



Roma, 10 ottobre 2024

Alle
COMMISSIONI RIUNITE
VIII (AMBIENTE, TERRITORIO
E LAVORI PUBBLICI)
X (ATTIVITÀ PRODUTTIVE,
COMMERCIO E TURISMO)

Oggetto: audizione informale nell'ambito dell'esame del disegno di legge recante Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2023 (C. 2022 Governo).

Ill.mi Presidenti,
On.li Parlamentari,

mi attengo alla *ratio* dell'annuale legge per il mercato e la concorrenza (che consiste nella rimozione degli ostacoli regolatori, normativi o amministrativi, all'apertura dei mercati, nella promozione dello sviluppo della concorrenza e nella tutela dei consumatori: cfr. art. 47 della l. n. 99 del 23 luglio 2009¹). Focalizzerò questo mio intervento su quelle che, a mio avviso, tra

¹ Art. 47 l. n. 99 del 23 luglio 2009: «1. Il presente articolo disciplina l'adozione della legge annuale per il mercato e la concorrenza, al fine di rimuovere gli ostacoli regolatori, di carattere normativo o amministrativo, all'apertura dei mercati, di promuovere lo sviluppo della concorrenza e di garantire la tutela dei consumatori. 2. Entro sessanta giorni dalla data di trasmissione al Governo della relazione annuale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, ai sensi dell'articolo 23 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, come modificato dal comma 5 del presente articolo, il Governo, su proposta del Ministro dello sviluppo economico, sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, tenendo conto anche delle segnalazioni eventualmente trasmesse agli stessi fini di cui al comma 1 del presente articolo dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, presenta alle Camere il disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza. 3. Il disegno di legge di cui al comma 2 reca, in distinte sezioni: a) norme di immediata applicazione, al fine, anche in relazione ai pareri e alle segnalazioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, espressi ai sensi degli articoli 21, 22 e 23 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nonché alle indicazioni contenute nelle relazioni annuali dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e delle altre autorità amministrative indipendenti, di rimuovere gli ostacoli all'apertura dei mercati, di promuovere lo sviluppo della concorrenza, anche con riferimento alle funzioni pubbliche e ai costi regolatori condizionanti l'esercizio delle attività economiche private, nonché di garantire la tutela dei consumatori; b) una o più deleghe al Governo per l'emanazione di decreti legislativi, da adottare non oltre centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della legge, ai fini di cui al comma 1; c) l'autorizzazione all'adozione di regolamenti, decreti ministeriali e altri atti, ai fini di cui al comma 1; d) disposizioni recanti i principi fondamentali nel rispetto dei quali le regioni e le province autonome esercitano le proprie competenze normative, quando vengano in rilievo profili attinenti alla tutela della concorrenza, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione; e) norme integrative o correttive di disposizioni contenute in precedenti leggi per il mercato e la concorrenza, con esplicita indicazione delle norme da modificare o

le disposizioni del disegno di legge in esame, che vanno a incidere sul riordino delle concessioni autostradali, potrebbero presentare un maggiore impatto sulla concorrenza nel quadro unionale.

*

1. – È un dato che le autostrade sono state e sono il principale fattore dello sviluppo economico e del mercato nazionale, nonché della crescita della mobilità sociale.

Il settore autostradale è, del resto, quello in cui maggiormente si avverte la competitività tra le imprese.

Proprio per questo, l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), in ossequio all’art. 47, comma 2, della l. n. 99 del 2009, inviando al Governo, nel giugno 2023, le proprie proposte di riforma concorrenziale (AS1893), ha dato grande rilievo alla necessità di procedere agli affidamenti delle concessioni autostradali mediante procedure a evidenza pubblica.

Bisogna dire che in quegli stessi termini si era già espressa la Corte dei Conti con la deliberazione 18 dicembre 2019 n. 18/2019/G, criticando severamente, come appunto ha fatto l’AGCM con quella proposta di riforma (AS1893), la tendenza in passato (nemmeno tanto remoto) a rinnovare o comunque a prorogare le concessioni scadute.

*

2. – Un cambiamento di rotta nel senso indicato dalla Corte dei Conti e dall’AGCM è già ravvisabile nell’art. 178 del d. lgs. n. 36 del 2023 (Codice dei contratti pubblici), a mente del quale «1. La durata delle concessioni è limitata ed è determinata dall’ente concedente in funzione dei lavori o servizi richiesti al concessionario. 2. Per le concessioni ultraquinquennali, la durata massima della concessione non supera il periodo di tempo in cui si può ragionevolmente prevedere che il concessionario recuperi gli investimenti effettuati nell’esecuzione dei lavori o dei servizi, insieme con un ritorno sul capitale investito, tenuto conto degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali specifici assunti dal concessionario per rispondere alle esigenze riguardanti, ad esempio, la qualità o il prezzo per gli utenti ovvero il perseguimento di elevati standard di sostenibilità ambientale. 3. Gli investimenti presi in considerazione ai fini del calcolo comprendono sia quelli iniziali sia quelli in corso di concessione. 4. La durata massima della concessione deve essere

abrogare. 4. Il Governo allega al disegno di legge di cui al comma 2 una relazione di accompagnamento che evidenzi: a) lo stato di conformità dell’ordinamento interno ai principi comunitari in materia di libera circolazione, concorrenza e apertura dei mercati, nonché alle politiche europee in materia di concorrenza; b) lo stato di attuazione degli interventi previsti nelle precedenti leggi per il mercato e la concorrenza, indicando gli effetti che ne sono derivati per i cittadini, le imprese e la pubblica amministrazione; c) l’elenco delle segnalazioni e dei pareri dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato, espressi ai sensi degli articoli 21 e 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, indicando gli ambiti in cui non si è ritenuto opportuno darvi seguito. 5. All’articolo 23, comma 1, primo periodo, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, le parole: "entro il 30 aprile di ogni anno" sono sostituite dalle seguenti: "entro il 31 marzo di ogni anno"».

indicata nei documenti di gara, a meno che essa non sia utilizzata come criterio di aggiudicazione del contratto. 5. La durata dei contratti di concessione non è prorogabile, salvo per la revisione di cui all'articolo 192, comma 1. I contratti aggiudicati senza gara di cui all'articolo 186, comma 2, non sono in nessun caso prorogabili. Al termine della concessione, per il tempo strettamente necessario all'espletamento delle procedure di selezione del concessionario, la gestione delle tratte autostradali è affidata al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti che, in relazione alla specificità della tratta autostradale, per garantire adeguati standard di sicurezza e viabilità, valuta il modello più idoneo della gestione transitoria anche in relazione alle condizioni economiche».

Rispetto, dunque, alla previgente disciplina (mi riferisco a quella di cui al precedente Codice, il d. lgs. n. 50 del 2016), uno dei tratti innovativi del Codice dei contratti pubblici del 2023 è dato dalla previsione della regolamentazione esplicita dell'istituto della proroga: e, più esattamente, dalla disposta non prorogabilità delle concessioni autostradali, una volta giunte al termine della loro durata, ad eccezione delle ipotesi in cui la proroga rappresenti uno strumento di riequilibrio contrattuale.

Ergo, le concessioni autostradali devono essere affidate mediante gara, ed in questa direzione militano gli artt. 3, 4, e 10 del DDL Concorrenza.

In particolare, l'**art. 10 del DDL Concorrenza** si pone nel solco tracciato dal suindicato art. 178 del d. lgs. n. 36 del 2023, andando a rimarcare il principio della *durata massima delle concessioni*, individuandola nella misura di quindici anni, fatta eccezione per il caso di affidamento di lavori la cui realizzazione richiede un tempo superiore.

Tutte le disposizioni raccolte nel Capo I del *DDL Concorrenza*, compreso l'art. 10 appena citato, sono volte, almeno sulla carta, ad assicurare il raggiungimento delle *milestones* fissate nel quadro del PNRR e, per quanto specificamente concerne il riordino delle concessioni autostradali, sono volte a realizzare un modello di maggiore efficienza in linea con la visione europea.

2.1. – In questa angolazione, la durata della concessione autostradale ha un ruolo determinante. Infatti, oltre a costituire il punto di equilibrio tra gli eterogenei e talvolta anche contrapposti interessi del concedente, del concessionario e dell'utente finale, mai deve trascinare in forme di preclusione dell'accesso al mercato o di restrizioni della concorrenza.

Ciò fermo, non posso evitare di porre e porre alcuni interrogativi in chiave costruttiva sui possibili problemi applicativi legati alla esatta conciliabilità della durata massima stabilita in quindici anni con gli investimenti da realizzare.

L'esperienza insegna che l'Amministrazione concedente non ha una precisa contezza del reale stato delle proprie infrastrutture e, di conseguenza, non ha una esatta contezza dell'effettiva entità degli interventi di ammodernamento o manutenzione di cui dette infrastrutture necessitano.

È, a mio modesto avviso, a tal riguardo che all'interno del *DDL Concorrenza* non si evincono particolari *spinte in avanti*: il **comma 2, lett. a) dell'art. 4**, nello stabilire che, *«per l'aggiudicazione dei contratti di concessione, l'ente concedente pubblica in allegato al bando la ricognizione dello stato manutentivo dell'infrastruttura, predisposta dall'ente concedente sulla base degli elementi forniti dal concessionario uscente e dalle verifiche effettuate in*



proprio o tramite ANSFISA, ai fini della formulazione di offerte corredate da un piano di manutenzioni ordinarie», impone tre riflessioni.

2.1.1. - La prima riguarda proprio la scelta della durata massima di quindici anni delle concessioni. Scelta che, in ragione di quanto appena esposto, a mio avviso, dovrebbe essere valutata secondo criteri di ragionevolezza, ossia ponderando, da una parte, l'esigenza di non sbarrare l'accesso al mercato; dall'altra, la necessità di rendere la durata massima funzionale sì alla realizzazione degli investimenti, ma comunque in grado di assicurare un ritorno economico al concessionario degli investimenti eseguiti, che risulti congruo rispetto ai costi sostenuti.

Del resto, la stessa relazione al *DDL Concorrenza* ha riconosciuto quale "obiettivo principale" della riforma che si vuole attuare il miglioramento della imprenditorialità e delle condizioni concorrenziali, al fine di favorire un'allocazione più efficiente delle risorse, con aumenti di produttività: se è vero che in ciò gli investimenti giocano un ruolo essenziale, è altrettanto vero che l'imprenditorialità va *naturaliter* stimolata con previsioni di ritorni economici, che ovviamente non vanno intesi come manovre speculative a danno dell'interesse pubblico.

Emerge allora uno dei più grandi equivoci sulla esatta *fisionomia* del concessionario autostradale, essendo sia garante finanziario che costruttore. Per questa sua peculiare fisionomia, la concessione autostradale deve consentire l'ottimizzazione sia dei proventi da pedaggio sia della quota dei lavori.

L'operatore economico, aspirante a divenire concessionario autostradale, fonda il suo ragionamento imprenditoriale sul WACC (*Weighted Average Cost of Capital*), ovvero sul costo medio ponderato delle fonti attraverso cui l'azienda si finanzia.

Ebbene, la durata della concessione non può prescindere da tali dati: dati che ovviamente vanno ben oltre il puro rientro dei costi sostenuti dal concessionario per la realizzazione dei lavori: a fondamento della concessione v'è, infatti, il piano economico finanziario del concessionario, il quale traccia lo sviluppo del processo di ottimizzazione dei costi di costruzione e della gestione dei ricavi dei pedaggi.

2.1.2. - La seconda riflessione prende le mosse dal fatto per cui, soprattutto nell'ottica pro-concorrenziale in cui questo *DDL* vuole proiettarsi, il comma 2, lett. a) dell'art. 4, sul piano informativo-progettuale, lascia ancora una volta l'Amministrazione concedente in una situazione di *dipendenza* dal concessionario uscente, rischiando di aprire la via ad una condizione non più fisiologica, ma (ed è qui che, ritengo, occorrerebbe prestare particolare attenzione) di patologica asimmetria informativa, nel momento in cui il concessionario uscente, che ha supportato l'Amministrazione concedente nella predisposizione degli elaborati progettuali e delle specifiche tecniche allegare alla *lex specialis*, decida di concorrere per l'affidamento della nuova concessione.

A mio avviso, andrebbero stabilite maggiori cautele per far sì che l'attività di supporto del concessionario uscente all'Amministrazione concedente nella predisposizione degli atti progettuali o delle specifiche tecniche da allegare al bando resti circoscritta, per non incorrere

nell'alterazione della *par condicio*, nel caso in cui, come detto, il concessionario uscente dovesse competere con altri operatori economici per la nuova concessione.

Per quanto consta anche alla mia personale esperienza professionale, l'attività di supporto nella predisposizione degli allegati al bando pone inevitabilmente il concessionario uscente in una situazione di vantaggio, in termini di asimmetria informativa, con conseguenziale effetto distorsivo della concorrenza.

2.1.3. – Infine, nell'ambito dei rapporti di durata tra Amministrazione e operatore economico, tra cui si annoverano proprio i rapporti concessori in questione, altro elemento di sicuro rilievo e che merita attenta riflessione è quello dell'adeguamento del procedimento di affidamento della concessione alle reali esigenze del mercato.

L'evoluzione dei mercati è, a livello globale, sempre più rapida, e l'esigenza di intercettarne le dinamiche è vitale perché le nostre infrastrutture siano in grado di pienamente soddisfare le esigenze di una domanda in celere e continua evoluzione.

Nondimeno, nel nostro Paese, i procedimenti di affidamento delle concessioni autostradali si rivelano spesso eccessivamente lenti, talvolta, sino al punto che il progetto infrastrutturale, al termine della gara, ossia quando viene affidato all'aggiudicataria, si rivela non più attuale e, come tale, bisognoso di revisioni ed aggiornamenti prima ancora di essere eseguito (emblematico è il caso della "Pontina": *contenziosi a parte* ... la Pontina è un'opera nevralgica per il Paese, che tarda a realizzarsi -mi sia consentito- anche e soprattutto a causa dei *gap* procedurali causati dalle sovrapposizioni dei soggetti istituzionalmente deputati, che a forza di *ritoccare e revisionare* il progetto iniziale rischiano di perdere la visione dell'opera nel suo insieme, a detrimento dell'interesse pubblico in termini di mancate e/o ridotte benefiche ricadute).

*

3. – Come già ho detto, l'obiettivo primario che questo *DDL Concorrenza* intende perseguire in ossequio a quanto stabilito dal PNRR consiste nel rendere obbligatorio lo svolgimento delle gare per i contratti di concessione autostradale, impedendone il rinnovo automatico.

La norma di riferimento è, dunque, l'**art. 3**, a mente del quale «1. *L'ente concedente aggiudica le concessioni autostradali secondo procedure di evidenza pubblica, nel rispetto delle disposizioni dell'art. 182 del Codice dei contratti pubblici. 2. L'affidamento diretto delle concessioni è consentito nel rispetto delle procedure di cui all'articolo 5, esclusivamente nelle seguenti ipotesi: a) affidamento alla società costituita ai sensi dell'articolo 2, comma 2 – sexies, del decreto-legge 10 settembre 2021, n. 121, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 novembre 2021, n. 156; b) affidamento ad una società in house, diversa dalle società di cui alla lettera a), anche appositamente costituita, secondo quanto previsto dall'art. 186, comma 7, del Codice dei contratti pubblici; 3. L'ente concedente non può procedere agli affidamenti delle concessioni autostradali scadute o in scadenza facendo ricorso alle procedure di cui all'articolo 193 del Codice dei contratti pubblici».*

3.1. – Regola, tuttavia, non immune ad eccezioni. Tant'è che il **comma 2 dell'art. 3** introduce due ipotesi di affidamento diretto:

- la prima è quella dell'affidamento a società costituita ai sensi dell'articolo 2, comma 2 – *sexies*, del d.l. n. 121 del 2021, convertito nella l. n. 156 del 2021². Trattasi di società a capitale interamente pubblico (per la precisione del MEF), soggetta al controllo analogo del MIT;

- la seconda è quella dell'affidamento a società appositamente costituite ai sensi dell'art. 186, comma 7, del d. lgs. n. 36 del 2023, le quali vanno poi coordinate con quanto stabilito dal successivo art. 5 del *DDL Concorrenza*, disciplinante per l'appunto il procedimento di affidamento delle concessioni attraverso il modulo dell'*in house providing*.

Assistiamo, dunque, ad una valorizzazione del *principio di auto-organizzazione amministrativa* di cui all'art. 7 del d. lgs. n. 36 del 2023³, avente forti risvolti su quella che sinora è sempre stata la generale percezione delle regole di evidenza pubblica come massima garanzia di efficientamento del settore autostradale.

Indubbiamente, in linea di principio nulla sarebbe da obiettare dinanzi all'eventuale determinazione della P.A. di gestire *in house* (e, dunque, attraverso la propria organizzazione), le concessioni autostradali.

Sul piano applicativo, però, tenuto conto delle reali risorse a disposizione della P.A. (economiche, organizzative, di mezzi e persone, etc...), ritengo non ci si possa esimere dal domandarsi come l'affidamento e la gestione *in house* delle concessioni autostradali possano coniugarsi con le esigenze di maggiore efficientamento del settore e di maggior apertura di quest'ultimo alla concorrenza. Dovendo la concessionaria *in house*, come tale, società a capitale interamente pubblico, non soltanto occuparsi della gestione dei pedaggi, ma provvedere anche alla realizzazione delle opere, come andranno a conciliarsi queste sue attività con il contenimento del debito pubblico?

Per vero, una parziale risposta a questo interrogativo è contenuta nell'**art. 5, comma 1, del DDL Concorrenza**⁴, laddove stabilisce che *«l'ente concedente effettua preventivamente la*

² Art. 2, comma 2-*sexies*, d.l. n. 121 del 10 settembre 2021, convertito, con modificazioni, nella l. n. 156 del 9 novembre 2021: *«Per l'esercizio dell'attività di gestione delle autostrade statali in regime di concessione mediante affidamenti in house ai sensi dell'articolo 5 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, è autorizzata la costituzione di una nuova società, interamente controllata dal Ministero dell'economia e delle finanze e soggetta al controllo analogo del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili»*.

³ Art. 186, comma 7, d. lgs. n. 36 del 31 marzo 2023: *«Le 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 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 relativi poteri»*.

⁴ Art. 5 *DDL Concorrenza*: *«1. Ai fini dell'affidamento in house di una concessione autostradale, l'ente concedente effettua preventivamente la valutazione delle ragioni che giustificano il ricorso a tale modalità di affidamento ai sensi dell'articolo 7, comma 2, del codice dei contratti pubblici. 2. Nelle ipotesi di cui al presente articolo, l'ente concedente predisporre una proposta di convenzione, con il relativo PEF, elaborato sulla base*

valutazione delle ragioni che giustificano il ricorso a tale modalità di affidamento», vale a dire che il ricorso all'affidamento *in house* in luogo dell'affidamento mediante pubblica gara deve essere motivato congruamente, ovvero deve risultare documentalmente provata la sua maggiore funzionalità al soddisfacimento dell'interesse pubblico.

3.1.1. – L'istituto dell'*in house providing* è ben noto in ambito comunitario. Le direttive 2014/23/UE e 2014/24/UE, 2014/25/UE hanno da tempo, infatti, indicato i requisiti che la società deve avere per poter consentire alla P.A. di procedere all'affidamento diretto, anziché mediante procedure ad evidenza pubblica, ovvero deve trattarsi di società:

- il cui capitale è interamente pubblico;
- soggetto ad un controllo analogo a quello esercitato dalla P.A. affidante sui propri servizi;
- le cui attività, nella misura superiore all'80%, sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'ente concedente.

In buona sostanza, l'*in house* è stato concepito dall'ordinamento europeo come modello organizzativo nell'ambito del quale il gestore non è considerato terzo rispetto alla P.A. affidante, ma come soggetto parte integrate dell'organizzazione di quest'ultima.

Malgrado l'*in house* venga descritto, almeno sulla carta, come un istituto estremamente semplice e lineare, all'interno del nostro Paese ha da sempre acceso forti dibattiti.

Dal 2019 al 2021, per ben tre volte, la Corte di Cassazione si è espressa in materia, fermamente ribadendo il fatto che la società *in house* è da equiparare ad un ufficio interno dell'ente pubblico che l'ha costituita, sicché non sussiste tra l'ente e la società un rapporto di

del modello di tariffazione predisposto dall'ART, che sottopone all'affidatario per la relativa sottoscrizione entro i successivi trenta giorni. 3. La proposta di affidamento, motivata sulla base delle valutazioni del comma 1 e corredata della proposta di convenzione e del relativo PEF, sottoscritta da entrambe le parti, è tempestivamente trasmessa dall'ente concedente all'ART e all'ANAC, che esprimono i pareri di rispettiva competenza entro i successivi trenta giorni. Il termine di trenta giorni di cui al primo periodo può essere differito, su richiesta dell'Autorità competente, di ulteriori quindici giorni per eventuali motivate esigenze istruttorie e integrazioni documentali. 4. La proposta di convenzione e il relativo PEF, adeguati alle eventuali prescrizioni contenute nei pareri espressi ai sensi del comma 3, sono tempestivamente trasmessi dall'ente concedente al Comitato interministeriale per la programmazione economica e lo sviluppo sostenibile (CIPESS) con richiesta di iscrizione all'ordine del giorno della prima seduta disponibile. L'esame del CIPESS si intende assolto positivamente in caso di mancata deliberazione entro trenta giorni dalla richiesta di iscrizione all'ordine del giorno, fatta salva la possibilità di chiedere un differimento del termine di ulteriori quindici giorni per motivate esigenze istruttorie e integrazioni documentali. 5. L'ente concedente, tenuto conto delle eventuali osservazioni contenute nel parere del CIPESS, trasmette all'affidatario, entro i successivi trenta giorni, la proposta definitiva di convenzione, con il relativo PEF, ai fini della sua sottoscrizione entro trenta giorni dalla ricezione della stessa. 6. La proposta definitiva di convenzione, sottoscritta ai sensi del comma 5, è approvata con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze. 7. In caso di mancata sottoscrizione della proposta definitiva di convenzione, con il relativo PEF, da parte dell'affidatario entro il termine di cui al comma 5, si procede a un nuovo affidamento ai sensi dell'articolo 3. 8. La proposta di convenzione di cui al comma 2 è redatta nel rispetto delle disposizioni della sezione IV, in quanto compatibili. 9. All'aggiornamento o alla revisione delle convenzioni e dei relativi PEF si procede, secondo le modalità di cui al presente articolo, nei limiti di quanto stabilito dagli articoli 189 e 192 del codice dei contratti pubblici».

alterità sostanziale, ma solo formale, ed è questa specifica caratteristica l'unica a giustificare l'affidamento diretto, senza previa gara⁵.

Il Legislatore, nel dettare la nuova disciplina della *governance* del PNRR mediante le prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure, con il d.l. n. 77 del 2021, convertito dalla l. n. 108 del 2021, e per la precisione con il relativo art. 10, aveva ampliato l'area applicativa del ricorso all'*in house providing*, autorizzando le P.A. interessate ad avvalersi del supporto tecnico-operativo delle società *in house*, al fine di sostenere la definizione e l'avvio delle procedure di affidamento e di accelerare l'attuazione degli investimenti pubblici.

Già in quella sede, però, e precisamente al comma 3 di quell'art. 10 del d.l. n. 77 del 2021, il Legislatore aveva disposto l'obbligo di una motivazione *ad hoc* per la scelta della P.A. di procedere all'affidamento diretto e, cioè, di non ricorrere al mercato.

È in questi termini che l'art. 5, comma 1, in combinato disposto con l'art. 3, comma 1, del *DDL Concorrenza* ha quindi il pregio di mantenere fermo il concetto per cui, ai fini dell'affidamento delle concessioni autostradali, la regola generale resta sempre e comunque quella dell'espletamento della gara.

3.1.2. – Come detto, in tema di concessioni autostradali le sole ipotesi di affidamento diretto consentite sono quelle previste dall'art. 3 del *DDL Concorrenza*.

Il comma 2, lett. a) del suindicato art. 3 fa praticamente riferimento, nemmeno tanto in maniera implicita, alla c.d. "*Autostrade dello Stato s.p.a.*", costituita con d.P.C.M. del 9 aprile 2024 proprio in applicazione dell'articolo 2, comma 2-*sexies*, del d.l. n. 121 del 2021, convertito nella l. n. 156 del 2021.

La costituzione della società a partecipazione pubblica riporta la gestione delle autostrade a pedaggio sotto l'egida dello Stato: il che (ferma restando la condivisibilità dello sforzo del Legislatore di trovare un rimedio alla questione della estrema eterogeneità dei pedaggi autostradali) potrebbe già di per sé far sorgere qualche perplessità in termini di apertura del mercato alla concorrenza.

E ciò anche in ragione del fatto che il *DDL Concorrenza* nulla dispone o chiarisce in ordine al fatto che, in forza dell'art. 2, commi 4 e 5 del d.P.C.M. del 9 aprile 2024, Autostrade dello Stato s.p.a. può stipulare «*apposite convenzioni, anche a titolo oneroso, con società direttamente o indirettamente controllate dallo Stato ai fini dell'assistenza tecnica, operativa e gestionale, nonché costituire società di gestione di autostrade statali ovvero acquisire partecipazioni nelle medesime società [...]*» (cfr. comma 5, art. 2, D.P.C.M. del 9 aprile 2024) e, in maniera ancora più generalizzata, «*può compiere tutte le operazioni ritenute necessarie o utili per il conseguimento dell'oggetto sociale [...]*» (cfr. comma 5, art. 2, d.P.C.M. del 9 aprile 2024).

A rendere ancor meno chiara la questione è il fatto che l'art. 3, comma 3, dello Statuto di Autostrade dello Stato s.p.a. prevede che quest'ultima possa svolgere le attività di cui al sopra citato art. 2, commi 4 e 5 del d.P.C.M. del 9 aprile 2024, «*nei limiti delle risorse disponibili [...] anche in deroga alla disciplina del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, ad*

⁵ Corte Cass. sez. I, sentenze nn. 1389/2019, 1385/2020 e 1374/2021.

eccezione delle norme che costituiscono attuazione delle disposizioni delle direttive 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014».

Posto che l'intero Codice dei contratti pubblici di cui al d. lgs. n. 36 del 2023, come per vero già lo era quello del previgente d. lgs. n. 50 del 2016, è attuazione delle suddette direttive comunitarie, sarebbe, a mio avviso, opportuno chiarire meglio i confini entro cui Autostrade dello Stato s.p.a. può svolgere l'attività per cui è stata costituita. La possibilità che quest'ultima possa divenire concessionaria *in house* e, dunque, senza espletamento della gara, imporrebbe a mio avviso l'adozione di rigorose cautele per evitare che si inneschino, sia pure inconsapevolmente, meccanismi di gestione delle concessioni autostradali che nulla hanno a che fare con la visione comunitaria dell'*in house* e che, pertanto, rischierebbero di disvelarsi anticoncorrenziali.

È in tale ottica, e dunque a stretto rigore, che, in caso di affidamento diretto delle concessioni autostradali ai sensi dell'art. 3, comma 2, lett. a), del *DDL Concorrenza*, Autostrade dello Stato s.p.a. dovrebbe procedere alla messa a gara di quota parte dei lavori, in forza del combinato disposto dei commi 2 e 6 dell'art. 186, del d. lgs. n. 36 del 2023⁶.

In questo modo verrebbe recuperato a valle un meccanismo pro-concorrenziale mancato a monte per effetto dell'affidamento diretto della concessione.

A stare, però, del d.P.C.M. del 9 aprile 2024 e del suo Statuto, sembra che Autostrade dello Stato s.p.a. possa svolgere interamente *in house* la concessione, costituendo anche eventualmente apposite società di gestione o acquisendo dalle medesime quote di partecipazione.

La qualcosa mi induce a dover sommessamente evidenziare un'ovvietà, che però potrebbe avere ripercussioni in termini di risoluzione o decadenza della/dalla concessione: la gestione interamente *in house* della concessione impone che la concessionaria (in questo caso

⁶ Art. 186, comma 2, d. lgs. n. 36 del 31 marzo 2023: «*I titolari di concessioni di lavori e di servizi pubblici, ad esclusione di quelli disciplinati dal Libro III, già in essere alla data di entrata in vigore del codice, di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza europea, e non affidate conformemente al diritto dell'Unione europea vigente al momento dell'affidamento o della proroga, affidano mediante procedura ad evidenza pubblica una quota tra il 50 per cento e il 60 per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture stabilita convenzionalmente dal concedente e dal concessionario; l'ente concedente tiene conto delle dimensioni economiche e dei caratteri dell'impresa, dell'epoca di assegnazione della concessione, della sua durata residua, del suo oggetto, del suo valore economico e dell'entità degli investimenti effettuati. L'affidamento avviene mediante procedura ad evidenza pubblica, con la previsione di clausole sociali per la stabilità del personale impiegato e per la salvaguardia delle professionalità».*

Art. 186, comma 6, d. lgs. n. 36 del 31 marzo 2023: «*Per i concessionari autostradali, le quote e i criteri di determinazione di cui al comma 2 sono calcolati sulla base degli importi risultanti dai piani economici finanziari annessi agli atti convenzionali. La verifica del rispetto delle predette soglie è effettuata dal concedente con cadenza quinquennale. A tal fine, i concessionari presentano al concedente il piano complessivo dei lavori, servizi e forniture. Ove siano accertate situazioni di squilibrio rispetto alle quote obbligatorie di affidamento indicate dal comma 2, primo periodo, in sede di aggiornamento del rapporto concessorio sono adottate misure di riequilibrio a valere sui relativi piani economici finanziari. Nell'ipotesi di mancato rispetto delle quote di cui al comma 2, l'ente concedente può altresì richiedere al concessionario la presentazione di garanzie fideiussorie. Tali garanzie fideiussorie sono svincolate in sede di aggiornamento del piano economico-finanziario ove sia accertato il rispetto delle quote di cui al comma 2».*

Autostrade dello Stato s.p.a.) e le eventuali società *in house* di cui si avvarrà debbano restare, per tutta la durata della concessione, società a capitale interamente pubblico.

Altrimenti detto, non possono essere consentite forme di finanziamento privato; di conseguenza non può essere consentito che l'*asset* della concessione venga dato a garanzia per ottenere finanziamenti, col rischio che venga ad innescarsi l'istituto, di derivazione anglosassone, del c.d. *step-in right*, il quale prevede, al verificarsi di determinate circostanze (ossia in caso di forme di inadempienze più o meno gravi del concessionario), il subentro dei finanziatori nella gestione del progetto.

Diversamente opinando, verrebbe profondamente tradito e, dunque, pesantemente violato lo spirito dell'*in house* per come concepito dal diritto comunitario.

Del resto, la stessa Corte di Giustizia UE ha da tempo chiarito che il requisito del controllo analogo richiede la necessaria partecipazione pubblica totalitaria, giacché la partecipazione, pur minoritaria, di soggetti privati al capitale di una società *in house* esclude in ogni caso che l'amministrazione possa esercitare sulla medesima un controllo analogo a quello che essa svolge sui propri servizi⁷.

3.1.3. – Restando sempre ancorata a quella che è la visione unionale dell'evidenza pubblica e della concorrenza, non posso esimermi dal porre e porre qualche interrogativo anche in relazione alla specifica ipotesi di affidamenti diretti di cui al già menzionato art. 3, comma 2, lett. b), del *DDL Concorrenza*, ossia di affidamenti diretti alle società costituite ai sensi dell'art. 186, comma 7, del d. lgs. n. 36 del 2023⁸.

Il comma 7 dell'art. 186 del d. lgs. n. 36 del 2023 riproduce, in realtà, il disposto del previgente art. 178, comma 8 *ter*, del d. lgs. n. 50 del 2016.

È chiaro l'intento sotteso anche al comma 2 lett. b) dell'art. 3 del *DDL Concorrenza*: orientare il comparto delle concessioni autostradali verso forme di gestione diretta da tempo previste dal Legislatore europeo, quali, ad esempio, lo strumento di cooperazione tra pubbliche amministrazioni e, per l'appunto, l'*in house providing*.

In tal senso, però, corre l'obbligo di considerare che già le direttive 2014/24/UE e 2014/23/UE, rispettivamente ai *consideranda* nn. 31 e 45, hanno tenuto a chiarire che se, da una parte, «*l'applicazione delle norme stabilite nella presente direttiva non dovrebbe interferire con la libertà delle autorità pubbliche di svolgere i compiti di servizio pubblico affidati loro utilizzando le loro stesse risorse, compresa la possibilità di cooperare con altre autorità pubbliche*», dall'altra, «*si dovrebbe*» comunque «*garantire che una qualsiasi cooperazione pubblico-pubblico esentata non dia luogo a una distorsione della concorrenza nei confronti di operatori economici*».

⁷ Corte Giustizia UE 11 gennaio 2005, C-26/03, Stadt Halle; 21 luglio 2005, C-231/03, Consorzio Coname; 18 gennaio 2007, C-225/05, Je. Au.).

⁸ Art. 186, comma 7, d. lgs. n. 36 del 31 marzo 2023: «*Le 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 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 relativi poteri*».

Queste forme di garanzia non si evincono in maniera chiara e netta nel testo del *DDL Concorrenza*.

La Corte di giustizia ha ritenuto coerente il modello *in house* con le direttive comunitarie solo se strutturato in modo da evitare che lo stesso possa risolversi in una ingiustificata compromissione dei principi che presiedono al funzionamento del mercato e, dunque, in una violazione delle prescrizioni contenute nel Trattato a tutela della concorrenza. In buona sostanza, il modello operativo *in house* non deve costituire il mezzo per consentire alle autorità pubbliche di svolgere, mediante la costituzione di apposite società, attività di impresa in violazione delle regole concorrenziali, che richiedono che venga garantito il principio del pari trattamento tra imprese pubbliche e private (art. 345 TFUE)⁹.

L'espresso richiamo all'art. 186, comma 7, del d. lgs. n. 36 del 2023, il quale, come già detto, ricalca l'abrogato art. 178, comma 8 *ter*, del d. lgs. n. 50 del 2016, potrebbe far sorgere il timore di un eventuale uso eccessivamente generalizzato dell'affidamento diretto in esame.

Ciò perché:

- innanzitutto, la previsione dell'esercizio di siffatto potere discrezionale da parte del MIT in caso di "*concessioni autostradali relative ad autostrade che interessano una o più regioni*" potrebbe prestarsi ad interpretazioni estensive che lascerebbero a mani completamente libere il Ministero;

- appare alterato, almeno per come è scritto il comma 7 dell'art. 186 del d. lgs. n. 36 del 2023, il concetto di controllo analogo, poiché viene consentito un controllo sulle società *in house* non più diretto del MIT, ma mediato, attraverso accordi con le altre Amministrazioni *ex art. 15 della l. n. 241 del 1990*.

Il che, per quanto sinora detto, non coincide per vero con la prospettiva comunitaria dell'*in house*, che, invece, pretende un controllo, da parte dell'Amministrazione concedente, analogo a quello esercitato sui propri uffici e, dunque, diretto.

* * *

4. - Dalla complessiva lettura del *DDL Concorrenza* si percepisce lo sforzo, indubbiamente pregevole, di innovare in chiave più moderna il sistema delle concessioni autostradali, improntando la sua disciplina a criteri di massima semplificazione e trasparenza procedimentale.

Nell'ambito di questo processo di efficientamento delle concessioni autostradali, si avverte un mutamento della percezione delle regole di evidenza pubblica e della concorrenza che, se considerato, come adeguamento alle attuali esigenze del mercato e prima ancora dell'interesse pubblico, non può che essere positivamente apprezzato. Però resta necessario che il testo del *DDL Concorrenza*, così come qualsivoglia eventuale correttivo al Codice dei contratti

⁹ Corte Giustizia UE 18 novembre 1999, causa C 107/98, Teckal, con ulteriori approfondimenti per specifiche fattispecie, come quelli che emergono dalle sentenze 11 gennaio 2005, causa C-26/03, Stadt Halle, e 10 settembre 2009, causa C-573/07, Sea s.r.l., fino alla sentenza della Grande Sezione del 9 giugno 2009 causa C 480/0 Commissione c. Germania.



pubblici, siano meglio armonizzati con i principi comunitari a presidio della concorrenza e dell'apertura del mercato agli operatori economici.

Altrimenti detto, pur restando ferma la regola per cui le concessioni autostradali vanno affidate a mezzo di procedura di gara, sullo sfondo del *DDL Concorrenza* si intravedono possibili addentellati per una valorizzazione di forme di partenariato pubblico-privato alternative alla gara stessa, che potrebbero aprire la strada anche deroghe a quanto previsto dall'art. 3, comma 3, dello stesso *DDL Concorrenza*, ossia al divieto per l'ente concedente di procedere ad affidamenti di concessioni autostradali facendo ricorso alle procedure di cui all'art. 193 del d. lgs. n. 36 del 2023 (c.d. *finanza di progetto*).

Del resto, già per la vicenda dell'Autobrennero abbiamo assistito all'introduzione, all'interno del d.l. n. 121 del 2021, convertito nella l. n. 156 del 2021 (ossia all'interno dello stesso decreto legge in applicazione del quale è stata costituita Autostrade dello Stato s.p.a.), dell'art. 2, comma 1 bis, a mente del quale *«al fine di accelerare la realizzazione delle infrastrutture autostradali e l'effettuazione degli interventi di manutenzione straordinaria, nonché di promuovere l'innovazione tecnologica e la sostenibilità delle medesime infrastrutture, l'affidamento delle concessioni relative alla tratta autostradale di cui all'articolo 13-bis, comma 2, del decreto-legge 16 ottobre 2017, n. 148, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 2017, n. 172, può avvenire, in deroga alle disposizioni del comma 1 del medesimo articolo 13-bis, anche facendo ricorso alle procedure previste dall'articolo 183 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, da bandire entro il 31 dicembre 2024 [...]»*.

avv. Maria Cristina Lenoci