

ORDINANZA DELLA CORTE (Nona Sezione)

26 novembre 2020 (\*)

«Rinvio pregiudiziale – Articolo 99 del regolamento di procedura della Corte – Aggiudicazione di contratti di concessione – Direttiva 2014/23/UE – Articolo 2, paragrafo 1, primo comma – Articolo 30 – Libertà delle amministrazioni aggiudicatrici di definire e organizzare la procedura di selezione del concessionario – Normativa nazionale che vieta di ricorrere alla finanza di progetto per i contratti di concessione autostradale»

Nella causa C-835/19,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Consiglio di Stato (Italia), con ordinanza del 13 giugno 2019, pervenuta in cancelleria il 18 novembre 2019, nel procedimento

**Autostrada Torino Ivrea Valle D'Aosta – Ativa SpA**

contro

**Presidenza del Consiglio dei Ministri,**

**Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti,**

**Ministero dell'Economia e delle Finanze,**

**Autorità di regolazione dei trasporti,**

nei confronti di:

**Autorità di bacino del Po,**

**Regione Piemonte,**

LA CORTE (Nona Sezione),

composta da D. Šváby (relatore), facente funzione di presidente di sezione, S. Rodin e K. Jürimäe, giudici,

avvocato generale: M. Campos Sánchez-Bordona

cancelliere: A. Calot Escobar

vista la decisione, adottata dopo aver sentito l'avvocato generale, di statuire con ordinanza motivata, conformemente all'articolo 99 del regolamento di procedura della Corte

ha emesso la seguente

**Ordinanza**

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 30 della direttiva

2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (GU 2014, L 94, pag. 1), in combinato disposto con il considerando 68 di tale direttiva.

- 2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra, da un lato, l'Autostrada Torino Ivrea Valle d'Aosta – Ativa SpA (in prosieguo: l'«Ativa») e, dall'altro, la Presidenza del Consiglio dei Ministri (Italia), il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (Italia; in prosieguo: il «MIT»), il Ministero dell'Economia e delle Finanze (Italia) nonché l'Autorità di regolazione dei trasporti (Italia), in merito al rigetto da parte del MIT di due proposte di finanza di progetto presentate dall'Ativa.

## **Contesto normativo**

### *Diritto dell'Unione*

- 3 I considerando 5, 8 e 68 della direttiva 2014/23 così recitano:

«(5) La presente direttiva riconosce e riafferma il diritto degli Stati membri e delle autorità pubbliche di decidere le modalità di gestione ritenute più appropriate per l'esecuzione di lavori e la fornitura di servizi. In particolare, la presente direttiva non dovrebbe in alcun modo incidere sulla libertà degli Stati membri e delle autorità pubbliche di eseguire lavori o fornire servizi direttamente al pubblico o di esternalizzare tale fornitura delegandola a terzi. Gli Stati membri o le autorità pubbliche dovrebbero rimanere liberi di definire e specificare le caratteristiche dei servizi da fornire, comprese le condizioni relative alla qualità o al prezzo dei servizi, conformemente al diritto dell'Unione, al fine di perseguire i loro obiettivi di interesse pubblico.

(...)

(8) Nel caso di concessioni pari o superiori a un determinato valore, è opportuno procedere a un coordinamento minimo delle procedure nazionali per l'aggiudicazione di tali contratti sulla base dei principi del TFUE, nell'ottica di garantire l'apertura delle concessioni alla concorrenza e un adeguato livello di certezza giuridica. Tali norme di coordinamento dovrebbero limitarsi a quanto è necessario per realizzare gli obiettivi succitati e garantire un certo livello di flessibilità. Gli Stati membri dovrebbero avere la facoltà di completare e sviluppare ulteriormente tali norme qualora lo ritenessero opportuno, in particolare per meglio garantire la conformità ai summenzionati principi.

(...)

(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. Tuttavia, al fine di garantire parità di trattamento e trasparenza durante l'intera procedura di aggiudicazione, è opportuno prevedere garanzie minime per quanto riguarda la procedura di aggiudicazione, ivi comprese informazioni sulla natura e l'ambito di applicazione della concessione, la limitazione del numero di candidati, la diffusione delle informazioni ai candidati e agli offerenti e la disponibilità di registrazioni appropriate. È altresì necessario disporre che vengano rispettate le condizioni iniziali previste dal bando di concessione, per evitare disparità di trattamento tra i potenziali candidati».

- 4 L'articolo 1 di tale direttiva, intitolato «Oggetto e ambito di applicazione», al paragrafo 1 prevede

quanto segue:

«La presente direttiva stabilisce le norme applicabili alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione indette da amministrazioni aggiudicatrici ed enti aggiudicatori il cui valore stimato non è inferiore alla soglia indicata all'articolo 8».

- 5 L'articolo 2 di tale direttiva, rubricato «Principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche», al suo paragrafo 1 così dispone:

«La presente direttiva riconosce il principio per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione. Tali autorità sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici.

(...)».

- 6 Ai sensi dell'articolo 3 di detta direttiva, intitolato «Principio della parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza»:

«1. Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza e proporzionalità.

La concezione della procedura di aggiudicazione della concessione, compresa la stima del valore, non è diretta a escludere [tale procedura] dall'ambito di applicazione della presente direttiva né a favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici o taluni lavori, forniture o servizi.

2. Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori mirano a garantire la trasparenza della procedura di aggiudicazione e dell'esecuzione del contratto, nel rispetto dell'articolo 28».

- 7 L'articolo 8 della direttiva 2014/23, rubricato «Soglia e metodi di calcolo del valore stimato delle concessioni», al paragrafo 1 prevede quanto segue:

«La presente direttiva si applica alle concessioni il cui valore sia pari o superiore a [EUR] 5 186 000 (...)».

- 8 Il titolo II della direttiva 2014/23, che espone i principi generali e le garanzie procedurali relativi all'aggiudicazione di concessioni, contiene gli articoli da 30 a 41.

- 9 L'articolo 30 della direttiva in parola, rubricato «Principi generali», ai paragrafi 1 e 2 così dispone:

«1. L'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore sono liberi di organizzare la procedura per la scelta del concessionario fatto salvo il rispetto della presente direttiva.

2. La concezione della procedura di aggiudicazione della concessione deve rispettare i principi enunciati nell'articolo 3. In particolare, nel corso della procedura di aggiudicazione della concessione, l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore non fornisce in maniera discriminatoria informazioni che possano avvantaggiare determinati candidati o offerenti rispetto ad altri».

- 10 L'articolo 37 di tale direttiva, intitolato «Garanzie procedurali», al paragrafo 6 così recita:

«L'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore può condurre liberamente negoziazioni con i candidati e gli offerenti. L'oggetto della concessione, i criteri di aggiudicazione e i requisiti minimi non sono modificati nel corso delle negoziazioni».

*Diritto italiano**Legge del 28 gennaio 2016, n. 11*

- 11 L'articolo 1, comma 1, lettera III), della legge del 28 gennaio 2016, n. 11 – Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (GURI n. 23, del 29 gennaio 2016), imponeva al legislatore delegato di fissare le norme per disciplinare 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».
- 12 Ai sensi dell'articolo 1, comma 1, lettera mmm), di tale legge, il legislatore delegato doveva prevedere «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, nonché, per le concessioni per le quali l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore esercita sul concessionario un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi, dei principi desumibili dall'articolo 17 della direttiva [2014/23]».

*Il nuovo codice dei contratti pubblici*

- 13 Dall'articolo 180 del decreto legislativo del 18 aprile 2016, n. 50 – Codice dei contratti pubblici (GURI n. 91, del 19 aprile 2016; in prosieguo: il «nuovo codice dei contratti pubblici»), emerge che i contratti di partenariato pubblico privato includono segnatamente la finanza di progetto.

- 14 Ai sensi dell'articolo 183 di tale codice, rubricato «Finanza di progetto»:

«1. Per la realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità, ivi inclusi quelli relativi alle strutture dedicate alla nautica da diporto, inseriti negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente, ivi inclusi i Piani dei porti, finanziabili in tutto o in parte con capitali privati, le amministrazioni aggiudicatrici possono, in alternativa all'affidamento mediante concessione ai sensi della parte III, affidare una concessione ponendo a base di gara il progetto di fattibilità, mediante pubblicazione di un bando finalizzato alla presentazione di offerte che contemplino l'utilizzo di risorse totalmente o parzialmente a carico dei soggetti proponenti. In ogni caso per le infrastrutture afferenti le opere in linea, è necessario che le relative proposte siano ricomprese negli strumenti di programmazione approvati dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

2. Il bando di gara è pubblicato con le modalità di cui all'articolo 72 ovvero di cui all'articolo 36, comma 9, secondo l'importo dei lavori, ponendo a base di gara il progetto di fattibilità predisposto dall'amministrazione aggiudicatrice. Il progetto di fattibilità da porre a base di gara è redatto dal personale delle amministrazioni aggiudicatrici in possesso dei requisiti soggettivi necessari per la sua predisposizione in funzione delle diverse professionalità coinvolte nell'approccio multidisciplinare proprio del progetto di fattibilità. In caso di carenza in organico di personale idoneamente qualificato, le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare la redazione del progetto di fattibilità a soggetti esterni, individuati con le procedure previste dal presente codice. Gli oneri connessi all'affidamento di attività a soggetti esterni possono essere ricompresi nel quadro economico dell'opera.

(...)

15. Gli operatori economici possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte relative alla realizzazione in concessione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità, incluse le strutture dedicate alla nautica da diporto, non presenti negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente. La proposta contiene un progetto di fattibilità, una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato da uno dei soggetti di cui al comma 9, primo periodo, e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione. Nel caso di strutture destinate alla nautica da diporto, il progetto di fattibilità deve definire le caratteristiche qualitative e funzionali dei lavori e del quadro delle esigenze da soddisfare e delle specifiche prestazioni da fornire, deve contenere uno studio con la descrizione del progetto e i dati necessari per individuare e valutare i principali effetti che il progetto può avere sull'ambiente e deve essere integrato con le specifiche richieste dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti con propri decreti. Il piano economico-finanziario comprende l'importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno di cui all'articolo 2578 del codice civile. La proposta è corredata dalle autodichiarazioni relative al possesso dei requisiti di cui al comma 17, dalla cauzione di cui all'articolo 93, e dall'impegno a prestare una cauzione nella misura dell'importo di cui al comma 9, terzo periodo, nel caso di indizione di gara. L'amministrazione aggiudicatrice valuta, entro il termine perentorio di tre mesi, la fattibilità della proposta. A tal fine l'amministrazione aggiudicatrice può invitare il proponente ad apportare al progetto di fattibilità le modifiche necessarie per la sua approvazione. Se il proponente non apporta le modifiche richieste, la proposta non può essere valutata positivamente. Il progetto di fattibilità eventualmente modificato, è inserito negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente ed è posto in approvazione con le modalità previste per l'approvazione di progetti; il proponente è tenuto ad apportare le eventuali ulteriori modifiche chieste in sede di approvazione del progetto; in difetto, il progetto si intende non approvato. Il progetto di fattibilità approvato è posto a base di gara, alla quale è invitato il proponente. Nel bando l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere ai concorrenti, compreso il proponente, la presentazione di eventuali varianti al progetto. Nel bando è specificato che il promotore può esercitare il diritto di prelazione. I concorrenti, compreso il promotore, devono essere in possesso dei requisiti di cui al comma 8, e presentare un'offerta contenente una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato da uno dei soggetti di cui al comma 9, primo periodo, la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, nonché le eventuali varianti al progetto di fattibilità; si applicano i commi 4, 5, 6, 7 e 13. Se il promotore non risulta aggiudicatario, può esercitare, entro quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, il diritto di prelazione e divenire aggiudicatario se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario. Se il promotore non risulta aggiudicatario e non esercita la prelazione ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta nei limiti indicati nel comma 9. Se il promotore esercita la prelazione, l'originario aggiudicatario ha diritto al pagamento, a carico del promotore, dell'importo delle spese per la predisposizione dell'offerta nei limiti di cui al comma 9.

16. La proposta di cui al comma 15, primo periodo, può riguardare, in alternativa alla concessione, tutti i contratti di partenariato pubblico privato.

(...».

15 L'articolo 216 del nuovo codice dei contratti pubblici, ai commi 1 e 23, prevede quanto segue:

«1. 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 i 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.

(...)

23. 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 [- Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (supplemento ordinario alla GURI n. 100, del 2 maggio 2006)], 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 decreto correttivo*

16 Il decreto legislativo del 19 aprile 2017, n. 56 – Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (supplemento ordinario alla GURI n. 103, del 5 maggio 2017; in prosieguo: il «decreto correttivo») ha segnatamente aggiunto, all'articolo 178 del nuovo codice dei contratti pubblici, un comma 8-bis che è così formulato:

«Le amministrazioni non possono procedere agli affidamenti delle concessioni autostradali scadute o in scadenza facendo ricorso alle procedure di cui all'articolo 183».

#### **Procedimento principale e questione pregiudiziale**

17 L'Ativa, una società concessionaria della gestione di autostrade, gestiva, nel territorio del Piemonte (Italia), un tratto dell'autostrada A5 di circa 220 chilometri, in forza di più concessioni, l'ultima delle quali scaduta nel 2016.

18 Il 25 settembre 2015 l'Ativa ha presentato al MIT, conformemente all'articolo 153, comma 19, del decreto legislativo del 12 aprile 2006 n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (supplemento ordinario alla GURI n. 100, del 2 maggio 2006; in prosieguo: il «previgente codice dei contratti pubblici»), una proposta di finanza di progetto per la concessione della gestione dell'autostrada A5, del raccordo autostradale A4/5, del sistema autostradale e tangenziale di Torino (Italia) e dell'esecuzione dei lavori di messa in sicurezza del nodo idraulico di Ivrea (Italia), di miglioramento sismico e di adeguamento normativo dell'infrastruttura (in prosieguo: la «prima proposta»).

19 Con provvedimento del 29 luglio 2016 (in prosieguo: il «primo provvedimento di rigetto»), il MIT ha respinto tale proposta sostenendo, in particolare, da un lato, che la procedura di finanza di progetto non era applicabile alla concessione di gestione di un'autostrada e, dall'altro, che detta proposta non era conforme né alle prescrizioni del previgente codice dei contratti pubblici né all'articolo 178 e all'articolo 183, comma 15, del nuovo codice dei contratti pubblici.

20 L'Ativa ha adito il Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (Italia) con un ricorso diretto, da un lato, ad annullare il primo provvedimento di rigetto e, dall'altro, ad imporre al MIT di esprimersi sul pubblico interesse o sulla fattibilità della prima proposta.

21 A sostegno di tale ricorso, l'Ativa affermava che il MIT non aveva rispettato il termine di tre mesi imposto alle amministrazioni aggiudicatrici dall'articolo 153, comma 19, del previgente codice dei contratti pubblici per valutare le proposte presentate. Pertanto, la sua prima proposta, che era stata presentata nel settembre 2015, avrebbe dovuto, da un lato, essere valutata prima della fine del 2015 e

non, come è avvenuto, nel giugno 2016 e, dall'altro, avere come base le disposizioni del previgente codice dei contratti pubblici e non quelle del nuovo codice dei contratti pubblici.

- 22 Il 20 settembre 2016 l'Ativa ha presentato al MIT una seconda proposta di finanza di progetto per i progetti menzionati al punto 18 della presente ordinanza, fondata, questa volta, sull'articolo 183, comma 15, del nuovo codice dei contratti pubblici. Con provvedimento del 22 maggio 2017 e con motivazioni analoghe a quelle poste a fondamento del primo provvedimento di rigetto, il MIT ha respinto la seconda proposta (in prosieguo: il «secondo provvedimento di rigetto»). Il MIT si sarebbe in particolare basato sull'articolo 178, comma 8-bis, del nuovo codice dei contratti pubblici, introdotto dal decreto correttivo ed entrato in vigore il 20 maggio 2017. Secondo tale disposizione, le amministrazioni non potrebbero aggiudicare le concessioni autostradali scadute o in scadenza facendo ricorso alla procedura della finanza di progetto.
- 23 L'Ativa ha adito il Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte con un ricorso diretto, in particolare, all'annullamento del secondo provvedimento di rigetto.
- 24 Con due sentenze del 31 agosto 2018, tale giudice ha respinto i ricorsi dell'Ativa.
- 25 Con la sua prima sentenza, detto giudice ha ritenuto che il mancato rispetto da parte del MIT del termine di tre mesi, previsto all'articolo 153, comma 19, del previgente codice dei contratti pubblici, non poteva, di per sé solo, inficiare la legittimità del primo provvedimento di rigetto. Esso ha inoltre respinto il motivo vertente sulla violazione di tale disposizione, asserendo che quest'ultima prevedeva che la proposta di finanza di progetto dovesse consistere in un progetto preliminare, sulla base del quale si sarebbe svolta la selezione del concessionario. Il Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte ha pertanto concluso che una proposta la quale, al pari di quella dell'Ativa, contenga un progetto definitivo è inammissibile, poiché un tale progetto è richiesto solo in un momento successivo del procedimento.
- 26 Tale giudice ha altresì ritenuto irrilevante l'argomento secondo cui il MIT non poteva fondare la propria decisione sull'articolo 183 del nuovo codice dei contratti pubblici. Infatti, tale disposizione, sebbene adottata successivamente alla presentazione della prima proposta, sarebbe stata vigente al momento dell'adozione del primo provvedimento di rigetto.
- 27 Con la sua seconda sentenza, detto giudice ha respinto il ricorso avverso il secondo provvedimento di rigetto per motivazioni analoghe a quelle esposte ai punti 25 e 26 della presente ordinanza. Inoltre, ad avviso del medesimo giudice, la seconda proposta non sarebbe stata conforme all'articolo 183, comma 15, del nuovo codice dei contratti pubblici.
- 28 L'Ativa ha proposto appello avverso tali due sentenze dinanzi al Consiglio di Stato (Italia). Essa rileva che l'articolo 178, comma 8-bis, del nuovo codice dei contratti pubblici, che vieta alle amministrazioni di affidare le concessioni autostradali scadute o in scadenza facendo ricorso alle procedure di cui all'articolo 183 di tale codice, è stato introdotto dopo che essa ha presentato le due proposte di cui trattasi nel procedimento principale, cosicché le sue due proposte dovrebbero essere disciplinate dalle disposizioni del previgente codice dei contratti pubblici. Inoltre, dal momento che il MIT non avrebbe fatto in alcun modo riferimento alle disposizioni del decreto correttivo, l'Ativa non sarebbe stata posta in grado di segnalare le ragioni dell'inapplicabilità delle norme sopravvenute alla controversia di cui al procedimento principale, con conseguente violazione del suo diritto di partecipazione al procedimento.
- 29 Il MIT ritiene, al contrario, che l'articolo 178, comma 8-bis, del nuovo codice dei contratti pubblici sia applicabile *ratione temporis* alla vicenda di cui al procedimento principale, in quanto tale disposizione riguarda le concessioni «scadute o in scadenza». L'applicazione di tale disposizione contribuirebbe del resto a una maggiore apertura concorrenziale e a evitare il consolidamento dei precedenti gestori, titolari di concessioni in scadenza e che sono state affidate senza gara. Inoltre, dal principio *tempus regit actum* discenderebbe che, fatte salve disposizioni transitorie specifiche, ogni fase o atto del

procedimento rientra nel regime previsto dalle disposizioni nazionali vigenti alla data in cui tale fase si svolge o alla data di adozione dell'atto che conclude la fase autonoma del procedimento in cui esso si inserisce. Nel caso di specie, la controversia di cui al procedimento principale verterebbe su una fase propedeutica alla gara che si colloca dopo l'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici.

- 30 Inoltre, nella fase propedeutica non si tratterebbe di scegliere la migliore offerta sulla base di criteri tecnici ed economici predeterminati, ma di valutare la preliminare fattibilità di una proposta di progetto e di approvare un progetto da porre a base della gara. L'autore della proposta assumerebbe la qualificazione di «promotore» e sarebbe invitato a partecipare alla gara soltanto in caso di approvazione del progetto e d'indizione della gara.
- 31 Una volta approvato il progetto, l'aggiudicazione della concessione avverrebbe solo all'esito della procedura di gara, in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Tale fase sarebbe autonoma dalla precedente e dovrebbe svolgersi secondo le regole dell'evidenza pubblica, fatto salvo il diritto di prelazione riconosciuto al promotore dall'articolo 183, comma 15, del nuovo codice dei contratti pubblici.
- 32 Il Consiglio di Stato ritiene, al pari del MIT, che il generale principio di legalità richieda che l'amministrazione si conformi alla legge vigente al momento in cui essa manifesta la propria volontà di organizzare la procedura per la scelta del concessionario. Pertanto, se una proposta di concessione presentata sulla base delle disposizioni della legge previgente non è ancora stata approvata al momento dell'entrata in vigore della nuova legge, l'amministrazione potrebbe approvare tale progetto e organizzare la gara solo basandosi sulla nuova disciplina, fatta salva l'applicazione di norme transitorie previste dalla legislazione entrata in vigore nel corso del procedimento.
- 33 Orbene, in materia di concessioni autostradali, il decreto correttivo ha aggiunto un comma 8-bis all'articolo 178 del nuovo codice dei contratti pubblici, che vieterebbe di affidare concessioni autostradali scadute o in scadenza facendo ricorso alla procedura di finanza di progetto prevista dall'articolo 183 di tale codice.
- 34 In tale contesto, il giudice del rinvio ritiene, in primo luogo, che il secondo provvedimento di rigetto sia legittimo. Infatti, l'articolo 178, comma 8-bis, del nuovo codice dei contratti pubblici sarebbe entrato in vigore durante la fase preliminare del procedimento e sarebbe quindi applicabile al provvedimento che ha chiuso definitivamente la procedura respingendo la proposta del concessionario uscente.
- 35 In secondo luogo, poiché il primo provvedimento di rigetto è stato adottato prima dell'entrata in vigore del decreto correttivo, il divieto di ricorrere alla finanza di progetto per una concessione autostradale non sarebbe applicabile. Tuttavia, sebbene il MIT non si sia potuto fondare sull'articolo 178, comma 8-bis, del nuovo codice dei contratti pubblici per respingere la prima proposta, la violazione di tale disposizione sarebbe irrilevante. Infatti, detta disposizione osterebbe parimenti all'inserimento, nella programmazione dell'amministrazione aggiudicatrice, dei progetti di operatori privati che siano già stati oggetto di una valutazione di fattibilità favorevole, cosicché l'Ativa sarebbe priva di interesse a ottenere l'annullamento del primo provvedimento di rigetto.
- 36 Il Consiglio di Stato ritiene tuttavia necessario esaminare il motivo sollevato dall'Ativa vertente sul fatto che, impedendo *tout court* alle amministrazioni concedenti di ricorrere alla finanza di progetto per l'aggiudicazione di una concessione, l'articolo 178, comma 8-bis, del nuovo codice dei contratti pubblici violerebbe il principio della «libertà di procedura», in forza del quale l'amministrazione concedente disporrebbe di un'ampia flessibilità nel definire e organizzare la procedura per la scelta del concessionario, e il cui rispetto si imporrebbe al legislatore nazionale in forza del considerando 68 nonché dell'articolo 30 e dell'articolo 37, paragrafo 6, della direttiva 2014/23.
- 37 In tale contesto, il Consiglio di Stato ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte



la seguente questione pregiudiziale:

«Se il diritto [dell'Unione] e, in particolare, i principi fissati dalla direttiva [2014/23], specificamente la libertà di scelta delle procedure di affidamento, nel rispetto dei principi di trasparenza e di [parità] di trattamento, di cui al considerando 68 ed all'articolo 30 [di tale direttiva], nell'ambito degli affidamenti delle concessioni, ostano alla norma nazionale dell'articolo 178, comma 8-bis, del [nuovo codice dei contratti pubblici], che vieta incondizionatamente alle amministrazioni di procedere agli affidamenti delle concessioni autostradali scadute o in scadenza facendo ricorso alle procedure di cui all'articolo 183 [del medesimo codice], che disciplina la finanza di progetto».

### **Sulla questione pregiudiziale**

- 38 Ai sensi dell'articolo 99 del regolamento di procedura della Corte, quando la risposta a una questione pregiudiziale può essere chiaramente desunta dalla giurisprudenza o quando la risposta a tale questione non dà adito a nessun ragionevole dubbio, la Corte, su proposta del giudice relatore, sentito l'avvocato generale, può statuire in qualsiasi momento con ordinanza motivata.
- 39 Tale disposizione dev'essere applicata nell'ambito della presente causa.
- 40 In via preliminare, si deve rilevare che la presente domanda di pronuncia pregiudiziale mira non a stabilire se la procedura di finanza di progetto disciplinata dall'articolo 183 del nuovo codice dei contratti pubblici sia compatibile con la direttiva 2014/23, bensì a determinare se uno Stato membro possa imporre alle sue amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere a una concessione per la gestione autostradale e, in tal modo, vietare loro di optare per la procedura della finanza di progetto.
- 41 Con la sua questione, il Consiglio di Stato chiede, in sostanza, se l'articolo 2, paragrafo 1, primo comma, della direttiva 2014/23, in combinato disposto con l'articolo 30 e i considerando 5 e 68 di tale direttiva, debba essere interpretato nel senso che esso osta a una disposizione nazionale che vieta alle amministrazioni aggiudicatrici di affidare concessioni autostradali scadute o in scadenza facendo ricorso alla procedura della finanza di progetto prevista all'articolo 183 del nuovo codice dei contratti pubblici.
- 42 Alla luce tanto della formulazione della direttiva 2014/23 quanto della giurisprudenza recente della Corte in materia di appalti pubblici, tale questione richiede una risposta negativa.
- 43 In primo luogo, come risulta dall'articolo 1 della direttiva 2014/23, in combinato disposto con il suo considerando 8, il solo oggetto di tale direttiva è stabilire le norme applicabili alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione indette da amministrazioni aggiudicatrici ed enti aggiudicatori il cui valore stimato non è inferiore alla soglia indicata all'articolo 8 della direttiva in parola.
- 44 La direttiva 2014/23 è quindi destinata ad applicarsi solo nell'ipotesi in cui un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore abbia avviato una procedura di aggiudicazione di una concessione.
- 45 In secondo luogo, l'articolo 2, paragrafo 1, primo comma, della direttiva 2014/23 riconosce il principio per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione. In tal modo, tali «autorità», considerate nella loro qualità di autorità investite di un potere normativo e non quali amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori, sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi al fine di garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici.

- 46 In terzo luogo, dall'articolo 2, paragrafo 1, secondo comma, della direttiva 2014/23, in combinato disposto con il considerando 5 di quest'ultima, emerge che dette autorità possono decidere di espletare i loro compiti d'interesse pubblico avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre autorità o conferendo tali compiti a operatori economici.
- 47 Risulta pertanto che la direttiva 2014/23 non può privare gli Stati membri della libertà di privilegiare un modo di gestione a scapito degli altri. Questa libertà implica in effetti una scelta che viene effettuata in una fase precedente a quella della procedura di aggiudicazione e che non può quindi rientrare nell'ambito di applicazione di tale direttiva (v., per analogia, sentenza del 3 ottobre 2019, Irgita, C-285/18, EU:C:2019:829, punto 44, nonché ordinanze del 6 febbraio 2020, Pia Opera Croce Verde Padova, C-11/19, EU:C:2020:88, punto 41, e del 6 febbraio 2020, Rieco, da C-89/19 a C-91/19, EU:C:2020:87, punto 33).
- 48 In quarto luogo, tale interpretazione non può essere inficiata dall'asserzione, contenuta all'articolo 30, paragrafo 1, di detta direttiva, nonché al considerando 68 della stessa, secondo cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore sono liberi di organizzare la procedura per la scelta del concessionario, fatto salvo il rispetto della medesima direttiva.
- 49 Infatti, nell'ipotesi in cui le autorità nazionali, regionali o locali abbiano inteso privilegiare un modo di gestione in particolare, le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori beneficiano solo di una libertà condizionata, che, di conseguenza, può dispiegarsi solo nell'ambito delle scelte politiche precedentemente operate da dette autorità.
- 50 In quinto luogo, la libertà delle autorità nazionali, regionali o locali, conformemente all'articolo 2, paragrafo 1, primo comma, della direttiva 2014/23, di scegliere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi non può tuttavia essere illimitata. Essa deve al contrario essere esercitata nel rispetto delle regole fondamentali del trattato FUE, segnatamente la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi, nonché dei principi che ne derivano, come la parità di trattamento, il divieto di discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza (v., per analogia, sentenza del 3 ottobre 2019, Irgita, C-285/18, EU:C:2019:829, punto 48 e giurisprudenza ivi citata, nonché ordinanze del 6 febbraio 2020, Pia Opera Croce Verde Padova, C-11/19, EU:C:2020:88, punto 45, e del 6 febbraio 2020, Rieco, da C-89/19 a C-91/19, EU:C:2020:87, punto 37).
- 51 Sebbene spetti al giudice del rinvio, nella controversia di cui al procedimento principale, assicurarsi che il divieto per le amministrazioni aggiudicatrici e per gli enti aggiudicatori di ricorrere alla procedura della finanza di progetto, quale enunciato all'articolo 178, comma 8-bis, del nuovo codice dei contratti pubblici, non abbia oltrepassato i limiti menzionati al punto precedente della presente ordinanza, sia dall'ordinanza di rinvio sia dalle osservazioni scritte depositate dinanzi alla Corte dal governo italiano e dalla Commissione europea sembra emergere che tale disposizione mirasse a garantire la massima apertura possibile alla concorrenza delle concessioni autostradali. Poiché il settore delle concessioni autostradali è stato aperto alla concorrenza solo recentemente, il legislatore italiano avrebbe optato per un sistema di gara pubblico, vietando l'alternativa costituita dall'aggiudicazione di tali concessioni mediante finanza di progetto. Così facendo, l'articolo 178, comma 8-bis, del nuovo codice dei contratti pubblici intenderebbe evitare di riconoscere un qualsivoglia vantaggio, anche solo di fatto, ai concessionari uscenti.
- 52 Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre rispondere alla questione sollevata dichiarando che l'articolo 2, paragrafo 1, primo comma, della direttiva 2014/23, in combinato disposto con l'articolo 30 e i considerando 5 e 68 di tale direttiva, deve essere interpretato nel senso che esso non osta a una disposizione nazionale che vieta alle amministrazioni aggiudicatrici di affidare concessioni autostradali scadute o in scadenza facendo ricorso alla procedura della finanza di progetto prevista all'articolo 183 del nuovo codice dei contratti pubblici.

## Sulle spese

53 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Nona Sezione) dichiara:

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

Lussemburgo, 26 novembre 2020

Il cancelliere

Per il presidente della Nona  
Sezione

A. Calot Escobar

D. Šváby

---

\* Lingua processuale: l'italiano.