

La Corte di Giustizia si pronuncia sull'illegittimità della proroga di una concessione autostradale in assenza di una procedura di evidenza pubblica

di Andrea Marchetti

Title: The Court of Justice pronounces itself on the illegitimacy of the extension of a public works concession contract for a motorway, awarded without following a public procurement procedure

Keywords: Public procurement; Public works concession; Contract extension.

1. – La sentenza in commento è stata pronunciata a conclusione di una procedura di infrazione avviata ai sensi dell'art. 258 del TFUE nei confronti dell'Italia.

Con la sentenza del 18 settembre 2019, nella causa C-526/17, la Corte di Giustizia dell'Unione europea (d'ora in avanti anche CGUE) ha accolto il ricorso della Commissione europea, condannando lo Stato italiano in merito all'illegittima proroga, senza previa pubblicazione di un bando per la nuova gara, del contratto di concessione della tratta autostradale A12, Cecina-Livorno.

In forza di tale pronuncia lo Stato italiano è stato infatti dichiarato inadempiente rispetto agli obblighi di cui agli articoli 2 e 58 della Direttiva 2004/18/UE “relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi”, vigente al momento della proroga, per aver esteso di ulteriori diciotto anni la durata del precedente contratto, così apportando una “modifica essenziale”, in violazione dei principi di pubblicità, parità di trattamento e libera concorrenza, cui anche le concessioni sono tenute ad adeguarsi.

2. – La Commissione ha adito la CGUE a seguito di una piuttosto complessa sequela di successivi atti negoziali intercorsi tra l'Azienda Nazionale Autonoma delle Strade S.p.A. (ANAS), amministrazione aggiudicatrice responsabile delle concessioni autostradali e il soggetto concessionario.

Ai fini della ricostruzione della vicenda processuale riportiamo una sintesi delle vicende negoziali che hanno interessato la concessione autostradale relativa all'autostrada Livorno-Civitavecchia e da cui è poi scaturita l'attivazione della procedura di infrazione per violazione del diritto eurounitario.

Il 23 ottobre 1969 veniva stipulato un contratto di concessione di lavori pubblici tra l'Azienda Nazionale Autonoma delle Strade S.p.A. (ANAS), amministrazione aggiudicatrice responsabile delle concessioni autostradali, e l'operatore economico Società Autostrada Tirrenica S.p.A. (SAT). La concessione aveva ad oggetto la

costruzione e l'esercizio dell'autostrada che collega Livorno a Civitavecchia, avente la lunghezza complessiva di circa 237 km.

L'articolo 7 di detto contratto di concessione prevedeva che il rapporto contrattuale avesse termine allo spirare del trentesimo anno successivo all'apertura dell'esercizio dell'intera autostrada. Si stabiliva tuttavia che il termine stesso non potesse superare il trentesimo anno a decorrere dalla data di completamento dei lavori prevista nel piano generale di esecuzione dei lavori.

Ma la concessione veniva successivamente modificata, ed in data 14 ottobre 1987 l'ANAS e la SAT sottoscrivevano un atto aggiuntivo alla convenzione di concessione del 1969 in cui, modificando quanto precedente previsto dal contratto del 1969 in ordine alla durata del rapporto contrattuale, si disponeva che «la durata della presente concessione è fissata in anni trenta decorrenti dalla data di apertura al traffico dell'intera autostrada».

Successivamente le parti tornavano a modificare il contratto di concessione intervenendo nuovamente sulla scadenza del rapporto contrattuale. Il 7 ottobre 1999 l'ANAS e la SAT stipulavano un contratto concernente in particolare l'esercizio della tratta Livorno-Cecina, di 36,6 km, aperta al traffico il 3 luglio 1993 e costituente parte integrante dell'autostrada A12 Livorno-Civitavecchia, assentita in concessione di costruzione ed esercizio alla stessa SAT. L'articolo 2, paragrafo 3, del medesimo contratto stabiliva che «al momento in cui verranno a concretarsi i presupposti di legge e di fatto per la prosecuzione del piano costruttivo assentito in concessione, sarà stipulato apposito atto aggiuntivo per la regolamentazione convenzionale della costruzione e dell'esercizio delle altre due tratte Cecina-Grosseto e Grosseto-Civitavecchia». L'articolo 23 del contratto del 1999, intitolato “Durata della concessione”, stabiliva comunque, al suo paragrafo 1, un nuovo termine di scadenza del contratto fissato al 31 ottobre 2028.

3024

Prolungando, in forza di tali “modifiche all'oggetto” la durata della concessione, in data 11 marzo 2009 l'ANAS e la SAT hanno sottoscritto uno schema di convenzione unica allo scopo di disciplinare integralmente ed unitariamente il rapporto tra il concedente ed il concessionario per la progettazione, costruzione ed esercizio di tutti gli interventi già assentiti in concessione di costruzione ed esercizio della convenzione stipulata con l'ANAS in data 7.10.1999, tra cui anche la tratta Livorno-Cecina (Rosignano) aperta al traffico in data 3.07.1993.

In particolare l'articolo 4 della suddetta convenzione unica, intitolato “Durata della concessione”, dispone, al suo paragrafo 1, che «da scadenza della concessione, in funzione del completamento dell'Autostrada Cecina (Rosignano)-Civitavecchia, tenuto conto delle sospensioni della fase realizzativa indicate nelle Premesse, nonché dell'articolo 143 del [decreto legislativo n. 163/2006], è fissata al 31.12.2046 (...)».

In altri termini ANAS, senza procedere ad alcuna forma di evidenza pubblica, ha provveduto direttamente alla proroga della durata contrattuale della concessione autostradale in favore di SAT il cui termine era originariamente pattuito per il 31.10.2028.

Proprio a seguito di tale nuovo accordo contrattuale, nel corso del 2009, la Commissione europea ha ricevuto una denuncia in merito alla proroga concessa da ANAS alla SAT in ragione della quale sono stati successivamente avviati contatti con lo Stato italiano finalizzati a chiedere chiarimenti in merito. I contatti intercorsi tra le parti non hanno prodotto alcun risultato e dunque non si è pervenuti ad alcuna soluzione. Per tale ragione in data 22 aprile 2014 la Commissione ha inviato al Governo italiano una lettera di diffida in forza dell'art. 258 TFUE, rilevando la potenziale violazione degli art. 2 e 58 della direttiva 2004/18, per chiedere allo stesso di presentare proprie osservazioni in merito alla suddetta proroga.

Non reputando soddisfacenti le risposte alla lettera di diffida, il 17 ottobre 2014 la Commissione ha formulato un parere motivato a seguito del quale si sono susseguiti alcuni incontri aventi ad oggetto una possibile riduzione della durata della concessione di cui trattasi e l'eventuale indizione di una gara relativamente ai lavori da effettuare nell'ambito di tale concessione.

Preso atto dell'infruttuosità di tali tentativi, successivamente, con lettera inviata l'8 marzo 2016 alla Repubblica italiana, la Commissione ha invitato il Governo a prendere tutte le misure necessarie per conformarsi al suddetto parere motivato, apponendo alla concessione di cui trattasi il termine del 31 ottobre 2028, come previsto dal contratto del 1999.

Ritenendo che la Repubblica italiana non avesse adottato le misure necessarie per conformarsi agli obblighi derivanti dalla direttiva 2004/18/UE e che non fosse stato posto fine all'asserita violazione degli articoli 2 e 58 di tale direttiva, la Commissione ha proposto ricorso ai sensi dell'art. 258 TFUE dinnanzi alla CGUE chiedendo che venisse accertato che, «nel prorogare al 31 dicembre 2016 la scadenza della concessione di lavori relativa all'autostrada A 12 Civitavecchia-Livorno senza pubblicazione di alcun bando di gara, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in virtù degli artt. 2 e 58 della direttiva 2004/18/CE 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 (GU L 134, pag. 114), come in seguito modificata» e per l'effetto «condannare la Repubblica italiana al pagamento delle spese di giudizio».

3. – Prima di entrare nel merito della pronuncia in commento ci pare opportuno fornire un quadro della normativa vigente al momento della sottoscrizione della proroga del termine del contratto (per un approfondimento recente sul rapporto tra diritto europeo e sistema delle concessioni autostradali si veda C. Amalfitano, M. Condinanzi, *Concessioni autostradali e vincoli europei*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2018, fasc. 6, pp. 939-968).

I parametri di legittimità invocati dalla Commissione sono gli artt. 2 e 58 della direttiva 2014/18/UE.

L'art. 2, definendo i principi di aggiudicazione degli appalti, stabilisce che «[1]e amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità, in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza»; l'art. 58 attuando i principi di pubblicità di cui al citato art. 2, in merito all'aggiudicazione delle concessioni prevede che «[1]e amministrazioni aggiudicatrici che intendono procedere alla concessione di lavori pubblici rendono nota tale intenzione mediante un bando».

La direttiva tace invece con riferimento alla disciplina normativa delle eventuali ipotesi di proroga del contratto o di modifiche in corso di esecuzione del rapporto. A tal fine corrono in nostro aiuto i principi sanciti dalla giurisprudenza della stessa CGUE.

Nella causa *Finn Frogne* i giudici di Lussemburgo hanno chiarito infatti come «il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza che ne deriva ostano a che, dopo l'aggiudicazione di un appalto pubblico, l'amministrazione aggiudicatrice e l'aggiudicatario apportino alle disposizioni di tale appalto modifiche tali che dette disposizioni presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle dell'appalto iniziale. È quanto avviene se le modifiche previste hanno per effetto o di estendere l'appalto, in modo considerevole, a elementi non previsti, o di alterare l'equilibrio economico contrattuale in favore dell'aggiudicatario, oppure ancora se tali modifiche sono atte a rimettere in discussione l'aggiudicazione dell'appalto, nel senso che, se esse fossero state previste nei documenti disciplinanti la procedura di aggiudicazione originaria, sarebbe stata accolta un'altra offerta oppure avrebbero

potuto essere ammessi offerenti diversi». Pertanto, prosegue la CGUE, «[i]n linea di principio, una modifica sostanziale di un appalto pubblico dopo la sua aggiudicazione non può essere apportata in via di trattativa privata tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'aggiudicatario, ma deve dare luogo a una nuova procedura di aggiudicazione vertente sull'appalto così modificato [...]. Diverso sarebbe soltanto se tale modifica fosse stata prevista dalle clausole dell'appalto iniziale» (cfr. Corte Giust., sent. 7-11-2016, C-549/14, *Finn Frogne*, punto 28 e 30).

Dalla giurisprudenza della Corte risulta parimenti che «l'ente aggiudicatore non può, in linea di principio, modificare, nel corso della procedura di aggiudicazione, la portata delle condizioni essenziali dell'appalto, tra le quali figurano le specifiche tecniche e i criteri di aggiudicazione, e sulle quali gli operatori economici interessati si sono legittimamente basati per prendere la decisione di preparare la presentazione di un'offerta o, al contrario, di rinunciare a partecipare alla procedura di aggiudicazione dell'appalto considerato» (cfr. Corte Giust., sent. 5-04-2017, C-298/15, *Borta*, punto 70).

Dunque secondo i precedenti della CGUE le modifiche sostanziali a un contratto pubblico, intese come quelle modifiche che determinano caratteristiche sostanzialmente diverse al contratto iniziale, non possono essere apportate senza l'indizione di una nuova procedura di evidenza pubblica. In tal senso, a rendere ancor più chiaro il concetto, contribuisce un altro pronunciamento della CGUE nel quale si afferma come «[a]l fine di assicurare la trasparenza delle procedure e la parità di trattamento degli offerenti, le modifiche sostanziali apportate alle disposizioni essenziali di un contratto di concessione di servizi costituiscono una nuova aggiudicazione di appalto, quando presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle del contratto di concessione iniziale e siano, di conseguenza, atte a dimostrare la volontà delle parti di rinegoziare i termini essenziali di tale appalto» (cfr. Corte Giust., sent. 13-10-2010, C-91/08, *Wall*, punto 37).

E non vi è dubbio che tra gli elementi la cui modifica è suscettibile di essere definita come sostanziale vi rientri anche la durata contrattuale: un'estensione del rapporto contrattuale determina infatti effetti anche in ordine all'importo del contratto (nei contratti di durata) e dunque alla remunerazione dell'operatore economico. Ed altresì non può sottacersi come la durata del contratto costituisca innegabilmente una condizione essenziale sulla quale l'operatore economico fonda le proprie determinazioni in vista della presentazione dell'offerta in sede di gara.

Del resto anche la stessa direttiva 2004/18/UE limitava i casi di aggiudicazione di un contratto, senza previa espletazione di una procedura di gara, alle sole ipotesi disciplinate dall'art. 31 (c.d. procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara), ovvero, per gli appalti pubblici di lavori, forniture e di servizi nelle seguenti fattispecie:

- a) qualora non sia stata presentata alcuna offerta o alcuna offerta appropriata o non sia stata depositata alcuna candidatura in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, purché le condizioni iniziali dell'appalto non siano sostanzialmente modificate e purché una relazione sia trasmessa alla Commissione a richiesta di quest'ultima;
- b) qualora, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, l'appalto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato;
- c) nella misura strettamente necessaria, quando l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le amministrazioni aggiudicatrici in questione, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette o negoziate con pubblicazione di un bando di gara di cui all'Articolo 30. Le circostanze

invocate per giustificare l'estrema urgenza non devono essere in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici».

Se la direttiva 2004/18/UE null'altro aggiungeva in merito alla durata e l'eventuale proroga del contratto di concessione si evidenzia tuttavia come l'art. 143, comma 8, del previgente d.lgs. 163/2006 di attuazione della predetta direttiva, prevedesse un'ipotesi eccezionale di proroga dei termini del rapporto contrattuale in funzione del mantenimento dell'equilibrio economico finanziario del rapporto contrattuale. Il testo della norma citata prevedeva infatti che «I presupposti e le condizioni di base che determinano l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione, da richiamare nelle premesse del contratto, ne costituiscono parte integrante. Le variazioni apportate dalla stazione appaltante a detti presupposti o condizioni di base, nonché le norme legislative e regolamentari che stabiliscano nuovi meccanismi tariffari o che comunque incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario, previa verifica del CIPE sentito il Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS), comportano la sua necessaria revisione, da attuare mediante rideterminazione delle nuove condizioni di equilibrio, anche tramite la proroga del termine di scadenza delle concessioni. In mancanza della predetta revisione il concessionario può recedere dal contratto. Nel caso in cui le variazioni apportate o le nuove condizioni introdotte risultino più favorevoli delle precedenti per il concessionario, la revisione del piano dovrà essere effettuata a favore del concedente».

Anche nella disciplina normativa nazionale, dunque, l'ipotesi di proroga della durata contrattuale era limitata ad una casistica assai circoscritta e connessa esclusivamente ad ipotesi di revisione della concessione per cause legate alle modifiche, da parte della stazione appaltante, dei presupposti o delle condizioni di base dell'equilibrio economico finanziario del rapporto contrattuale.

La nuova direttiva 2014/23/UE (in particolare l'art. 43), così come la nuova disciplina nazionale di recepimento, non sono da meno, non avendo previsto alcuna eccezione alla regola dell'evidenza pubblica per l'adozione di modifiche sostanziali come la proroga della durata contrattuale. Anzi, l'art. 175 del d.lgs. 50/2016, disciplinando le fattispecie che ammettono la modificabilità del contratto di concessione, esclude la necessità di una nuova procedura di evidenza pubblica nel caso in cui «le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, sono state espressamente previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili che fissino la portata, la natura delle eventuali modifiche, nonché le condizioni alle quali possono essere impiegate» aggiungendo tuttavia espressamente che «[t]ali clausole non possono apportare modifiche che alterino la natura generale della concessione. In ogni caso le medesime clausole non possono prevedere la proroga della durata della concessione» (sui contenuti della nuova direttiva in materia di concessioni cfr. V. Ferraro, *La disciplina della concessione nel diritto europeo: i principi giurisprudenziali e la sistemazione realizzata con la direttiva 2014/ 23/ UE*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2014, pag. 835 e ss.; G. Fidone, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/ 23/ UE*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2015, p. 101 e ss.; rispetto alla disciplina nazionale di recepimento cfr. A. Massera, *La trasposizione delle direttive europee tra obblighi di armonizzazione e opportunità di riordino della normativa nazionale, con particolare riferimento alle concessioni*, in *Astrid Rassegna*, n. 13/2016; B. Raganelli, *Il contratto di concessione come modello di partenariato pubblico- privato e il nuovo codice dei contratti*, in *Amministrazione in cammino*, 27 febbraio 2017; M. Ricchi, *L'Architettura dei Contratti di Concessione e di Partenariato Pubblico Privato nel Nuovo Codice dei Contratti Pubblici (d.lgs. 50/2016)*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, n. 3/2016).

4. – La questione di cui trattiamo si iscrive in realtà in un contesto del mercato italiano, quello della costruzione e gestione della rete autostradale, dove numerose sono le concessioni ancora oggi interessate da un regime di proroga.

Secondo i dati forniti nell'ambito di un'indagine conoscitiva condotta dalla Camera dei deputati sulle concessioni autostradali nel corso della XVII legislatura, nel giugno 2015, il ricorso alla proroga delle concessioni è uno strumento assai frequente e diffuso nel panorama italiano. Si pensi non solo alla proroga in favore della società Autostrade S.p.A. introdotta nel 1999 per una durata di ulteriori 35 anni (dal 2003 al 2038) ma anche a quelle concesse alla Sav S.p.A. (27 anni) nel 2002, alla Sitaf S.p.A. (23 anni: una prima proroga, fino al 2027, nel 2002; una seconda, fino al 2050, nel 2003), alla Autostrada dei Fiori S.p.A. Torino – Savona (12 anni) e alla Salt S.p.A. (17 anni), entrambe concesse nel 1999. A queste si sono poi aggiunte le proroghe richieste e poi concesse ai sensi del previgente art. 5 del d.l. 12-09-2014, n. 133, c.d. "Sblocca Italia" il quale prevedeva la possibilità per i concessionari di tratte autostradali di proporre entro il 31.12.2014 (poi successivamente prorogato al 31.12.2015) modifiche del rapporto contrattuale in essere al fine di assicurare gli investimenti necessari per interventi di potenziamento, adeguamento strutturale e tecnologico delle infrastrutture.

Non è un caso che il legislatore prima, e l'Anac poi, si siano soffermati sul punto per provare a contenere gli effetti distorsivi sulla concorrenza prodotti da un sistema di proroghe e affidamenti diretti senza previo espletamento di procedure di evidenza pubblica.

L'art. 178 del vigente d.lgs. 18-04-2016, n. 50 assegna infatti un termine ai concedenti per quelle concessioni autostradali che, alla data di entrata in vigore del nuovo codice, siano scadute, al fine di provvedere, laddove ancora non lo avessero fatto, alla predisposizione nel termine perentorio di sei mesi del bando di gara per l'affidamento della concessione, secondo le regole di evidenza pubblica.

L'Anac, tentando di arginare le criticità rilevate soprattutto con riferimento al diritto europeo sulla concorrenza, mediante il Comunicato del proprio Presidente del 17 maggio 2017, ha richiamato invece l'attenzione sulla necessità, per i concessionari autostradali, di spostare "a valle" delle concessioni originariamente affidate senza gara il momento competitivo e concorrenziale per il sub affidamento di lavori. In esso si afferma che «L'art. 177, comma 1 del d.lgs. n. 50/2016 prevede, in particolare, che i soggetti pubblici o privati, titolari di concessioni di lavori, di servizi pubblici e di forniture, già in essere all'entrata in vigore del Codice dei contratti, non affidate con la formula della finanza di progetto ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica, sono obbligati ad affidare una quota pari all'ottanta per cento dei contratti di lavori, servizi o forniture relativi alle concessioni di importo pari o superiore a 150.000 euro mediante procedura ad evidenza pubblica. [...] Tra i soggetti obbligati [...] rientrano i concessionari autostradali, qualora le rispettive concessioni non siano state affidate in origine con procedure di evidenza pubblica. Per questi ultimi sono previsti dall'art. 178 del d.lgs. n. 50/2016, come modificato dal d.lgs. n. 56/2017, anche ulteriori specifici adempimenti. [...] L'adeguamento [...] dovrà avvenire entro 24 mesi dall'entrata in vigore del Codice dei contratti [...]».

Volendo dare uno sguardo alla situazione esistente nel contesto europeo il quadro che ne possiamo trarre è assai diverso. Non solo perché il sistema delle forme di gestione è diversificato e più composito: la gestione esclusivamente pubblica o affidata a impresa pubblica prevista in Germania, Austria, Danimarca, Paesi Bassi e Svezia; la gestione esclusiva in favore di un concessionario privato in Irlanda e Polonia; i sistemi misti (in cui si adottano entrambe le soluzioni) con prevalenza di affidamenti in favore di privati in Spagna, Italia, Francia, Portogallo, Grecia o con prevalenza di gestione pubbliche come in Regno Unito (le informazioni sono tratte da Oxera, *La regolazione delle autostrade: caso italiano e confronto internazionale*, febbraio 2019, in www.oxera.com)

Tra gli Stati che ricorrono a forme di affidamento in favore di imprese private, tuttavia, nessuno ha finora previsto forme “strutturali” o di “sistema” del regime di proroga delle concessioni come quelle ormai venutosi a delineare surrettiziamente in Italia. Non deve indurre in errore il caso delle proroghe delle concessioni autostradali disposte in Francia. Nel 2014 sono state infatti previste proroghe di breve durata di alcune delle concessioni autostradali esistenti che hanno ottenuto il via libera da parte delle istituzioni europee (*Decisione Commissione europea – C(2014) 7850 del 28 ottobre 2014*).

Le differenze con il caso italiano non risiedono solo nella minor durata delle proroghe ma anche nella preventiva messa in concorrenza “a monte” delle concessioni autostradali (circostanza quasi sempre esclusa per quelle italiane i cui affidamenti risalgono a periodi assai risalenti nel tempo quando ancora il diritto comunitario non aveva iniziato a disciplinare la materia). Inoltre la proroga delle concessioni nel caso francese è stata collegata alla realizzazione di nuovi ingenti investimenti a carico dei concessionari, nonché all’impegno da parte degli stessi di garantire ad imprese terze l’accesso al mercato dei nuovi lavori derivanti dalla proroga delle concessioni.

5. – Analizzato il quadro normativo di riferimento non resta che esaminare la vicenda processuale soffermandosi sulle argomentazioni delle parti.

La posizione della Commissione muove dalla censura rispetto alla violazione degli artt. 2 e 58 della direttiva 2004/18/UE per effetto dell’introduzione di una proroga della concessione di lavori relativi all’autostrada A12 Civitavecchia-Livorno di 18 anni (dal 2028 al 2046), disposta senza la pubblicazione di alcun bando di gara.

In particolare le argomentazioni della Commissione si fondano sul presupposto che la proroga al 31 dicembre 2046 della concessione costituisca la modifica di un termine essenziale del contratto che come tale, considerandola alla stregua di un nuovo affidamento, avrebbe dovuto essere oggetto di pubblicità mediante pubblicazione di un bando di gara.

In altri termini la tesi della Commissione si basa sull’identificazione della proroga di 18 anni della concessione esistente all’aggiudicazione di una nuova concessione, e questo in quanto detta proroga si traduce in una modifica sostanziale della concessione di lavori esistente. Secondo la Commissione, infatti, una simile modifica, incidendo in modo considerevole sulla durata contrattuale, «avrebbe imposto l’avvio di una nuova procedura di messa in concorrenza, dato che, se fosse stata conosciuta in anticipo, altri concorrenti avrebbero potuto partecipare alla gara».

In altri termini si sostiene che la natura sostanziale della modifica è da imputarsi all’estensione della durata contrattuale e dunque all’aumento della remunerazione per il concessionario, con modifica rilevante dell’equilibrio economico a suo favore ed un allungamento dei tempi per ammortizzare gli investimenti e ridurre i costi di produzione. La portata della modifica viene considerata tale per cui, a fronte di una maggiore durata e dunque di maggiori introiti, se fosse stata conosciuta in anticipo, essa avrebbe senz’altro determinato la partecipazione alla procedura di gara anche di offerenti diversi.

Da qui la contestazione della 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 e la durata del rapporto contrattuale.

La difesa del Governo italiano prende le mosse da quello che viene considerato l’erroneo presupposto di fatto di tutta la tesi difensiva della Commissione, ovvero il fatto che sia

stata disposta una proroga contrattuale di 18 anni della concessione esistente. Secondo la difesa erariale, infatti, il termine mobile di 30 anni a partire dall'apertura dell'esercizio dell'intera autostrada, stabilito all'articolo 7 del contratto di concessione del 1969, non sarebbe mai trascorso. Inoltre, la convenzione unica del 2009 non avrebbe determinato alcuna modifica all'oggetto della concessione trattandosi di lavori già tutti previsti nella concessione iniziale del 1969, limitandosi soltanto a prevedere una revisione necessaria delle clausole del contratto in vista del completamento dell'autostrada A12 e al fine di garantire l'equilibrio contrattuale iniziale.

Lo Stato italiano contesta dunque alla Commissione l'argomentazione secondo la quale sarebbero state apportate al contratto modifiche di natura sostanziale che, per essere introdotte, avrebbero necessitato di una nuova procedura di evidenza pubblica in quanto assimilabili all'aggiudicazione di una nuova concessione. In particolare l'Avvocatura dello Stato confuta la conclusione della Commissione circa la qualificazione delle modifiche apportate alla concessione come "sostanziali", sostenendo invece come l'oggetto della concessione in realtà non sia stato modificato rispetto a quello inizialmente definito ma che la stipula della convenzione unica del 2009 sia solamente la conseguenza dell'introduzione di un obbligo, da parte di taluni atti regolamentari e legislativi nel corso del 2006 (in particolare dal decreto-legge del 3 ottobre 2006, n. 262), di inserire tutte le clausole contrattuali di ogni concessione autostradale in un unico atto giuridico, che effettui una ricognizione, una revisione e costituisca una novazione dei contratti precedenti.

La difesa dello Stato italiano richiama l'attenzione poi 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 italiano dunque le uniche modifiche apportate alla concessione hanno riguardato la durata contrattuale, senza che sia stata apportata alcuna modifica all'oggetto della concessione originaria la quale non è mai stata completata. La rideterminazione della durata, e (di conseguenza) del PEF e delle tariffe, senza alcun contributo a fondo perduto a carico dello Stato, viene dunque giustificata dallo Stato italiano come mero intervento finalizzato a ristabilire l'equilibrio contrattuale tra le parti.

Lo Stato italiano evidenzia, inoltre, come applicare *ex post* regole inesistenti al momento della prima concessione violerebbe i principi 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. La difesa erariale infine prova a fondare le proprie argomentazioni sulla non applicabilità del diritto europeo alla fattispecie *de qua* in forza della presunta continuità di relazioni tra la proroga contrattuale del 2009 e la prima concessione del 1969, quando la direttiva 2004/18/UE non era (ovviamente) ancora entrata in vigore e non vi era alcuna norma di diritto comunitario a disciplinare fattispecie analoghe al caso di specie.

6. – La decisione della Corte, preliminarmente, fornisce un chiarimento circa la disciplina normativa applicabile ricordando come, differentemente da quanto sostenuto dalla difesa dello Stato italiano, la normativa dell'Unione applicabile è quella in vigore alla data della modifica contrattuale (richiamando in tal senso, un proprio precedente dell'11 luglio 2013, Commissione/Paesani Bassi, C-576/10, punto 54). In altri termini per la Corte, «il fatto che la conclusione del contratto di concessione iniziale sia anteriore all'adozione delle norme dell'Unione in subiecta materia non comporta quindi alcuna conseguenza» (cfr. punto 60 della sentenza). Proseguono poi i giudici di Lussemburgo

sostenendo come «dato che è pacifico tra le parti che la concessione di lavori pubblici di cui trattasi e la convenzione unica del 2009 rientrano nell'ambito di applicazione ratione materiae della direttiva 2004/18, le modifiche apportate da tale convenzione unica al rapporto contrattuale esistente tra l'ANAS e la SAT possono, in linea di principio, essere valutate alla luce delle disposizioni di tale direttiva» (punto 62 della sentenza).

Ed è proprio con riferimento alla direttiva 2004/18/UE che la CGUE ravvisa nel caso di specie una violazione degli obblighi di pubblicità e trasparenza per il fatto che, a fronte di una modifica sostanziale come quella in concreto apportata al contratto, non è stato dato seguito all'espletamento di alcuna procedura di evidenza pubblica. Richiamando il proprio precedente del caso *Finn Frogne* (Corte Giust., sent. 7-11-2016, C-549/14, *Finn Frogne*) i giudici europei ricordano come «il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza che ne deriva ostano a che, dopo l'aggiudicazione di un contratto di concessione di lavori pubblici, l'amministrazione aggiudicatrice concedente e il concessionario apportino alle disposizioni del loro contratto di concessione modifiche tali che dette disposizioni presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle del contratto iniziale. È quanto avviene se le modifiche previste hanno per effetto o di estendere la concessione di lavori pubblici, in modo considerevole, a elementi non previsti, o di alterare l'equilibrio economico contrattuale in favore del concessionario, oppure ancora se tali modifiche sono atte a rimettere in discussione l'aggiudicazione della concessione di lavori pubblici, nel senso che, se esse fossero state previste nei documenti disciplinanti la procedura di aggiudicazione originaria, o sarebbe stata accolta un'altra offerta oppure avrebbero potuto essere ammessi offerenti diversi» (punto 58 della sentenza).

Ed è proprio alla luce di tali principi che la Corte giunge a qualificare la proroga contenuta all'art. 4, paragrafo 1, della convenzione unica del 2009 (dal 31 ottobre 2028 al 31 dicembre 2046) alla stregua di una modifica sostanziale delle condizioni della concessione esistente (cfr. punto 76 della sentenza) censurandone pertanto la violazione dell'obbligo di parità di trattamento di cui all'articolo 2 della direttiva 2004/18/UE e l'obbligo di pubblicare un bando di gara, previsto al successivo articolo 58.

Nessun pregio giuridico viene dunque riconosciuto dai giudici alle argomentazioni difensive del Governo italiano, né con riferimento alla tesi secondo la quale la proroga contrattuale deve imputarsi all'invocata necessità di ristabilire condizioni di equilibrio contrattuale, ciò peraltro in contrasto con la corretta allocazione del rischio contrattuale prevista per le concessioni (cfr. sul punto F. Goisis, *Il rischio economico quale proprium del concetto di concessione nella direttiva 2014/23/UE: approccio economico versus visioni tradizionali*, in *Diritto Amministrativo*, 2015, p. 743 e ss; G.F. Cartei, *Rischio e disciplina negoziale nei contratti di concessione e di partenariato pubblico-privato*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2018, fasc. 2, p. 599 e ss.; M. Tiberii, *Il partenariato pubblico-privato, la finanza di progetto e le concessioni amministrative: profili di rischio*, in *GiustAmm.it*, 2018, fasc. 3, p. 32 e ss.), né con riguardo alla prospettata violazione del principio di legittimo affidamento causato dalle asserite modifiche normative e tecniche incorse in corso di esecuzione del contratto.

In ragione di tali considerazioni la Corte giunge alla conclusione secondo cui «[t]ale proroga di 18 anni e 2 mesi della durata iniziale di tale concessione costituisce dunque, in forza dei principi richiamati al punto 58 della presente sentenza, una modifica sostanziale delle condizioni della concessione esistente» e pertanto «la Repubblica italiana, avendo prorogato dal 31 ottobre 2028 al 31 dicembre 2046 la concessione della tratta Livorno-Cecina dell'autostrada A12 Livorno-Civitavecchia senza pubblicare alcun bando di gara, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza degli articoli 2 e 58 della direttiva 2004/18».

7. – Analizzato il caso in questione e offerto un quadro, per quanto approssimativo, della situazione complessiva del regime di proroga delle concessioni autostradali in Italia non resta che tracciare alcune riflessioni conclusive in merito alla decisione in commento.

La sentenza della Corte di Giustizia UE mette a nudo la precarietà del modello di gestione del sistema autostradale italiano, auspicando che questa condanna per il nostro Paese possa rappresentare l'occasione per imprimere, finalmente, un decisivo cambio di rotta sul tema. La pronuncia dei giudici di Lussemburgo non lascia infatti alcun margine di dubbio circa la futura sostenibilità giuridica di un sistema che finora si è retto in gran parte su un meccanismo ormai istituzionalizzato di proroghe contrattuali. Il fenomeno italiano risulta poi aggravato dal fatto che molto spesso tali proroghe, concesse senza alcuna procedura di evidenza pubblica, incidono su contratti di concessione a loro volta affidati in assenza di procedure competitive sul mercato.

Il ricorso a simili meccanismi, al di là dei profili di criticità rispetto al diritto della concorrenza (per una riflessione sul rapporto tra concessioni pubbliche e tutela della concorrenza si veda V. Ferraro, *La concessione e il diritto europeo: il complesso equilibrio tra la tutela della concorrenza e la "specialità" del regime dei contratti della Pubblica Amministrazione*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2016, fasc. 1, pag. 259 e ss.), evidenzia anche tutta la fragilità del sistema infrastrutturale italiano, da una parte condannato da gravi carenze rispetto al resto dell'Europa, dall'altra ingessato da una burocrazia e da un sistema normativo che non sempre hanno garantito un'adeguata programmazione e pianificazione degli investimenti (spesso peraltro eseguiti con gravi ritardi), nonché un corretto intervento manutentivo.

Le proroghe sono dunque divenute, per certi aspetti, interventi necessitati o comunque strumenti che, in assenza di adeguate capacità di pianificazione ed efficienza nella gestione delle risorse pubbliche, hanno garantito la continuità del servizio.

Ciò non deve indurre a ritenere che vi possano essere giustificazioni per quanto accaduto sinora: l'auspicio è che l'Italia adotti prontamente le adeguate contromisure per evitare soluzioni come quella verificatasi nel caso di specie. Questo significa superare la logica emergenziale che finora ha caratterizzato il sistema e in ragione della quale, a fronte della scarsità di risorse economiche per gli investimenti necessari a garantire sicurezza e adeguata fruibilità delle reti autostradali, si è scelto di sacrificare la concorrenza e il mercato attraverso proroghe ultradecennali in favore dei concessionari esistenti. Il rischio è quello di eludere le logiche di mercato arrivando a creare rendite di posizione difficilmente giustificabili, in altri termini sacrificare sull'altare di una ordinata gestione delle infrastrutture italiane (peraltro ancora del tutto lontana dal compiersi) il mercato e la concorrenza. Due esigenze che prima ancora che a scongiurare diseconomie e inefficienze sono strumentali a garantire parità di trattamento e pari opportunità tra operatori economici, a tutela degli interessi pubblici e privati. Per ottenere questo risultato è ovvio poi che anche gli operatori economici devono offrire il loro contributo, non ostacolando la sfida del mercato e raccogliendo l'invito ad una maggiore logica cooperativa con i concessionari anche in ragione della necessità di nuovi capitali per gli investimenti infrastrutturali.