

Sull'operatività del divieto di affidamento delle concessioni autostradali alla luce del principio del tempus regit actum

di Daniela Dell'Oro

Data di pubblicazione: 20-12-2019

Il divieto dell'art. 178, comma 8-bis, è incondizionato ed astratto laddove impedisce sempre e comunque alle amministrazioni di ricorrere alla finanza di progetto per le concessioni autostradali, comprese quelle che verranno a scadenza a regime ordinario e senza limitarsi alla fattispecie della finanza di progetto ad iniziativa privata.

Tuttavia, sembra da escludere che la proposta di finanza di progetto per l'affidamento di una concessione, anche se ad iniziativa privata del concessionario uscente, sia configurabile come una "proroga" della precedente concessione.

È fondata la questione posta dalla società appellante di contrasto di tale previsione con i principi della direttiva n. 2014/23/UE, ed in particolare con il principio di cui al considerando 68 (*"Di norma le concessioni sono accordi complessi di lunga durata con i quali il concessionario assume responsabilità e rischi tradizionalmente assunti dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori e rientranti di norma nell'ambito di competenza di queste ultime. Per tale ragione, fatta salva l'osservanza della presente direttiva e dei principi di trasparenza e di parità di trattamento, dovrebbe essere lasciata alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori un'ampia flessibilità nel definire e organizzare la procedura di selezione del concessionario. [...]"*). Il principio in questione può essere riferito anche alla libertà di scelta della tipologia di procedura di affidamento della concessione, fermo restando il rispetto dei principi di trasparenza e di parità di trattamento.

I precedenti

Cons. Stato, IV, 4 novembre 2011, n. 5854; ; id. IV, 13 aprile 2016, n. 1450; id., IV, 14 novembre 2017, n. 5230, Cons. Stato V, 23 ottobre 2014, n. 5249; id., IV, 11 novembre 2014, n. 5524, nonché, di recente, Cons. Stato, V, 10 giugno 2019, n. 3890, Cass. I, 17 marzo 2005, n. 5820, nonché, tra le altre, Cons. Stato, IV, 13 dicembre 2017, n. 5887, Cons. Stato, Ad. plen., 24 maggio 2011, n. 9, Cons. Stato, Ad. plen., 28 gennaio 2012, n. 1, Cons. Stato, V, 13 marzo 2017, n. 1139, Cons. Stato, V, 21 giugno 2016, n. 2719. In termini analoghi: III, 20 marzo 2014, n. 1365, Cons. Stato, V, 14 aprile 2015, n. 1872, Cons. Stato, V, 31 agosto 2015,

n. 4035, Adunanza Generale, parere 30 marzo 2017, n. 782

Guida alla lettura

La V Sezione del Consiglio di Stato, nella sentenza che si segnala, esamina la disciplina transitoria contenuta nell'art. 216 del d.lgs. n. 50 del 2016, alla luce del principio del *tempus regit actum*, per definire il regime delle concessioni autostradali.

Il Collegio premette, infatti, che la legittimità di un provvedimento amministrativo va valutata con riferimento allo stato di fatto e di diritto esistente al momento della sua emanazione. In ragione del generale principio di legalità, per cui l'Amministrazione non può che conformarsi alla legge vigente al momento in cui dà luogo alla sua manifestazione di volontà, resta ferma l'operatività del principio *tempus regit actum* ogniqualvolta si tratti di decidere della disciplina applicabile nel procedimento relativo al rilascio di un titolo ampliativo. Diversamente, si renderebbe l'interessato, con la sua scelta di convenienza del momento in cui presentare l'istanza, arbitro della norma da applicare. Per conseguenza la situazione normativa vigente alla data di presentazione della domanda, salvo che la legge stessa non disponga altrimenti, non vincola l'amministrazione e la domanda va valutata applicando la normativa vigente al momento in cui si conclude il procedimento, fatta salva l'applicazione di norme transitorie recate dalla normativa sopravvenuta in pendenza di procedimento.

Quanto al procedimento amministrativo, il principio *tempus regit actum* va specificato nel senso che attiene alle sequenze procedurali che si compongono di atti dotati di singola autonomia funzionale, di modo che -fatte sempre salve eventuali apposite norme transitorie - ogni fase o atto del procedimento trova la sua disciplina nelle disposizioni di legge o di regolamento vigenti alla data in cui ha luogo la fase o viene adottato l'atto conclusivo dell'autonoma fase procedimentale in cui è inserito, dovendosi allo scopo distinguere tra procedimento amministrativo e attività amministrativa procedimentale.

Fatte queste premesse, il Consiglio di Stato rileva che la disciplina transitoria dell'art. 216 del d.lgs. n. 50 del 2016 dà coerente applicazione ai principi su enunciati.

In particolare, il secondo periodo della disposizione (che fa riferimento a «procedure già avviate») è indice che la disciplina transitoria va riferita alle procedure di finanza di progetto ad iniziativa pubblica (comprese quelle di cui ai commi 15 e 16-18 del previgente art. 153 del d.lgs. n. 163 del 2006, definitivamente abbandonate dal nuovo codice).

In concreto, il Collegio specifica che, se il progetto preliminare per una proposta di concessione avanzata sotto il previgente regime ancora non è stato approvato al momento del subentro della nuova legge, non si può che procedere all'approvazione secondo le regole della nuova: ne consegue che la successiva gara a base della quale va poi posto il progetto di fattibilità una volta approvato dovrà seguire le disposizioni del sopravvenuto d.lgs. n. 50 del 2016.

Riguardo alla controversia di cui si occupa, che ruota intorno al provvedimento di non accoglimento della proposta di progetto, la V Sezione precisa che, in materia di concessioni autostradali il regime intertemporale si completa con le altre due disposizioni introdotte dal d.lgs. n. 56 del 2017, cioè l'art. 178 (Norme in materia di concessioni autostradali e particolare regime transitorio), contenente, tra l'altro, al comma 8-bis, il censurato divieto di affidamento delle concessioni autostradali scadute o in scadenza facendo ricorso alle procedure di cui all'art. 183; e il comma 27-sexies dell'art. 216, secondo cui: *«Per le concessioni autostradali scadute o in scadenza entro sei mesi alla data di entrata in vigore della presente disposizione, per le quali l'attività di gestione risulta economicamente prevalente rispetto alla realizzazione di nuove opere o di interventi di manutenzione straordinaria e il cui bando è pubblicato entro ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, il concedente può avviare le procedure di gara per l'affidamento della concessione sulla base del solo quadro esigenziale limitatamente agli interventi di messa in sicurezza dell'infrastruttura esistente.»*.

Risulta perciò dirimente **chiarire se e, in caso positivo, con quali effetti operi nel caso di specie il divieto di cui all'art. 178, comma 8-bis, del d.lgs. n. 50 del 2016.**

La V Sezione ricostruisce i tratti essenziali della procedura di affidamento di cui alla finanza di progetto –sia nel regime previgente che nell'attuale, e specificamente quanto alla fattispecie di iniziativa privata- individuando al suo interno due fasi, articolate in altrettanti sub-procedimenti.

La fase preliminare è finalizzata all'approvazione del progetto da porre a base di gara -su proposta di soggetto proponente che soltanto in caso di approvazione del progetto e di indizione della gara assumerà la qualificazione di promotore, invitato a partecipare alla gara- ed è connotata da amplissima discrezionalità, sia nella valutazione del pubblico interesse, oggi della fattibilità, della proposta che nell'inserimento del progetto, pur positivamente valutato, negli strumenti di programmazione dell'amministrazione.

La giurisprudenza amministrativa prevalente ha stabilito che **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'), aggiungendo che 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.

Alla detta fase propedeutica all'approvazione del progetto segue la fase dell'indizione con apposito bando e dello svolgimento della gara ad evidenza pubblica, a base della quale viene posto il progetto approvato.

Sebbene interdipendenti, le due fasi sono autonome e l'atto conclusivo della prima fase (negativo, qualora la proposta del privato venga rifiutata; o positivo, qualora la verifica di fattibilità del progetto sia favorevole all'operatore economico privato) è autonomamente impugnabile (dal proponente ovvero dai concorrenti) e sindacabile dal giudice amministrativo.

Il Collegio esamina, a questo punto, la questione sotto il duplice **profilo del diritto interno e del diritto euro unitario**, rilevando che l'art. 178 d.lgs. n. 50 del 2016 e succ. modd. è disposizione che non trova immediato riscontro nella direttiva n. 2014/23/UE, ma rappresenta l'attuazione del criterio di delega dell'art. 1, comma 1, lett. mmm) della legge 28 gennaio 2016, n. 11, così come del criterio di cui alla precedente lett. III), per il quale con il decreto delegato si sarebbe dovuto prevedere "l'avvio delle procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento delle nuove concessioni autostradali non meno di ventiquattro mesi prima della scadenza di quelle in essere, con revisione del sistema delle concessioni autostradali, con particolare riferimento all'introduzione di un divieto di clausole e disposizioni di proroga, in conformità alla nuova disciplina generale dei contratti di concessione".

Infatti, l'art. 178, premesso il divieto di proroga delle concessioni autostradali, distingue, per l'avvio di nuove gare, tra un regime ordinario ed un regime transitorio, e differenzia, per quest'ultimo, le concessioni già scadute dalle concessioni «in scadenza» (che sarebbero scadute entro ventiquattro mesi o in un termine inferiore a ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore della parte terza del codice), fermo restando che nelle more i reciproci obblighi «sono regolati sulla base delle condizioni contrattuali vigenti» (comma 2, richiamato dal comma 5).

Il Consiglio di Stato osserva che, salva la possibilità di procedere ad affidamenti in house ai sensi dell'art. 5 (e del comma 8-ter, aggiunto dal d.lgs. n. 56 del 2017), le divergenze tra la disciplina transitoria e la disciplina a regime consistono nella previsione di termini differenziati per l'avvio della procedura per individuare il concessionario subentrante mediante gara ad evidenza pubblica (fissati in sei mesi dalla data di entrata in vigore del Codice per la «predisposizione» del bando per le concessioni scadute; nel «più breve tempo possibile in modo da evitare soluzioni di continuità tra i due regimi concessori», per l'avvio della procedura se la scadenza fosse caduta in un termine inferiore ai ventiquattro mesi e comunque nell'avvio della procedura per le concessioni autostradali in scadenza nei ventiquattro mesi successivi all'entrata in vigore della parte terza del Codice), laddove, a regime, il comma 4 prevede in generale che il concedente avvia le procedure a evidenza pubblica per l'affidamento della nuova concessione autostradale entro il termine di ventiquattro mesi antecedente alla scadenza della concessione (previe le verifiche e l'eventuale indennizzo di cui ai commi 6 e

7).

In tale quadro normativo - rispettoso del criterio dell'art. 1, lettera mmm), della legge delega, sopra riportato- si è venuto ad inserire, con il “correttivo” di cui al d.lgs. n. 56 del 2017, **il divieto del comma 8-bis, riferito testualmente agli affidamenti delle concessioni autostradali «scadute o in scadenza».**

Il testo della disposizione non appare univocamente interpretabile nel senso che si tratti di disciplina strettamente transitoria.

Al contrario, va rilevato che la lettera **del comma 8-bis reca un divieto generalizzato di affidare le concessioni autostradali con la procedura della finanza di progetto se l'infrastruttura è già affidata in concessione**: sicché si potrebbe intendere, estensivamente, come previsione da applicare non solo in via transitoria, ma anche a regime, come nel caso di nuova concessione da affidare per subentro al concessionario scaduto.

Ci si trova dunque di fronte a un dilemma interpretativo circa **i presupposti di operatività** della detta norma e i loro **limiti**.

Lo schema del decreto legislativo “correttivo” ha comportato una modifica significativa rispetto al sistema previgente atteso che - a dimostrazione della compatibilità della finanza di progetto con la concessione della gestione autostradale- esplicitamente si prevedeva al già menzionato art. 8-duodecies, comma 2-ter, del d.-l. 4 aprile 2008, n. 59 e succ. modd. che «i contratti di concessione di costruzione e gestione e di sola gestione nel settore stradale e autostradale sono affidati secondo le procedure previste all'art. 144 del D.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 e successive modificazioni ovvero all'art. 153 del medesimo decreto» e che il d.lgs. n. 50 del 2016 –abrogato il d.lgs. n. 163 del 2006- ha previsto la finanza di progetto nella parte IV dedicata al partenariato pubblico privato e, con l'art. 179, comma 3, ne ha esteso le disposizioni anche ai servizi, senza nulla aggiungere, a proposito delle concessioni autostradali, nel testo originario dell'art.178 (o dell'art. 183).

In termini generali, merita osservare che **la finanza di progetto -la quale, pur essendo disciplinata nella parte dedicata ai contratti di partenariato pubblico privato, non è un contratto, ma una speciale procedura di affidamento finalizzata alla realizzazione di opere pubbliche, di regola, senza oneri finanziari pubblici - pur essendo “alternativa all'affidamento mediante concessione ai sensi della parte III” del Codice (arg. ex art. 183, comma 1), deve comunque rispettare – a tutela della concorrenza e della par condicio dei potenziali interessati - gli immanenti principi dell'evidenza pubblica.**

In particolare, anche in caso di iniziativa privata, la fase prodromica di individuazione del promotore è connotata da amplissima discrezionalità amministrativa, di modo che la proposta è valutata per la sua rispondenza all'interesse pubblico, oggi per la sua “fattibilità”.

In tale fase non si tratta di scegliere la migliore offerta sulla base di criteri tecnici ed economici predeterminati, ma di valutare la preliminare fattibilità di una proposta di progetto che ne consenta l'inserimento negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione

aggiudicatrice sulla base della normativa vigente.

L'aggiudicazione della concessione seguirà, invece, all'esito della successiva gara, in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa: questa fase è autonoma dalla precedente e si deve svolgere appunto secondo le regole dell'evidenza pubblica, solo fatto salvo il vantaggio costituito dal diritto di prelazione riconosciuto al promotore a condizioni predeterminate.

La previsione di un tale vantaggio non appare in conflitto con i principi eurounitari di trasparenza e di parità di trattamento, sempre che tutti i partecipanti vengano “messi a conoscenza dei [...] privilegi (n.d.r. consistenti nell'invito a partecipare alla procedura negoziata e nel diritto di prelazione del promotore) e dei criteri di valutazione”, come attualmente assicurato dal procedimento delineato dall'art. 183, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016.

Alla stregua delle considerazioni che precedono e del dato normativo, **sembra da escludere che la proposta di finanza di progetto per l'affidamento di una concessione, anche se ad iniziativa privata del concessionario uscente, sia configurabile come una “proroga” della precedente concessione.** D'altronde, se così fosse, non si comprenderebbe la ragione del divieto limitato alle concessioni autostradali.

Il divieto dell'art. 178, comma 8-bis, riguarda queste ultime, ma è incondizionato ed astratto, impedendo sempre e comunque alle amministrazioni di ricorrere alla finanza di progetto per tale tipologia di concessioni. Per di più - come detto - non solo per le concessioni autostradali scadute o di prossima scadenza alla data di entrata in vigore del codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50 del 2016, ma anche per le concessioni autostradali che verranno a scadenza a regime ordinario, e non solo per la fattispecie della finanza di progetto ad iniziativa privata.

Appare perciò fondata la questione posta dalla società appellante di contrasto di tale previsione con i principi della direttiva n. 2014/23/UE, ed in particolare con il principio di cui al considerando 68 (“Di norma le concessioni sono accordi complessi di lunga durata con i quali il concessionario assume responsabilità e rischi tradizionalmente assunti dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori e rientranti di norma nell'ambito di competenza di queste ultime. Per tale ragione, fatta salva l'osservanza della presente direttiva e dei principi di trasparenza e di parità di trattamento, dovrebbe essere lasciata alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori un'ampia flessibilità nel definire e organizzare la procedura di selezione del concessionario. [...]”). Siffatto principio, pur letteralmente sancito nel considerando mediante il riconoscimento in capo all'amministrazione aggiudicatrice della “flessibilità nel definire ed organizzare la procedura di selezione del concessionario” e pur specificato nell'art. 30 della direttiva come libertà di “organizzare la procedura per la scelta del concessionario”, può essere riferito anche alla libertà di scelta della tipologia di procedura di affidamento della concessione, fermo restando il rispetto dei principi di trasparenza e di parità di trattamento.

REPUBBLICA ITALIANA**Il Consiglio di Stato****in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 10140 del 2018, proposto da

Autostrada Torino Ivrea Valle D'Aosta – Ativa s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Arturo Cancrini, Vittorio Donato Gesmundo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Arturo Cancrini in Roma, piazza San Bernardo, 101;

contro

Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, Ministero dell'economia e delle finanze, in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Autorità di regolazione dei trasporti, non costituita in giudizio;

nei confronti

Autorità di bacino del Po, Regione Piemonte non costituite in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 10141 del 2018, proposto da

Autostrada Torino Ivrea Valle D'Aosta – Ativa s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Arturo Cancrini, Vittorio Donato Gesmundo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Arturo Cancrini in Roma, piazza San Bernardo, 101;

contro

Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, Ministero dell'economia e delle finanze, in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Autorità di regolazione dei trasporti, non costituita in giudizio;

nei confronti

Autorità di Bacino del Po, Regione Piemonte non costituite in giudizio;

per la riforma

quanto al ricorso n. 10141 del 2018:

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (sezione seconda) n. 978/2018, resa tra le parti;

quanto al ricorso n. 10140 del 2018:

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte n. 977/2018, resa tra le parti;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Presidenza del Consiglio dei Ministri, del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e del Ministero dell'economia e delle finanze;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 giugno 2019 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e uditi per le parti gli avvocati Vagnucci su delega di Cancrini, Gesmundo, e l'Avvocato dello Stato Palasciano;

I – I fatti di causa.

1. La società Autostrada Torino Ivrea Valle d'Aosta – ATIVA s.p.a., concessionaria della gestione di una tratta autostradale di circa 220 km (A 5) nel territorio del Piemonte (area delle province di Torino e Vercelli), in forza di più concessioni, l'ultima delle quali scaduta nel 2016, ha proposto un primo ricorso per l'annullamento della nota 29 luglio 2016, prot n. 8115, con la quale il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti non ha accolto la proposta di project financing per la "concessione della gestione dell'Autostrada A5, Raccordo Autostradale A4/5, del Sistema Autostradale e Tangenziale di Torino e dell'esecuzione dei lavori di messa in sicurezza del Nodo Idraulico di Ivrea, di miglioramento sismico e di adeguamento normativo

dell'infrastruttura", presentata ai sensi dell'art. 153, comma 19, d.lgs. n. 163 del 2006, il 25 settembre 2015. Con tale ricorso la società ha chiesto altresì l'accertamento e la dichiarazione dell'obbligo del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, ai sensi dell'art. 2, legge n. 241 del 1990, delle disposizioni dell'art. 153, comma 19 e 14 dell'art. 175 del d.lgs. 12 aprile 2006, nonché dell'art. 183, comma 15 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, nonché di ogni altra disposizione che disciplini il procedimento di analisi delle proposte degli operatori abilitati per la concessione e gestione di infrastrutture autostradali, di esprimersi sul pubblico interesse e/o la fattibilità della proposta formulata da ATIVA il 25 settembre 2015 e quindi per la condanna delle amministrazioni intimare a valutare il pubblico interesse e/o la fattibilità della proposta di ATIVA.

1.1.A fondamento del non accoglimento della proposta il Ministero ha posto i seguenti argomenti:

1) non rispondenza della proposta ai requisiti dell'art. 183, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016, per l'inserimento di lavori già previsti negli strumenti di programmazione: i lavori di completamento del Nodo idraulico di Ivrea, che costituiscono la parte essenziale degli interventi proposti, sono stati previsti nel primo atto aggiuntivo all'Intesa Generale Quadro del 23 gennaio 2009, tra il Governo e la Regione Piemonte, tra gli "interventi autostradali a carico delle società concessionarie";

2) inapplicabilità dell'art. 183, comma 15 del d.lgs. n. 50 del 2016 alle infrastrutture autostradali, per le quali, secondo l'ultimo periodo del comma 1, è necessario l'inserimento negli strumenti di programmazione approvati dal MIT;

3) inapplicabilità della "finanza di progetto" alla fattispecie della concessione di gestione autostradale;

4) non conformità della forma e dei contenuti della proposta alle disposizioni normative (art. 153, comma 19, d.lgs. n. 163 del 2006 e art. 183, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016);

5) contrasto con gli artt. 166 e 178 del d.lgs. n. 50 del 2016.

1.2. Con i primi due motivi di ricorso la società aveva lamentato la violazione dell'art. 2 della legge n. 241 del 1990 e dell'art. 153, comma 19, del d.lgs. n. 163 del 2006, che impone all'Amministrazione di valutare entro tre mesi l'interesse pubblico delle proposte relative alla realizzazione in concessione di lavori pubblici o di pubblica utilità: la proposta, presentata dalla ricorrente nel settembre 2015, avrebbe dovuto essere valutata entro la fine del 2015, mentre il Ministero si è espresso solamente nel giugno 2016, e dando applicazione alla disciplina sopravvenuta (d.lgs. n. 50 del 2016), in violazione dei principi di legittimo affidamento, certezza del diritto e giusto procedimento e con una decisione viziata da eccesso di potere per sviamento.

1.2.1. La qui appellata sentenza 31 agosto 2018, n. 977 ha respinto i motivi, esaminandoli congiuntamente, perché ha escluso che il mancato rispetto del termine, se l'amministrazione non valuta l'interesse pubblico entro tre mesi dalla presentazione della proposta, "vada, di per

sé solo, ad inficiare la legittimità del provvedimento adottato dall'amministrazione dopo lo scadere del termine di tre mesi"; ha ritenuto che il termine sia a garanzia del proponente e ha configurato due alternative a disposizione del proponente in caso di vana scadenza del termine: "potrà comunicare all'amministrazione di non ritenersi più vincolato alla propria proposta oppure potrà azionare il rimedio del silenzio, al fine di costringere l'amministrazione a concludere il procedimento", fatta salva l'eventuale responsabilità dell'amministrazione per il mancato rispetto del termine.

1.3. Dato ciò, la sentenza ha fatto richiamo al principio giurisprudenziale secondo cui, quando siano posti a sostegno di un provvedimento amministrativo più motivi, ciascuno autonomamente idoneo a darne giustificazione, è sufficiente che sia verificata la legittimità di uno di essi, per escludere che l'atto possa essere annullato in sede giurisdizionale; e ne ha fatto seguire il rigetto del ricorso, per l'infondatezza del quinto motivo.

1.3.1. Con questo mezzo era censurata la ragione indicata al punto 4 del provvedimento impugnato, in particolare nella parte in cui assume la non conformità della forma e dei contenuti della proposta all'art. 153, comma 19, d.lgs. n. 163 del 2006 (il quale prevede la presentazione da parte del proponente di un progetto preliminare dei lavori da realizzare, da porre a base di gara, dopo la sua approvazione) in quanto ATIVA ha presentato un progetto definitivo del completamento del Nodo di Ivrea e un progetto esecutivo per altri interventi.

La sentenza, richiamato il testo della norma del Codice dei contratti pubblici del 2006, ha ritenuto che la disposizione sia "chiara nel prescrivere che la proposta consista in un progetto preliminare" e che la gara per la selezione del concessionario debba "svolgersi sulla base di un progetto preliminare, lasciando, quindi, il progetto definitivo ed esecutivo ad un momento successivo, prevedendone la presentazione nel corso della gara stessa o anche dopo l'aggiudicazione". Ne ha fatto seguire l'affermazione dell'inammissibilità di una proposta che, come quella presentata da ATIVA, "contenga un progetto che abbia un livello di approfondimento maggiore rispetto a quello preliminare", dal momento che la necessità della presentazione di un progetto preliminare risponde "all'interesse pubblico a che l'amministrazione disponga di un progetto che abbia uno stadio di definizione tale da permetterle di apportare modifiche ritenute necessarie per ritenerlo rispondente all'interesse pubblico e a che la successiva gara veda i concorrenti confrontarsi su di un progetto che abbia un tale livello di definizione e sulle sue eventuali varianti. Questa scelta è riservata alla discrezionalità del legislatore".

1.4. Reputato perciò legittimo il provvedimento ministeriale impugnato per aver escluso (anche) per il detto motivo la conformità della proposta di ATIVA già a quanto richiesto dall'art. 153, comma 19, del d.lgs. n. 163 del 2006, la sentenza ha ritenuto irrilevante l'assunto della ricorrente secondo cui l'amministrazione non avrebbe potuto applicare l'art. 183 del d.lgs. n. 50 del 2016, sopravvenuto alla presentazione della proposta, ma vigente al momento dell'adozione del provvedimento impugnato (che di detta disciplina ha invece fatto applicazione).

2. La ATIVA s.p.a. ha proposto un secondo ricorso per l'annullamento di altra nota, del 22 maggio 2017, prot n. 4499, con la quale il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti non ha

accolto una successiva proposta di project financing presentata dalla società, ai sensi dell'art. 183, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016, il 20 settembre 2016, sempre per la "concessione della gestione dell'Autostrada A5, Raccordo Autostradale A4/5, del Sistema Autostradale e Tangenziale di Torino e dell'esecuzione dei lavori di messa in sicurezza del Nodo Idraulico di Ivrea, del miglioramento sismico e di adeguamento normativo dell'infrastruttura".

2.1. A fondamento del mancato accoglimento della seconda proposta il Ministero ha posto ragioni coincidenti con quelle di cui al precedente provvedimento, e due ulteriori ragioni, basate su norme di legge sopravvenute; e segnatamente:

1) non rispondenza della proposta ai requisiti del comma 15 dell'art. 183 del d.lgs. n. 50 del 2016, per l'inserimento di lavori già previsti negli strumenti di programmazione: i lavori di completamento del Nodo idraulico di Ivrea, che costituiscono la parte essenziale degli interventi proposti, sono stati previsti nel primo atto aggiuntivo all'Intesa Generale Quadro del 23 gennaio 2009, tra il Governo e la Regione Piemonte, tra gli "interventi autostradali a carico delle società concessionarie";

2) inapplicabilità dell'art. 183, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016 alle infrastrutture autostradali, per le quali, secondo l'ultimo periodo del comma 1, è necessario l'inserimento negli strumenti di programmazione approvati dal MIT;

3) inapplicabilità della "finanza di progetto" alla fattispecie della concessione di gestione autostradale;

4) non conformità della forma e dei contenuti della proposta alle disposizioni normative (art. 183, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016);

5) contrasto con gli artt. 166 e 178 del d.lgs. n. 50 del 2016;

6) contrasto con l'art. 178, comma 8-bis, d.lgs. n. 50 del 2016, introdotto dal d.lgs. n. 56 del 2017;

7) contrasto con il comma 27-sexies dell'art. 216 del d.lgs. n. 50 del 2016.

2.2. L'altra appellata sentenza, 31 agosto 2018, n. 978 ha deciso conformemente alla precedente n. 977/2018, pubblicata in pari data, ritenendo "esente dalle censure sollevate dalla ricorrente la ragione indicata al punto 4 del provvedimento, in particolare nella parte in cui contesta la non conformità della forma e dei contenuti della proposta all'art. 183, c. 15, d.lgs. n. 50/2016 (il quale prevede la presentazione da parte del proponente di un progetto di fattibilità dei lavori da realizzare, da porre a base di gara) in quanto Ativa s.p.a. ha presentato un progetto definitivo del completamento del Nodo di Ivrea e il progetto esecutivo, per altri interventi" ed affermando che, in base all'art. 183, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016, la gara per la selezione del concessionario deve svolgersi sulla base di un progetto di fattibilità "lasciando quindi il progetto definitivo ed esecutivo ad un momento successivo, prevedendone la presentazione nel corso della gara stessa o anche dopo l'aggiudicazione".

2.3. Ne è seguito il rigetto anche di tale secondo ricorso, con motivazione conforme nel merito a quella della precedente sentenza e con analoga conclusione sull'irrelevanza delle censure addotte avverso le altre ragioni a base del provvedimento impugnato, attesa la legittimità del motivo concernente la ritenuta non conformità della proposta all'art. 183, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016.

II – I giudizi di appello.

3. ATIVA s.p.a. ha proposto un primo ricorso in appello avverso la sentenza n. 977/2018, iscritto al n. r.g. 10140/2018, deducendo a sostegno i seguenti due motivi:

I) Violazione e falsa applicazione degli artt. 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241, in relazione agli art. 153, comma 19, del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (quinto periodo) e 8 duodecies comma 2 ter del d.l. n. 59 del 2008, introdotto dall'art. 43.5 del d.l. n. 201 del 2011; eccesso di potere particolarmente sotto il profilo dello sviamento e della contraddittorietà; violazione e falsa applicazione dei principi in tema di affidamento diretto delle concessioni a società a partecipazione pubblica (affidamento in house); dei principi di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione, di non discriminazione (artt. 3 e 97 cost.); eccesso di potere, particolarmente sotto il profilo dello sviamento e della contraddittorietà: si sostiene che il primo giudice avrebbe equivocato sulla portata dei primi due motivi di ricorso, nei quali la scadenza del termine sarebbe stata dedotta non quale ragione di censura in sé dell'operato dell'amministrazione, ma per dimostrare lo sviamento nel quale l'amministrazione sarebbe incorsa; si aggiunge che, peraltro, l'inerzia dell'amministrazione avrebbe prodotto diverse conseguenze pregiudizievoli per la ricorrente; si rappresenta che la volontà di "non procedere alla valutazione della proposta presentata" era manifestata in modo esplicito in un appunto del Direttore Generale per il Capo di Gabinetto del 5 novembre 2015 e nella richiesta di parere all'ANAC del 1° febbraio 2016 e che la ricostruzione del procedimento contenuta nel provvedimento impugnato sarebbe smentita dai documenti prodotti in primo grado; si evidenzia come in questi documenti ci sia la proposta di "subentro diretto di ANAS S.p.A. alla scadenza della concessione in argomento, utilizzando lo strumento dell'affidamento in house" per promuovere la costituzione di una società veicolo controllata da ANAS, da collocare sul mercato dopo avervi concentrato diverse tratte autostradali, e così impedire <<che la disciplina dettata dall'art. 153 del d.lgs. n. 163 del 2006, caratterizzata dal riconoscimento del diritto di prelazione del Promotore in ordine alla proposta di project financing (diritto che, pur essendo sancito da una Legge dello Stato, il Ministero ritiene apoditticamente lesivo della concorrenza), possa essere invocata dalle società concessionarie alla vigilia della scadenza del rapporto concessorio, segnalando perfino l'opportunità di una "modifica normativa che escluda l'utilizzo della norma in argomento alle società titolari di concessioni autostradali" [...]>>; si conclude che sarebbe "intrinsecamente contraddittoria e comunque illegittima" la scelta di affidare in house all'ANAS la gestione autostradale, per "promuovere sostanzialmente un'operazione finanziaria speculativa" e che le stesse considerazioni varrebbero per la proposta di impedire – a tutela della concorrenza – alle concessionarie autostradali di avvalersi della procedura di finanza di progetto a iniziativa privata, malgrado questa sia in linea con le istanze di concorrenza; tutto ciò, a dimostrazione, per l'appellante, dello sviamento della decisione del Ministero e dell'esistenza di una "resistenza preconcepita" all'utilizzo del project financing per l'affidamento di nuove concessioni autostradali.

II) Violazione e falsa applicazione dell'art. 153, comma 19, del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163; eccesso di potere particolarmente sotto il profilo dello sviamento, della perplessità e della contraddittorietà: si censura l'interpretazione data dalla sentenza alla norma di cui è denunciata la violazione, perché non vi sarebbe ragione per negare l'ammissibilità di una proposta di finanza di progetto formulata sulla base di progetti definitivi o esecutivi, che per definizione garantiscono il rispetto delle caratteristiche redazionali dei progetti dei livelli precedenti (comunque nella specie i progetti presentati con la proposta li avrebbero garantiti), come si evincerebbe anche dalla deliberazione dell'ANAC n. 437 del 9 maggio 2018; si torna ad affermare, come col ricorso in primo grado, che la disposizione che consente la formulazione di proposte sulla base di progetti preliminari o di studi di fattibilità tecnico-economica costituirebbe una norma di favore "volta ad evitare che il proponente debba sobbarcarsi, in una fase caratterizzata dall'assoluta incertezza sull'esito della valutazione, gli oneri della progettazione definitiva", ma che questa non sarebbe impedita.

3.1. Col ricorso in appello vengono riproposti i sei motivi del ricorso originario non esaminati in primo grado perché assorbiti dalla decisione impugnata.

4. Un secondo ricorso in appello iscritto al n. r.g. 10141/2018 è stato proposto da ATIVA s.p.a. avverso la sentenza n. 978/2018, formulando il seguente unico motivo di gravame:

I) Violazione e falsa applicazione degli artt. 23, 166, 181 e 183 comma 15 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50; eccesso di potere particolarmente sotto il profilo dello sviamento, della perplessità e della contraddittorietà. Violazione e falsa applicazione dell'art. 2 della Direttiva UE n. 23/2014: al fine di censurare l'interpretazione data dal primo giudice all'art. 183, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016, si ribadiscono le tesi dell'appellante in punto di ammissibilità di proposte formulate con un livello di approfondimento maggiore del progetto di fattibilità, nonché in punto di qualificazione della disposizione come norma di favore per il proponente.

4.1. Col ricorso in appello vengono riproposti i sette motivi del ricorso originario non esaminati in primo grado perché assorbiti dalla decisione impugnata.

5. In entrambi i giudizi si sono costituiti, con la difesa dell'Avvocatura generale dello Stato, la Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Ministero dell'economia e delle finanze e l'Autorità di regolazione dei trasporti, nonché il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, eccettuando tutti gli appellati, tranne quest'ultimo, il proprio difetto di legittimazione passiva perché i provvedimenti impugnati sono stati adottati dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti in piena autonomia e senza il coinvolgimento delle altre Amministrazioni evocate. Tutti hanno resistito, nel merito, contestando, con unica memoria in ciascuno dei due giudizi, i motivi di gravame e i motivi dei ricorsi originari riproposti in appello.

6. All'udienza pubblica del 13 giugno 2019 i ricorsi sono stati trattenuti in decisione, previo deposito di memorie di replica dell'appellante.

7. Preliminarmente va disposta la riunione dei ricorsi iscritti al r.g. con i nn. 10140 e 10141 del 2018, perché, pur non essendo proposti contro la stessa sentenza, sono soggettivamente connessi e pongono una questione pregiudiziale comune.

7.1. Ritiene infatti il Collegio che si renda necessario sollevare questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione Europea nei termini di seguito esposti.

III – Diritto nazionale e rilevanza della questione

8. Con il d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 è stato aggiunto all'art. 178 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 il seguente comma 8-bis: «Le amministrazioni non possono procedere agli affidamenti delle concessioni autostradali scadute o in scadenza facendo ricorso alle procedure di cui all'art. 183», vale a dire facendo ricorso alla finanza di progetto, sia di iniziativa pubblica che di iniziativa privata.

La disposizione, la cui introduzione è sopravvenuta ad entrambe le proposte di ATIVA s.p.a. oggetto del presente contenzioso -avanzate rispettivamente ai sensi dell'art. 153, comma 19, del d.lgs. n. 163 del 2006, in data 25 settembre 2015, e ai sensi dell'art. 183, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016, in data 20 settembre 2016 - è stata posta a fondamento del sesto motivo del provvedimento di non accoglimento della seconda delle proposte della società, adottato dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti con nota n. 4499 del 22 maggio 2017, successiva di due giorni all'entrata in vigore del d.lgs. n. 56 del 2017 (pubblicato nel Supplemento ordinario n. 22/L alla Gazzetta Ufficiale n. 103 del 5 maggio 2017 ed entrato in vigore il 20 maggio 2017).

8.1. Il sesto motivo del ricorso in appello iscritto al r.g. n. 10141/2018 (Violazione e falsa applicazione degli artt. 10 bis della legge 2 agosto 1990 n. 241; violazione e falsa applicazione dell'art. 178 commi 2 e 8 bis e 216 comma 27 sexies del D.lgs. n. 50 del 2016, aggiunti dal D.lgs. n. 56 del 2017; illegittimità derivata dal contrasto della disciplina introdotta dal D.lgs. n. 56 del 2017 con i principi posti dalla direttiva UE n. 23 del 2014 e in particolare con gli artt. 1 e 3. Eccesso di potere particolarmente sotto il profilo dello sviamento, della contraddittorietà e della perplessità della motivazione) contiene due ordini di censure.

8.1.1. Col primo, l'appellante sostiene che la disposizione non si applicherebbe (nemmeno) alla seconda proposta di ATIVA s.p.a., in base all'art. 11 delle Preleggi ed al principio *tempus regit actum*, in quanto la proposta sarebbe retta dalla disciplina vigente alla data della sua presentazione. Aggiunge che nella comunicazione di preavviso di rigetto, ai sensi dell'art. 10-bis della legge n. 241 del 1990, né la richiamata disposizione né quella, contestualmente entrata in vigore, dell'art. 216, comma 27-sexies, del d.lgs. n. 50 del 2016 (introdotto dal d.lgs. n. 56 del 2017), sono state indicate fra le ragioni ostative all'accoglimento della proposta di ATIVA: sicché tale omissione avrebbe impedito alla società di segnalare le ragioni delle inapplicabilità delle norme sopravvenute, violando così il suo diritto di partecipazione al procedimento.

8.2. La difesa erariale osserva che, contrariamente all'assunto dell'appellante, l'art. 178, comma 8-bis, sarebbe disposizione applicabile *ratione temporis* al caso di specie, anche in ragione del fatto che intende incidere sulle concessioni «scadute o in scadenza» e quindi sarebbe «volutamente ritenuta applicabile dal Legislatore alle situazioni come quella di causa, nell'intento di una maggiore apertura concorrenziale e per evitare l'ulteriore consolidamento dei precedenti gestori titolari di concessioni in scadenza affidate senza gara».

8.2.1. Più in generale, le Amministrazioni richiamano la giurisprudenza per la quale la legittimità di un provvedimento amministrativo si deve accertare con riferimento allo stato di fatto e di diritto esistente al momento della sua emanazione secondo il principio *tempus regit actum* e sostengono l'operatività del *ius superveniens*, con riguardo a procedimenti suddivisi in fasi coordinate, per ogni fase o atto di ciascuna sequenza procedimentale, salvo che incida su situazioni giuridiche già consolidate.

8.2.2. Questi stessi argomenti sono posti a fondamento della difesa svolta dalle Amministrazioni appellate nel giudizio r.g. n. 10140/2018, al fine di sostenere l'applicabilità della disciplina di cui al sopravvenuto d.lgs. n. 50 del 2016 anche alla proposta formulata dalla società prima della sua entrata in vigore, ai sensi dell'art. 153 del d.lgs. n. 163 del 2006; deducono che tale conclusione non è smentita dall'art. 216, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016, dal momento che il caso de quo è relativo a segmento procedimentale propedeutico alla gara pubblica, da collocarsi in epoca successiva all'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici; sviluppano altresì l'argomento fondato sul medesimo art. 216, comma 23 – che prevede che i progetti preliminari relativi alla realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità riguardanti proposte di concessione ai sensi dell'art. 153 del d.lgs. n. 163 del 2006, per le quali sia già intervenuta la dichiarazione di pubblico interesse, non ancora approvati alla data di entrata in vigore del Codice, «sono oggetto di valutazione di fattibilità economica e finanziaria e di approvazione da parte dell'amministrazione ai sensi delle norme del presente codice»; richiamano a sostegno l'interpretazione della norma fornita dall'ANAC, Ufficio Regolazione in materia di contratti pubblici, per cui, con riferimento alle procedure di finanza di progetto con proposta del privato per lavori di cui all'art. 153, comma 19, del d.lgs. n. 163 del 2006, andrebbero applicate le procedure del previgente Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163 del 2006) solo quando alla data di entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016) i progetti preliminari avessero già ottenuto l'approvazione dell'amministrazione.

9. Il Collegio ritiene corretta l'interpretazione del diritto transitorio sostenuta dalle Amministrazioni appellate, sicché il regime normativo intertemporale applicabile a ciascuna delle due proposte di finanza di progetto presentate dalla società appellante va individuato come segue.

9.1. In via generale, va ribadita – in ragione del generale principio di legalità, per cui l'Amministrazione non può che conformarsi alla legge vigente al momento in cui dà luogo alla sua manifestazione di volontà - l'operatività del principio *tempus regit actum* ogniqualvolta si tratti di decidere della disciplina applicabile nel procedimento relativo al rilascio di un titolo ampliativo. Diversamente, del resto, si renderebbe l'interessato, con la sua scelta di convenienza del momento in cui presentare l'istanza, arbitro della norma da applicare. Per conseguenza la situazione normativa vigente alla data di presentazione della domanda, salvo che la legge stessa non disponga altrimenti, non vincola l'amministrazione e la domanda va valutata applicando la normativa vigente al momento in cui si conclude il procedimento (cfr. Cons. Stato, IV, 4 novembre 2011, n. 5854; ; id. IV, 13 aprile 2016, n. 1450; id., IV, 14 novembre 2017, n. 5230, tra le altre), fatta salva l'applicazione di norme transitorie recate dalla normativa sopravvenuta in pendenza di procedimento. Per conseguenza la legittimità di un provvedimento amministrativo va valutata con riferimento allo stato di fatto e di diritto

esistente al momento della sua emanazione (cfr., tra le altre, Cons. Stato V, 23 ottobre 2014, n. 5249; id., IV, 11 novembre 2014, n. 5524, nonché, di recente, Cons. Stato, V, 10 giugno 2019, n. 3890).

In riferimento al procedimento amministrativo, il principio *tempus regit actum* va specificato nel senso che attiene alle sequenze procedurali che si compongono di atti dotati di singola autonomia funzionale, di modo che -fatte sempre salve eventuali apposite norme transitorie - ogni fase o atto del procedimento trova la sua disciplina nelle disposizioni di legge o di regolamento vigenti alla data in cui ha luogo la fase o viene adottato l'atto conclusivo dell'autonoma fase procedimentale in cui è inserito (cfr. già Cass. I, 17 marzo 2005, n. 5820, nonché, tra le altre, Cons. Stato, IV, 13 dicembre 2017, n. 5887), dovendosi allo scopo distinguere tra procedimento amministrativo e attività amministrativa procedimentale (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 24 maggio 2011, n. 9, in riferimento all'attività interamente disciplinata dalle norme vigenti al momento in cui ha inizio, come è tipicamente per le procedure concorsuali o lato sensu selettive).

9.2. La disciplina transitoria dell'art. 216 del d.lgs. n. 50 del 2016 dà coerente applicazione ai principi su enunciati, laddove prevede, in riferimento al d.lgs. n. 163 del 2006:

- al comma 1 che «Fatto salvo quanto previsto nel presente articolo ovvero nelle singole disposizioni di cui al presente codice, lo stesso si applica alle procedure e ai contratti per le quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, alle procedure e ai contratti in relazione ai quali, alla data di entrata in vigore del presente codice, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte»: resta così confermato per via normativa quanto desumibile dai principi generali sopra richiamati, vale a dire che l'attività nella quale consiste il procedimento di evidenza pubblica per la selezione del contraente è interamente disciplinata dalle norme vigenti al momento in cui essa ha inizio, intendendosi per tale la data di pubblicazione dei bandi o degli avvisi con cui si indice la procedura (o in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, la data di invio degli inviti a presentare le offerte);

- al comma 23 che «I progetti preliminari relativi alla realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità riguardanti proposte di concessione ai sensi dell'articolo 153 ovvero dell'articolo 175 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, per le quali sia già intervenuta la dichiarazione di pubblico interesse, non ancora approvati alla data di entrata in vigore del presente codice, sono oggetto di valutazione di fattibilità economica e finanziaria e di approvazione da parte dell'amministrazione ai sensi delle norme del presente codice. La mancata approvazione determina la revoca delle procedure avviate e degli eventuali soggetti promotori, ai quali è riconosciuto il rimborso dei costi sostenuti e documentati per l'integrazione del progetto a base di gara, qualora dovuti, relativi allo studio di impatto ambientale ed alla localizzazione urbanistica».

Il secondo periodo della disposizione (che fa riferimento a «procedure già avviate») è indice che la disciplina transitoria va riferita alle procedure di finanza di progetto ad iniziativa pubblica (comprese quelle di cui ai commi 15 e 16-18 del previgente art. 153 del d.lgs. n. 163 del 2006,

definitivamente abbandonate dal nuovo codice).

In ogni caso, quand'anche riferita alla finanza di progetto ad iniziativa privata – nel regime intertemporale tra l'art. 153, comma 19, del d.lgs. n. 263 del 2006 e l'art. 183, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016 (coincidenti quanto a modalità dell'iniziativa autonomamente rimessa al privato per le sole opere non inserite negli strumenti di programmazione dell'amministrazione; mentre l'art. 183, comma 19, innova quanto alla valutazione dell'amministrazione, non più limitata al «pubblico interesse della proposta» ma riguardante la «fattibilità della proposta» per entrare a far parte della programmazione delle opere pubbliche) - essa riguarda la fase di approvazione dei progetti.

Insomma, se il progetto preliminare per una proposta di concessione avanzata sotto il previgente regime ancora non è stato approvato al momento del subentro della nuova legge, non si può che – se del caso - procedere all'approvazione secondo le regole della nuova: e la successiva gara a base della quale va poi posto il progetto di fattibilità una volta approvato dovrà seguire le disposizioni del sopravvenuto d.lgs. n. 50 del 2016.

9.2.1. In materia di concessioni autostradali il regime intertemporale si completa –fatto salvo quanto si dirà sulla controversa vigenza dell'art. 8-duodecies, comma 2-ter, d.-l. 4 aprile 2008, n. 59 e succ. modd.) -, con le altre due disposizioni introdotte dal d.lgs. n. 56 del 2017, già richiamate, cioè:

- l'art. 178 (Norme in materia di concessioni autostradali e particolare regime transitorio), contenente, tra l'altro, al comma 8-bis, il censurato divieto di affidamento delle concessioni autostradali scadute o in scadenza facendo ricorso alle procedure di cui all'art. 183;

- il comma 27-sexies dell'art. 216, secondo cui: «Per le concessioni autostradali scadute o in scadenza entro sei mesi alla data di entrata in vigore della presente disposizione, per le quali l'attività di gestione risulta economicamente prevalente rispetto alla realizzazione di nuove opere o di interventi di manutenzione straordinaria e il cui bando è pubblicato entro ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, il concedente può avviare le procedure di gara per l'affidamento della concessione sulla base del solo quadro esigenziale limitatamente agli interventi di messa in sicurezza dell'infrastruttura esistente.».

9.2.2. Per quanto tale ultima norma sia stata richiamata nel provvedimento di non accoglimento della proposta di progetto di cui all'impugnata nota ministeriale n.4499 del 22 maggio 2017, essa – sia nel testo all'epoca vigente, sopra riportato, che nel testo poi sostituito dall'art. 1 d.-l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito dalla legge 14 giugno 2019, n. 55 («Per le concessioni autostradali già scadute o in scadenza entro trentasei mesi dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, e il cui bando è pubblicato entro il 31 dicembre 2019, il concedente può avviare le procedure di gara per l'affidamento della concessione anche sulla base del solo fabbisogno predisposto dal medesimo concedente, limitatamente agli interventi di messa in sicurezza dell'infrastruttura esistente»)- non ha diretta incidenza nella vicenda oggetto del presente contenzioso.

9.2.3. Risulta perciò dirimente chiarire se e, in caso positivo, con quali effetti operi nel caso di

specie il divieto di cui all'art. 178, comma 8-bis.

9.3. L'applicazione del principio tempus regit actum e delle richiamate norme transitorie degli artt. 216, comma 1 e comma 23, e 178, comma 8-bis comporta conseguenze differenti rispetto alle due proposte formulate da ATIVA e alle azioni di annullamento dei due provvedimenti ministeriali di diniego dell'accoglimento.

In proposito va rammentato che la procedura di affidamento di cui alla finanza di progetto –sia nel regime previgente che nell'attuale, e specificamente quanto alla fattispecie di iniziativa privata- si compone di due fasi, articolate in altrettanti sub-procedimenti (cfr. già Cons. Stato, Ad. plen., 28 gennaio 2012, n. 1).

La fase preliminare è finalizzata all'approvazione del progetto da porre a base di gara -su proposta di soggetto, appunto, proponente, che soltanto in caso di approvazione del progetto e di indizione della gara, assumerà la qualificazione di promotore, invitato a partecipare alla gara- ed è connotata da amplissima discrezionalità, sia nella valutazione del pubblico interesse, oggi della fattibilità, della proposta che nell'inserimento del progetto, pur positivamente valutato, negli strumenti di programmazione dell'amministrazione (cfr. Cons. Stato, V, 13 marzo 2017, n. 1139, che richiama l'orientamento per 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')", aggiungendo che "[...] 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 tal senso: Cons. Stato, V, 21 giugno 2016, n. 2719. In termini analoghi: III, 20 marzo 2014, n. 1365)").

Alla detta fase propedeutica all'approvazione del progetto segue la fase dell'indizione con apposito bando e dello svolgimento della gara ad evidenza pubblica, a base della quale viene posto il progetto approvato.

Sebbene interdipendenti (cfr. Cons. Stato, V, 14 aprile 2015, n. 1872), le due fasi sono autonome e l'atto conclusivo della prima fase (negativo, qualora la proposta del privato venga rifiutata; o positivo, qualora la verifica di fattibilità del progetto sia favorevole all'operatore economico privato) è autonomamente impugnabile (dal proponente ovvero dai concorrenti) e sindacabile dal giudice amministrativo (cfr. Cons. Stato, V, 31 agosto 2015, n. 4035, anche per i precedenti in argomento).

Dato ciò, nel caso di specie si ha:

- A) rispetto alla proposta formulata da ATIVA in data 28 febbraio 2017, ai sensi dell'art. 183, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016, che:

-- in applicazione del principio tempus regit actum, l'art. 178, comma 8-bis, sopravvenuto nelle more della fase procedimentale di valutazione del progetto del proponente, prima dell'adozione del provvedimento conclusivo della fase, è applicabile in via diretta al provvedimento che ha chiuso definitivamente la procedura, dichiarando il non accoglimento della proposta del concessionario uscente per le diverse ragioni sopra enunciate;

-- conseguentemente, già soltanto in applicazione del divieto di cui all'art. 178, comma 8-bis, si dovrebbe concludere per la legittimità della nota n. 4499 del 22 maggio 2017, che espressamente si fonda (anche) su tale divieto;

-- atteso il tenore della disposizione, la natura del provvedimento è vincolata, sicché il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato; non rileva perciò, ai sensi dell'art. 21-octies della legge n. 241 del 1990, la mancata menzione di tale ragione di diniego nel preavviso di rigetto, denunciata dalla società appellante;

- B) rispetto alla proposta formulata da ATIVA in data 25 settembre 2015, ai sensi dell'art. 153, comma 19, del d.lgs. n. 163 del 2006, che:

-- essendo stato adottato il provvedimento conclusivo della procedura di finanza di progetto con la nota impugnata n. 8115 del 29 luglio 2016, la legittimità di quest'ultima va valutata - in applicazione del principio tempus regit actum - alla stregua dell'art. 183, anche in riferimento a quanto previsto dall'art. 178, del d.lgs. n. 50 del 2016;

-- trattandosi di provvedimento adottato prima dell'entrata in vigore del decreto "correttivo", il divieto del nuovo art. 178, comma 8-bis, non è direttamente applicabile e quindi non costituisce in via immediata un parametro di giudizio della legittimità del provvedimento;

-- tuttavia, l'ampia portata della disposizione (su cui si tornerà), impedendo tout court alle amministrazioni di procedere agli affidamenti delle concessioni autostradali scadute o in scadenza facendo ricorso alle procedure di cui all'art. 183, osterebbe – in applicazione dei principi e delle norme di diritto transitorio di cui sopra ed in conseguenza della ricostruzione per fasi della procedura di project financing- a che siano inseriti nella programmazione dell'amministrazione aggiudicatrice anche progetti degli operatori privati per i quali vi sia stata valutazione di fattibilità positiva; allora, a maggior ragione, la sopravvenienza normativa comporta che, anche a ritenere illegittimo il provvedimento di non accoglimento della proposta, il suo eventuale annullamento non gioverebbe alla società proponente poiché il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti non potrebbe comunque procedere all'inserimento del progetto negli strumenti di programmazione, e men che meno potrebbe porre il medesimo progetto a base di gara ai sensi dell'art. 183.

9.4. In conclusione, l'introduzione del divieto di cui all'art. 178, comma 8-bis, del d.lgs. n. 50 del 2016 determina la sopravvenuta carenza di interesse dell'appellante rispetto alla decisione di annullamento nel ricorso n. 10140/2018 ed ha portata dirimente rispetto alla decisione del

ricorso n. 10141/2018.

IV- Le posizioni delle parti: diritto interno e diritto euro unitario

10. Siffatta conclusione comporta che vada esaminata la censura dell'appellante - sviluppata nel secondo ordine di considerazioni di cui al sesto motivo del ricorso n. 10141/2018 – per cui la disposizione dell'art. 178, comma 8-bis, si porrebbe “in aperto contrasto” con la disciplina della concessione e dei rapporti di partenariato pubblico-privato delineati dalla Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014.

In particolare, secondo la società appellante, andrebbe considerato il principio della “libertà di procedura” che il legislatore nazionale è chiamato ad attuare “lasciando all'Amministrazione aggiudicatrice e agli enti aggiudicatori un'ampia flessibilità nel definire ed organizzare la procedura di selezione del concessionario” (considerando n. 68), in modo da poter scegliere la procedura più coerente con le esigenze da soddisfare, alla stregua delle disposizioni di cui agli artt. 30 e 37, comma 6, della direttiva. Invece la norma censurata irrigidirebbe inutilmente il sistema e limiterebbe in modo non giustificato la libertà delle amministrazioni concedenti, precludendo loro di ricorrere alle procedure di partenariato disciplinate dall'art. 183.

10.1. L'Avvocatura generale dello Stato obietta che la ratio del divieto è, per contro, da ricercare nell'apertura alla concorrenza “al fine di consentire la più ampia applicazione dei principi comunitari che tutelano la concorrenza e il mercato”, tra cui il divieto di proroga di tutte le concessioni (sancito dall'art. 175, comma 1, lett. a), specificamente ribadito per le concessioni autostradali (art. 178, comma 1, ultimo periodo) e quindi l'obbligo di indire procedure ad evidenza pubblica anche per le concessioni autostradali scadute o in scadenza. In particolare, per queste ultime si sarebbe inteso garantire il pieno rispetto dei principi di derivazione comunitaria che hanno ispirato la riforma, come imposto dal criterio di cui all'art. 1, lett. mmm) della legge delega 28 gennaio 2016, n. 11 (“previsione di una particolare disciplina transitoria per l'affidamento delle concessioni autostradali che, alla data di entrata in vigore del decreto di recepimento delle direttive, siano scadute o prossime alla scadenza, onde assicurare il massimo rispetto del principio dell'evidenza pubblica”).

11. Va premesso che l'art. 178 d.lgs. n. 50 del 2016 e succ. modd. è disposizione che non trova immediato riscontro nella direttiva n. 2014/23/UE, ma rappresenta l'attuazione del criterio di delega dell'art. 1, comma 1, lett. mmm) della legge 28 gennaio 2016, n. 11, così come del criterio di cui alla precedente lett. III), per il quale con il decreto delegato si sarebbe dovuto prevedere “l'avvio delle procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento delle nuove concessioni autostradali non meno di ventiquattro mesi prima della scadenza di quelle in essere, con revisione del sistema delle concessioni autostradali, con particolare riferimento all'introduzione di un divieto di clausole e disposizioni di proroga, in conformità alla nuova disciplina generale dei contratti di concessione”.

11.1. In effetti, l'art. 178, premesso il divieto di proroga delle concessioni autostradali, distingue, per l'avvio di nuove gare, tra un regime ordinario ed un regime transitorio, e differenzia, per quest'ultimo, le concessioni già scadute dalle concessioni «in scadenza» (che sarebbero scadute entro ventiquattro mesi o in un termine inferiore a ventiquattro mesi dalla

data di entrata in vigore della parte terza del codice), fermo restando che nelle more i reciproci obblighi «sono regolati sulla base delle condizioni contrattuali vigenti» (comma 2, richiamato dal comma 5).

Per quanto qui rileva, va osservato che, salva la possibilità di procedere ad affidamenti in house ai sensi dell'art. 5 (e del comma 8-ter, aggiunto dal d.lgs. n. 56 del 2017), le divergenze tra la disciplina transitoria e la disciplina a regime consistono nella previsione di termini differenziati per l'avvio della procedura per individuare il concessionario subentrante mediante gara ad evidenza pubblica (fissati in sei mesi dalla data di entrata in vigore del Codice per la «predisposizione» del bando per le concessioni scadute; nel «più breve tempo possibile in modo da evitare soluzioni di continuità tra i due regimi concessori», per l'avvio della procedura se la scadenza fosse caduta in un termine inferiore ai ventiquattro mesi e comunque nell'avvio della procedura per le concessioni autostradali in scadenza nei ventiquattro mesi successivi all'entrata in vigore della parte terza del Codice), laddove, a regime, il comma 4 prevede in generale che il concedente avvia le procedure a evidenza pubblica per l'affidamento della nuova concessione autostradale entro il termine di ventiquattro mesi antecedente alla scadenza della concessione (previe le verifiche e l'eventuale indennizzo di cui ai commi 6 e 7).

11.2. In tale quadro normativo - rispettoso del criterio dell'art. 1, lettera mmm), della legge delega, sopra riportato- si è venuto ad inserire, con il “correttivo” di cui al d.lgs. n. 56 del 2017, il divieto del comma 8-bis, riferito testualmente agli affidamenti delle concessioni autostradali «scadute o in scadenza».

Il testo della disposizione non appare univocamente interpretabile nel senso che si tratti di disciplina strettamente transitoria - come presuppone la difesa delle amministrazioni qui appellate, riferendo il divieto alle concessioni «scadute o in scadenza» all'entrata in vigore del (nuovo) Codice. Piuttosto, va rilevato che la lettera del comma 8-bis reca un divieto generalizzato di affidare le concessioni autostradali con la procedura della finanza di progetto se l'infrastruttura è già affidata in concessione: sicché si potrebbe intendere, estensivamente, come previsione da applicare non solo in via transitoria, ma anche a regime, come nel caso di nuova concessione da affidare per subentro al concessionario scaduto. Ci si trova dunque di fronte a un dilemma interpretativo circa i presupposti di operatività della detta norma e i loro limiti.

Entrambe le opzioni interpretative sembrano corrispondere alla ratio del divieto, che la difesa erariale individua nella necessità di contrastare l'aggiramento del divieto di proroga delle concessioni autostradali se proponente sia il concessionario uscente, come sarebbe nel caso di specie, e come già osservato da questo Consiglio di Stato (Adunanza Generale, parere 30 marzo 2017, n. 782, sub art. 178), rilevando tuttavia come tale ratio non si rinvenisse né nella relazione illustrativa né nelle schede AIR (Analisi Impatto Regolamentare) e VIR (Valutazione Impatto Regolamentare) dello schema del decreto legislativo “correttivo”.

12. La detta “correzione” ha comportato una modifica significativa rispetto al sistema previgente atteso che - a dimostrazione della compatibilità della finanza di progetto con la concessione della gestione autostradale- esplicitamente si prevedeva al già menzionato art.

8-duodecies, comma 2-ter, del d.-l. 4 aprile 2008, n. 59 e succ. modd. che «i contratti di concessione di costruzione e gestione e di sola gestione nel settore stradale e autostradale sono affidati secondo le procedure previste all'art. 144 del D.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 e successive modificazioni ovvero all'art. 153 del medesimo decreto» e che il d.lgs. n. 50 del 2016 –abrogato il d.lgs. n. 163 del 2006- ha previsto la finanza di progetto nella parte IV dedicata al partenariato pubblico privato e, con l'art. 179, comma 3, ne ha esteso le disposizioni anche ai servizi, senza nulla aggiungere, a proposito delle concessioni autostradali, nel testo originario dell'art.178 (o dell'art. 183).

12.1. In termini generali, merita osservare che la finanza di progetto -la quale, pur essendo disciplinata nella parte dedicata ai contratti di partenariato pubblico privato, non è un contratto, ma una speciale procedura di affidamento finalizzata alla realizzazione di opere pubbliche, di regola, senza oneri finanziari pubblici - pur essendo “alternativa all'affidamento mediante concessione ai sensi della parte III” del Codice (arg. ex art. 183, comma 1), deve comunque rispettare – a tutela della concorrenza e della par condicio dei potenziali interessati - gli immanenti principi dell'evidenza pubblica.

In particolare, anche in caso di iniziativa privata, la fase prodromica di individuazione del promotore è connotata da amplissima discrezionalità amministrativa, di modo che la proposta è valutata per la sua rispondenza all'interesse pubblico, oggi per la sua “fattibilità”.

In tale fase non si tratta di scegliere la migliore offerta sulla base di criteri tecnici ed economici predeterminati, ma di valutare la preliminare fattibilità di una proposta di progetto che ne consenta l'inserimento negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente.

L'aggiudicazione della concessione seguirà, invece, all'esito della successiva gara, in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa: questa fase è autonoma dalla precedente e si deve svolgere appunto secondo le regole dell'evidenza pubblica, solo fatto salvo il vantaggio costituito dal diritto di prelazione riconosciuto al promotore a condizioni predeterminate.

12.2. La previsione di un tale vantaggio non appare in conflitto con i principi eurounitari di trasparenza e di parità di trattamento, sempre che tutti i partecipanti vengano “messi a conoscenza dei [...] privilegi (n.d.r. consistenti nell'invito a partecipare alla procedura negoziata e nel diritto di prelazione del promotore) e dei criteri di valutazione” (conclusioni dell'Avvocato generale presso la Corte di Giustizia l'8 novembre 2006, nella causa C-412/04, Commissione – Repubblica Italiana), come attualmente assicurato dal procedimento delineato dall'art. 183, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016.

12.3. Alla stregua delle considerazioni che precedono e del dato normativo, sembra da escludere che la proposta di finanza di progetto per l'affidamento di una concessione, anche se ad iniziativa privata del concessionario uscente, sia configurabile come una “proroga” della precedente concessione. D'altronde, se così fosse, non si comprenderebbe la ragione del divieto limitato alle concessioni autostradali.

12.4. Il divieto dell'art. 178, comma 8-bis, riguarda queste ultime, ma è incondizionato ed astratto, impedendo sempre e comunque alle amministrazioni di ricorrere alla finanza di progetto per tale tipologia di concessioni. Per di più - come detto - non solo per le concessioni autostradali scadute o di prossima scadenza alla data di entrata in vigore del codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50 del 2016, ma anche per le concessioni autostradali che verranno a scadenza a regime ordinario, e non solo per la fattispecie della finanza di progetto ad iniziativa privata.

12.5. Appare perciò fondata la questione posta dalla società appellante di contrasto di tale previsione con i principi della direttiva n. 2014/23/UE, ed in particolare con il principio di cui al considerando 68 ("Di norma le concessioni sono accordi complessi di lunga durata con i quali il concessionario assume responsabilità e rischi tradizionalmente assunti dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori e rientranti di norma nell'ambito di competenza di queste ultime. Per tale ragione, fatta salva l'osservanza della presente direttiva e dei principi di trasparenza e di parità di trattamento, dovrebbe essere lasciata alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori un'ampia flessibilità nel definire e organizzare la procedura di selezione del concessionario. [...]"). Siffatto principio, pur letteralmente sancito nel considerando mediante il riconoscimento in capo all'amministrazione aggiudicatrice della "flessibilità nel definire ed organizzare la procedura di selezione del concessionario" e pur specificato nell'art. 30 della direttiva come libertà di "organizzare la procedura per la scelta del concessionario", può essere riferito anche alla libertà di scelta della tipologia di procedura di affidamento della concessione, fermo restando il rispetto dei principi di trasparenza e di parità di trattamento.

V - La questione pregiudiziale rimessa alla Corte di giustizia.

13. In considerazione di quanto sopra esposto, si chiede alla Corte di giustizia dell'UE di pronunciarsi sulla seguente questione pregiudiziale:

"se il diritto eurounitario, e, in particolare, i principi fissati dalla direttiva n. 23/2014/UE, specificamente la libertà di scelta delle procedure di affidamento, nel rispetto dei principi di trasparenza e di libertà di trattamento, di cui al considerando 68 ed all'art.30, nell'ambito degli affidamenti delle concessioni, ostano alla norma nazionale dell'art. 178, comma 8-bis, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che vieta incondizionatamente alle amministrazioni di procedere agli affidamenti delle concessioni autostradali scadute o in scadenza facendo ricorso alle procedure di cui all'art. 183, che disciplina la finanza di progetto".

La segreteria della Sezione curerà pertanto la trasmissione della presente ordinanza alla cancelleria della Corte di giustizia dell'Unione Europea, mediante plico raccomandato al seguente indirizzo: Rue du Fort Niedergrünwald, L-2925, Lussemburgo. In aggiunta alla presente ordinanza la Segreteria trasmetterà alla Cancelleria della CGUE anche la seguente documentazione: a) l'intero fascicolo del primo e del secondo grado di entrambi i giudizi riuniti; b) il testo integrale degli artt. 178 e 183 del d.lgs. n. 50 del 2016.

In conseguenza della rimessione alla Corte di giustizia della questione pregiudiziale di cui sopra il presente giudizio viene sospeso.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), riunisce i ricorsi indicati in epigrafe e rimette alla Corte di giustizia dell'Unione Europea la questione pregiudiziale indicata in motivazione e, riservata ogni altra decisione, anche sulle spese, sospende i giudizi riuniti.

Dispone che il presente provvedimento, unitamente a copia degli atti di giudizio indicati in motivazione, sia trasmesso, a cura della Segreteria della Sezione, alla Cancelleria della Corte di giustizia dell'Unione Europea.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 giugno 2019.