria svolta, il Gruppo di lavoro ha, da un lato, ritenuto sussistere il grave inadempimento da parte del concessionario delle obbligazioni di custodia e di manutenzione dell'infrastruttura autostradale; al contempo, ha tuttavia rimesso alle valutazioni dei competenti vertici politici se perseguire la strada della risoluzione oppure, laddove maggiormente tutelante per gli interessi dello Stato, preferire una diversa soluzione volta alla rinegoziazione della Convenzione unica.

Sulla base di tali indicazioni, le competenti autorità, orientandosi per la soluzione negoziale, hanno avviato le trattative con il concessionario che hanno portato alla conclusione dell'Accordo transattivo del 14 ottobre 2021, con cui è stata definita la procedura di contestazione dell'inadempimento.

L'efficacia dell'Accordo era condizionata, per un verso, al perfezionamento dell'operazione di modifica della compagine azionaria di ASPI, realizzata attraverso la cessione della partecipazione detenuta da Atlantia S.p.a. in favore di un Consorzio controllato da Cassa depositi e prestiti equity S.p.A.; per altro verso, all'approvazione del terzo Atto aggiuntivo alla Convenzione, con cui le parti avevano parallelamente rinegoziato i contenuti della Convenzione unica del 2007.

A tale previsione ha fatto quindi seguito, il 21 marzo 2022, la sottoscrizione del terzo Atto aggiuntivo, recante le modifiche delle clausole di concessione.

Avverso l'Accordo transattivo, e gli altri atti connessi, le associazioni ricorrenti hanno spiegato l'odierno ricorso.

A sostegno del gravame le ricorrenti contestano, sul piano formale, il mancato rispetto della procedura di revisione della Convenzione unica che, essendo stata approvata con legge, sarebbe suscettibile di modifica solamente con atti aventi pari rango normativo o, comunque, nel rispetto dello speciale procedimento delineato dall'art. 2, commi 82 e ss. del d.l. n. 262 del 2006 (motivi 1, 2 e 3 del ricorso introduttivo).

Sul piano sostanziale, si lamenta, invece: i) la violazione delle regole in materia di evidenza pubblica, che avrebbero richiesto, in caso di modifica sostanziale del concessionario, l'avvio di una nuova procedura di affidamento (motivo 4); ii) la violazione dell'art. 178 del codice degli appalti, secondo cui devono essere rimesse in gara le concessioni autostradali scadute, alle quali dovrebbero essere equiparate le concessioni suscettibili di risoluzione (motivo 5); iii) la mancata pronuncia di decadenza pur di fronte al venir meno dei requisiti di affidabilità previsti dall'art. 80 del D.lgs. n. 50 del 2016 e 38 della direttiva 2014/23/UE, che avrebbe imposto lo scioglimento del vincolo (motivo 6); iv) l'illegittima prosecuzione del rapporto in presenza di inadempimenti che l'art. 9 della legge 231 del 2001 sanziona con la sospensione o la revoca delle concessioni (motivo 7); iv) il difetto di motivazione delle scelte sottese all'accordo (motivo 8).

Hanno perciò chiesto l'annullamento dei provvedimenti impugnati, oltre alla condanna dell'amministrazione al risarcimento dei danni.

3 – Si sono costituiti in giudizio la Presidenza del Consiglio dei ministri, il Ministero dell'economia e delle finanze, il Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, l'Autorità di regolazione dei trasporti, la Corte dei conti e l'Avvocatura dello Stato, eccependo preliminarmente il difetto di legittimazione attiva delle associazioni ricorrenti, il difetto di legittimazione passiva della Corte dei conti e l'inammissibilità dell'impugnazione dei pareri prodromici all'Atto aggiuntivo, privi di autonoma attitudine lesiva. Con la memoria di replica del 22 gennaio 2025 hanno inoltre eccepito l'inammissibilità dell'intero ricorso, in quanto la mancata impugnazione dell'Atto aggiuntivo alla Convenzione e del decreto di approvazione avrebbe determinato il consolidamento dei relativi effetti. La società concessionaria Autostrade per l'Italia ha eccepito il difetto di legittimazione in capo alle associazioni, deducendo nel merito l'infondatezza dei motivi di gravame.

Si è altresì costituita Mundys S.p.a. (già Atlantia S.p.a.), originaria azionista della concessionaria, eccependo preliminarmente il difetto di legittimazione delle ricorrenti e l'irricevibilità del ricorso, insistendo per il rigetto del gravame.

Sono intervenute *ad adiuvandum* il Codacons e l'Associazione utenti autostrade.

È intervenuta *ad opponendum* Holding reti autostradali S.p.a., nuova azionista della concessionaria, che ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per carenza di legittimazione delle associazioni e ha chiesto nel merito il rigetto del ricorso.

4 – Con successiva istanza istruttoria, le ricorrenti hanno chiesto il deposito degli atti del procedimento non ancora pubblicati dalle amministrazioni resistenti.

5 – All'esito della produzione in giudizio dell'Accordo transattivo del 14 ottobre 2021, con un primo ricorso per motivi aggiunti del 13 ottobre 2022, le associazioni ricorrenti hanno introdotto nuove censure, con cui si deduce: i) che l'impegno finanziario posto a carico di ASPI dall'art. 3 dell'Accordo transattivo, per effetto del successivo mutamento del controllo azionario nella società concessionaria, finirebbe per gravare non più su Atlantia S.p.a., socia di maggioranza all'epoca dell'evento, ma sarebbe traslato in capo al nuovo socio di controllo HRA S.p.a. e quindi sopportato, in ultima analisi, dalla società pubblica CDP Equity S.p.a., che ne detiene la quota maggioritaria; ii) che le clausole dell'Accordo risulterebbero complessivamente svantaggiose per l'interesse pubblico, ingiustamente sacrificato a favore dell'interesse economico della società concessionaria.

6 – Acquisito successivamente il Decreto di approvazione dell'Accordo, con il secondo ricorso per motivi aggiunti del 17 febbraio 2023, le ricorrenti ne hanno contestato le motivazioni, nella parte in cui ha omesso di considerare le opposte ragioni a favore della risoluzione prospettata dal Gruppo di lavoro interistituzionale. Con il secondo motivo hanno invece contestato le modifiche introdotte con il terzo Atto aggiuntivo, in quanto la programmazione di nuovi interventi e l'aumento delle tariffe avrebbero modificato in termini sostanziali il rapporto concessorio e avrebbero richiesto l'indizione di una nuova procedura di gara.

7 – Con le memorie di replica del 22 gennaio 2025 le amministrazioni, ASPI e Mundys S.p.a., hanno eccepito l'irricevibilità di tale secondo motivo, perché formulato tardivamente soltanto il 17 febbraio 2023, quando invece i contenuti del terzo Atto aggiuntivo erano noti alla ricorrente fin dal 17 giugno 2022, data in cui il provvedimento è stato prodotto in giudizio dalle amministrazioni resistenti.

8 – Con sentenza non definitiva n. 13434 del 2022, questa Sezione ha dichiarato inammissibile, per difetto di legittimazione attiva, il ricorso di Aipe e Con.fi.mi. industria Abruzzo, riconoscendo per contro la legittimazione di Adusbef e delle associazioni intervenute Codacons e Associazione utenti autostrade.

La decisione di questo T.a.r. è stata in parte riformata dal Consiglio di Stato che, con la sentenza n. 7925 del 2023, ha dichiarato inammissibile l'intervento *ad adiuvandum* spiegato dal Codacons e dall'Associazione utenti autostrade.

Avverso tale sentenza Mundys S.p.a. (già Atlantia S.p.a.), ha presentato ricorso ai sensi dell'art. 395 c.p.c., dichiarato inammissibile dal Consiglio di Stato con sentenza n. 5883 del 2024.

9 – Con la stessa sentenza non definitiva n. 13434 del 2022, questo T.a.r. ha inoltre sospeso il giudizio e sottoposto alla Corte di giustizia le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) se sia, o meno, contrastante con il diritto comunitario l'interpretazione della normativa nazionale nel senso che l'Amministrazione concedente possa istruire un procedimento di modificazione soggettiva ed oggettiva di una concessione autostradale in corso di validità, o di sua rinegoziazione, senza valutare ed esprimersi sull'obbligo di indire una procedura di evidenza pubblica;

2) se sia, o meno, contrastante con il diritto comunitario l'interpretazione della normativa nazionale nel senso che l'Amministrazione concedente possa istruire un procedimento di modificazione soggettiva ed oggettiva di una concessione autostradale in corso di validità, o di sua rinegoziazione, senza valutare l'affidabilità di un concessionario che si sia reso autore di un grave inadempimento;

3) se in caso di rilevata violazione del principio di evidenza pubblica e/o di rilevata inaffidabilità del titolare di una concessione autostradale, la normativa comunitaria imponga l'obbligo della risoluzione del rapporto».

10 – Su tali quesiti la Corte di giustizia si è pronunciata con la sentenza 7 novembre 2024, C-683/22, dichiarando, in risposta alla prima e alla seconda questione, che l'articolo 43 della direttiva 2014/23/UE “*non osta a una normativa nazionale ai sensi della quale l'amministrazione aggiudicatrice può procedere alla modifica di una concessione in corso di validità, riguardante la persona del concessionario e l'oggetto della concessione, senza organizzare una nuova procedura di aggiudicazione di concessione, purché tale modifica non rientri nell'ambito di applicazione dell'articolo 43, paragrafo 5, della citata direttiva e l'amministrazione aggiudicatrice abbia esposto i motivi per i quali ha ritenuto di non essere tenuta a organizzare una tale procedura*” e neppure “*a una normativa nazionale ai sensi della quale l'amministrazione aggiudicatrice può procedere alla modifica di una concessione in corso di validità senza aver valutato l'affidabilità del concessionario, qualora tale modifica non rientri nell'ambito di applicazione né dell'articolo 43, paragrafo 1, primo comma, lettera d), ii), né dell'articolo 43, paragrafo 5, della citata direttiva. Spetta a ciascuno Stato membro determinare le norme che permettono all'amministrazione aggiudicatrice di reagire qualora il concessionario si sia reso o sia sospettato di essersi reso autore di un grave inadempimento contrattuale, che rende dubbia la sua affidabilità, durante l'esecuzione della concessione*”.

La Corte ha invece dichiarato irricevibile il terzo quesito, in quanto ha ritenuto che sulla scorta degli atti a sua disposizione non emergesse la pertinenza della questione rispetto all'oggetto della controversia principale.

11 – In seguito alla sentenza della Corte di giustizia, la causa torna oggi in decisione davanti a questo Collegio.

DIRITTO

1– Preliminarmente, il Collegio ritiene che non sussistano i presupposti per accordare il rinvio della trattazione del merito della controversia, richiesto dalla ricorrente con memoria del 22 gennaio 2025, in quanto non si ravvisano le eccezionali ragioni richieste dall'art. 73, comma 1-bis, c.p.a.

In particolare, la richiesta di rinvio è motivata dalla necessità di acquisire la relazione sull'operazione di ristrutturazione societaria di ASPI trasmessa alla Procura della Corte dei conti, dalla quale potrebbero emergere nuovi elementi da far valere con motivi aggiunti. Il diritto ad accedere a tale documentazione era già stato esercitato con un primo ricorso ex art. 116 c.p.a., dichiarato inammissibile da questa Sezione con la sentenza n. 17736 del 2023 in quanto l'odierno giudizio era sospeso in attesa della decisione della Corte di giustizia. In vista dell'udienza di trattazione la ricorrente ha perciò avanzato una nuova richiesta di accesso, non ancora evasa.

In termini generali, si osserva che per consolidato orientamento giurisprudenziale *“non esiste una norma giuridica ovvero un principio di diritto che attribuiscono al ricorrente il diritto al rinvio della discussione del ricorso, atteso che la parte interessata ha solo la facoltà di illustrare al giudice le ragioni che potrebbero giustificare il differimento dell'udienza o la cancellazione della causa dal ruolo, ma la decisione finale in ordine ai concreti tempi della discussione spetta comunque al giudice, il quale deve verificare l'effettiva opportunità di rinviare l'udienza. Solo in presenza di situazioni particolarissime, direttamente incidenti sul diritto di difesa delle parti, il rinvio dell'udienza è doveroso per il Giudice e in tale ambito si collocano, fra l'altro, i casi di impedimento personale del difensore o della parte, nonché quelli in cui, per effetto delle produzioni documentali effettuate dall'Amministrazione, occorra riconoscere alla parte, che ne faccia richiesta, il termine di sessanta giorni per la proposizione dei motivi aggiunti”* (cfr. da ultimo, Cons. di Stato, 3 dicembre 2024, n. 9675).

Avuto riguardo al caso di specie, l'invocato rinvio non è legato a esigenze difensive concrete e attuali e alla necessità di introdurre nuove censure già note alla parte, con l'immediata proposizione di motivi aggiunti nel termine certo e circoscritto di sessanta giorni. La richiesta di differimento si fonda piuttosto su una proiezione futura e incerta della possibile emersione di nuovi ipotetici elementi che potrebbero affiorare, a distanza di quattro anni dalla stipulazione dell'Accordo, dagli atti trasmessi alla Procura della Corte dei conti e non ancora acquisiti.

Di modo che, le generiche esigenze difensive prospettate dalla ricorrente devono ritenersi recessive rispetto alla necessità di garantire, in coerenza con il principio di ragionevole durata del processo, la certezza e la stabilità delle situazioni giuridiche e degli interessi economici coinvolti nel rapporto

concessorio; interessi che assumono un rilievo assolutamente prioritario, considerata l'importanza strategica della concessione e l'ingente entità degli investimenti sottesi all'Accordo, suscettibili di incidere su aspetti rilevanti dell'economia e delle politiche pubbliche.

In tale contesto, i tempi necessari per l'evasione dell'istanza di accesso, comprensiva della sua appendice giurisdizionale ex art. 116 c.p.a., e per la successiva proposizione del ricorso per motivi aggiunti con concessione dei relativi termini a difesa, determinerebbero un'eccessiva e imprevedibile dilatazione della durata del giudizio, la cui definizione sarebbe rimessa all'arbitrio delle parti ricorrenti, che finirebbero per sostituirsi al giudice nella gestione dei tempi della decisione.

Neppure si ravvisano limitazioni alle garanzie difensive delle parti, risultando compiutamente definite le questioni che compongono il *thema decidendum* dell'odierno giudizio, il cui oggetto è circoscritto allo scrutinio della legittimità dell'Accordo, da condurre, secondo il principio *tempus regit actum*, alla stregua delle singole clausole che lo compongono e degli atti dell'istruttoria procedimentale. L'ipotetica sopravvenienza di nuove emergenze processuali e i possibili ulteriori sviluppi della vicenda, pertanto, non giustificano l'indefinito protrarsi dei tempi di un giudizio già maturo per la decisione, ma possono al più giustificare l'attivazione di rimedi specifici quali, a seconda dei casi, l'introduzione di un nuovo ricorso, la presentazione di motivi aggiunti in appello, l'impugnazione per revocazione del giudicato o la richiesta di riesame del provvedimento emanato.

Tanto vale, a maggior ragione, in considerazione del comportamento della ricorrente che, venuta meno la causa di sospensione del giudizio con la pubblicazione della sentenza della Corte di giustizia del 7 novembre 2024, ha atteso oltre due mesi per presentare la nuova domanda di accesso ai documenti, avanzata solamente il 21 gennaio 2025, a ridosso dell'udienza di trattazione.

2 – In adesione all'eccezione sollevata dalle amministrazioni nella memoria di replica del 22 gennaio 2025, deve essere poi dichiarata l'inammissibilità (e quindi l'inutilizzabilità) della memoria difensiva depositata il 10 gennaio 2025 dalla difesa di Codacons e dell'Associazione Utenti Autostrade, in quanto l'inammissibilità dell'intervento *ad adiuvandum* è ormai coperta da giudicato interno.

3 – Al fine di perimetrare il *thema decidendum*, occorre premettere che a seguito della sentenza non definitiva n. 13434 del 2022 di questa Sezione, in parte riformata dalla sentenza n. 7925 del 2023 del Consiglio di Stato, possono ritenersi coperte da giudicato le statuizioni relative: i) alla legittimazione a ricorrere di Adusbef e al difetto di legittimazione attiva di Aipe e di Con.fi.mi industria Abruzzo; ii) all'inammissibilità degli interventi *ad adiuvandum* spiegati da Codacons e dall'Associazione Utenti Autostrade.

In questo si esaurisce la portata dispositiva della sentenza, che ha consumato la *potestas iudicandi* solo per le questioni pregiudiziali relative alla legittimazione delle parti.

Diversamente da quanto assume la ricorrente Adusbef nella memoria del 10 gennaio 2025, invece, nessun giudicato può ritenersi formato sulle ulteriori valutazioni relative alla necessità di una nuova gara, spese ai fini della rimessione alla Corte di Giustizia delle questioni pregiudiziali.

È del tutto pacifico, infatti, che il provvedimento di rimessione è privo di carattere decisorio, ma ha natura meramente strumentale e ordinatoria, inidonea al giudicato. A prescindere dalla forma esteriore e dalla denominazione di sentenza, infatti, risulta decisivo il contenuto sostanziale del provvedimento stesso, la cui funzione è unicamente quella di deferire la questione alla Corte di giustizia.

4 – Rimangono quindi da affrontare le questioni preliminari relative: i) alla ricevibilità del ricorso; ii) al difetto di legittimazione passiva della Corte dei conti; iii) all'ammissibilità dell'impugnazione dei pareri connessi al terzo Atto aggiuntivo; iv) alla procedibilità del ricorso introduttivo; v) alla ricevibilità delle nuove censure spiegate verso il terzo Atto aggiuntivo.

5 – Tanto premesso, in accoglimento dell'eccezione formulata dall'amministrazione nella memoria del 17 giugno 2022, deve essere dichiarato il difetto di legittimazione passiva della Corte dei conti.

L'atto di controllo positivo, difatti, non è idoneo a determinare alcuna lesione diretta della posizione giuridica soggettiva dell'interessato, essendo privo di autonomia rispetto al provvedimento controllato di cui è mera condizione di efficacia.

La Corte dei conti, evocata in giudizio quale Autorità di controllo, deve conseguentemente ritenersi carente di legittimazione passiva.

6 – L'eccezione di irricevibilità del ricorso è, invece, infondata.

Nella memoria del 17 giugno 2022, Atlantia S.p.a. assume la tardività del ricorso per il mancato rispetto del termine dimidiato proprio del "rito appalti", di cui all'art. 120, comma 5, c.p.a.

La disciplina richiamata, tuttavia, non è pertinente, in quanto l'odierna controversia ha ad oggetto gli accordi con cui sono state disposte modifiche ad una concessione già in essere, ed è perciò regolata dal rito ordinario e non da quello abbreviato, riservato alla sola fase della procedura di affidamento.

7 – Sempre in via preliminare, occorre esaminare le eccezioni sollevate in relazione alla mancata espressa impugnazione dell'Atto aggiuntivo alla convenzione, che possono essere trattate congiuntamente per la loro connessione.

La prosecuzione del rapporto concessorio è stata infatti attuata tramite il coordinamento di due atti che, sebbene collegati, sono rimasti formalmente e contenutisticamente distinti: i) l'Accordo transattivo del 14 ottobre 2021 con cui il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e ASPI hanno definito la procedura di contestazione dell'inadempimento del concessionario; ii) il terzo Atto aggiuntivo sottoscritto dalle stesse parti il 21 marzo 2022, con cui sono state adottate le modifiche alla Convenzione unica.

Di tali accordi, tuttavia, soltanto il primo è stato oggetto di espressa impugnazione da parte degli enti ricorrenti.

Di talché, nella memoria del 17 giugno 2022, le amministrazioni hanno eccepito l'inammissibilità dell'impugnazione dei pareri acquisiti dall'amministrazione, in quanto non accompagnata dall'impugnazione del provvedimento conclusivo del procedimento, definito solamente con l'Atto aggiuntivo alla concessione. Per le medesime ragioni, con la memoria di replica del 22 gennaio 2025, hanno eccepito l'inammissibilità dell'intero ricorso per carenza di interesse, in quanto la mancata impugnazione dell'Atto aggiuntivo avrebbe determinato il consolidamento delle modifiche apportate alla Convenzione.

Le eccezioni sono infondate.

L'amministrazione muove infatti da un'erronea premessa, che assume impropriamente l'esistenza di un nesso di presupposizione-consequezialità tra i due atti, tale per cui la mancata impugnazione del provvedimento conclusivo, ossia l'Atto aggiuntivo, renderebbe inammissibile il ricorso proposto avverso l'Accordo transattivo a monte. Tale argomento invoca erroneamente il principio dell'irrelevanza dell'impugnazione dei soli atti endoprocedimentali, ove non accompagnata all'impugnazione dei provvedimenti conclusivi del procedimento, la cui mancata censura eliminerebbe in radice ogni utilità in favore del ricorrente, insorto solamente avverso l'atto intermedio.

Senonché, in questo caso il rapporto tra i due atti trova una più corretta collocazione nella categoria giuridica del collegamento negoziale bilaterale.

Il risultato economico finale – la definizione delle condizioni per la prosecuzione del rapporto concessorio – è perseguito con il coordinamento di due diversi accordi che conservano tuttavia ognuno una propria e autonoma funzione: i) l'Accordo del 14 ottobre 2021 con cui è stata definita la procedura di contestazione dell'inadempimento, con una causa transattiva; ii) l'Atto aggiuntivo alla concessione del 21 marzo 2022, qualificabile quale accordo modificativo, che trova la sua causa ultima nella gestione delle sopravvenienze.

Tali atti, sebbene collegati sul piano funzionale, non costituiscono semplici segmenti di un unico *iter* procedimentale, ma si caratterizzano per una propria autonoma causa e conservano una distinta individualità giuridica.

L'Accordo transattivo, come chiarisce l'art. 5, *“costituisce definizione della Procedura di Contestazione avviata con atto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti del 16 agosto 2018, in sostituzione del provvedimento finale, anche ai sensi dell'articolo 11 della legge n. 241 del 1990”*. Esso è dunque l'atto conclusivo di uno specifico procedimento di contestazione del grave inadempimento, con la funzione di definire la procedura aperta dal Ministero al fine di accertare

eventuali responsabilità della concessionaria, e rimane del tutto autonomo e distinto rispetto al procedimento di modifica della Convenzione. L'Atto aggiuntivo invece è stato adottato a definizione della diversa procedura di revisione della Convenzione prevista dall'art. 43, comma 1 del d.l. n. 201 del 2011, attuata, più in generale, per programmare i futuri interventi di manutenzione della rete autostradale, per consentire l'aggiornamento del Piano economico finanziario e per recepire il nuovo regime tariffario stabilito dall'ART con la Delibera n. 71 del 2019.

Ciò non consente di invocare il principio dell'irrelevanza dell'impugnazione degli atti endoprocedimentali, in quanto l'omessa impugnazione dell'Atto aggiuntivo non elide l'interesse della ricorrente a contestare l'Accordo transattivo, adottato a definizione dell'autonomo procedimento di contestazione dell'inadempimento della concessionaria.

Ma anche a voler prescindere da tale rilievo, è opportuno sottolineare che, secondo consolidata giurisprudenza, l'individuazione degli atti impugnati deve essere operata non già con riferimento alla sola epigrafe del ricorso ma, con un condivisibile criterio che rifugge da eccessi formalistici, in relazione all'effettiva volontà del ricorrente, quale desumibile dal tenore complessivo dell'impugnazione ed in particolare dal contenuto delle censure in esso dedotte (Cons. Stato, Sez. IV, 8 luglio 2014, n. 3459).

Analizzando la sostanza dell'odierno ricorso, risulta che il *petitum* dell'azione riguarda la legittimità della revisione della Convenzione unica, attuata con l'approvazione dell'Atto aggiuntivo. In particolare, con i primi due motivi di ricorso la ricorrente solleva vizi procedurali relativi al procedimento di revisione, in quanto la modifica è stata attuata non con legge, ma attraverso un Atto aggiuntivo di natura meramente amministrativa.

Non si può pertanto ritenere che l'Atto aggiuntivo, sebbene non menzionato, non costituisca oggetto di impugnazione, essendo evidente dalla lettura congiunta dell'epigrafe e dei motivi di ricorso che lo scopo perseguito è proprio ottenere l'annullamento della revisione della concessione, che costituisce oggetto del contendere.

8 – Nondimeno, in accoglimento dell'eccezione sollevata da ASPI, dall'amministrazione e da Mundys S.p.a., nelle rispettive memorie di replica del 22 gennaio 2025, deve essere dichiarata l'irricevibilità del secondo motivo del secondo ricorso per motivi aggiunti, formalmente proposto a causa della successiva produzione del Decreto di approvazione dell'Accordo, ma con cui sono state in realtà introdotte nuove censure volte a contestare le clausole del terzo Atto aggiuntivo, non tempestivamente impugunate.

Come noto, il divieto generale di introdurre nuove censure in corso di giudizio può essere derogato solo in caso di conoscenza sopravvenuta di nuovi atti e di ulteriori vizi, che giustifica la proposizione

dei motivi aggiunti, purché avvenga nell'ordinario termine di sessanta giorni, decorrenti in questo caso dalla piena conoscenza degli atti ulteriori (Cons. di Stato, Sez. VI, 11 marzo 1998, n. 271).

Nell'odierno giudizio, il ricorso introduttivo contesta esclusivamente la modifica soggettiva del concessionario prevista nell'Accordo transattivo, da realizzare attraverso la “*cessione delle quote di Atlantia nella Società Autostrade*”, in quanto tale da determinare il “*totale mutamento della compagine azionaria di controllo del concessionario*”. L'Atto aggiuntivo, formalmente neppure indicato tra gli atti impugnati, è stato contestato solamente sul piano procedurale, con i primi tre motivi di ricorso, con cui si lamenta la violazione del procedimento di revisione della Convenzione, mentre nessuna censura è stata rivolta al suo contenuto materiale. È soltanto con i motivi aggiunti del 17 febbraio 2023 che la ricorrente ha sollevato, per la prima volta, specifiche censure verso le modifiche apportate con il terzo Atto aggiuntivo e relative alla programmazione dei futuri interventi di manutenzione della rete autostradale e all'aggiornamento tariffario, sebbene il contenuto di tale documento fosse noto fin dal 17 giugno 2022, data in cui il provvedimento è stato prodotto in giudizio dalle amministrazioni resistenti.

La ricorrente ha dunque omesso di formulare tempestivamente specifiche contestazioni avverso le modifiche apportate con il terzo atto aggiuntivo e ha tentato di aggirare la decadenza avvalendosi della successiva acquisizione del Decreto di approvazione dell'Accordo transattivo, per veicolare censure rivolte in realtà verso l'Atto aggiuntivo, idonee a determinare un inammissibile ampliamento del *thema decidendum*.

9 – Si può ora passare all'esame nel merito del ricorso introduttivo.

10 – Con i primi due motivi, la ricorrente sostiene che l'approvazione per legge della Convenzione unica del 2007 (attraverso il richiamo di cui all'art. 8-*duodecies*, comma 2, del decreto legge n. 59 del 2008, convertito con legge n. 101 del 2008) avrebbe determinato una legificazione del suo contenuto, pertanto modificabile solamente con un atto avente pari rango normativo, anche in applicazione del principio del *contrarius actus*.

Con il terzo motivo lamenta, in ogni caso, il mancato rispetto del procedimento di revisione previsto dall'art. 2, commi 82 e ss. del d.l. n. 262 del 2006, in quanto l'Accordo transattivo non era preceduto dall'acquisizione dei presupposti pareri del Nars, del Cipess e delle Commissioni parlamentari.

I motivi sono infondati.

La questione attiene al piano della gerarchia delle fonti e al valore della legificazione della Convenzione unica del 2007.

La ricorrente accede ad una lettura sostanziale della legificazione, che si estenderebbe anche al contenuto delle clausole convenzionali le quali, acquisendo la stessa forza normativa della legge che

le approva, verrebbero sottratte alla disponibilità delle parti, diventando intangibili se non modificate da una fonte normativa di pari rango.

Tale assunto non è tuttavia condivisibile. Invero, l'approvazione normativa della Convenzione deve ritenersi circoscritta al solo momento procedimentale di integrazione dei relativi effetti, come sostenuto dal Gruppo di lavoro interistituzionale nel parere del 28 giugno 2019.

L'approvazione per legge si limita infatti a conferire copertura normativa all'Accordo già concluso dall'amministrazione, ma non ancora perfezionato a causa delle osservazioni critiche sollevate dai competenti organi di controllo nella fase integrativa dell'efficacia. In particolare, nel caso in esame, la legge ha assolto ad una funzione "sanante" in quanto ha consentito di superare l'effetto preclusivo del parere negativo n. 10 del 2017 del Nars, richiesto per il perfezionamento della procedura di adozione della Convenzione unica.

In altri termini, la legge-provvedimento si limita a completare l'*iter* di formazione conferendo stabilità all'Accordo già raggiunto dall'amministrazione, derogando esclusivamente alla disciplina procedurale di perfezionamento della convenzione, ma non si spinge fino a coprire anche il contenuto tipico della concessione, che resta riferibile alla sola attività della Pubblica Amministrazione.

Una diversa interpretazione, infatti, influirebbe sulla stessa legittimità costituzionale della legge-provvedimento, in quanto l'intero rapporto sarebbe di fatto sottratto alla disponibilità dell'amministrazione, privandola della sua capacità di gestione dinamica della concessione. Ciò determinerebbe un definitivo e irreversibile sconfinamento del potere legislativo nella gestione del rapporto amministrativo e ne risulterebbe stravolto lo stesso schema tipico del contratto di concessione, che per effetto della cristallizzazione normativa perderebbe la sua naturale flessibilità e capacità di adattarsi alle sopravvenienze.

A ben vedere la norma, lungi dal "legificare" il contenuto della Convenzione stipulata con la concessionaria, ha dunque semplicemente sostituito alla normale approvazione amministrativa, un'approvazione legislativa.

Tale conclusione trova conferma nella stessa norma di approvazione della Convenzione. Infatti il legislatore, nel momento in cui ha approvato per legge la Convenzione unica del 2007, ne ha espressamente previsto la modificabilità con atto amministrativo, all'esito del procedimento richiamato dall'art. 8-*duodecies* del decreto legge di approvazione n. 59 del 2008 e disciplinato dall'art. 2, commi 82 e ss. del d.l. n. 262 del 2006.

È dunque la stessa legge che fonda il potere dell'amministrazione di modificare la convenzione, abilitandola espressamente alla revisione delle clausole, pur se approvate con norma primaria.

Tale procedimento, è stato poi ridefinito e semplificato dall'art. 43, comma 1 del d.l. n. 201 del 2011, che costituisce oggi la cornice normativa di riferimento.

Il richiamo alla previgente procedura di revisione prevista dall'art. 2, commi 82-84 del d.l. n. 262/2006 non è allora pertinente. Diversamente da quanto sostiene il ricorrente, infatti, la Convenzione unica stipulata da ASPI, è regolata dal nuovo regime approvativo delineato dall'art. 43, comma 1 del d.l. n. 201 del 2011.

Il procedimento è scandito in successive fasi, attraverso: i) la trasmissione delle modifiche o degli aggiornamenti al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti; ii) l'acquisizione del parere dell'Autorità di regolazione dei trasporti per quanto riguarda i profili relativi ai sistemi tariffari; iii) la trasmissione dell'atto al Cipess, che, dopo aver consultato il Nars, si pronuncia entro trenta giorni; iv) l'approvazione finale con Decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze.

Nel caso in esame tale procedura è stata correttamente seguita in tutti i suoi passaggi ed è stata definita solamente con il Decreto interministeriale del 23 marzo 2022, che ha approvato il terzo Atto aggiuntivo.

Occorre infatti ribadire che diversamente da quanto sostiene la ricorrente è stato soltanto l'Atto aggiuntivo ad aver attuato la revisione della Convenzione, e non l'Accordo transattivo. Il collegamento negoziale che lega i due atti, infatti, non ne elide la rispettiva autonomia, funzionale e procedimentale.

L'Accordo transattivo, privo di effetti modificativi, è stato adottato a definizione del procedimento di contestazione dell'inadempimento avviato dal Mit il 16 agosto 2018 ed è stato preceduto dal parere obbligatorio dell'Avvocatura dello Stato previsto all'art. 13 del r.d. n. 1633 del 1931. Non era invece necessaria la sottoposizione della transazione al Cipess e al Nars, che si sono ritualmente espressi invece sul terzo Atto aggiuntivo, come previsto dall'art. 43 del d.l. n. 201 del 2011 che disciplina la revisione delle convenzioni autostradali.

I motivi 1, 2 e 3 del ricorso introduttivo devono essere pertanto respinti.

11 – Superate le censure di carattere formale, possono essere ora scrutinati i motivi di ricorso che investono il contenuto dell'Accordo transattivo.

12 – Con il quarto motivo, la ricorrente sostiene che la variazione della compagine societaria di ASPI integrerebbe una modifica soggettiva del concessionario e pertanto, in ragione della sua natura “sostanziale” – ai sensi dell'art. 43, par. 4, lett. d) della Direttiva 2014/23/UE – avrebbe richiesto l'organizzazione di una nuova procedura di aggiudicazione, secondo quanto previsto dall'art. 175 del D.Lgs n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici) e dal corrispondente art. 43 della Direttiva 2014/23/UE.

Con il quinto motivo, afferma che, in ogni caso, l'obbligo di indire una nuova gara discenderebbe dall'art. 178 del codice degli appalti, secondo cui devono essere rimesse in gara le concessioni

autostradali scadute. A suo avviso, tale obbligo dovrebbe estendersi anche alle concessioni suscettibili di risoluzione ai sensi dell'art. 44 della Direttiva 2014/23/UE, in quanto sostanzialmente equiparabili alle concessioni scadute.

Con l'ottavo motivo, ha infine contestato le motivazioni sottese alla decisione di proseguire la concessione in essere, in quanto fondata su principi economico-aziendalistici non supportati da alcuna evidenza istruttoria. La censura è stata ulteriormente sviluppata nei motivi aggiunti del 13 ottobre 2022 con cui, al secondo motivo, ha dedotto che le clausole dell'Accordo risulterebbero complessivamente svantaggiose per l'interesse pubblico, ingiustamente sacrificato a favore dell'interesse economico della società concessionaria. Le medesime ragioni di contestazione sono poi state riproposte nel secondo atto di motivi aggiunti del 17 febbraio 2023, estendendole anche al Decreto di approvazione dell'Accordo n. 37 del 2022.

Le questioni hanno formato oggetto dei quesiti sottoposti alla Corte di giustizia che, interpellata da questa Sezione, ha chiarito i limiti e le condizioni che consentono all'amministrazione aggiudicatrice di procedere alla modifica oggettiva e soggettiva di una concessione autostradale in corso di validità, senza organizzare una nuova procedura.

13 – Occorre quindi soffermarsi sui principi affermati dalla Corte di Giustizia nella sentenza 7 novembre 2024, C-683/22.

14 – La prima questione sottoposta alla Corte riguarda la sussistenza o meno dell'obbligo di esperire una procedura di gara a seguito della modifica della convenzione originaria e del riassetto societario di Autostrade per l'Italia S.p.a.

Preliminarmente, la Corte ha chiarito che la controversia è disciplinata *ratione temporis* dalla direttiva 2014/23, a prescindere dalla data di conclusione del contratto originario, in quanto “*in caso di modifica sostanziale di un contratto di concessione, la normativa dell'Unione alla luce della quale tale modifica deve essere valutata è quella in vigore alla data della modifica stessa*”. Devono perciò ritenersi applicabili le corrispondenti disposizioni interne previste dal D.Lgs n. 50 del 2016.

Sul piano normativo, la Corte ha premesso che, in linea di principio, ai sensi dell'articolo 43, paragrafo 5, della direttiva 2014/23, qualsiasi modifica delle disposizioni di una concessione in corso di validità richiede l'organizzazione di una nuova procedura di aggiudicazione; a tale regola fanno però eccezione le deroghe espressamente previste ai paragrafi 1 e 2 di tale articolo.

La Corte si sofferma, in particolare, sulle eccezioni previste dall'art. 43, paragrafo 1 primo comma, lettera c) e lettera e), evocate dalle parti e dal giudice del rinvio.

Anzitutto, ai sensi dell'art. 43, paragrafo 1, primo comma, lettera c), una concessione in corso di validità può essere modificata senza una nuova procedura di aggiudicazione a condizione che la

necessità della modifica sia determinata da circostanze che un'amministrazione aggiudicatrice diligente non poteva prevedere, purché la modifica non alteri la natura generale della concessione. Secondo l'interpretazione sposata dalla Corte, questa deroga è invocabile esclusivamente quando la modifica si rende necessaria a causa di eventi esterni che non era possibile prevedere al momento dell'aggiudicazione. L'inadempimento del concessionario, tuttavia, non rappresenta una circostanza che un'amministrazione diligente non poteva prevedere e, pertanto, non potrebbe giustificare la modifica di una concessione senza aprire alla concorrenza.

La Corte ha inoltre precisato che in questo caso l'amministrazione aggiudicatrice che modifichi una concessione è comunque tenuta a pubblicare un avviso nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*. Ai sensi dell'art. 43, paragrafo 1, primo comma, lettera e), prosegue la Corte, non devono essere oggetto di una nuova procedura di aggiudicazione le modifiche che non siano "sostanziali".

Il successivo paragrafo 4 precisa che, sul piano oggettivo, una modifica è considerata "sostanziale" se muta sostanzialmente la natura della concessione rispetto a quella inizialmente conclusa. Tali modifiche, come previsto dal considerando 75 della direttiva, dimostrano l'intenzione delle parti di rinegoziare i termini e le condizioni essenziali della concessione.

Al riguardo, la Corte ha comunque chiarito che *"ai nuovi obblighi imposti al concessionario, quali il pagamento di una compensazione pecuniaria o il rafforzamento degli standard di sicurezza della rete autostradale in sua concessione, non trova applicazione la presunzione stabilita all'articolo 43, paragrafo 4, lettera b), di tale direttiva, in forza della quale devono sempre essere considerate sostanziali le modifiche che cambiano l'equilibrio economico della concessione a favore del concessionario"*.

Ai sensi del paragrafo 4 lettera d) dell'art. 43, riveste altresì carattere sostanziale la modifica soggettiva del concessionario, salvo che nei casi *"previsti al paragrafo 1, lettera d)"*. Tale disposizione stabilisce le condizioni alle quali un concessionario può sostituire il concessionario iniziale senza che sia necessario organizzare una nuova procedura di aggiudicazione.

Tuttavia, secondo la Corte, *"non risulta che una modifica della compagine azionaria del concessionario possa, in quanto tale, essere considerata una modifica della concessione stessa, ai sensi dell'articolo 43, paragrafo 5, della direttiva 2014/23"*.

Più specificamente, le cessioni di quote del capitale sociale del concessionario, che sia a favore di nuovi azionisti oppure di azionisti esistenti, comportano non la sostituzione del concessionario iniziale con un nuovo concessionario, ipotesi prevista dall'articolo 43, paragrafo 1, primo comma, lettera d), di tale direttiva, ma soltanto modifiche nella composizione o nella ripartizione del capitale sociale di tale concessionario.

Nella misura in cui non modificano la concessione ai sensi dell'articolo 43, paragrafo 5, della direttiva 2014/23, le modifiche che incidono sul capitale sociale del concessionario non richiedono l'organizzazione di una nuova procedura di aggiudicazione”.

La Corte ha precisato che, in ogni caso, l'amministrazione è tenuta a motivare adeguatamente la decisione di modificare una concessione senza avviare una nuova procedura di aggiudicazione, in applicazione delle disposizioni dell'articolo 43, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2014/23, in modo tale da consentire a chiunque di comprendere chiaramente i motivi per cui l'amministrazione ha ritenuto di non essere tenuta a indire una gara.

La sentenza offre pertanto gli elementi di interpretazione delle eccezioni all'obbligo di gara previste dalle direttive europee, affidando al giudice del rinvio il compito di accertare, in una prospettiva sostanziale, l'effettiva integrazione delle fattispecie derogatorie, nonché di valutare, sotto il profilo formale, se la decisione di modificare la concessione abbia soddisfatto l'obbligo di motivazione richiesto dal diritto unionale.

15 – Muovendo dal primo accertamento domandato dalla Corte, il Collegio ritiene che l'indagine debba concentrarsi sulle eccezioni previste dall'art. 43, paragrafo 1, primo comma, lettera e), relative al carattere non sostanziale della modifica.

Poiché l'art. 43 della direttiva prevede cinque fattispecie tra loro alternative, ciascuna delle quali giustifica la revisione di una concessione senza l'obbligo di indire una nuova gara, si può ritenere che le modifiche non sostanziali, disciplinate dalla lettera e), non richiedano in ogni caso una nuova procedura di aggiudicazione, a prescindere dall'imprevedibilità delle circostanze che le hanno determinate, che è invece necessaria per l'integrazione della fattispecie alternativa disciplinata dalla lettera c).

Indipendentemente dall'evento che ha dato origine alla revisione della concessione e dalla prevedibilità dell'inadempimento del concessionario, pertanto, l'obbligo di indire una nuova gara non sorge qualora le modifiche abbiano carattere puramente accessorio.

16 – Occorre, perciò, soffermarsi sulle modifiche apportate alla concessione e oggetto di specifica contestazione, al fine stabilire se abbiano portata novativa o meramente modificativa della concessione.

17 – Il ricorso si concentra esclusivamente sulla presunta modifica soggettiva derivante dalla alterazione della struttura societaria di Autostrade per l'Italia.

In particolare, l'efficacia dell'Accordo transattivo era condizionata al perfezionamento dell'operazione di modifica della compagine azionaria di ASPI, realizzata attraverso la cessione della partecipazione detenuta da Atlantia S.p.a. (pari all'88,06% del capitale della concessionaria), in favore di un Consorzio controllato da Cassa depositi e prestiti equity (che detiene il 51% del capitale),

e partecipato dai fondi internazionali Blackstone Infrastructure Partners (24,5%) e Macquarie Asset Management (24,5%).

L'ingresso, con una partecipazione maggioritaria, di Cassa depositi e prestiti nel capitale sociale di ASPI avrebbe quindi riportato la società, che era stata privatizzata nel 2000, in mano pubblica, determinando così il sostanziale mutamento del concessionario.

Occorre pertanto stabilire se tale modifica rivesta carattere “sostanziale” ai sensi dell’articolo 43, paragrafo 4, lettera d), della direttiva 2014/23, ossia se abbia determinato un “*cambiamento di concessionario*”, ai sensi del paragrafo 1, lettera d).

Alcune indicazioni in merito sono state fornite dalla Corte di giustizia, che ha ricondotto le modifiche della compagine azionaria del concessionario ad un puro fatto organizzativo interno. In particolare, secondo la Corte, “*non risulta che una modifica della compagine azionaria del concessionario possa, in quanto tale, essere considerata una modifica della concessione stessa, ai sensi dell’articolo 43, paragrafo 5, della direttiva 2014/23.*

Più specificamente, le cessioni di quote del capitale sociale del concessionario, che sia a favore di nuovi azionisti oppure di azionisti esistenti, comportano non la sostituzione del concessionario iniziale con un nuovo concessionario, ipotesi prevista dall’articolo 43, paragrafo 1, primo comma, lettera d), di tale direttiva, ma soltanto modifiche nella composizione o nella ripartizione del capitale sociale di tale concessionario.

Nella misura in cui non modificano la concessione ai sensi dell’articolo 43, paragrafo 5, della direttiva 2014/23, le modifiche che incidono sul capitale sociale del concessionario non richiedono l’organizzazione di una nuova procedura di aggiudicazione”.

I suggerimenti forniti dalla Corte di giustizia devono essere condivisi.

La società, come ente dotato di personalità giuridica, è un soggetto autonomo e distinto rispetto ai suoi soci, ed è titolare di un proprio patrimonio, esclusivamente riferibile alla società stessa e non a chi ne detenga le azioni o le quote di partecipazione. Questo significa che, con la cessione di una quota di partecipazione, si trasferisce semplicemente la proprietà delle azioni, ma ciò non implica alcun cambiamento nell'identità giuridica della società, che continua a esistere come persona giuridica autonoma, con la stessa struttura e il medesimo patrimonio, indipendentemente da chi possieda le sue azioni.

La modifica nella composizione del capitale sociale non dà perciò luogo ad una novazione soggettiva del rapporto e non comporta il trasferimento della titolarità della concessione, ma l’operazione resta confinata sul piano meramente interno all’organizzazione dell’ente, che mantiene inalterata la propria identità giuridica.

La compravendita delle azioni di ASPI deve essere piuttosto inquadrata quale operazione di mercato tra privati, ossia tra il socio alienante, Atlantia S.p.a., e il Consorzio acquirente. Si tratta di un'ordinaria transazione commerciale che non ha inciso sulla titolarità del rapporto concessorio, intrattenuto invece tra l'amministrazione e la società concessionaria.

La semplice sostituzione di alcuni azionisti con altri, pertanto, non richiedeva la riapertura della concessione alla concorrenza.

18 – Nessuna modifica oggettiva è invece espressamente contestata dalla ricorrente, che ha impugnato esclusivamente l'Accordo transattivo sotto il profilo soggettivo della ridefinizione dell'assetto proprietario di ASPI S.p.a.

Sebbene mai specificamente contestati, vengono menzionati gli impegni assunti da ASPI di fornire un importo finanziario compensativo di 3.400 milioni di Euro e di assicurare un aumento degli standard di sicurezza della rete autostradale, sui quali si è sviluppato il successivo dibattito dinanzi alla Corte di giustizia.

È pacifico tuttavia che tali impegni aggiuntivi, di per sé onerosi per il concessionario, non rivestono portata sostanziale, in quanto non hanno alterato l'equilibrio economico contrattuale in suo favore, né avrebbero potuto attirare nuovi potenziali concorrenti, che avrebbero dovuto assumere costi e interventi aggiuntivi.

La stessa Corte di Giustizia, del resto, ha precisato a tal riguardo che *“ai nuovi obblighi imposti al concessionario, quali il pagamento di una compensazione pecuniaria o il rafforzamento degli standard di sicurezza della rete autostradale in sua concessione, non trova applicazione la presunzione stabilita all'articolo 43, paragrafo 4, lettera b), di tale direttiva, in forza della quale devono sempre essere considerate sostanziali le modifiche che cambiano l'equilibrio economico della concessione a favore del concessionario”*.

Tanto sarebbe già sufficiente a escludere l'obbligo di avviare una nuova procedura di aggiudicazione. Ma vi è di più, perché tali impegni assunti da ASPI non solo non rivestono carattere sostanziale, ma neppure hanno effettivamente modificato il contenuto dell'originaria concessione.

Per un verso, l'intervento finanziario di ASPI si colloca all'esterno del contratto di concessione, poiché non ne modifica i termini e le condizioni originarie, ma assume una funzione sostanzialmente riparatoria delle perdite economiche connesse al crollo del ponte, nel contesto di una transazione. Con l'Accordo le parti hanno definito transattivamente le possibili contestazioni, prevedendo un obbligo pecuniario compensativo a carico di ASPI, dal carattere essenzialmente risarcitorio, che non ha però inciso sul contenuto dell'originario contratto di concessione.

Per altro verso, l'obbligo di messa in sicurezza della rete autostradale grava di per sé su ASPI direttamente in ragione della sua qualità di concessionaria, come già previsto dalla stessa

Convenzione unica del 2007, che le affida la realizzazione di tutti gli interventi richiesti da esigenze relative alla sicurezza del traffico. È dunque l'originario contratto di concessione a costituire la fonte dell'obbligazione di messa in sicurezza delle autostrade, obbligo che, tra l'altro, è immanente al possesso del bene e al connesso dovere di custodia che deriva direttamente dalla qualità di concessionario.

L'impegno a rinforzare la rete autostradale non rappresenta dunque una nuova obbligazione, ma ribadisce una delle prestazioni essenziali e qualificanti il contratto di concessione autostradale, anche per come delineato nella convenzione originaria.

Anche sotto tale profilo, pertanto, il contenuto oggettivo della concessione non è stato modificato.

19 – L'obbligo di indire una nuova gara non può neppure essere desunto, come sostiene la ricorrente nel quinto motivo, dall'art. 178 del codice degli appalti, che prevede la riassegnazione mediante gara delle concessioni autostradali scadute, alle quali secondo Adubsef dovrebbero essere equiparate le concessioni suscettibili di risoluzione ai sensi dell'art. 44 della Direttiva 2014/23/UE.

Il motivo muove infatti da un'inammissibile assimilazione tra due situazioni giuridiche strutturalmente diverse. Un conto è infatti la fisiologica scadenza della concessione per il decorso del naturale termine di efficacia, per cui vige il divieto di proroga e l'obbligo *ex lege* di indire una nuova procedura di aggiudicazione, al fine di favorire la concorrenza e promuovere l'accesso di nuovi operatori sul mercato. Ben diversa è la risoluzione anticipata, che non ha quale obiettivo la promozione della concorrenza – pienamente garantita nella fase iniziale di selezione – ma risponde a esigenze straordinarie legate all'esecuzione del contratto, che possono essere eventualmente gestite con strumenti alternativi che non implicano la riapertura al mercato.

20 – Neppure è possibile sostenere che l'amministrazione fosse tenuta a pubblicare un avviso nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* in quanto, come precisato dalla Corte, tale obbligo sussiste unicamente in relazione alle modifiche previste all'articolo 43, paragrafo 1, primo comma, lettera c), ossia determinate da circostanze che un'amministrazione aggiudicatrice diligente non poteva prevedere.

Nel caso in esame, invece, come osservato, la concessione è stata modificata senza gara sulla base della deroga alternativa prevista dall'art. 43, paragrafo 1, primo comma, lettera e), ai sensi del quale non devono essere oggetto di una nuova procedura di aggiudicazione le modifiche che non siano "sostanziali".

21 – Appurato che, sotto il profilo sostanziale, l'amministrazione non era tenuta a indire una nuova procedura di aggiudicazione, occorre a questo punto verificare se l'obbligo formale di motivazione sia stato soddisfatto.

Ebbene, nel preambolo dell'Accordo impugnato, sono state diffusamente illustrate le ragioni per le quali l'amministrazione ha ritenuto necessario rinegoziare, senza una nuova gara, la concessione originaria. Tra queste: i) l'esigenza operativa di scongiurare fratture nella continuità di un servizio di trasporto essenziale per la collettività; ii) la necessità finanziaria di evitare la sopportazione di oneri per la definizione del rapporto, quali il riconoscimento dell'indennizzo previsto dall'art. 9-bis della Convenzione unica, l'eventuale risarcimento dei danni ulteriori, oltre ai costi aggiuntivi che potrebbero derivare dal riconoscimento di penali in favore di terzi titolari di rapporti in essere con ASPI; iii) il superamento dei contenziosi in essere e dei potenziali giudizi che ASPI potrebbe intraprendere avverso il provvedimento di risoluzione; iv) il mantenimento della capacità occupazionale; v) l'accelerazione dei piani di investimento relativi alla transizione ecologica e alla mobilità sostenibile attraverso il *know-how* della società.

Sulla base di tali complesse valutazioni, l'Amministrazione, nel momento in cui ha optato per la rinegoziazione della Convenzione, ha soppesato tale decisione con l'alternativa di indire una nuova procedura di aggiudicazione; alternativa che, tuttavia, è stata ritenuta incompatibile con il superiore interesse alla continuità di un servizio essenziale e alla salvaguardia del bilancio pubblico. Ciò con il deliberato obiettivo di definire transattivamente il procedimento di contestazione e di *“riconducere ad equilibrio il rapporto concessorio con ASPI”* (p. 5 e 6 dell'accordo).

Le motivazioni complessivamente rese indicano chiaramente che l'amministrazione non ha inteso modificare l'originaria regolamentazione di interessi, ma ha scelto di proseguire la medesima concessione in essere con ASPI, rimasta imm modificata nella sua consistenza soggettiva e oggettiva, prevedendo a scopi transattivi misure compensative a esclusivo carico della concessionaria.

La motivazione è sufficiente e congrua rispetto alla funzione che è destinata ad assolvere, che la Corte di giustizia individua nel consentire ai soggetti potenzialmente lesi dalla decisione di valutare, con piena cognizione di causa, l'opportunità di proporre ricorso contro detta decisione.

Adusbef, nel ricorso ha riconosciuto che *“le motivazioni addotte nell'Accordo a favore della scelta di addivenire non alla risoluzione, ma piuttosto alla prosecuzione del contratto”* sono effettivamente espresse, riportandone il testo. E con l'ottavo motivo del ricorso introduttivo, poi sviluppato nei successivi motivi aggiunti, ne ha criticato il contenuto, contrapponendo alle ragioni enunciate nell'Accordo a favore della continuità del rapporto, le proprie opposte considerazioni.

È quindi evidente che Adusbef ha ben potuto percepire le ragioni della decisione e valutare l'esistenza di possibili profili di illegittimità, che con l'odierno ricorso sottopone al controllo giurisdizionale.

22 – Ad ogni modo, si deve osservare che l'obbligo di motivare la scelta di modificare la concessione senza gara sorge solo per quelle clausole che effettivamente comportano una modifica del contratto originario. Solo nel caso in cui l'amministrazione decida di modificare la concessione, essa è tenuta

a chiarire le ragioni per cui ritiene che non sia necessaria l'indizione di una nuova procedura, eventualmente evidenziando che la modifica assume natura accessoria e non sostanziale.

Nel caso in esame, tuttavia, gli impegni assunti da ASPI con l'Accordo transattivo e contestati dalla ricorrente non hanno modificato l'originario regolamento contrattuale, né sotto il profilo soggettivo, né su quello oggettivo.

Sul piano soggettivo, infatti, il rapporto è proseguito con la società concessionaria originaria, che, pur avendo subito una modifica nella composizione del capitale sociale, è rimasta invariata nella sua identità giuridica.

Anche sotto il profilo oggettivo, come osservato, l'impegno finanziario compensativo di ASPI e l'obbligo di rinforzare la sicurezza della rete autostradale, non hanno modificato l'originaria Convenzione.

L'intervento finanziario, senza alterare i termini contrattuali, assume infatti una funzione riparatoria-compensativa nell'ambito della definizione transattiva delle contestazioni mosse ad ASPI, mentre l'obbligo di messa in sicurezza delle autostrade, già previsto dalla Convenzione del 2007, ribadisce un obbligo preesistente, legato alla qualità di concessionario. Pertanto, le clausole contestate non hanno inciso sull'originario regolamento contrattuale, che è rimasto immutato in tutti i suoi elementi, essenziali e accessori.

Posto dunque che in concreto l'amministrazione ha comunque assolto all'obbligo di motivazione, difettava in radice il presupposto logico dell'obbligo di motivare la scelta di modificare la concessione senza gara – ossia l'esistenza stessa di una modifica – in quanto nel caso in esame si controverte pacificamente di clausole di un Accordo transattivo prive di effetti sia novativi, sia meramente modificativi del contratto originario.

La ricorrente muove in sostanza dall'errata qualificazione dell'Accordo transattivo come atto modificativo della Convenzione.

Come osservato, tuttavia, l'Accordo costituisce semplicemente l'atto terminale della procedura di contestazione dell'inadempimento, del tutto autonoma e distinta rispetto al procedimento di revisione della Convenzione, attuata solamente con il terzo Atto aggiuntivo.

Il negozio transattivo regola infatti esclusivamente gli impegni economici e di riorganizzazione interna che il concessionario ha assunto per risolvere la procedura di contestazione dell'inadempimento, in uno con la rinuncia ai contenziosi pendenti.

Si tratta di impegni economici e organizzativi che si collocano – al pari della rinuncia ai contenziosi – al di fuori degli obblighi convenzionali e che non hanno un impatto diretto sulle condizioni della concessione, disciplinate dalla Convenzione unica.

Soltanto il terzo Atto aggiuntivo ha invece disciplinato gli obblighi convenzionali di ASPI ai fini dell'esecuzione della concessione, programmando i futuri investimenti e recependo il nuovo regime tariffario e regolatorio fissato dall'ART e la nuova disciplina per la determinazione dell'indennizzo prevista dal decreto Milleproroghe 2020, nell'ambito di un fisiologico aggiornamento dei parametri economico-finanziari e dell'attuazione delle disposizioni legislative e regolatorie vincolanti per tutti i concessionari autostradali. L'Accordo, invece, disciplina ulteriori e autonomi impegni che ASPI ha assunto a fini transattivi a suo esclusivo carico e che non integrano il complessivo regolamento contrattuale definito dalla Convenzione, che regola invece diritti e obblighi reciproci per lo svolgimento del rapporto concessorio.

La revisione della Convenzione è perciò avvenuta solamente con l'Atto aggiuntivo, la cui cognizione esula tuttavia dal *thema decidum*, limitato alla sola legittimità delle clausole dell'Accordo transattivo tempestivamente contestate con il ricorso introduttivo e con i motivi aggiunti.

23 – L'articolata motivazione dell'Accordo resiste inoltre alle censure formulate dalla ricorrente con l'ottavo motivo di ricorso, con cui si deduce che la scelta di proseguire il rapporto sarebbe sostenuta unicamente da generici principi economico-aziendalistici, non supportati da alcuno studio o rapporto. La decisione è stata infatti preceduta da una complessa istruttoria, affidata a un organismo tecnicamente indipendente (il Gruppo di lavoro interistituzionale), che ha fornito un supporto giuridico alla Direzione competente, illustrando al paragrafo 11 del parere finale i rischi associati alle diverse alternative.

Il Gruppo di lavoro ha condotto un'istruttoria completa e approfondita, accertando i fatti rilevanti e acquisendo gli interessi in gioco. Nel parere finale ha quindi analiticamente illustrato le implicazioni delle due opzioni, basate sulla proiezione dei possibili sviluppi alternativi e dei relativi impatti economici, operativi e giuridici.

Sulla base delle valutazioni tecniche fornite dagli esperti, le amministrazioni competenti hanno potuto compiere una scelta informata, tenendo conto dei vari scenari possibili e delle relative implicazioni. La scelta finale è stata quindi assunta sulla base di una ponderata analisi costi-benefici, prediligendo la soluzione preferibile in termini di minimizzazione dei rischi e di stabilità e sostenibilità a lungo termine, evitando incertezze e costi aggiuntivi legati all'avvio di una nuova procedura.

Si tratta di una decisione ampiamente discrezionale, connessa all'individuazione dei rischi sostenibili, rispetto alla quale non emergono profili di irragionevolezza, illogicità o contraddittorietà. Il complesso impianto motivazionale non si presta dunque ad essere depotenziato dalle censure sollevate dalla ricorrente, che mirano a sollecitare un inammissibile sindacato giurisdizionale di tipo sostitutivo rispetto a valutazioni discrezionali riservate all'amministrazione.

24 – Le medesime considerazioni valgono a superare la seconda censura sollevata con i motivi aggiunti del 13 ottobre 2022, secondo cui l’Accordo comporterebbe un sacrificio ingiustificato dell’interesse pubblico, a favore dell’interesse economico della società concessionaria.

Ancora una volta, infatti, la ricorrente pretende di sostituire alle valutazioni discrezionali dell’amministrazione le proprie personali considerazioni, peraltro prive di ogni supporto probatorio.

25 – Non hanno pregio neppure le ulteriori contestazioni articolate dalla ricorrente nell’atto di motivi aggiunti del 17 febbraio 2023, che con la prima censura reitera il vizio motivazionale, estendendolo anche al Decreto interministeriale di approvazione dell’Accordo. In particolare, oltre a riproporre i medesimi profili di doglianza, lamenta l’omessa considerazione delle ragioni per procedere alla risoluzione della convenzione individuate dal Gruppo di lavoro interistituzionale.

Al riguardo, occorre ribadire che nella fase istruttoria il Gruppo di lavoro si è limitato a fornire delucidazioni riguardo alle possibili soluzioni alternative di definizione del procedimento di contestazione dell’inadempimento – la risoluzione o la prosecuzione del rapporto concessorio. Nelle conclusioni finali del parere ha quindi ritenuto che il Concedente *“abbia il potere di risolvere unilateralmente la Convenzione”*, ma ha evidenziato al contempo che i rischi associati alla risoluzione *“potrebbero comunque consigliare una diversa soluzione, rimessa alla valutazione politica o legislativa”*.

All’esito dell’istruttoria, l’amministrazione competente ha perciò individuato tra le due alternative – entrambe astrattamente legittime – la soluzione in concreto preferibile, ossia quella che all’esito della comparazione dei rischi e dei benefici risultava più idonea a perseguire l’interesse pubblico alla migliore gestione della rete autostradale.

Ne consegue che l’onere motivazionale deve ritenersi soddisfatto attraverso la compita illustrazione dell’*iter* logico seguito, con cui l’amministrazione ha dato conto della valutazione comparativa dei rischi e dei vantaggi e delle ragioni per cui una soluzione, tra quelle prospettate, è stata ritenuta maggiormente idonea a contemperare gli interessi in gioco. Non si può invece pretendere l’analitica confutazione di tutte le opposte ragioni che avrebbero potuto giustificare una scelta diversa. Ciò in quanto, nel motivare un provvedimento discrezionale, l’amministrazione non è tenuta a dimostrare che la decisione presa fosse l’unica soluzione astrattamente percorribile, ma è chiamata solamente a spiegare perché quella scelta fosse la migliore rispetto alle alternative, altrettanto legittime, ma meno idonee a soddisfare l’interesse pubblico.

26 – Per le ragioni indicate, i motivi 4, 5 e 8 del ricorso introduttivo, il motivo 2 del ricorso per motivi aggiunti del 13 ottobre 2022 e il motivo 1 dell’atto di motivi aggiunti del 17 febbraio 2023 devono essere respinti.

27 – Con il sesto motivo, la ricorrente lamenta la violazione dell’art. 80 del D.lgs. 50 del 2016, in quanto l’amministrazione, nonostante il grave inadempimento di ASPI che avrebbe giustificato la risoluzione del rapporto, ha deciso di far proseguire la concessione senza valutare l’affidabilità della concessionaria.

28 – Anche tale questione è stata esaminata dalla Corte di Giustizia che, in risposta al secondo quesito formulato dalla Sezione, ha definito i limiti entro cui le modifiche del contratto richiedono una valutazione dell’affidabilità del concessionario. Limiti che sono stati diversamente declinati a seconda della natura delle modifiche proposte.

Se la modifica è sostanziale, è infatti necessario avviare una nuova procedura di aggiudicazione, nel corso della quale l’amministrazione è tenuta a valutare l’integrità e l’affidabilità di tutti gli operatori che vi partecipano. L’affidabilità della concessionaria sarà perciò valutata a monte, nel corso della gara indetta per l’affidamento della nuova concessione.

Diversamente, se la modifica non richiede una nuova procedura di aggiudicazione, la direttiva 2014 del 2023 non richiede all’amministrazione di verificare l’affidabilità del concessionario, salva l’ipotesi in cui un nuovo operatore economico succeda al concessionario iniziale.

In caso di subentro, l’articolo 43, paragrafo 1, lettera d), punto ii), della direttiva richiede, infatti, che il nuovo concessionario soddisfi “*i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente*”.

Al riguardo, la Corte ha tuttavia ribadito che non comporta successione nella titolarità della concessione la semplice modifica della compagine azionaria del concessionario, come accaduto nel caso in esame.

In assenza di armonizzazione a livello europeo, conclude la Corte, spetta a ciascuno Stato membro determinare le norme che permettono all’amministrazione aggiudicatrice di reagire al grave inadempimento contrattuale del concessionario, che renda dubbia la sua affidabilità durante l’esecuzione della concessione.

26 – I passaggi motivazionali della sentenza della Corte di giustizia hanno chiarito come nessuna disposizione della direttiva 2014/23 imponesse all’amministrazione di procedere a una nuova valutazione dell’affidabilità di ASPI, che ha continuato a gestire una concessione rimasta immodificata nella sua consistenza soggettiva e oggettiva.

29 – Occorre tuttavia verificare se un obbligo di verifica dei requisiti di affidabilità sia invece desumibile dalle norme nazionali che disciplinano le cause di esclusione.

In particolare, l’indagine deve soffermarsi sull’art. 80 del D.lgs. n. 50 del 2016, che individua le cause di esclusione dei candidati, e sull’art. 176, che prevede la risoluzione della concessione in caso di inadempimento del concessionario, invocate dalle parti.

L'elemento dell'affidabilità permea i motivi di esclusione previsti dall'art. 80 del D.lgs. n. 50 del 2016, e costituisce l'elemento chiave su cui si fonda la selezione dei candidati.

Per quel che rileva in questa sede, il comma 5, lettera c-ter, prevede che le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere l'operatore economico che *“abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili”*.

Il campo di applicazione specifico dei motivi di esclusione riguarda formalmente la sola fase pubblicistica di selezione del contraente, nel corso della quale l'amministrazione è chiamata a valutare l'integrità e l'affidabilità dei concorrenti che aspirano all'affidamento della commessa pubblica.

Nondimeno, nella più recente elaborazione giurisprudenziale, il principio dell'affidabilità acquista una più ampia latitudine ordinamentale, superando la dimensione meramente procedimentale entro cui il tenore letterale delle norme parrebbe confinarlo.

Come chiarito dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, anche la fase esecutiva del contratto pubblico non è una *“terra di nessuno”*, indifferente all'interesse pubblico, ma deve rispecchiare e rispettare l'esito della gara *“perché altrimenti sarebbe facile aggirare in sede di esecuzione proprio le regole del buon andamento, della trasparenza e, non da ultimo, della concorrenza, formalmente seguite nella fase pubblicistica anteriore e prodromica all'aggiudicazione”* (Cons. di Stato, Ad. plen., 2 aprile 2020, n. 10).

La persistenza di un rilevante interesse pubblico nella fase esecutiva del contratto è alla base del principio, costantemente ribadito dalla giurisprudenza, secondo cui *“nelle gare di appalto per l'aggiudicazione di contratti pubblici i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità”* (Cons. di Stato, Ad. plen., 20 luglio 2015, n.8).

L'affidabilità del contraente, pertanto, non rileva solo nei momenti tipizzati dal legislatore ai fini della verifica dei requisiti, ma deve permanere per tutta la durata della procedura di selezione e, per l'aggiudicatario, durante l'intera fase esecutiva, fino all'esaurimento del sinallagma che, seppur caratterizzato da un rapporto ormai paritetico, è comunque conformato dalle finalità di interesse pubblico che il contratto mira a perseguire.

Tanto vale in particolare per i contratti di concessione, destinati a proiettarsi in un ampio arco temporale, durante il quale la costante affidabilità del contraente lungo l'intera durata del rapporto è cruciale per preservare, nel corso degli anni, l'interesse pubblico all'efficiente gestione del servizio. Interesse che non si esaurisce nella fase di selezione del contraente, ma che entra nella struttura causale del contratto di concessione, con cui si affida al privato una pubblica funzione rivolta direttamente ai cittadini.

La fiducia nel concessionario, da semplice requisito di partecipazione alla gara, diventa così un elemento immanente all'intera operazione, in quanto coinvolge direttamente l'interesse pubblico sotteso alla concessione, garantendo la continuità e la qualità del servizio erogato.

Poiché l'affidabilità del contraente deve essere mantenuta per l'intera durata della concessione, è indubitabile che un grave inadempimento degli obblighi contrattuali possa compromettere il rapporto concessorio, incrinando la fiducia nell'operatore economico.

La causa di esclusione prevista dal comma 5, lettera c-ter dell'art. 80 del D.lgs. n. 50 del 2016 viene, così, a saldarsi con la risoluzione per inadempimento disciplinata dall'art. 176, comma 7, del medesimo codice. Infatti, se il grave inadempimento nell'esecuzione di un precedente contratto giustifica l'esclusione dalle successive procedure di aggiudicazione, impedendo nella fase genetica il perfezionamento del vincolo contrattuale, lo stesso inadempimento che sopravvenga nel corso di una concessione in essere, del tutto simmetricamente, può comportare, in chiave funzionale, la risoluzione del rapporto per venir meno dell'elemento fiduciario.

La risoluzione può perciò costituire la legittima reazione dell'ordinamento al grave inadempimento del concessionario, che abbia leso il rapporto di fiducia nella capacità professionale dell'impresa.

Tale reazione non si impone tuttavia come scelta necessitata per l'amministrazione, che conserva il potere discrezionale di individuare lo strumento più opportuno per rispondere all'inadempimento.

L'art. 176 del d.lgs. n. 50 del 2016 prevede infatti la mera facoltà – e non l'obbligo – della stazione appaltante di procedere alla risoluzione del contratto, rimettendo all'amministrazione l'individuazione della soluzione preferibile sulla base di una ponderata analisi di costi e benefici.

La disciplina della risoluzione privatistica è coerente con la generale configurazione del potere di autotutela dell'amministrazione, che è sempre discrezionale e richiede, tanto per i vizi genetici dell'atto, quanto per il difetto sopravvenuto del sinallagma, l'ulteriore requisito di un interesse pubblico concreto e attuale che giustifichi la rimozione dell'atto o lo scioglimento del rapporto.

In particolare, per valutare le implicazioni dell'inadempimento che si verifichi durante l'esecuzione del rapporto, occorre considerare che la stipulazione del contratto segna una netta cesura tra la posizione della platea dei concorrenti nella fase di selezione – che è necessariamente paritaria – e la situazione differenziata in cui è posto il concessionario all'esito dell'aggiudicazione.

Nell'ambito del confronto selettivo, all'interesse di ciascun operatore alla corretta valutazione dei requisiti posseduti dai concorrenti, corrisponde l'interesse dell'amministrazione a preservare la regolare competizione tra le imprese, finalizzata a individuare non solo l'offerta migliore, ma anche il contraente più affidabile.

Terminata la selezione competitiva e stipulato il contratto, si instaura invece un rapporto negoziale paritario tra l'amministrazione e il concessionario, nel quale la risposta del concedente all'inadempimento deve confrontarsi non solo con l'interesse del privato alla prosecuzione del rapporto, ma anche con gli interessi della stessa amministrazione a garantire la continuità del servizio e a evitare i costi connessi alla cessazione anticipata della concessione.

Nell'apprezzare l'inadempimento, l'amministrazione è chiamata a svolgere una complessa valutazione, verificando innanzitutto se la carenza riscontrata sia idonea a incrinare in concreto l'affidabilità dell'impresa. In tal caso, tuttavia, anche qualora l'ente concedente dovesse ritenere che il rapporto di fiducia sia stato effettivamente compromesso, potrà comunque, nell'esercizio della sua discrezionalità, valutare se siano preferibili soluzioni alternative alla risoluzione, di tipo conservativo, che permettano la prosecuzione del rapporto attraverso il recupero dell'affidabilità dell'impresa.

30 – Ebbene, nel caso in esame, proprio la necessità di dissipare i dubbi sulla perdurante affidabilità del concessionario costituisce la chiave di lettura dell'Accordo transattivo in oggetto, volto a ricucire la frattura del vincolo fiduciario prodotta dall'inadempimento di ASPI.

Elemento centrale della transazione è la modificazione dell'assetto proprietario della società concessionaria, realizzata attraverso l'ingresso nel capitale sociale di ASPI, per il tramite della Holding Reti Autostradali S.p.a., di Cassa depositi e prestiti. L'ingresso di un azionista di controllo pubblico comporta infatti una riorganizzazione della *governance* societaria, che segna una chiara discontinuità con la gestione precedente, manifestando così l'intenzione di superare le criticità del passato e di orientare la strategia societaria verso obiettivi di interesse pubblico.

La riorganizzazione interna si accompagna poi a specifici impegni volti, da un lato, a eliminare, in via retrospettiva, il danno cagionato – mediante il versamento di un importo finanziario di 3.400 milioni di Euro destinato a risarcire le perdite – e, dall'alto, a prevenire, *pro futuro*, la verifica di ulteriori incidenti – attraverso l'aumento degli standard di sicurezza della rete autostradale.

Le clausole dell'Accordo si inscrivono dunque in una generale operazione di *self-cleaning*, preordinata a realizzare un equo bilanciamento tra garanzia del vincolo fiduciario e tutela dell'interesse pubblico alla prosecuzione del rapporto.

Siffatte misure sono state specificamente concordate con l'amministrazione, nel corso delle complesse trattative che hanno preceduto la stipulazione dell'Accordo, che si basa su una prognosi favorevole del concedente sul superamento delle pregresse criticità.

Prestando il proprio consenso alla formazione dell'Accordo, l'amministrazione ha rinnovato la fiducia nell'operatore economico, fiducia che ogni conferimento di pubbliche attribuzioni logicamente presuppone, confermando così la propria volontà di proseguire nel rapporto concessorio, nella convinzione che l'impresa sia ora in grado di adempiere correttamente ai suoi obblighi, in linea con gli interessi pubblici.

La decisione del Ministero, del resto, è conforme con i principi del risultato e della fiducia, ora codificati nel nuovo codice dei contratti pubblici del 2023, ma già immanenti nel sistema, in base ai quali la tutela della concorrenza e del mercato non deve oscurare l'interesse finale della disciplina, ossia l'affidamento del contratto e la sua esecuzione in modo tempestivo e parsimonioso, restituendo, in tale ottica, alle amministrazioni e agli operatori economici, fiducia nel rispettivo operato. Fiducia che assume una portata bidirezionale, nel senso che, da un lato, si chiede all'amministrazione di risolvere le problematiche in vista del miglior perseguimento del risultato, senza rifugiarsi nei formali obblighi di gara; dall'altro lato presuppone la fiducia verso gli stessi operatori economici, ai quali è consentito, con il *self cleaning*, di correggere eventuali problematiche pregresse, favorendo così un ambiente di collaborazione che rende possibile la migliore esecuzione della concessione.

Nella vicenda in esame, l'amministrazione, nell'ambito dell'ampia discrezionalità a lei riconosciuta, ha perciò gestito in modo appropriato il sopravvenuto inadempimento del concessionario, avvalendosi strumento conservativo del *self cleaning*, in modo da preservare la continuità del rapporto contrattuale e assicurando, al contempo, l'affidabilità professionale del concessionario.

Sotto tale profilo, meritano pertanto condivisione le conclusioni cui è giunta la Sezione centrale della Corte dei conti in sede di controllo di legittimità, che con la deliberazione n. 2 del 2022 ha valutato positivamente l'operazione, evidenziando che *“le attività di riorganizzazione attuate da ASPI S.p.a., che includono anche la modifica dell'assetto proprietario ed il superamento dei limiti operativi contestati dal Concedente, delineano i presupposti per la prosecuzione del rapporto concessorio, concorrendo ad una generale operazione di self cleaning, coerente con una lettura contestualizzata del combinato disposto degli articoli 80 e 176 del d.lgs. n. 50 del 2016”*. Ha perciò concluso che *“pur rimanendo estraneo al sindacato di questo Collegio ogni profilo concernente l'intrinseca valutazione dell'Amministrazione sulle diverse scelte possibili, i presupposti alla base dell'Accordo transattivo appaiono ragionevoli e le pattuizioni sono coerenti con le valutazioni rese nei pareri dell'Avvocatura Generale dello Stato sullo schema di Accordo transattivo. L'intento dell'Amministrazione appare, infatti, ragionevolmente indirizzato verso una soluzione che ha tenuto conto primariamente dell'interesse pubblico, costituito, per un verso, dalla necessità di recuperare l'affidabilità e la fiducia nei confronti del Concessionario del servizio autostrade, mediante appunto la modifica della struttura sociale di ASPI S.p.a., per altro verso, dall'esigenza di ridurre i possibili costi diretti e*

indiretti connessi all'operazione, unitamente alla necessità di incrementare il sistema dei controlli e di monitoraggio della rete autostradale”.

31 – Anche il sesto motivo del ricorso introduttivo deve essere pertanto respinto.

32 – Con il settimo motivo di ricorso si contesta la violazione dell'art. 9 del D. Lgs. n. 231 del 2001, che prevede l'automatico divieto a contrarre con l'amministrazione in caso di accertamento della responsabilità amministrativa dell'ente, richiamando al contempo i considerando 68 e 69 della Direttiva 2014/23/UE e l'art. 32-ter c.p.

Anche tale censura è infondata, in quanto la norma invocata non è pertinente al caso in esame, in assenza di un definitivo accertamento della responsabilità dell'ente in sede penale.

Il divieto di contrarre con l'amministrazione costituisce infatti una sanzione interdittiva, ossia una misura punitiva che, limitando l'autonomia negoziale dell'ente, determina un'incapacità relativa, privandolo dell'attitudine a intrattenere rapporti giuridici con la Pubblica Amministrazione.

La natura sanzionatoria implica che possa essere disposta solamente dal giudice penale, unico titolare della funzione punitiva, all'esito del definitivo accertamento della responsabilità dell'ente che, ai sensi dell'art. 27 della Costituzione, si presume innocente fino a che la colpevolezza non sia stata legalmente provata nel processo, sede naturale per l'irrogazione delle sanzioni.

33 – Priva di pregio è anche la prima censura del ricorso per motivi aggiunti del 13 ottobre 2022 con cui la ricorrente lamenta che l'impegno finanziario posto a carico di ASPI S.p.a., a seguito del cambiamento nel controllo azionario, finirebbe per gravare non più su Atlantia S.p.a., responsabile dell'inadempimento, ma sarebbe sostanzialmente traslato in capo al nuovo socio di controllo HRA S.p.a. e quindi sopportato, in ultima analisi, dalla società pubblica CDP Equity S.p.a., che ne detiene la quota maggioritaria.

Al riguardo, è sufficiente ribadire che l'operazione di cessione delle quote detenute da Atlantia S.p.a. costituisce una semplice transazione commerciale tra privati, che non implica alcun cambiamento nell'identità giuridica della società concessionaria, su cui ricadono, formalmente e sostanzialmente, gli obblighi finanziari previsti nell'Accordo transattivo.

Del resto, la funzione del procedimento amministrativo in esame non era certamente quella di punire i soggetti responsabili dell'evento, devoluta al giudice penale, bensì quella di realizzare l'interesse pubblico all'efficiente gestione della rete autostradale, perseguito appunto mediante il recupero della fiducia nei confronti del concessionario e l'approntamento delle risorse finanziarie necessarie a riparare i danni.

34 – L'infondatezza dei motivi comporta il rigetto della domanda di risarcimento del danno, in quanto la sostanziale legittimità del provvedimento impugnato elide il requisito dell'ingiustizia del danno richiesto per l'integrazione dell'illecito.

35 – Alla luce delle considerazioni svolte, il ricorso deve essere in parte dichiarato irricevibile (in relazione alla seconda censura dei motivi aggiunti del 17 febbraio 2023) e per il resto rigettato (quanto al ricorso introduttivo, ai motivi aggiunti del 13 ottobre 2022 e alla prima censura dei motivi aggiunti del 17 febbraio 2023).

36 – La complessità delle questioni esaminate giustifica la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

Dichiara il difetto di legittimazione passiva della Corte dei conti;

Dichiara irricevibile il secondo motivo dell'atto di motivi aggiunti del 17 febbraio 2023;

Rigetta il ricorso introduttivo, i motivi aggiunti del 13 ottobre 2022 e il primo motivo dell'atto di motivi aggiunti del 17 febbraio 2023;

Compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 febbraio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mele, Presidente

Giuseppe Grauso, Referendario

Giulia La Malfa, Referendario, Estensore