

Concessioni autostradali e vincoli europei

di CHIARA AMALFITANO e MASSIMO CONDINANZI**

SOMMARIO: 1. L'armonizzazione "minima" di cui alla direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione e il margine di discrezionalità lasciato agli Stati membri in sede di trasposizione. – 2. Vincoli diretti imposti dal diritto dell'Unione europea. – 3. (*Segue*): vincoli indiretti (reali o presunti). – 4. Lo "strano caso" di controllo analogo di cui all'art. 13 bis del d.l. n. 148/2017 al vaglio di compatibilità con il diritto dell'Unione europea. – 5. "Decreto Genova" e diritto dell'Unione europea: il rispetto dei vincoli europei «inderogabili». – 6. (*Segue*): le società che possono partecipare alla «procedura negoziata senza previa pubblicazione» prevista dall'art. 32 della direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici. – 7. (*Segue*): le attività "appaltabili" senza gara dal Commissario straordinario. – 8. (*Segue*): la sussistenza delle condizioni fissate dall'art. 32 per poter procedere senza previa pubblicazione. – 9. (*Segue*): il finanziamento delle attività di ricostruzione dell'infrastruttura e di ripristino del connesso sistema viario. – 10. Qualche riflessione conclusiva.

1. L'armonizzazione "minima" di cui alla direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione e il margine di discrezionalità lasciato agli Stati membri in sede di trasposizione

La direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione¹ codifica in modo organico la disciplina pregressa sulla materia, distribuita in diverse normative (anche di *soft law*)² e integrata da pronunce della Corte di giustizia³. Si tratta, senza alcun dubbio, di un intervento di

** Il lavoro è frutto di riflessioni comuni occasionate dalla partecipazione di Massimo Condinanzi al convegno "Le concessioni autostradali. Tra vincoli europei, poteri statali e autonomie territoriali" (Trento, 28 novembre 2018) e di Chiara Amalfitano al convegno "Opere Pubbliche ed Emergenza: celerità e legalità" (Genova, 30 novembre 2018). Chiara Amalfitano è autore dei par. 1, 5, 6, 7, 8, 9 e 10, Massimo Condinanzi è autore dei par. 2, 3 e 4. Gli Autori ringraziano, per il costruttivo confronto, il dott. Jacopo Alberti e la dott.ssa Camilla Burelli.

¹ Si tratta della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 (in *GUUE*, L 94 del 28 marzo 2014, p. 1 ss.), in vigore dal 17 aprile 2014 (v. art. 54) e da trasporre negli Stati membri entro il 18 aprile 2016 (v. art. 51). Essa – nell'ambito di un'opera di riordino più complessiva – è stata adottata insieme con la direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE (*ibidem*, p. 65 ss.) e con la direttiva 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE (*ibidem*, p. 243 ss.). Sulla direttiva 2014/23/UE v., per tutti, G. FIDONE, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in *RIDPC*, 2015, p. 101 ss., ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici; G. GRECO, *La direttiva in materia di "concessioni"*, *ibidem*, 2015, p. 1095 ss.; e con particolare riguardo alla sua trasposizione e al tema delle concessioni autostradali v. M. MACCHIA, *Le concessioni autostradali nella riforma del Codice dei contratti pubblici*, in *Riv. giuridica del Mezzogiorno*, 2016, p. 829 ss.; *Id.*, *La disciplina delle concessioni market oriented dettata dall'Unione europea*, in L. SALTARI, A. TONETTI (a cura di), *Il regime giuridico delle Autostrade in Italia, in Europa e nelle principali esperienze straniere*, Milano, 2017, p. 271 ss.; *Id.*, *La regolamentazione degli affidamenti da parte dei concessionari*, in *RIDPC*, 2018, p. 153 ss.

² Principi analoghi a quelli codificati nella direttiva in esame erano infatti contenuti (seppur in modo meno organico), in particolare, nella direttiva 1993/37/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (in *GUCE*, L 199 del 9 agosto 1993, p. 54 ss.), poi sostituita dalla direttiva 2004/18/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (in *GUUE*, L 134 del 30 aprile, p. 114 ss.), che già inquadravano la concessione come *contratto e non come provvedimento*, calandosi pertanto in una logica contrattualistica e non meramente pubblicistica della materia, e nel libro verde della Commissione del 2004 (COM(2004) 327) *relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, e ancor prima nella comunicazione del 2000 *sulle concessioni nel diritto comunitario*, che già sanciva che in presenza di una concessione non si poteva operare al di fuori del rispetto dei principi cui si ispira la materia dei contratti pubblici, ovvero i principi di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza, reciproco riconoscimento e proporzionalità, così da assicurare al meglio la libertà di stabilimento e di prestazione di servizi e il rispetto delle norme antitrust.

³ V., ad esempio, sul trasferimento del rischio al concessionario, sentenze 13 novembre 2008, causa C-437/07, *Commissione c. Italia*, ECLI:EU:C:2008:624, punti 29 e 31; 10 settembre 2009, causa C-206/08, *WAZV Gotha*, ECLI:EU:C:2009:540, punti 59 e 68; 15 ottobre 2009, causa C-196/08, *Acoset SpA c. Conferenza Sindaci*, ECLI:EU:C:2009:628, punto 39; 10 novembre 2011, causa C-348/10, *Norma-A e Dekom*, ECLI:EU:C:2011:721, punto 45, dove si afferma – come già al punto 77 della citata sentenza *WAZV Gotha* – che occorre che «l'amministrazione aggiudicatrice trasferisca integralmente o, almeno, in misura significativa, al concessionario il rischio nel quale essa incorre» (corsivo aggiunto).

armonizzazione minima, coerentemente, del resto, con le sue stesse basi giuridiche (gli artt. 53, 62 e 114 TFUE), tutte idonee a fondare norme finalizzate ad assicurare la libera circolazione delle persone per l'accesso alle attività autonome nonché a pervenire al ravvicinamento di disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in vista dell'instaurazione o del funzionamento del "mercato interno"⁴. Il TFUE, attraverso le disposizioni appena richiamate, consente al legislatore dell'Unione l'adozione di sole direttive, da intendersi quindi in senso proprio, ovvero di norme (almeno nel modello paradigmatico di cui all'art. 288 TFUE) che fissano obblighi di risultato (in questo caso, favorire la libera circolazione e, quindi, l'accesso al mercato delle concessioni), lasciando gli Stati membri liberi quanto alla forma e ai mezzi con cui perseguirli. Da escludersi, quindi che attraverso un siffatto strumento normativo fosse possibile dettare una regolamentazione completa del settore.

La direttiva pone, con riguardo tanto alle concessioni in generale, quanto a quelle autostradali, meno vincoli di quelli che si pensa o di quanto le venga in genere addebitato: e l'intervento del 2014 è stato definito "timido" da quella dottrina che auspicava una maggior armonizzazione così da eliminare le discrasie tra i sistemi esistenti nei diversi Stati membri⁵. Del resto, essa neppure disciplina espressamente le concessioni autostradali, che invece, come noto, sono oggetto di disciplina *ad hoc* da parte del codice dei contratti pubblici del 2016⁶ (diversamente da quanto accadeva in quello del 2006).

In sostanza (e molto a grandi linee), il legislatore dell'Unione europea regola (1) *l'accesso al mercato* (che di regola deve avvenire con gara, nel rispetto dei principi sanciti dall'art. 3 della direttiva, ovvero parità di trattamento e non discriminazione, trasparenza e discrezionalità, al fine di assicurare la qualità delle prestazioni, l'efficienza degli investimenti e, appunto, la non discriminazione tra operatori economici) e (2) *l'uscita dal mercato*, ovvero l'estinzione del rapporto concessorio. Sotto questo profilo, la direttiva disciplina, in particolare, (a) la durata della concessione, connessa al valore della stessa e all'equilibrio del piano economico-finanziario (PEF) e, se ultraquinquennale, non persistente oltre il tempo ragionevole per ottenere il recupero degli investimenti e la remunerazione del capitale (art. 18) e, indirettamente, (b) il subentro del nuovo concessionario, che dovendo avvenire in condizioni non discriminatorie e trasparenti (la gara) richiederà una disciplina del "destino" delle opere infrastrutturali realizzate dal primo (o dal precedente) concessionario, alla ricerca di un equilibrio tra la necessità di non garantire un vantaggio competitivo all'uscente e di non assicurare un'indebita locupletazione di valore da parte dell'entrante; ancora (c) la risoluzione della concessione per vizi c.d. genetici, ovvero il mancato rispetto di una delle condizioni poste dall'art. 44, lett. a) e b) della direttiva o l'inadempimento di un obbligo previsto dalla direttiva o dai trattati nell'aggiudicazione della concessione, accertato *ex art.* 258 TFUE dalla Corte di giustizia (v. art. 44, lett. c)⁷.

In considerazione della *natura contrattuale della concessione* e del correlato *trasferimento del rischio* d'impresa in capo al concessionario, l'Unione – anche nel rispetto del principio di sussidiarietà – ha scelto di non intervenire ulteriormente, evitando di intensificare il livello di regolazione con prescrizioni che, pur astrattamente apprezzabili a più fini, potrebbero finire per comprimere

⁴ Si tratta, come noto, di disposizioni inserite nel capo 2 e nel capo 3 del titolo IV del TFUE (Libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali), dedicati rispettivamente al diritto di stabilimento e ai servizi, nonché nel capo 3 del titolo VII (Norme comuni sulla concorrenza, sulla fiscalità e sul ravvicinamento delle legislazioni), dedicato al ravvicinamento delle legislazioni.

⁵ V. M. MACCHIA, *Le concessioni autostradali*, cit., p. 832.

⁶ V. d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (in *GURI*, n. 91 del 19 aprile 2016 – s.o. n. 10), adottato nell'esercizio della delega di cui alla legge 28 gennaio 2016, n. 11 (*ibidem*, n. 23 del 29 gennaio 2016 – per il recepimento sia della direttiva 2014/23/UE, sia delle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE), in vigore dal 19 aprile 2016 e da ultimo modificato con legge 27 dicembre 2017, n. 205 (*ibidem*, n. 302 del 29 dicembre 2017 – s.o. n. 62, in vigore dal 1° gennaio 2018).

⁷ Ci si potrebbe chiedere perché alla sentenza di accertamento dell'inadempimento *ex art.* 258 TFUE non sia stata affiancata la sentenza pregiudiziale interpretativa che, come noto, può constatare sostanzialmente la stessa violazione oggetto di una procedura di infrazione. E se, pur in assenza di tale assimilazione, anche siffatta sentenza possa considerarsi quale causa di risoluzione della concessione.

oltre il consentito la discrezionalità del concessionario, condizionando l'effettiva allocazione del rischio imprenditoriale in capo al medesimo. Essa, così, non predispone pressoché alcunché in relazione allo svolgimento del rapporto concessorio (v. soltanto l'art. 42 sul subappalto e l'art. 43 sulla modifica delle concessioni in essere), non detta alcuna previsione sulla definizione delle tariffe⁸, né (a ben vedere) interviene a monte sulla scelta della tipologia/modello di gestione (v. art. 2 e considerando n. 5), in linea con la previsione di cui all'art. 345 TFUE – che fa salvi i regimi di proprietà esistenti negli Stati membri – lasciando questi ultimi quindi liberi di optare per la soluzione che ritengono più efficiente⁹ e financo di escludere il ricorso a procedure competitive, sia pure nel rispetto delle prescrizioni della direttiva.

Ciò detto, è intuitivo che il menzionato trasferimento del rischio non può giustificare un'area di assoluta autonomia imprenditoriale del concessionario e ciò anche in omaggio a peculiarità socio-economiche di ciascuno Stato membro (il legislatore e il regolatore italiano si sono posti, ad esempio, il problema delle infiltrazioni criminali) ed è inconcepibile che il menzionato “inter-tempo” (tra ingresso e uscita dal mercato), specie per i rapporti concessori di lunga durata (30/40 anni), come quelli autostradali, resti senza regolamentazione di dettaglio, anche a fronte di sensibili variazioni del contesto di esercizio. Ed in assenza di una disciplina siffatta ad opera, come detto, del legislatore sovranazionale, è indispensabile che intervenga, in qualche misura, quello nazionale. Al contempo, è essenziale che tale intervento non vada mai oltre quanto necessario per soddisfare gli obblighi di risultato posti dalla direttiva e così il legislatore interno, nell'esercizio della discrezionalità (ampia, come visto) che essa gli lascia, deve sempre rispettare i principi cardine su cui si fonda l'ordinamento dell'Unione europea. Infatti, anche là dove il diritto dell'Unione non pone espressamente degli obblighi e si agisce in un ambito lasciato alla discrezionalità, o a monte alla stessa competenza, dello Stato membro, tale diritto si impone comunque, nella sua interezza, ai consociati e ai legislatori nazionali, questi ultimi, pertanto, sempre chiamati a legiferare astenendosi dal ledere le libertà fondamentali e i principi generali dell'ordinamento dell'Unione. Non sussiste, infatti, una competenza esclusiva dello Stato membro capace di precludere in via assoluta la rilevanza del diritto dell'Unione nell'area governata da una certa politica nazionale: esiste, semmai, un'autonomia normativa dello Stato membro in materia non normata (o non interamente) dall'Unione, autonomia il cui esercizio richiede comunque il rispetto di ogni altra norma o principio proprio dell'ordinamento giuridico europeo¹⁰.

Sulla base di tale premessa – che rispecchia una risalente e consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia¹¹ – il legislatore nazionale, anche nel regolamentare la materia delle concessioni, deve pertanto evitare di incorrere nella tentazione del c.d. *gold plating*, non a caso vietato espressamente dall'art. 1 della legge delega per la stesura del codice dei contratti pubblici (essendo evidentemente il legislatore delegante consapevole del rischio che si correva alla luce dei precedenti

⁸ Tariffe che costituiscono il terreno dove si gioca il ritorno economico del concessionario, proprio nell'idea di lasciare ad esso autonomia imprenditoriale; e, parimenti, mano libera agli Stati membri che infatti definiscono ciascuno delle norme per disciplinare la fissazione di tariffe rispetto a determinati standard.

⁹ Così se in Italia, a partire dagli anni '90 abbiamo assistito all'era delle privatizzazioni, ivi comprese quella delle società di gestione delle autostrade, in Germania e Francia, ad esempio, il regime prescelto è maggiormente pubblicistico. Per un'analisi della disciplina relativa alle concessioni autostradali in tali due Paesi v. i contributi di, rispettivamente, L. MUZI e M. CONTICELLI in L. SALTARI, A. TONETTI (a cura di), *Il regime giuridico delle Autostrade*, cit., p. 117 ss. e p. 133 ss.

¹⁰ Da ultimo, con chiarezza, su questi temi, v. B. DE WITTE, *Les compétences exclusives des Etats membres existent elles?*, in *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, p. 301 ss.

¹¹ V., per tutte, sentenza 2 febbraio 1989, causa 186/87, *Cowan*, ECLI:EU:C:1989:47, punto 19, con riguardo alla competenza statale in materia penale e di procedura penale; sentenza 2 marzo 2010, causa C-135/08, *Rottman* ECLI:EU:C:2010:104, punto 41, con riguardo alla competenza a dettare norme di acquisto e perdita della cittadinanza nazionale; sentenza 4 giugno 2013, causa C-300/11, *ZZ*, ECLI:EU:C:2013:363, punto 38, con riguardo alla competenza a fissare misure idonee a garantire la sicurezza interna ed esterna dello Stato, e pur nella vigenza dell' almeno apparentemente innovativa previsione di cui all'art. 4, par. 2, ultima frase, TUE, secondo cui «[...] la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro».

interventi normativi nella materia *de qua*). Siffatta sovra-regolamentazione (ed eccessiva rigidità del nostro legislatore) – di norma giustificata in tale ambito, come si è accennato, con esigenze di tutela della pubblica sicurezza e di lotta ai fenomeni corruttivi e mafiosi¹² – rischia infatti di andare *a scapito dell'efficienza* e di *violare comunque* (se non disposizioni di dettaglio di diritto dell'Unione magari, come detto, assenti) i *principi cardine dell'ordinamento sovranazionale* e ancor più le aree di libertà che quell'ordinamento intende perseguire appunto con strumenti finalizzati alla realizzazione del mercato interno.

Un esempio di “vincoli europei” che discendono, in verità, da principi dell'ordinamento dell'Unione che tutelano appunto spazi di libertà è la vicenda tutta italiana relativa alla sede delle Società Organismi di Attestazioni (SOA). Per tali società di diritto privato, a cui l'Italia ha demandato il compito di attestare il possesso di requisiti di qualificazione in capo all'esecutore di lavori pubblici¹³, di fatto affidando al mercato (e quindi “privatizzando”) un'attività prima svolta dai poteri pubblici, il legislatore ha, dapprima, imposto la sede legale in Italia, con la conseguenza di vedersi accertata dalla Corte di giustizia in via pregiudiziale la violazione della normativa sul diritto di stabilimento¹⁴ e, successivamente, ha prescritto che avessero, quantomeno, “una sede in Italia”, con la conseguente apertura di una procedura di infrazione diretta a contestare la violazione della normativa sulla prestazione di servizi, a fronte dell'effetto di imporre, al prestatore stabilito in altro Paese dell'Unione, di rendere la sua attività in regime di prestazione solo attraverso la creazione di una sede secondaria in Italia¹⁵. Anche quest'ultimo vincolo ha dovuto quindi essere conciliato dal legislatore italiano con la libertà imposta dal TFUE, modificando nuovamente l'art. 5 della legge 7 luglio 2016, n. 122¹⁶ ed accettando la sede in un altro Stato membro (dello Spazio economico europeo) che però attribuisca all'attestazione resa da organismo equivalente la capacità di provare il possesso dei requisiti di qualificazione¹⁷. Anche al di là dello specifico esempio, accade più spesso che i vincoli – di dubbia compatibilità con l'ordinamento dell'Unione – derivino da scelte autonome del legislatore nazionale, le cui finalità, quand'anche pianamente rintracciabili, rischiano di urtare e limitare principi di libertà sui cui si fonda la realizzazione del mercato interno.

2. Vincoli diretti imposti dal diritto dell'Unione europea

Senza analizzare nel dettaglio tutti i vincoli posti espressamente dalla direttiva 2014/23/UE, si vuole qui richiamare l'attenzione su di un fenomeno tipico del sistema concessorio italiano, che si pone in contrasto con un obbligo fissato chiaramente dalla normativa dell'Unione e rispetto a cui si può dunque parlare di violazione di un vincolo “diretto” discendente dal di diritto sovranazionale. Nel prossimo paragrafo si esamineranno invece alcuni casi di violazioni “indirette”, a

¹² A ben vedere anche l'art. 35 della direttiva statuisce che «[g]li Stati membri dispongono che le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori adottino misure adeguate per combattere le frodi, il clientelismo e la corruzione», ma ciò non significa che tali risultati debbano perseguirsi con una sovraregolamentazione che rischia di frustrare altri principi di diritto dell'Unione. G. FIDONE, *Le concessioni di lavori e servizi*, cit., p. 176, evidenzia come «l'esperienza dimostra [...] che le rigidità dell'attuale regolazione dei contratti pubblici non hanno [...] contrastato in alcun modo il dilagare della corruzione, che costituisce una grave patologia della contrattualistica pubblica italiana. La pretesa medicina unica per combattere inefficienza e corruzione, consistente nella privazione della discrezionalità amministrativa, ha dunque fallito». L'A. esamina, quindi, le misure che sono poi state elaborate dal legislatore italiano (anche in attuazione di obblighi internazionali) per combattere specificamente i fenomeni corruttivi e mafiosi.

¹³ V. artt. 84 e 216 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

¹⁴ V. sentenza 16 giugno 2015, causa C-593/13, *Rina Services Spa*, ECLI:EU:C:2015:399, in particolare sotto il profilo della non invocabilità dell'eccezione della «partecipazione all'esercizio dei pubblici poteri» di cui all'art. 51 TFUE per giustificare la restrizione.

¹⁵ V. procedura di infrazione n. 2013/4212.

¹⁶ Contenente disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2015-2016, in *GURI*, n.158 dell'8 luglio 2016.

¹⁷ La norma, così modificata dall'art. 1, c. 569, della l. 27 dicembre 2017, n. 205, non appare peraltro di piana applicazione, a fronte della difficile individuazione negli ordinamenti degli altri Stati membri di “organismi equivalenti” alle SOA previste dalla legislazione italiana.

fronte di vincoli non esplicitamente posti da una disposizione di diritto derivato, ma in ogni caso desumibili dal complesso della normativa sovranazionale e dei suoi principi.

La (menzionata) violazione di regole esplicite poste dal legislatore dell'Unione si configura nel caso di *proroga della concessione senza procedura ad evidenza pubblica*, a causa della inosservanza dei principi sanciti dal già citato art. 3 della direttiva, nonché del suo art. 31 che detta le regole sui bandi di concessione nonché, infine, del suo art. 43, che fissa le condizioni (solo) in presenza delle quali è possibile disporre una modifica (legittima) delle concessioni senza una nuova procedura di aggiudicazione.

Rispetto ad un siffatto inadempimento – benché formalmente la contestazione concerna la violazione degli artt. 2 e 58 della direttiva 2004/18/UE (che possono considerarsi oggi riprodotti nei menzionati artt. 3 e 31 della direttiva del 2014) che era vigente all'epoca dei fatti contestati – si segnala la procedura di infrazione avviata dalla Commissione (nella fase contenziosa) a settembre 2017 e attualmente al vaglio della Corte di giustizia¹⁸.

La Commissione censura la violazione dei due articoli della direttiva del 2004 per effetto dell'introduzione, *ope legis*, di una proroga di 18 anni (dal 2028 al 2046), disposta l'11 marzo 2009 senza la pubblicazione di alcun bando di gara, della concessione di lavori relativi all'autostrada A12 Civitavecchia-Livorno (concessione che era stata già prorogata al 2028 con un atto aggiuntivo del 1999, stipulato in aggiunta alla convenzione iniziale, conclusa nel 1969). Essa evidenzia, in particolare, che *la proroga di 18 anni di una concessione esistente equivale ad una nuova concessione*, e questo in quanto detta proroga *si traduce in una modifica sostanziale della concessione di lavori esistente* (da intendersi alla luce della giurisprudenza della Corte nel senso che, se tale modifica fosse stata conosciuta in anticipo, essa avrebbe determinato la partecipazione alla procedura di gara anche di offerenti diversi). Secondo la Commissione, la modifica della concessione è sostanziale già di per sé per il cambio della sua durata; ad ogni modo, anche sulla base di una verifica dei fatti e delle conseguenze della proroga, essa ha natura sostanziale perché implica un aumento della remunerazione per il concessionario, con modifica relevantissima dell'equilibrio economico a suo favore ed un allungamento dei tempi per ammortizzare gli investimenti e ridurre i costi di produzione. La Commissione contesta altresì la violazione dei principi di trasparenza e di non discriminazione in virtù della mancata pubblicazione del bando di gara, con grave danno per la concorrenza, non avendo avuto gli operatori economici potenzialmente interessati la possibilità di formulare un'offerta, perché non sono stati messi nelle condizioni di comprendere l'entità dei lavori da realizzare, il loro grado di sofisticazione da un punto di vista tecnico e la loro localizzazione.

La difesa del Governo italiano prende le mosse e ruota intorno a quello che considera l'erroneo presupposto di fatto di tutto il ragionamento della Commissione, ovvero il fatto che si sia in presenza di una nuova concessione. L'Avvocatura dello Stato richiama l'attenzione sulle *sopravvenienze fattuali e normative che non hanno consentito di concludere i lavori* alla data originariamente fissata e che hanno imposto di *rideterminare la scadenza della concessione*, ritenendo errato il calcolo temporale effettuato dalla Commissione rispetto all'effettiva esecuzione dei lavori compresi nella vecchia concessione del 1969 poi rinnovata nel 1999. Secondo il Governo si è dunque in presenza di *modifiche sì della durata della concessione, ma rispetto allo stesso oggetto della concessione originaria che non era mai stata completata* (nel 2009 risultava ancora l'85% dell'opera da realizzare ... sigh!) e, perciò, di una *mera rideterminazione della durata*, e (di conseguenza) del PEF e delle tariffe, senza alcun contributo a fondo perduto a carico dello Stato, con lo scopo di garantire e non piuttosto alterare l'equilibrio contrattuale. Lo Stato evidenzia, inoltre, come applicare *ex post* regole inesistenti al momento della prima concessione violerebbe i principi

¹⁸ V. causa C-526/17, *Commissione c. Italia*. L'udienza di discussione si è svolta il 12 dicembre 2018. La sentenza della Corte dovrebbe aversi nella primavera del 2019. Si noti che l'illegittima proroga delle concessioni in Italia è oggetto di attenzione specifica della Commissione anche con riferimento alle concessioni idroelettriche (procedura n. 2011/2026). Sono invece i criteri per il rilascio delle concessioni in materia di rivendita dei tabacchi ad essere oggetto di scrutinio nell'ambito del caso EU-Pilot 8002/15/GROW.

di legittimo affidamento, *pacta sunt servanda* e certezza del diritto che, come noto, e per consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, sono principi generali di diritto dell'Unione. Ancora, esso ritiene che siffatti principi sarebbero comunque violati anche se si accogliesse la tesi della Commissione che si è in presenza di una vera e propria proroga (e che, pertanto, si sarebbe dovuta avere una gara) a vantaggio del concessionario, per consentire la piena remunerazione del suo capitale e l'ammortamento dei suoi investimenti.

3. (Segue): vincoli indiretti (reali o presunti)

Come anticipato, esaminato un caso di violazione di un vincolo diretto di diritto dell'Unione, pare opportuno (e probabilmente anche più interessante) analizzare alcune ipotesi in cui il legislatore interno, intervenendo a normare negli spazi, più o meno ampi, lasciati vuoti dal diritto sovranazionale, detta regole che rischiano di porsi in contrasto con principi cardine dell'ordinamento dell'Unione e che costituiscono dunque, come anticipato, vincoli per così dire indiretti (e immnenti al sistema) alla discrezionalità del nostro legislatore.

Un'ipotesi siffatta, anch'essa al vaglio oggi della Corte di giustizia, si rinviene, ad esempio, nella normativa sul *subappalto di cui all'art. 105, c. 2, del codice dei contratti pubblici*. Nella prassi, la regola ivi posta opera *anche* con riguardo alle *concessioni*, benché siffatta disposizione non paia *formalmente applicabile ad esse* (l'art. 174 del codice, dedicato al subappalto nelle concessioni, non richiama infatti tale comma dell'art. 105, sul subappalto negli appalti). L'incompatibilità sostanziale di questa disposizione con il diritto dell'Unione che venisse riscontrata dalla Corte di giustizia avrebbe perciò ripercussioni anche nella materia che ci interessa.

La direttiva 2014/23/UE, al pari della direttiva 2014/24/UE – della cui interpretazione viene investito, come subito si vedrà, il giudice di Lussemburgo – si limita a imporre che (1) già nell'offerta da formulare in sede di gara sia indicata la volontà di ricorrere a terzi, dimostrando in capo anche ai subappaltatori l'assenza di eventuali motivi di esclusione (e ad essi si può chiedere che rispettino obblighi imposti dal diritto dell'Unione in materia ambientale, sociale, e del lavoro) e che (2) la responsabilità resti, in ogni caso, in capo al concessionario/appaltatore (pur rimanendo liberi gli Stati membri di fissare regole più rigorose in tema di responsabilità). Coerentemente con la logica del trasferimento del rischio per quanto attiene alle concessioni e comunque di un'autonomia negoziale che deve assicurarsi anche all'appaltatore che si avvalga di terzi, l'Unione non detta alcuna regola (ulteriore) in merito alla scelta dei collaboratori. Il legislatore italiano, tuttavia, in sede di trasposizione ha inserito, al menzionato articolo del codice, la regola per cui *«l'eventuale subappalto non può superare la quota del 30% del valore complessivo del contratto di lavori, servizi e forniture»* (corsivo aggiunto).

Il TAR Lombardia, nel gennaio 2018, e il Consiglio di Stato, nel giugno 2018, hanno sollevato due rinvii pregiudiziali chiedendo alla Corte di giustizia di verificare, nella sostanza, se la previsione in questione sia compatibile, nello specifico, con l'art. 71 della direttiva appalti che non contempla limitazioni quantitative al subappalto e, più in generale, con i principi della libertà di stabilimento e di prestazione di servizi (di cui agli artt. 49 e 56 TFUE), nonché con il principio di proporzionalità¹⁹. In particolare, il TAR Lombardia ritiene che limitare il subappalto al solo 30%

¹⁹ V. TAR Lombardia, ordinanza n. 148 del 19 gennaio 2018, che ha dato vita alla causa C-63/18 e Consiglio di Stato, sez. VI, ordinanza n. 3553 dell'11 giugno 2018, che ha dato vita alla causa C-402/18. In entrambi i casi i giudici *a quibus* hanno chiesto l'applicazione della procedura accelerata e in entrambi i casi la Corte ha respinto la richiesta. Si noti che il giudice di ultima istanza si interroga sulla compatibilità con la normativa europea delle disposizioni sul subappalto (e i suoi limiti) contenute nel previgente codice del 2006, ma si tratta di una differenza trascurabile ai fini in esame. Ancora, il Consiglio di Stato chiede al giudice di Lussemburgo anche di verificare se «i principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi [...], l'art. 71 della Direttiva 2014/24 [nonché l'art. 25 della Direttiva 2004/1], che non contemplano limitazioni per quanto concerne la quota subappaltatrice ed il ribasso da applicare ai subappaltatori, nonché il principio eurounitario di proporzionalità, ostino all'applicazione di una normativa nazionale in materia di appalti pubblici, quale quella italiana contenuta nell'art. 118 commi 2 e 4 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, secondo la quale il subappalto non può superare la quota del trenta per cento dell'importo complessivo del

di lavori, servizi e forniture implichi una riduzione delle possibilità lavorative per le piccole-medie imprese e una restrizione della concorrenza ad opera del legislatore/amministrazione. Il giudice del rinvio evidenzia come siffatta limitazione sia dovuta a *obiettivi generali dello Stato italiano, segnatamente la tutela dell'integrità del mercato da infiltrazioni mafiose*, ma *altresì* sottolinea *come questo limite vada oltre quanto necessario allo scopo*: per lottare contro i fenomeni mafiosi sarebbe sufficiente controllare adeguatamente i subappaltatori e, in realtà, la disciplina in materia di controlli già c'è e il suo *enforcement* funziona. Anche il Consiglio di Stato ricostruisce la questione, al pari del menzionato TAR, nei termini sopra descritti tipici dell'impostazione di "mercato interno", pur poi ricordando i motivi per cui esso stesso, quando adottò il parere n. 855/2016 preventivo all'entrata in vigore del codice dei contratti pubblici, diede via libera al limite al subappalto considerandolo compatibile con il diritto dell'Unione, soffermandosi in particolare sul fatto che la direttiva 2014/24/UE comunque persegue anche obiettivi di *trasparenza* e di tutela del *mercato del lavoro*, e sulle esigenze antimafia dello Stato italiano. Nel caso appena descritto, dunque, il vincolo, non imposto dalla direttiva europea, interviene ad irreggimentare la discrezionalità del concessionario (o dell'appaltatore), limitandogli il ricorso all'*outsourcing* come forma di flessibilità organizzativa, attraverso una disciplina che, pur non direttamente vietata dalla specifica normativa europea, richiede di essere "testata" alla luce dei più generali principi che fondano le libertà del mercato interno.

Nelle more della decisione della Corte di giustizia nelle cause testé descritte e in attesa dunque di conoscere il bilanciamento che essa effettuerà dei diversi interessi in gioco o la valutazione che richiederà di espletare ai giudici *a quibus* quanto al rispetto del principio di proporzionalità da parte della normativa italiana controversa, si richiama l'attenzione su di un'altra disposizione del codice dei contratti pubblici, giustificata alla luce di presunti vincoli europei e forse elaborata con lo scopo di fare in qualche modo da contraltare all'atteggiamento, invero assai diffuso, della nostra amministrazione di prorogare il più possibile senza gara le concessioni in essere, in violazione di regole esplicite (come visto *supra* al par. 2) poste dal legislatore dell'Unione. Si tratta dell'*art. 177 del codice dei contratti pubblici*, rubricato «affidamento a terzi», che pone in capo ai titolari di concessioni in essere alla data di entrata in vigore del codice ed ottenute senza gara un *obbligo di esternalizzazione* «con procedure a evidenza pubblica» dei lavori, servizi e forniture che siano pari o superiori alla soglia dei 150.000 euro: tale obbligo è dell'80% per i concessionari in generale e scende al 60 % per i concessionari autostradali, in virtù di una modifica intervenuta con legge 27 dicembre 2017, n. 205, in vigore dal 1° gennaio 2018.

Al di là di questioni prettamente amministrativistiche, relative tra l'altro (i) al fatto che siffatta soglia debba concernere i lavori complessivamente da realizzare o solo quelli da esternalizzare e (ii) alle modalità di svolgimento delle gare, se nel rispetto dei soli principi che valgono in materia di concessioni o se facendo stretta applicazione di tutte le regole codicistiche, non può non evidenziarsi come la *direttiva fissi regole che operano chiaramente solo pro-futuro* (il suo art. 54 stabilisce che essa non si applica all'aggiudicazione di concessioni per le quali è stata presentata un'offerta o che sono state aggiudicate prima del 17 aprile 2014) senza imporre alcun tipo di obbligo rispetto al passato. La disposizione in esame, invece, detta una *regolamentazione per i contratti a valle, a posteriori, allo scopo di recuperare l'assenza di concorrenza in passato*, ovvero rispetto alle concessioni in essere aggiudicate senza gara; mentre, come appena visto, il nuovo concessionario può decidere di ricorrere al subappalto con un'autonomia di scelta nel limite del 30%.

Si è correttamente rilevato in dottrina che, se anche l'obiettivo della previsione è quello di assicurare maggiore concorrenza ed efficienza (pur in mercato artificialmente costruito), essa mal si concilia con l'impostazione (sempre di matrice "comunitaria") del trasferimento del rischio in capo al concessionario e della natura contrattuale della concessione²⁰. Pare quasi aversi, con tale

contratto e l'affidatario deve praticare, per le prestazioni affidate in subappalto, gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione, con un ribasso non superiore al venti per cento» (corsivi aggiunti).

²⁰ M. MACCHIA, *Le concessioni autostradali*, cit., p. 838; ID., *La regolamentazione degli affidamenti*, cit., p. 13.

imposizione, uno stravolgimento del paradigma concettuale della “concessione”, come se – a fronte di un’Unione che si “fida” dell’amministrazione – a non fidarsi fosse il nostro legislatore interno che pone obblighi ed oneri economici assai stringenti al concessionario. Il meccanismo che si crea è confuso e farraginoso e forse aumenta il rischio di corruzione (tra l’altro in contraddizione – parrebbe – con lo stesso limite del subappalto al 30% giustificato proprio per evitare fenomeni corruttivi). Sembra effettivamente assistersi ad un’*eterogenesi dei fini*: per porre rimedio ad una situazione patologica (quella delle concessioni in proroga) si introduce un correttivo nazionale che crea rilevanti disfunzioni e un aumento dei costi (dovuti alla procedura ad evidenza pubblica), che potrebbe ripercuotersi sul PEF del concessionario e imporne una revisione, a carico finale del concedente e quindi della collettività, e che certamente non agevola lo sviluppo dell’economia e gli investimenti²¹. In ogni caso, l’esternalizzazione a valle è stata utilizzata dal nostro Paese per giustificare proroghe di dubbia compatibilità “comunitaria”, come ben dimostra la vicenda della procedura di infrazione nel caso della Livorno-Civitavecchia, dove con la Commissione intervennero più volte, nel tentativo di scongiurare il progressivo aggravamento della procedura di infrazione, accordi diretti a compensare la proroga con una maggiore percentuale obbligatoria di lavori da esternalizzare, peraltro, poi puntualmente disattesi.

4. Lo “strano caso” di controllo analogo di cui all’art. 13 bis del d.l. n. 148/2017 al vaglio di compatibilità con il diritto dell’Unione europea

Una disposizione nazionale di cui, recentemente, si è posto un problema di compatibilità con il diritto dell’Unione, in particolare con la previsione di cui all’art. 17 della direttiva 2014/23/UE («concessioni tra enti nell’ambito del settore pubblico»), ma anche e più in generale con i principi UE in materia antitrust, è quella contenuta nell’*art. 13 bis del d.l. 16 ottobre 2017, n. 148* (convertito con la citata legge n. 205/2017), finalizzata alla *stipulazione di una convenzione di concessione delle opere e delle tratte autostradali A22 Brennero-Modena e A4 Venezia-Trieste, A28 Portogruaro-Pordenone e raccordo Villesse-Gorizia*.

In base ai primi studi e commenti²², siffatta previsione pareva elaborata in attuazione dell’art. 178, c. 8 ter, del codice dei contratti pubblici, secondo cui «[l]e concessioni autostradali relative ad autostrade che interessano una o più regioni possono essere affidate dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti a società in house di altre amministrazioni pubbliche anche appositamente costituite. A tal fine il controllo analogo di cui all’articolo 5 [del codice, nonché dell’art. 17 della direttiva] sulla predetta società in house può essere esercitato dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti attraverso un comitato disciplinato da apposito accordo ai sensi dell’articolo 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241, che eserciti sulla società in house i poteri di cui al citato articolo 5». In realtà, il menzionato art. 13 bis è frutto di una soluzione travagliata: in fase di sua prima elaborazione si voleva inserire una delega di funzioni alle Regioni (Veneto e Friuli-Venezia Giulia) e agli Enti locali interessati, che avrebbero poi proceduto ad una aggiudicazione *in house*, su modello dell’art. 17 della direttiva (che fissa requisiti il cui rispetto esclude l’operatività della direttiva stessa, consentendo di ricorrere, appunto, a società *in house* e quindi di non rispettare le norme in tema di concorrenza per assenza di esternalizzazione)²³.

Tale soluzione, apparentemente in linea con la previsione della direttiva, venne in seguito abbandonata, verosimilmente per ragioni di finanza pubblica, pervenendo ad una formula per cui

²¹ M. MACCHIA, *La regolamentazione degli affidamenti*, cit., p. 20.

²² V., per tutti, R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, Bologna, 2017, p. 2065 ss., spec. p. 2071 (*sub Le concessioni autostradali. Concessioni di servizi soggette a regimi speciali*).

²³ Sull’*in house providing* e l’art. 17 della direttiva 2014/23/UE v., per tutti, C. VOLPE, *Le nuove direttive sui contratti pubblici e l’in house providing: problemi vecchi e nuovi*, in *RIDPC*, 2015, p. 1168 ss. Per un’ampia ricostruzione dell’*in house providing* alla luce della relativamente recente disciplina sulle società pubbliche v., M. ANTONIOLI, *L’in house providing identifica un modello societario? Antinomie e dissonanze dell’istituto dopo il decreto n. 175/2016*, in *RIDPC*, 2018, p. 555 ss.

il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (MIT), nella qualità di concedente, stipula una convenzione con le Regioni e gli Enti locali interessati che «potranno a loro volta avvalersi di società in house, esistenti o appositamente costituite, nel cui capitale non figurino privati». Si giunge così a configurare l'ipotesi, sinora inedita a quanto consta, dell'*in house* del concessionario con conseguente necessità di valutarne la compatibilità con le norme UE antitrust, suscettibili di elusione nella misura in cui l'amministrazione aggiudicatrice, anziché affidare a proprie società *in house* o aprire al mercato, affidasse ad un concessionario pubblico (locale) che ricorre a propri "controllati" *in house*, comunque escludendo il ricorso alla gara.

A ben vedere, il progetto di convenzione su cui la DG GROW (Mercato interno, industria, imprenditoria e PMI) della Commissione ha espresso (a novembre 2018) il proprio parere (di compatibilità con il diritto dell'Unione), ai sensi del meccanismo di dialogo di cui alla COM (2017) 573 def.²⁴, sembra delineare un modello più in linea con quanto prescritto dall'art. 178, c. 8 ter, del codice che con il citato art. 13 bis. La bozza di convenzione, infatti, prevede che *il MIT sia la stazione concedente e il concessionario sia una società appositamente costituita dalle Regioni e dagli Enti locali interessati*, che ne hanno il controllo economico, mentre *il controllo analogo è in sostanza esercitato dal MIT, per il tramite di un comitato di indirizzo e coordinamento (CIC)*, composto da sei membri (due rappresentanti del MIT, uno del Ministero dell'Economia e delle Finanze – MEF – e tre rappresentanti delle Regioni e degli Enti locali interessati), presieduto da uno dei due rappresentanti del MIT e chiamato a validare pressoché tutte le delibere "essenziali" del concessionario. La DG competente – come peraltro già aveva fatto il Consiglio di Stato nel parere n. 1645 reso dalla I sezione il 26 giugno 2018 – esclude che il modello delineato dal progetto di convenzione sia espressione di un rapporto orizzontale di cooperazione tra pubbliche amministrazioni *ex art. 17, par. 4, della direttiva 2014/23/UE* e lo riconduce (diversamente da quanto sostenuto dal Consiglio di Stato) ad una sorta di cooperazione verticale o *in house*, di cui ai parr. 1-3 dell'art. 17, ritenendo soddisfatti sia il requisito del controllo analogo, sia quelli dell'attività principale (80%) del concessionario a favore del concedente e dell'esclusione di capitale privato dalle società *in house* (la c.d. partecipazione totalitaria pubblica).

Al netto di possibili criticità che il modello potrebbe incontrare nelle relazioni con gli intermediari finanziari richiesti dell'erogazione del credito, rispetto ai quali la complessità della *governance* del veicolo societario potrebbe apparire di difficile superamento, (lo stesso PEF potendo essere modificato dal CIC) – criticità evidentemente tutt'altro che trascurabile –, sembra assistersi ad una tendenza dell'*in house* a modularsi in forme sempre nuove per venire incontro alle necessità politiche di congiungere diversi livelli di governo del territorio. Il sistema del CIC delineato nella bozza di convenzione esaminata pare quindi rappresentare un *nuovo modello di controllo analogo nel paradigma dell'in house providing* (già sostanzialmente validato dalla Commissione). E ci si può chiedere se esso – a fronte di una privatizzazione (avviata negli anni '90 di fatto per finanziare l'ingresso del nostro Paese nell'euro) che non sembra aver dato buoni frutti, come l'episodio del crollo del Ponte Morandi a Genova purtroppo dimostra – possa essere una *valida alternativa* al ritorno al modello pubblicistico, comunque assicurando un intervento più incisivo dello Stato non

²⁴ Tale comunicazione, del 3 ottobre 2017, è dedicata al *Sostegno agli investimenti mediante una valutazione ex ante volontaria degli aspetti relativi agli appalti per i grandi progetti infrastrutturali* ed è volta a facilitare un dialogo (preventivo rispetto alla realizzazione di appalti e concessioni) tra la Commissione e le autorità nazionali competenti al fine di evitare una violazione della normativa dell'Unione che potrebbe poi sfociare in una procedura di infrazione. Essa, in particolare, dispone che «[l]e autorità nazionali e le amministrazioni aggiudicatrici/gli enti aggiudicatori hanno facoltà di utilizzare il meccanismo su base volontaria per porre questioni all'attenzione della Commissione e ricevere una valutazione della compatibilità del progetto con il quadro normativo dell'UE prima di compiere passi importanti, ad esempio indire un bando di gara per i lavori principali del progetto, firmare un accordo internazionale o decidere di ricorrere ad una procedura negoziata senza previa indicazione di gara. [...]. Ciò contribuirà a ridurre il rischio di ritardi e di sforamenti dei costi derivanti dalle difficoltà incontrate nei processi di appalto pubblico. Il meccanismo contribuirà inoltre a sviluppare buone pratiche nell'ambito del quadro europeo sugli appalti pubblici rivisto e aggiornato adottato nel 2014. *Ciò può essere particolarmente importante per le concessioni, che per la prima volta sono regolate completamente da un regime UE armonizzato*» (corsivo aggiunto).

più solo (come è adesso) regolatore e controllore, ma chiamato a svolgere funzioni più penetranti (anche) di indirizzo e coordinamento, senza tuttavia tornare a formule di nazionalizzazione rispetto alle quali si porrebbero innanzitutto forti criticità finanziarie e organizzative.

5. “Decreto Genova” e diritto dell’Unione europea: il rispetto dei vincoli europei «inderogabili»

Anche l’ «evento» da ultimo menzionato, ovvero «il crollo di un tratto del viadotto Polcevera dell’autostrada A10» lo scorso 14 agosto 2018, o meglio le soluzioni che sono state coniate per porvi rimedio nel c.d. decreto Genova²⁵ richiedono alcune riflessioni in merito alla compatibilità con il diritto dell’Unione europea. Si prenderanno in esame solo alcuni dei profili più significativi rispetto a cui pare delinearci una violazione (o un rischio di violazione) di vincoli europei da parte di quelle disposizioni del decreto dedicate alla realizzazione delle attività di «demolizione, [...] rimozione, [...] smaltimento e [...] conferimento in discarica dei materiali di risulta, nonché [di] progettazione, [...] affidamento e [...] ricostruzione dell’infrastruttura e [di] ripristino del connesso sistema viario»; attività in relazione alle quali sono stati conferiti poteri al Commissario straordinario per la ricostruzione (appositamente nominato con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri entro 10 giorni dall’entrata in vigore del decreto legge: v. art. 1, c. 1). Non ci si concentrerà, invece, su altre disposizioni di carattere più generale contenute nel decreto, come ad esempio il suo art. 16, che nel prevedere una modifica unilaterale e *a posteriori* delle condizioni economiche di concessioni in essere, pure sembra porsi in contrasto con il diritto dell’Unione²⁶.

Un primo profilo degno di nota concerne la formulazione – a dir poco stravagante – dell’art. 1, c. 5, là dove statuisce che «[p]er la demolizione, la rimozione, lo smaltimento e il conferimento in discarica dei materiali di risulta, nonché per la progettazione, l’affidamento e la ricostruzione dell’infrastruttura e il ripristino del connesso sistema viario, il Commissario straordinario opera in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall’appartenenza all’Unione europea» (corsivi aggiunti).

Fortunatamente, in sede di conversione del decreto legge – e certo anche grazie alle sollecitazioni dell’Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), il cui Presidente intervenne in sede di audizione dinanzi alle competenti commissioni della Camera dei Deputati in fase, appunto, di conversione²⁷ –, si è aggiunto il riferimento all’inderogabilità (anche) delle disposizioni del codice antimafia e delle misure di prevenzione. Diversamente, e nonostante anche qui le indicazioni provenienti dall’ANAC, è rimasta invariata la formula originaria della disposizione che vieta la derogabilità delle sole norme “inderogabili” di diritto dell’Unione. *L’aggettivo non può che considerarsi*

²⁵ V. d.l. 28 settembre 2018, n. 109, in *GURI* del 28 settembre 2018, n. 226 ormai convertito in legge: 16 novembre 2018, n. 130, suppl. ord. n. 55 alla *GURI* 19 novembre 2018, n. 269. Sui rapporti tra il decreto in esame e il diritto dell’Unione europea v. D. PONTE, *Un Commissario vincolato alle regole dell’Unione europea*, in *Guida al Diritto/Il Sole 24 Ore*, 2 gennaio 2019, p. 51 ss.; G. MARCHEGIANI, *La ricostruzione del ponte Morandi di Genova alla luce del diritto dell’Unione europea*, in *Federalismi.it*, 23 gennaio 2019.

²⁶ Tale possibilità viola il principio di *predictability* regolatoria, che è a sua volta condizione essenziale per gli investimenti di capitale e strategici in società titolari di contratti concessori di durata, specie nel settore infrastrutturale; essa pregiudica la fiducia della comunità finanziaria internazionale, ponendo a rischio gli investimenti e il *project financing* per le opere infrastrutturali in Italia. La previsione è, altresì, antistorica, poiché reintroduce quanto già contestato nel 2006-2008 dalla Commissione europea, che avviò un’infrazione contro il nostro Paese a seguito dell’adozione di un decreto legge che comportava la possibilità di interventi unilaterali sulle condizioni economiche delle concessioni autostradali in essere. L’infrazione fu chiusa solo dopo che il Governo italiano (Governi Prodi e Berlusconi): (i) riconobbe il principio della non modificabilità unilaterale, bensì con mutuo consenso, delle condizioni economiche delle concessioni autostradali esistenti; (ii) introdusse a tal fine, su richiesta della Commissione, una apposita modifica legislativa.

²⁷ Il testo dell’intervento del Presidente di ANAC, Raffaele Cantone, in data 10 ottobre 2018 è consultabile qui <https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/Comunicazione/News/news?id=5cba2dc50a7780427806d8280be4be2a>.

ridondante e pleonastico, privo di qualsivoglia portata cogente, perché – come noto – non esiste un nucleo di disposizioni di diritto dell'Unione inderogabili (magari pure in virtù di una libera valutazione ad opera del legislatore nazionale o, in questo caso, dello stesso Commissario straordinario) in contrapposizione a norme UE pacificamente derogabili dagli Stati membri. Per sua stessa natura, *tutto il diritto dell'Unione (primario e derivato) è inderogabile, a meno che esso stesso* (anche eventualmente per il tramite di pronunce della Corte di giustizia) *disponga altrimenti*, ovvero consenta di essere derogato. Viene il sospetto che il legislatore abbia in qualche modo “avvertito” l'esistenza dei c.d. controlimiti, ma ne abbia travisato il significato, essi risolvendosi – come la Corte costituzionale ci insegna dalla sentenza *Frontini*²⁸ – nell'impossibilità di dare ingresso nel nostro ordinamento al diritto dell'Unione che, in casi «improbabil[i], ma non impossibil[i]»²⁹, violi i principi supremi del nostro sistema costituzionale e i diritti inalienabili della persona. Per come appare scritta, la norma del decreto sembra finire per collocare il Commissario straordinario in una sorta di pericoloso “vuoto ordinamentale”, dove (anche) le norme del diritto dell'Unione europea sono condannate all'irrelevanza, ad eccezione di alcune di esse, peraltro di non facile individuazione.

La formulazione forse discende, seppur a contrario, dall'art. 117 Cost. che obbliga però il legislatore nazionale al rispetto di tutti i vincoli discendenti dal diritto (internazionale e) “comunitario”. Se alla norma in commento dovesse riconoscersi efficacia cogente, essa potrebbe addirittura ritenersi (in uno con il conseguente eventuale agire del Commissario straordinario) in contrasto con il diritto dell'Unione e, quindi, con l'art. 117 Cost. e, ancora prima, con l'art. 11 Cost. Nel complesso, più verosimile (e rassicurante) è sostenere che ci si trovi di fronte ad una mal riuscita “clausola di stile”, dettata dalla straordinarietà dell'evento e, conseguentemente, del rimedio, per quanto non possa non rilevarsi come tale “stile” vada emergendo, qua e là, anche in altre iniziative normative, cui pare opportuno fare brevemente cenno.

Vale la pena menzionare la recente proposta di modifica costituzionale finalizzata ad eliminare dalla Costituzione (ovvero dagli artt. 97, 117 e 119 Cost.) le clausole europee³⁰, nonché la previsione della relazione programmatica sulla partecipazione dell'Italia all'Unione europea per l'anno 2018 - relazione consuntiva sulla partecipazione dell'Italia all'Unione europea, relativa all'anno 2017, ancora in fase di approvazione³¹. Nella versione emendata ed approvata al Senato lo scorso 5.12.2018 si legge, infatti, che il Governo dovrà impegnarsi «a riportare sul giusto piano il rapporto tra le fonti comunitarie e quelle nazionali, restituendo al Parlamento, che rappresenta il popolo sovrano, la titolarità del pieno potere legislativo, oggi sottomesso ai vincoli dell'ordinamento europeo, impropriamente ritenuto superiore e preminente rispetto alla Costituzione; a sottoporre l'introduzione delle norme europee ad un vaglio di compatibilità con la tutela dell'interesse nazionale, subordinandone il recepimento e l'adozione ad una preventiva valutazione di impatto sui principi e diritti fondamentali della Costituzione italiana». Il modesto impatto prescrittivo della previsione e della sua fonte non deve però far dimenticare che, per tale via, in nome di un doveroso impegno delle amministrazioni e delle forze politiche italiane a far valere, in sede “ascendente”, caratteristiche ordinamentali e ancor prima sociali ed economiche del nostro Paese suscettibili di essere prese in considerazione in sede di elaborazione della norma europea, si rischia di anteporre sempre e comunque la verifica del controlimito al rispetto della regola dell'Unione ormai adottata, ciò che appare inammissibile, sia per il timore che dei controlimiti si dia una lettura sempre più vasta e meno puntuale, sia perché si finisce per alterare, nel profondo, lo spirito del percorso di integrazione europea. Merita allora di essere favorevolmente menzionato il fatto che non sia stata

²⁸ V. sentenza n. 183/1973.

²⁹ V. Corte cost., sentenza n. 232/1989, *S.p.a. Fragnani*.

³⁰ V. AC 298, il cui esame è iniziato l'11.10.2018 e su cui L. BARTOLUCCI, *Sugli effetti di una ipotizzata rimozione delle “clausole europee” dalla Costituzione*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2018, che ritiene che la «proposta di legge costituzionale in commento rappresenta – forse – il primo caso espresso di sovranismo giuridico: cioè la traduzione, in ambito giuridico-costituzionale, dell'ideologia sovranista che sta caratterizzando alcuni partiti politici italiani» (p. 3).

³¹ Consultabile qui <http://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/ProcANL/ProcANLscheda40493.htm>.

inserita nella legge europea 2018 (per integrare la legge n. 234/2012³², con un art. 18 bis) la previsione volta ad istituire un apposito fondo (pari a 1,5 milioni di euro annui, a decorrere dal 2019) con lo scopo «di rafforzare, sia nella fase ascendente di formazione sia [in] quella di recepimento del diritto [...] dell'Unione europea, le verifiche di compatibilità con la tutela effettiva dei principi e diritti fondamentali previsti dalla costituzione».

6. (Segue): le società che possono partecipare alla «procedura negoziata senza previa pubblicazione» prevista dall'art. 32 della direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici

Altrettanto singolare è la tecnica redazionale dell'art. 1, c. 7, del decreto che, nello stabilire il ricorso alla procedura negoziata senza gara *ex art. 32* della direttiva 2014/24/UE (su cui v. *infra*, par. 8), individua le società che possono parteciparvi ed essere dunque “selezionate” dal Commissario straordinario per la realizzazione delle attività ivi elencate (su cui v. *infra*, par. 7). Anche in questo caso ci si può chiedere se la soluzione legislativa sia un'espressione politica della volontà dell'attuale compagine governativa.

Tale disposizione statuisce che il Commissario straordinario affida, *ex art. 32* della direttiva appalti, «la realizzazione delle attività concernenti il ripristino del sistema viario, nonché quelle connesse, *ad uno o più operatori economici diversi* dal concessionario del tratto autostradale alla data dell'evento e da società o da soggetti da quest'ultimo controllati o, comunque, ad esso collegati, anche al fine di evitare un ulteriore indebito vantaggio competitivo nel sistema delle concessioni autostradali e, comunque, giacché non può escludersi che detto concessionario sia responsabile, in relazione all'evento, di grave inadempimento del rapporto concessorio» (corsivo aggiunto).

La norma solleva diverse *criticità, in primis* il fatto che – in base alla citata direttiva – le cause di esclusione dalle aggiudicazioni sono tassative (v. art. 57). Altresì, è noto che la posizione delle imprese sul mercato non può essere rilevata *ex lege*, ma il loro vantaggio competitivo deve essere provato con indagini di mercato e l'urgenza del caso di specie difficilmente sembra poter giustificare una statuizione siffatta con conseguente esclusione dall'affidamento «del concessionario del tratto autostradale alla data dell'evento e da società o da soggetti da quest'ultimo controllati o, comunque, ad esso collegati»³³. Ciò anche se, a ben vedere, occorrerebbe verificare con cautela e precisione quali sono le attività davvero “coperte” dalla previsione in esame, la cui formulazione rischia di risultare, sotto tale profilo, ingannevole e comunque pare applicata diversamente da come potrebbe (*rectius* dovrebbe?) intendersi sulla base di una sua lettura in combinato disposto con quanto stabilito ai commi 1 e 5 del citato art. 1 (v. *infra*, par. 7). Ancora, e sempre giuridicamente ragionando, è di difficile comprensione l'esclusione di Autostrade per l'Italia S.p.A. se non è neppure chiaro, nella sistematica del decreto, a chi apparterebbe il nuovo viadotto, ovvero chi poi lo acquisirebbe/prenderebbe in gestione. E comunque, se l'idea di fondo del decreto sembra quella di revocare la concessione ad Autostrade per l'Italia S.p.A., non è chiaro che tipo di vantaggio si creerebbe in capo a tale soggetto se anche (in quanto responsabile del mantenimento in sicurezza della tratta autostradale in questione) gli venissero affidate le attività di cui all'art. 1, c. 7³⁴.

³² Ovvero la legge del 24 dicembre 2012, Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea.

³³ Peraltro, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) – anch'essa intervenuta in sede di conversione del decreto legge dinanzi alle competenti commissioni della Camera dei Deputati lo scorso 8 ottobre 2018 (v. qui <http://www.agcm.it/dotcmsdoc/audizioni-parlamentari/Audizione-20181008.pdf> il testo dell'intervento del Segretario Generale, Filippo Arena) – sembrerebbe in qualche modo “avallare” la soluzione infine accolta nel testo di legge (si veda *infra*, nel testo la diversa formulazione originaria della disposizione in esame), affermando che l'esclusione di del concessionario della tratta autostradale interessata dai lavori, ovvero Autostrade per l'Italia S.p.A., potrebbe giustificarsi in considerazione del fatto che ad esso «è stata riconosciuta la facoltà di svolgere attività d'impresa diverse da quella principale (ovvero la costruzione e l'esercizio delle tratte autostradali assentite in concessione)».

³⁴ L'AGCM, in sede di audizione, sembrerebbe suggerire che il ricorso al menzionato art. 177 del codice dei contratti pubblici ridurrebbe comunque l'eventuale vantaggio di Autostrade per l'Italia S.p.A. che dovesse infine essere ammessa a partecipare alla procedura di cui all'art. 32 direttiva; e addirittura, sempre nella stessa prospettiva di riduzione

Curiosa è anche la seconda *ratio* che pare giustificare l'esclusione del concessionario della tratta autostradale al momento dell'evento dalla procedura *ex art. 32* della direttiva 2014/24/UE, ovvero il fatto che «non può escludersi che [esso] sia responsabile, in relazione all'evento, di grave inadempimento del rapporto concessorio»: in assenza, al momento della redazione del decreto, di qualsivoglia accertamento di responsabilità in sede amministrativa o penale, tale concessionario viene infatti (indebitamente) presentato come “presunto colpevole”³⁵.

Quantomeno, si deve accogliere con favore il fatto che – intervenendo in fase di conversione, su sollecitazione tanto dell'ANAC quanto dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) – *sono stati ammessi a partecipare alla procedura i concessionari di strade a pedaggio diversi da Autostrade per l'Italia S.p.A.*, che erano invece parimenti esclusi dalla procedura nella formulazione originaria della previsione in esame³⁶: in tal modo si soddisfano esigenze di garanzia della qualità delle attività da svolgere e di capacità dei possibili affidatari (come richiesto dalla direttiva) e meglio si assicura (almeno sotto questo profilo) il rispetto della normativa UE antitrust.

7. (Segue): le attività “appaltabili” senza gara dal Commissario straordinario

Prima di verificare se esistono davvero i presupposti fissati dall'art. 32 della direttiva appalti per effettuare una procedura negoziata senza gara, pare necessario rispondere ad una domanda preliminare, ovvero accertare *quali attività rientrano nell'ambito di applicazione di tale procedura di urgenza*. Per quelle, infatti, che si dovessero ritenere escluse, vi sarebbe l'obbligo di assicurare una procedura competitiva.

Il c. 7 dell'art. 1, come approvato in sede di conversione, fa riferimento alle (sole) «attività concernenti il ripristino del sistema viario, nonché quelle connesse», essendo venuto meno il riferimento anche a quelle «propedeutiche», menzionate invece nel testo originario del decreto.

Una lettura sistematica del decreto solleva qualche difficoltà di coordinamento: non è infatti assolutamente chiaro perché quest'ultima previsione si riferisca solo alle attività concernenti il ripristino del sistema viario e a quelle connesse e non a tutte le altre attività (rispetto a cui si configura la competenza del Commissario straordinario) elencate tanto al c. 1 quanto al c. 5 dell'art. 1, ovvero le attività di «demolizione, [...] rimozione, [...] smaltimento e [...] conferimento in discarica dei materiali di risulta, nonché [di] progettazione, [...] affidamento e [...] ricostruzione dell'infrastruttura e [...] ripristino del connesso sistema viario».

A rigore, si potrebbe interpretare il combinato delle diverse disposizioni nel senso che solo la seconda *tranche* di attività (progettazione, ricostruzione e ripristino del connesso sistema viario) sia ricompresa nella procedura di cui all'art. 32 della direttiva e che rispetto alla prima *tranche* (demolizione, rimozione, smaltimento e conferimento in discarica dei materiali di risulta) occorra invece procedere con gara. Questo, a ben vedere, al di là di quello che forse più logicamente si potrebbe pensare (e a meno di non immaginare – come in effetti potrebbe accadere – che il nuovo

del vantaggio, l'Autorità sembra proporre l'applicazione anche in questa fattispecie della regola generale di esternalizzazione dell'80% anziché di quella più bassa del 60% che si applica, come visto, ai concessionari autostradali. A dire il vero, non si è certi che questa disposizione dovrebbe trovare applicazione, dal momento che si tratterebbe di nuovo appalto e nuovo appaltatore e anche Autostrade per l'Italia S.p.A. dovrebbe poter essere considerata al pari di qualunque altro soggetto che partecipa alla procedura negoziata senza gara. Ciò, ovviamente, a meno di ritenere che, laddove l'affidamento fosse conferito a tale società, essa agirebbe in quanto vecchio concessionario del tratto autostradale crollato; o che l'art. 177 del codice vada applicato, *mutatis mutandis*, al nuovo appalto trattandosi di un affidamento diretto senza gara, da assimilare alla situazione configurata come presupposto per l'applicazione dello stesso art. 177 (ovvero il fatto di essere titolari di una vecchia concessione affidata senza gara).

³⁵ Si noti, peraltro, che l'art. 14 del decreto prevede l'introduzione di un sistema di monitoraggio in via sperimentale per effettuare adeguati controlli sulle infrastrutture autostradali: l'elevazione della soglia tecnica e tecnologica degli strumenti disponibili “allo stato dell'arte” (altrimenti non si spiega il ricorso a soluzioni qualificate come “sperimentali”), potrebbe far dubitare di ogni aprioristica attribuzione di responsabilità.

³⁶ Il testo originario dell'art. 1, c. 7, del decreto escludeva appunto dall'affidamento qualunque operatore economico che abbia una qualsivoglia «partecipazione, diretta o indiretta, in società concessionarie di strade a pedaggio, ovvero siano da queste ultime controllate o, comunque, ad esse collegate».

viadotto segua un tragitto diverso da quello dell'attuale Ponte Morandi), ovvero che solo la demolizione e le attività connesse soddisfano il requisito dell'"urgenza" e rispetto ad esse si può procedere senza gara; mentre per le ulteriori e successive attività si dovrebbe disporre la procedura ad evidenza pubblica. Se così fosse, tanto politicamente quanto giuridicamente, sembrerebbe anche meno giustificabile (e comunque comprensibile) l'esclusione di Autostrade per l'Italia S.p.A. dalla prima *tranche* di attività: tutto sommato, politicamente, ben si sarebbe potuta giustificare la scelta di far rimuovere i "cocci" al "presunto colpevole"; giuridicamente, l'assenza di gara motivata alla luce dell'onere di mantenimento in sicurezza del sistema viario che grava (doverosamente) sul concessionario avrebbe consentito di effettuare, nelle more della demolizione e rimozione delle macerie, la procedura di selezione del soggetto chiamato a costruire il nuovo viadotto.

Ad ogni modo, la prassi che si è sviluppata in attuazione della previsione del decreto pare attestare che tutte le attività elencate ai commi 1 e 5 dell'art. 1, e non solo quelle di cui al c. 7, saranno realizzate da uno o più soggetti individuati senza gara.

Tale soluzione applicativa, insieme con l'esclusione del concessionario del tratto autostradale al momento del crollo, rischia di provocare un certo contenzioso amministrativo rispetto agli atti del Commissario (il decreto individua come autorità giudiziaria competente in via esclusiva il TAR Liguria: v. art. 10), di veder presentate eventuali azioni di responsabilità contro lo Stato per violazione del diritto dell'Unione (con la Corte di giustizia che potrebbe essere investita di questioni pregiudiziali), nonché (almeno in teoria) di determinare l'avvio di una procedura di infrazione da parte della Commissione. Tuttavia, la delicatezza e la peculiarità della situazione (in uno con l'assoluta discrezionalità della guardiania dei trattati nella gestione delle procedure *ex art.* 258 TFUE) sembrano, allo stato, escludere quest'ultima circostanza. E la stessa DG GROW, interpellata informalmente sulla "tenuta" del decreto, pare aver fornito indicazioni al nostro Governo circa l'adeguatezza dell'intera "manovra", anche dunque in relazione al ricorso alla procedura di urgenza rispetto all'attività di ricostruzione del viadotto.

8. (Segue): la sussistenza delle condizioni fissate dall'art. 32 per poter procedere senza previa pubblicazione

Proprio con riguardo all'operatività della procedura di cui all'art. 32 della direttiva appalti, anche in questo caso una *questione preliminare potrebbe riguardare la ragione che ha indotto il Governo a invocare direttamente la norma europea anziché il corrispondente art. 63 del codice dei contratti pubblici*, norma sostanzialmente fotocopia di quella contenuta nella direttiva. La sola differenza tra le due disposizioni consiste nel fatto che quella nazionale prevede taluni obblighi procedurali (su tutti, la consultazione di almeno 5 operatori, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza e rotazione). Verosimilmente, il richiamo direttamente alla direttiva potrebbe servire, nell'intento del legislatore, a *derogare anche a quel minimo di obblighi di consultazione* previsti dalla legislazione di recepimento, sebbene sia ormai cronaca che invece una consultazione di ben più di 5 operatori ci sia stata (circostanza che rende il mancato richiamo della normativa italiana ancor più atipico). Forse, più semplicemente si è richiamata la direttiva anziché la disposizione interna per non smentire la deroga a tutte le disposizioni di legge interna (fatte salve, come visto, alcune eccezioni: *supra*, par. 5) e a conferma, al tempo stesso, di quanto detto circa il carattere superfluo dell'aggettivo "inderogabile" con riguardo al diritto dell'Unione.

Ciò premesso, ed affrontando la questione nel merito, *l'art. 32 della direttiva* (per quanto rileva nella specie) pone *tre presupposti indefettibili per il ricorso ad una procedura negoziata senza previa pubblicazione*: (1) la limitazione allo stretto necessario; (2) l'estrema urgenza; e (3) l'imprevedibilità da parte dell'amministrazione aggiudicatrice dell'evento che rende necessario il ricorso alla procedura derogatoria. Tale disposizione, infatti, stabilisce che si possa procedere in deroga alle regole fissate dalla direttiva «*nella misura strettamente necessaria* quando, per ragioni di estrema urgenza derivanti da *eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice*, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione

non possono essere rispettati. Le circostanze invocate per giustificare l'estrema urgenza non sono in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici» (corsivi aggiunti).

Si tratta di requisiti che operano *cumulativamente*³⁷, che devono essere provati da colui che intende avvalersene e che, in quanto *eccezione nel quadro della normativa appalti*, devono essere *interpretati restrittivamente*, in linea con il tradizionale insegnamento della Corte di giustizia rispetto a tutte le ipotesi di deroga alla regola generale³⁸. La procedura *de qua* è esperibile, infatti, esclusivamente qualora non sia possibile il ricorso ad una procedura maggiormente rispettosa delle prerogative della concorrenza e pare che la stessa DG GROW abbia suggerito di valutare la possibilità di utilizzare procedure di evidenza pubblica per l'esecuzione delle opere "ancillari" o "secondarie" rispetto a quelle della c.d. seconda *tranche* (v. *supra*, par. 7).

Si tratterebbe, a questo punto, di capire quali attività possano rientrare nel novero di quelle "ancillari/secondarie" a quelle della seconda *tranche*, o più in generale, a tutte quelle elencate dai commi 1 e 5 dell'art. 1 (visto come si sta procedendo in attuazione dell'art. 32 della direttiva); e se effettivamente rispetto ad esse sia sostenibile l'assenza del requisito dell'estrema urgenza.

Ad ogni modo, senza voler essere provocatori e ribadendo la convinzione che assai difficilmente la Commissione aprirebbe una procedura di infrazione, non ci si può esimere dall'interrogarsi *se il requisito dell'imprevedibilità dell'evento possa davvero considerarsi soddisfatto da parte dell'amministrazione aggiudicatrice*: ciò anche se si segue l'impostazione che sembra offerta dalla DG GROW per cui l'imprevedibilità non deve intendersi in maniera assoluta – ovvero solamente per i casi di c.d. "act of god" o di catastrofi naturali –, ma è sufficiente che sia verificata con riferimento alla stazione appaltante. Ovviamente nessuna prevedibilità da parte (e dunque responsabilità) del Commissario straordinario cui di fatto si è delegata la funzione di ente aggiudicatore. Ma può davvero dirsi lo stesso per il soggetto (Governo e, quindi, MIT) che svolge la funzione di delegante (della funzione aggiudicatrice al Commissario straordinario)? Certo si potrebbe sostenere che l'estrema urgenza sia idonea a giustificare anche siffatto "passaggio" di funzioni e ad escludere, conseguentemente, qualsiasi "collegamento" rilevante (ai fini dell'operatività della previsione) tra amministrazione aggiudicatrice ed evento; ma – a ben vedere – si potrebbe anche profilare, proprio con riguardo al ricorso alla "delega", un aggiramento indebito del terzo requisito fissato dalla previsione in esame.

9. (Segue): il finanziamento delle attività di ricostruzione dell'infrastruttura e di ripristino del connesso sistema viario

Un ultimo profilo degno di riflessione attiene alla soluzione delineata dal decreto in merito al finanziamento delle opere di ricostruzione del viadotto e di ripristino del connesso sistema viario, sollevando essa qualche dubbio di compatibilità con l'art. 107 TFUE che vieta, come noto, gli aiuti di Stato.

La disposizione rilevante è l'art. 1, c. 6, che prevede, in prima battuta, che sia *il concessionario del tratto autostradale alla data dell'evento a far fronte alle spese di ricostruzione dell'infrastruttura e di ripristino del connesso sistema viario*, essendo a ciò tenuto in quanto responsabile del mantenimento in assoluta sicurezza e funzionalità dell'infrastruttura concessa o in quanto responsabile dell'evento. Esso dispone, quindi, che tale soggetto, entro trenta giorni dalla richiesta del Commissario straordinario, versi sulla contabilità speciale (di cui al c. 8 dell'art. 1) «le somme necessarie al predetto ripristino ed alle altre attività connesse di cui al c. 5, nell'importo provvisoriamente determinato dal Commissario medesimo salvo conguagli, impregiudicato ogni accertamento sulla responsabilità dell'evento e sul titolo in base al quale sia tenuto a sostenere i costi di

³⁷ V., per tutte, sentenza 15 ottobre 2009, causa C-275/08, *Commissione c. Germania*, ECLI:EU:C:2009:632, punto 68; ordinanza 20 giugno 2013, causa C-352/12, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri*, ECLI:EU:C:2013:416, punto 50.

³⁸ Proprio con riguardo al settore degli appalti pubblici di forniture v., ad esempio, sentenza 18 maggio 1995, causa C-57/94, *Commissione c. Italia*, ECLI:EU:C:1995:150, punto 23; 2 ottobre 2008, causa C-157/06, *Commissione c. Italia*, ECLI:EU:C:2008:530, punto 23.

ripristino della viabilità». Ancora, la disposizione statuisce che, in caso di *omesso versamento nel termine*, «il Commissario straordinario può individuare, omessa ogni formalità non essenziale alla valutazione delle manifestazioni di disponibilità comunque pervenute, *un soggetto pubblico o privato che anticipi le somme necessarie alla integrale realizzazione delle opere*, a fronte della cessione pro solvendo della pertinente quota dei crediti dello Stato nei confronti del concessionario alla data dell'evento, potendo remunerare tale anticipazione ad un tasso annuo non superiore al tasso di rendimento dei buoni del tesoro decennali maggiorato di 1,5 punti percentuali» (corsivo aggiunto)³⁹. Infine, la previsione in esame dispone che «per assicurare il celere avvio delle attività del Commissario, *in caso di mancato o ritardato versamento da parte del concessionario, a garanzia dell'immediata attivazione del meccanismo di anticipazione è autorizzata la spesa di 30 milioni di euro annui dall'anno 2018 all'anno 2029*» (corsivo aggiunto).

Non si hanno ad oggi notizie di avvio di una procedura in materia di aiuti di Stato in relazione a tale profilo del decreto. Quello che è certo è che la *garanzia pubblica sul finanziamento delle opere non è di per sé illegittima*. Tuttavia, ove le risorse finanziarie non provengano dal soggetto obbligato *ex lege* (come è probabile che avvenga), e ove l'affidatario venga scelto in assenza di procedure competitive, detta garanzia potrebbe costituire un aiuto di Stato, poiché ad un singolo operatore verrebbe attribuito un vantaggio competitivo capace di incidere sugli scambi comunitari in assenza, come visto, di qualsivoglia procedura di selezione. *Altresì*, ove il finanziatore dovesse essere un soggetto riconducibile alla mano pubblica (inevitabilmente il pensiero corre a Cassa Depositi e Prestiti, visto che il Commissario straordinario può ben individuare anche un finanziatore “soggetto pubblico”), il fatto che questi venga garantito con la «cessione pro solvendo della pertinente quota di crediti dello Stato nei confronti del concessionario alla data dell'evento», sembra implicare che quel finanziatore pubblico si assumerà un rischio che difficilmente qualsiasi altro operatore del mercato (secondo il noto test dell'investitore privato) si assumerebbe. *A maggior ragione*, si potrebbe configurare un aiuto di Stato se la somma anticipata dallo Stato (in virtù dell'ultima previsione sopra riportata) non dovesse mai essere “ripianata” dall'obbligato *ex lege* o da altro soggetto (privato?) individuato dal Commissario straordinario.

Evidentemente, e al contrario, nessun problema di compatibilità con la normativa UE si porrebbe se il finanziamento dei lavori avvenisse tramite risorse private, fossero esse provenienti da Autostrade per l'Italia S.p.A. o da altro soggetto privato. Anche sotto questo profilo, resta quindi *poco comprensibile la scelta di non far gravare tutti gli oneri economici di mantenimento in sicurezza del viadotto crollato*, e quindi tutte le attività (sia della prima, sia della seconda *tranches*) menzionate ai commi 1 e 5 dell'art. 1, *sul concessionario del tratto autostradale al momento dell'evento*. Del resto, si ritiene che una siffatta soluzione non avrebbe inciso su eventuali successivi accertamenti di responsabilità del concessionario e su un'eventuale revoca della stessa concessione.

10. Qualche riflessione conclusiva

Come visto, al di là dei casi di violazione di obblighi espressamente posti da disposizioni di diritto dell'Unione (oggetto di procedure di infrazione o eventualmente accertati all'esito di un rinvio pregiudiziale), la difficoltà più rilevante con cui il legislatore nazionale sembra chiamato a confrontarsi è quella legata all'esercizio della discrezionalità che ad esso residua dopo l'intervento del legislatore sovranazionale ed eventualmente negli spazi “bianchi” di manovra da quest'ultimo lasciati all'omologo interno. Come si è detto, infatti, anche in assenza di regole (di dettaglio) poste

³⁹ Si noti che, prima della conversione, il decreto prevedeva che l'eventuale cifra anticipata da un soggetto pubblico o privato sarebbe stata remunerata ad un «tasso annuo non superiore a quello di riferimento della BCE maggiorato di tre punti percentuali». Ci si potrebbe chiedere per quali motivi sia cambiato l'indice di riferimento. La risposta potrebbe forse individuarsi in prospettiva di maggiore rendimento legato al tasso dei BTP decennali maggiorato di uno spread non irrilevante.

dall'Unione, il legislatore (e parimenti l'amministrazione) nazionale, quando interviene nell'ambito di operatività del diritto dell'Unione, è sempre tenuto al rispetto dei principi cardine dell'ordinamento sovranazionale. Occorre dunque prestare attenzione a quelle che potrebbero configurarsi come "sacche" soltanto apparenti di competenza nazionale, una lesione dei menzionati principi configurandosi (anche) come violazione del principio di leale cooperazione di cui all'art. 4, par. 3, TUE, che obbliga gli Stati membri (tra l'altro) ad astenersi dall'adottare misure che rischiano di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione.

Il legislatore nazionale deve pertanto rifuggire quell'eccessiva rigidità normativa che spesso, come visto, è dettata dall'esigenza di perseguire scopi ultranei rispetto a quelli tipici del "mercato" oggetto di regolamentazione (scopi che poi, talora, neppure sono raggiunti, tanto che, ad esempio per lottare contro i fenomeni corruttivi, sono stati necessari ulteriori interventi legislativi). In altre parole, esso è costantemente chiamato (in questo come in tutti i settori di attuazione e operatività del diritto dell'Unione) ad effettuare un corretto bilanciamento tra due interessi contrapposti: (i) regolamentare gli aspetti non espressamente disciplinati (o non sufficientemente nel dettaglio) dal legislatore sovranazionale (sempre che non si tratti, ovviamente, di aspetti disciplinati da regolamenti, rispetto a cui l'intervento del legislatore nazionale è di fatto vietato) e (ii) rispettare sempre e comunque i principi cardine del diritto dell'Unione che rilevano nella materia oggetto di esame. Il suo intervento deve essere, pertanto, ragionevole ed equilibrato e rispettare, innanzitutto, sempre e comunque il principio di proporzionalità, che diviene, dunque, vera chiave di lettura del giusto grado di integrazione europea voluto dai trattati (TUE e TFUE), senza pregiudicare oltre il necessario le valutazioni che il legislatore nazionale è chiamato a fare delle specificità del proprio Paese.