



Controlli e sanzioni nelle concessioni autostradali: modelli e criticità

di Luca Galli, Leonardo Parona, Scilla Vernile*

7 Ottobre 2024

Abstract: Il contributo è dedicato alla ricostruzione e all'analisi dell'articolato regime dei poteri di controllo e sanzionatori esercitati sull'attività dei concessionari delle concessioni autostradali. Nello specifico, in primo luogo, nel conteso della pluralità di soggetti tra cui si distribuiscono le funzioni in questione, si riconosce particolare rilievo al ruolo dell'autorità concedente e ai poteri di controllo dalla stessa esercitati in forza vuoi della legge vuoi della convenzione di concessione, offrendo un'analisi della giurisprudenza che si è formata in relazione alle principali criticità del complesso sistema di vigilanza delineato. In secondo luogo, il contributo si sofferma sui possibili esiti dell'esercizio del potere di controllo, analizzando il sistema di sanzioni e penali che risulta dalla legge e dalle clausole delle convenzioni di concessione, per concludere con un cenno alla eventualità della conseguenza più grave, ossia la risoluzione della concessione per grave inadempimento del concessionario.

This paper is dedicated to the reconstruction and analysis of the articulated regime of control and sanctioning powers exercised over the activities of highway concessionaires. Firstly, in the context of the plurality of subjects among which the functions in question are distributed, particular importance is given to the role of the contracting authority and to the control powers that the latter exercises by virtue of both the law and the concession contract, offering an analysis of the case law that has been formed in relation to the main critical aspects of the outlined complex system of supervision. Secondly, the contribution dwells on the possible outcomes of the exercise of the power of control, analyzing the system of sanctions and penalties resulting from the law and from the clauses of the contract, concluding with a mention of the more serious consequence of the termination of the concession due to serious breach of its rules by the concessionaire."

Sommario : 1. Introduzione. – 2. La pluralità dei controlli sull'attività dei concessionari: soggetti e funzioni. – 3. I controlli del concedente nella fase esecutiva. – 3.1. I poteri di controllo riconosciuti *ex lege*. – 3.2. I poteri di controllo nelle convenzioni di concessione. – 3.3. I controlli nella giurisprudenza – 4. Il potere sanzionatorio del concedente e le violazioni rilevanti. – 4.1. Le penali contrattuali. – 4.2. L'irrogazione della sanzione: presupposti (in particolare l'elemento soggettivo), procedimento sanzionatorio e proporzionalità della misura. – 4.3. La risoluzione della concessione per grave inadempimento. Cenni. – 5. Conclusioni.

* Il presente contributo è frutto della riflessione congiunta degli Autori; tuttavia, a Leonardo Parona si devono attribuire i paragrafi 1 e 2, a Luca Galli i paragrafi 3, 3.1, 3.2 e 3.3, a Scilla Vernile i paragrafi 4, 4.1, 4.2, e 4.3. Il paragrafo 5, invece, è da attribuirsi a tutti gli Autori congiuntamente. Contributo sottoposto a *blind peer review*.



1. Introduzione

Tra i numerosi profili d'interesse del regime giuridico delle concessioni autostradali, i controlli e l'esercizio dei poteri sanzionatori ad essi connessi presentano indubbiamente significative criticità; alla ricostruzione e all'analisi di questi ultimi è dedicato il presente contributo.

Il tema sarà considerato alla luce del più ampio contesto dei poteri di vigilanza, monitoraggio e controllo che complessivamente insistono sull'attività dei concessionari, rispetto alla quale diverse norme di legge distribuiscono le funzioni in questione tra una pluralità di soggetti. I presupposti e gli interessi perseguiti da questi ultimi, come s'illustrerà nel paragrafo seguente, differiscono solo in parte fra loro, residuando taluni ambiti di sovrapposizione, i quali impongono forme e strumenti di coordinamento adeguati.

In tale contesto assume un'evidente preminenza il ruolo dell'autorità concedente, le cui funzioni e poteri, come si vedrà nel terzo paragrafo, risultano dall'intrecciarsi tra loro – e a tratti dal duplicarsi – delle norme di legge e delle clausole contenute nelle convenzioni di concessione.

La tenuta applicativa dello – stratificato – quadro normativo e dei meccanismi di controllo da quest'ultimo delineati è messa alla prova dall'effettività dell'apparato sanzionatorio e dei possibili esiti che l'esercizio dei poteri di controllo e vigilanza può comportare; profilo che sarà oggetto di analisi nel quarto paragrafo. In particolare, ci si soffermerà sul sistema di sanzioni e penali delineato dalla legge e dalle convenzioni e sulla risoluzione della concessione per grave inadempimento del concessionario, restando escluse dalla presente analisi le altre ipotesi di cessazione del rapporto, pure previste dalla legge e dalle convenzioni, ma non collegate a inadempimenti ascrivibili al concessionario.

2. La pluralità dei controlli sull'attività dei concessionari: soggetti e funzioni.

Il tema dei controlli pubblici insistenti sull'attività dei concessionari autostradali non può essere affrontato – pena la parzialità dell'indagine – esclusivamente nell'ottica dei singoli rapporti concessori, nell'ambito dei quali l'autorità concedente (il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – MIT) vigila sull'operato del privato concessionario. Tale prospettiva è indubbiamente centrale, ma il rapporto concessorio va collocato nel più ampio contesto dei poteri di vigilanza, monitoraggio e controllo che nel nostro ordinamento investono complessivamente l'attività dei concessionari autostradali. Rispetto a tali poteri occorre infatti osservare sin d'ora che numerose norme di legge, stratificatesi nel tempo e rispondenti a disegni regolatori in parte eterogenei, ripartiscono le funzioni di controllo tra una pluralità di soggetti ulteriori rispetto al MIT.

Prima di analizzare partitamente – seppur in modo sintetico – tali controlli, pare opportuno ricordare quali siano i soggetti ulteriori appena menzionati. Si tratta, in particolare, dell'Autorità di regolazione dei trasporti (ART), dell'Agenzia nazionale per



la sicurezza delle ferrovie e delle infrastrutture stradali e autostradali (ANSFISA), dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) e dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM).

Rimandando l'analisi del ruolo – pur sempre centrale – del MIT al paragrafo seguente, si possono qui prendere le mosse dalle funzioni di controllo attribuite all'ART nel settore autostradale; ciò, tuttavia, non prima di aver svolto una breve premessa¹. Il ruolo assegnato in quest'ambito a tale Autorità è stato infatti, in un primo momento, marginale, giacché era previsto ch'essa si occupasse soltanto dei rapporti concessori instaurati successivamente alla sua istituzione. La situazione è mutata solo in virtù di quanto previsto dal d.l. 28 dicembre 2018, n. 109, che ne ha esteso le competenze a tutte le concessioni autostradali.

Premesso ciò, occorre ricordare come l'ART sia competente, ai sensi dell'art. 37, comma 2, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, a garantire “secondo metodologie che incentivino la concorrenza, l'efficienza produttiva delle gestioni e il contenimento dei costi per gli utenti, le imprese e i consumatori, condizioni di accesso eque e non discriminatorie [...] alle reti autostradali [...] in relazione alla mobilità dei passeggeri e delle merci”. Le competenze ad essa assegnate² concernono dunque, prima ancora che i controlli sui profili tariffari nell'esercizio della concessione autostradale, la definizione della dimensione minima e massima della gestione oggetto di concessione; aspetto quest'ultimo che incide principalmente sulla fase di affidamento della medesima. È in particolare in relazione a questo profilo – che esula dall'oggetto della presente analisi – che l'Autorità svolge un ruolo cruciale “nell'interazione tra politica e amministrazione”³.

Venendo alle funzioni di controllo e vigilanza, queste ultime sono complessivamente volte a verificare la corretta applicazione dei “criteri per la fissazione da parte dei soggetti competenti delle tariffe, dei canoni, dei pedaggi, tenendo conto dell'esigenza di assicurare l'equilibrio economico delle imprese regolate, l'efficienza produttiva delle gestioni e il contenimento dei costi per gli utenti, le imprese, i consumatori”⁴. Esercitando tale competenza con specifico riferimento al settore autostradale, l'ART ha approvato la delibera n. 16/2019, che ha avviato un ampio procedimento di revisione del sistema

¹ Per un'analisi delle funzioni di regolazione dell'ART nel settore del trasporto autostradale si veda A. TONETTI, *Il settore autostradale*, in L. TORCHIA (a cura di), *L'autorità dei trasporti nel sistema delle Autorità indipendenti*, paper Astrid, Roma, 2013, pp. 30 ss., nonché Id., *Il decreto “cresci Italia”. L'Autorità di regolazione dei trasporti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, pp. 579 ss.

² Recentemente tali competenze sono state definite – in modo del tutto condivisibile – a “geometria variabile”, avendo riguardo al mutare dell'ampiezza e dell'incisività delle medesime a seconda del settore dei trasporti rispetto al quale essa eserciti le proprie funzioni. Come noto, infatti, con l'art. 37 d.l. n. 201/2011 all'ART è stata assegnata una generale funzione di regolazione in relazione all'intero ambito dei trasporti. Così G. Pisanti, *Le competenze a «geometria variabile» dell'Autorità dei trasporti*, in *Dir. amm.*, 2022, pp. 249 ss.

³ L. SALTARI e A. TONETTI, *Concessioni autostradali*, in M.A. SANDULLI e R. De NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, V, Milano, 2019, 163 ss. (spec. p. 178). In argomento si veda anche S. FOÀ, *Autorità di regolazione, nuovo indirizzo politico e cattura del mercato*, in *Dir. amm.*, 2020, 764 ss.

⁴ Art. 37, comma 2, lett. b), d.l. n. 201/2011.



tariffario, cui sono seguite numerose delibere di approvazione dei singoli sistemi tariffari di pedaggio⁵.

I poteri esercitabili dall'ART nell'ambito delle funzioni di controllo sono modellati in parte su quelli previsti dalla legge 14 novembre 1995, n. 481, in parte su quelli vigenti in materia *antitrust*⁶. Essi consistono, in primo luogo, nella potestà di richiedere ai concessionari informazioni e l'esibizione di documenti. In secondo luogo, l'ART può condurre ispezioni presso le sedi dei soggetti vigilati, laddove ritenga che la regolazione di settore sia stata elusa o violata⁷. In terzo luogo, allorché i controlli abbiano rivelato una violazione, l'Autorità può ingiungere la cessazione delle condotte contrastanti con il quadro normativo e imporre adeguate misure ripristinatorie, potendo inoltre intervenire in via cautelare laddove vi sia il rischio di un danno grave e irreparabile per la tutela della concorrenza e degli interessi degli utenti. A tale potestà si aggiunge, infine, quella sanzionatoria, essendo previsto che a fronte di tali violazioni l'ART possa comminare sanzioni di importo variabile (fino al 10% del fatturato dell'impresa).

Particolarmente rilevanti, sebbene più circoscritte dal punto di vista oggettivo, sono poi le funzioni attribuite in questo settore all'ANSFISA. L'Agenzia, istituita presso il MIT a decorrere dal 1° gennaio 2019⁸, ha infatti il compito di vigilare – avvalendosi di specifiche competenze tecnico-operative – sulla sicurezza delle infrastrutture stradali e autostradali, aspetto cruciale nell'ambito della fase di esecuzione dei rapporti concessori. Più precisamente, la legge assegna all'Agenzia "l'attività ispettiva finalizzata alla verifica della corretta organizzazione dei processi di manutenzione da parte dei gestori"⁹, prevedendo che quest'ultima possa, laddove necessario, ingiungere ai gestori di "mettere in atto le necessarie misure di controllo del rischio in quanto responsabili dell'utilizzo sicuro delle infrastrutture".

Rimangono da ultimo da prendere in considerazione le funzioni di ANAC e AGCM, due autorità aventi, come noto, competenza generale e non, invece, settoriale – diversamente dai soggetti appena considerati.

⁵ È stato criticamente osservato che, in questo modo, si è *ex post* introdotta una modifica unilaterale in corso di esecuzione delle concessioni, in potenziale contrasto con il diritto eurounitario. Per questo rilievo si vedano C. AMALFITANO e M. CONDINANZI, *Concessioni autostradali e vincoli europei*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2018, 955 ss.; F. SPANICCIATI, *Il «decreto Genova» quale estremizzazione della deroga emergenziale*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2019, 63 ss.; G. PISANTI, *Le competenze a «geometria variabile» dell'Autorità dei trasporti*, cit., 249 ss. La vigilanza sul sistema tariffario è costante, come testimonia l'avvio, con delibera ART n. 29/2024, di un'indagine conoscitiva finalizzata alla valutazione di eventuali ipotesi di revisione del sistema tariffario di pedaggio.

⁶ Art. 37, comma 3, d.l. n. 201/2011. 1

⁷ Le violazioni possono consistere nell'inosservanza dei criteri stabiliti per la formazione e l'aggiornamento delle tariffe, dei canoni, dei pedaggi, dei diritti e dei prezzi; nell'inosservanza dei criteri per la separazione contabile e per la disaggregazione dei costi e dei ricavi riguardanti le attività di servizio pubblico; nella violazione della disciplina relativa all'accesso alle reti e alle infrastrutture; nella violazione di eventuali condizioni ulteriori imposte dall'Autorità stessa.

⁸ Art. 12, comma 4, d.l. n. 109/2018, convertito in legge 16 novembre 2018, n. 130.

⁹ Tale aspetto, come si vedrà in seguito, è oggetto di controlli anche da parte del MIT.



Quanto all'AGCM, preme qui ricordare che il MIT ha facoltà di segnalare all'AGCM eventuali violazioni della legge 10 ottobre 1990, n. 287 da parte dei concessionari. Tale evenienza, peraltro, dev'essere considerata alla luce del fatto che l'eccessiva ampiezza e durata delle concessioni esistenti, nonché il ricorso non sempre giustificato a proroghe e rinnovi automatici, ha comportato un inevitabile irrigidimento degli assetti di mercato esistenti a vantaggio degli attuali concessionari. Poiché al consolidamento di tale assetto ha contribuito, direttamente o indirettamente, anche l'indirizzo politico seguito nei decenni dal Ministero, l'operatività – o quantomeno l'effettiva utilità – di tale potere di segnalazione pare, all'atto pratico, ridotta.

Quanto alle funzioni dell'ANAC, rilevano in questo frangente quelle previste dall'art. 222, comma 3 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 ("Codice dei contratti pubblici") in relazione alla vigilanza sulla sussistenza e sul mantenimento delle condizioni di economicità dell'esecuzione della concessione. I poteri assegnati all'ANAC sono, anche in questo caso, volti a tutelare *in primis* esigenze connesse alla finanza pubblica, ossia a verificare che dall'esecuzione della concessione non derivino pregiudizi per quest'ultima. L'Autorità può infatti segnalare al Governo e al Parlamento "fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o di applicazione distorta della normativa di settore".

Nell'ambito della verifica concernente l'economicità dell'esecuzione della concessione, potrebbero acquisire rilievo le linee guida con le quali l'Autorità è solita determinare – e aggiornare periodicamente – i costi standard dei lavori e i prezzi di riferimento; profilo, quest'ultimo, che ha assunto particolare urgenza nell'ultimo biennio. Nondimeno, occorre rilevare che l'ANAC non ha sinora proceduto in tal senso in relazione al settore autostradale¹⁰ e ciò, del resto, pare giustificato in ragione del fatto che, com'è stato opportunamente osservato¹¹, potrebbe dubitarsi ch'essa disponga effettivamente di tale potere in questa materia, attesa la presenza di un'autorità di regolazione specifica – l'ART – per il settore *de qua*.

L'analisi svolta conferma quanto anticipato all'inizio del presente paragrafo, ossia che i controlli pubblici complessivamente insistenti sull'attività dei concessionari provengono da una molteplicità di soggetti; quanto sin qui osservato consente, peraltro, di svolgere alcune brevi considerazioni critiche in merito all'assetto vigente.

Gli interessi perseguiti dai soggetti controllanti sono eterogenei, ma non per questo confliggenti; non si vede infatti ragione alcuna, quantomeno in astratto, per considerare tra loro in contrasto interessi quali il rispetto degli impegni contrattuali, la sicurezza delle infrastrutture autostradali, l'osservanza dei criteri di determinazione delle tariffe e la tutela della concorrenza in un settore strategico quale quello in esame. Tali interessi, anzi, paiono tra loro complementari e convergenti.

¹⁰ Ad eccezione della delibera 23 marzo 2018, n. 318 (Linee guida n. 9, recanti *Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato*).

¹¹ L. SALTARI e A. TONETTI, *Concessioni autostradali*, cit., p. 171.



All'atto pratico, tuttavia, proprio tale convergenza può comportare alcune disfunzionalità di sistema; ciò in particolare allorché tra i diversi controlli sussistano sovrapposizioni. A questo proposito si potrebbe ritenere – invero ingenuamente – che, laddove la medesima attività venga controllata da più soggetti, il rischio che violazioni, inadempienze e condotte elusive passino inosservate possa risultare significativamente ridotto. La realtà mostra, invece, che il risultato di tale sommatoria, in termini di efficacia ed efficienza dei controlli – nonché dell'apparato sanzionatorio – può non essere positivo¹².

Sul piano del diritto positivo il legislatore ha affrontato tale profilo solo in modo marginale; talora attribuendo al MIT la facoltà di svolgere segnalazioni, talaltra prevedendo, ad esempio allorché è stata istituita l'ART, che restassero “ferme tutte le altre competenze [...] delle amministrazioni pubbliche, statali e regionali”¹³. Non pare che norme di questo tipo affrontino – né tanto meno risolvano – il coordinamento delle funzioni di controllo; esse, piuttosto, lasciano alle amministrazioni pubbliche l'arduo compito di trovare il modo di coordinarsi. Il fatto che queste ultime possano – *rectius* debbano – tra loro interagire e coordinarsi, ricorrendo ai molteplici istituti che l'ordinamento mette a loro disposizione, è del tutto evidente e fisiologico. Si tratta, però, di una sfida nell'ottica dell'efficacia complessiva del sistema dei controlli, alla quale, forse, il legislatore potrebbe contribuire maggiormente tramite una razionalizzazione delle competenze.

3. I controlli del concedente nella fase esecutiva

Passando agli strumenti esercitabili dal concedente (MIT) nella fase di esecuzione della concessione, utile punto di partenza è rappresentato dalla definizione di controllo già formulata dalla dottrina amministrativistica¹⁴, ben adatta anche a descrivere questo profilo dei rapporti tra Ministero e gestore del servizio autostradale.

Sicché, il controllo è stato inquadrato come quell'“agire umano necessariamente secondario e accessorio, in quanto volto a rivedere o riesaminare o riscontrare un'attività di carattere primario o principale”¹⁵, solitamente caratterizzato da un'alterità tra controllante e controllato. Elementi centrali dell'esercizio di tale funzione sarebbero,

¹² L. SALTARI e A. TONETTI, *Concessioni autostradali*, cit., pp. 194-195 sottolineano l'esigenza di coordinare i poteri di controllo, mettendo in guardia dal rischio che si generino “inefficienti sovrapposizioni”. Sul punto, si veda anche G. MOCAVINI, *La revoca e la decadenza delle concessioni autostradali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, p. 195 ss. (spec. p. 200).

¹³ Art. 37, comma 4, d.l. n. 201/2011.

¹⁴ Il riferimento è agli studi in tema di controlli amministrativi, che vedono la propria origine nell'opera di U. FORTI, *I controlli dell'amministrazione comunale*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, II, Milano, 1914.

¹⁵ In questo senso, G. BERTI e L. TUMIATI, *Controlli amministrativi*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 298, le cui parole sono state riprese anche da A. CROSETTI, *Controllo amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1989, p. 67.



dunque: *i*) l'esame della "condotta"¹⁶ del controllato in base a uno specifico "canone"; *ii*) un giudizio, positivo o negativo a seconda della conformità o meno della condotta al canone; *iii*) e infine l'eventuale adozione di una "misura" che abbia nell'esito del controllo il suo antecedente logico¹⁷. Alla luce di ciò, appare evidente come lo scopo di un'attività di controllo, quando svolta da una pubblica amministrazione (e rivolta ad un altro apparato "amministrativo"¹⁸), sia quello di assicurare che l'azione del soggetto controllato risulti corretta dal punto di vista formale o sostanziale e, in concreto, si dimostri conforme al pubblico interesse, garantendo così il coordinamento e l'armonia dei vari enti coinvolti nella cura del benessere collettivo¹⁹.

Al MIT, dunque, spetta il compito di riscontrare la corretta realizzazione, manutenzione e gestione delle infrastrutture autostradali da parte dei concessionari, lungo tutta la durata della concessione, ravvisando nelle disposizioni di legge, ma anche in quelle della convenzione, il canone di valutazione delle condotte e costituendo tale attività di controllo il prodromo di eventuali azioni correttive o sanzionatorie nei confronti del gestore del servizio.

D'altra parte, la complessa combinazione di aspetti pubblicistici e privatistici che caratterizza l'istituto della concessione e che, tradizionalmente, ha alimentato il dibattito e le incertezze sulla sua "sfuggente natura giuridica tra pubblico e privato"²⁰, finisce per riverberarsi anche sugli strumenti di controllo a disposizione del concedente. Da un lato, infatti, permane l'idea classica per cui l'intervento privato sopperisca all'amministrazione nel perseguimento di un pubblico interesse. Pertanto, se l'immanenza di questo pubblico interesse sicuramente legittima il trasferimento al concessionario di poteri e doveri simili

¹⁶ Come si richiamerà nelle pagine successive, la condotta oggetto di controllo può corrispondere sia a singoli atti – secondo l'ottica dei più tradizionali controlli di legittimità o di merito su azioni specifiche, generalmente consistenti nell'esercizio di un potere o nel compimento di un negozio giuridico – sia all'attività complessiva del soggetto controllato, spesso in un'ottica di controllo di gestione, ossia di verifica sull'efficiente ed efficace perseguimento degli obiettivi affidati allo stesso. Per una ricostruzione delle possibili classificazioni dei controlli, *ex pluribus*, G. BERTI e N. MARZONA, *Controlli amministrativi*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento III, Milano, 1999, pp. 457 ss.

¹⁷ Tale sequenza è descritta in questo modo da A. CROSETTI, *Controlli amministrativi*, cit., 67 ss.; G. D'AURIA, *I controlli*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo – Parte generale*, II, 2003, Milano, pp. 1343 ss. e, più di recente, S. ROSSA, *Controlli amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, 2018, online su www.leggiditaliaprofessionale.it. Tuttavia, in termini sostanzialmente analoghi, la si ritrova già in U. FORTI, *I controlli dell'amministrazione comunale*, cit., p. 608.

¹⁸ Sulla possibilità di considerare il controllo svolto dal concedente pubblico sul concessionario privato come controllo amministrativo si tornerà a breve. Basti qui anticipare che la dottrina ha già ricondotto le verifiche svolte da pubbliche amministrazioni su enti privati preposti alla cura di interessi della collettività nell'ambito dei controlli amministrativi; vedasi G. BERTI e N. MARZONA, *Controlli amministrativi*, cit., 466 laddove gli Autori prendono espressamente in considerazione le competenze statali e regionali in ordine alla vigilanza su enti (pubblici e) privati operanti nel settore dell'assistenza sanitaria.

¹⁹ Su tutti, G. BERTI e L. TUMIATI, *Controlli amministrativi*, cit., p. 301.

²⁰ L'espressione è propria di L. SALTARI e A. TONETTI, *Concessioni autostradali*, cit., p. 165. Invece, per una ricostruzione della questione, vedasi su tutti M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

a quelli di un'amministrazione²¹, giustificerebbe anche la permanenza in capo al concedente di strumenti idonei per assicurare l'adeguata cura di tale interesse pubblico, pure in sede di esecuzione del rapporto concessorio, tra cui i poteri ispettivi (e, poi, quelli sanzionatori) riconosciuti al Ministero²². Dall'altro lato, non mancano visioni favorevoli a un'immagine integralmente privatistica della fase di esecuzione della concessione, supportate dalle spinte "contrattualistiche" provenienti dell'ordinamento europeo e capaci di ricondurre a diritti potestativi i margini di intervento del concedente pubblico, i quali troverebbero il proprio fondamento in apposite previsioni convenzionali e, prima ancora, nelle disposizioni del Codice civile²³.

²¹ Si pensi, per quel che riguarda il trasferimento di poteri, alla titolarità, da parte del concessionario, di poteri sanzionatori in caso di mancato pagamento dei pedaggi e, per quel che riguarda il trasferimento di doveri, alla necessità per il concessionario di affidare servizi, lavori e forniture secondo il regime dei contratti pubblici, almeno per certe percentuali delle proprie esternalizzazioni. In tal senso, M. MACCHIA, *Le concessioni autostradali: criticità e prospettive alla luce del quadro di regolazione europea*, in *Federalismi.it*, 2020, pp. 49 ss. (spec. p. 51) e, più in generale in riferimento al trasferimento di poteri/doveri pubblicistici in capo al concessionario, D. SORACE e C. MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1989, pp.280 ss.

²² Per una ricostruzione secondo dinamiche pubblicistiche anche della fase di esecuzione delle concessioni, vedasi *ex pluribus* E. SILVESTRI, *Concessioni*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, pp. 370 ss.; G. GRECO, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *Dir. amm.*, 1999, pp. 381 ss.; F. FRACCHIA, *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, Annali I, Milano, 2007, pp. 250 ss. Ancora, per una ricognizione degli orientamenti giurisprudenziali in chiave di "pubblicizzazione" del rapporto di concessione, legittimante la permanenza di poteri pubblici in capo al concessionario esercitabili nella fase di esecuzione, vedasi M. RAMAJOLI, *Orientamenti giurisprudenziali in materia di rapporto concessorio*, in G. PERICU, A. ROMANO e V. SPAGNUOLO VIGORITA (a cura di), *La concessione di pubblico servizio*, Milano, 1996, 357 ss. e, più di recente, L.R. PERFETTI e M. ROMA, *Le concessioni: profili definitivi e di regime*, in *Urb. app.*, 2021, pp. 705 ss. Infine, con specifico riferimento alle concessioni autostradali, vedasi Tar Lazio, Roma, sez. III, 30 marzo 2010, nn. 5108 e 5169, per cui a chiare lettere: "La concessione di costruzione e gestione, come normalmente vengono inquadrare le concessioni autostradali, diversamente da un contratto di appalto, è caratterizzata dal mantenimento di poteri pubblicistici di vigilanza e controllo in capo al concedente diversi da quelli privatistici del committente, nel corso della esecuzione del contratto. La concessione di costruzione e di gestione di autostrade, prevalentemente ricondotta nel *genus* della concessione di servizi pubblici è tale da essere connotata da un ineliminabile spessore pubblicistico, derivante dal fatto stesso di enucleare un'ipotesi di ufficio in concessione, ovvero, detto in altri termini, di impresa titolare di ufficio, cui viene trasferito il diritto di gestire un servizio rivolto al pubblico. Il momento pubblicistico si traduce nel fatto che, quand'anche la concessione assuma strutturalmente la forma della concessione-contratto, riconducibile attualmente nell'alveo degli accordi amministrativi di cui all'art. 11 della legge generale sul procedimento, vede peraltro l'amministrazione portatrice di una vera e propria posizione di potestà, e non già di autonomia privata".

²³ Per una chiara presa di posizione a favore di una concezione privatistica della fase esecutiva delle concessioni, vedasi A. MOLITERNI, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Dir. amm.*, 2012, pp. 567 ss., oltre all'ulteriore dottrina ivi citata. Quanto alle previsioni del Codice civile, il riferimento va, in prima battuta, all'art. 1175 c.c., in tema di comportamento secondo correttezza delle parti contrattuali, tale da legittimare margini di controllo di una parte sulle condotte dell'altra, in fase di esecuzione del contratto, a garanzia del corretto adempimento delle obbligazioni negoziali. Più specifico è, poi, l'art. 1662 c.c., ai sensi del quale, nel corso di esecuzione dell'opera, "[i]l committente ha diritto di controllare lo svolgimento dei lavori e di verificarne a proprie spese lo stato". D'altra parte, anche in materia di contratti pubblici, la tendenza (maggioritaria, ma non pacifica) è quella di ricondurre al diritto privato gli strumenti di controllo tecnico-contabile-amministrativo e le attività di verifica caratterizzanti il procedimento di collaudo, ricadenti nella fase di esecuzione del contratto e ad oggi



Non essendo questo il luogo adeguato, per ragioni di spazio, all'elaborazione di una nuova posizione su una questione che tanto ha animato e anima il panorama dottrinale e giurisprudenziale italiano²⁴, non può che darsi atto di come la dottrina che già si è occupata del tema specifico abbia per l'appunto evidenziato un "carattere ibrido" dei controlli in materia di concessioni autostradali, tali da poter essere apprezzati sia sotto il profilo delle prerogative dell'amministrazione centrale, sia sotto il profilo prettamente contrattuale²⁵.

3.1 I poteri di controllo riconosciuti *ex lege*

Procedendo dunque lungo la direttiva "pubblicistica", non appare insensato seguire l'indirizzo già tracciato all'inizio della presente sezione, inquadrando i poteri di controllo del concedente sul concessionario autostradale nell'ambito dei controlli amministrativi. Da un lato, infatti, l'immanenza del pubblico interesse e il trasferimento di poteri e doveri in capo al concessionario non rendono del tutto irragionevole assimilare i rapporti (ivi inclusi quelli di vigilanza) tra Ministero e gestore del servizio autostradale a quelli tra soggetti pubblici²⁶. Dall'altro, è stata la stessa Corte costituzionale a riconoscere

disciplinati dagli artt. 115 e 116 d.lgs. n. 36/2023, su cui S. MIRATE, *Art. 115 – Controllo tecnico contabile e amministrativo*, in M. RAMAJOLI e R. VILLATA (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Pisa, 2024, 584 ss. e Id., *Art. 116 – Collaudo e verifica di conformità*, ivi, 587 ss.; A. BENEDETTI, *L'esecuzione del contratto*, in S. FANTINI e H. SIMONETTI (a cura di), *Il nuovo corso dei contratti pubblici*, Città di Castello, 2023, pp. 243 ss.; F.A. ALARIO, *Art. 115 – Controllo tecnico contabile e amministrativo*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Vicenza, 2023, pp. 932 ss.; A. MARCOVECCHIO, *Art. 116 – Collaudo e verifica di conformità*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, ivi, pp. 939 ss.; sul Codice precedente, invece, vedasi G.M. ESPOSITO e A. NICODEMO, *Art. 102 – Collaudo e verifica di conformità*, in G.M. ESPOSITO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici. Commentario di dottrina e giurisprudenza*, Milano, 2017, pp. 1387 ss.; A. RIZZO, *Art. 111 – Controllo tecnico, contabile e amministrativo*, ivi, pp. 1545 ss.; A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI e V. LOPILATO, *L'appalto di opere pubbliche*, II, Milano, 2018, pp.1709 ss.; A. BARONE, *Direzione lavori, direzione dell'esecuzione e RUP nella fase di esecuzione dei contratti pubblici*, in M.A. SANDULLI e R. De NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici – Esecuzione, settori speciali, appalti con regimi speciali*, V, cit., pp.181 ss. (spec. pp. 194-195); G. TROTTA e E. ROBALDO, *Collaudo*, ivi, pp. 442 ss. (spec. pp. 454-455).

²⁴ Questione le cui conseguenze sono, ad oggi, in parte smorzate dal riconoscimento della giurisdizione esclusiva *ex art. 133, comma 1, lett. c)*, c.p.a. sulle "controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore [...] [enfasi aggiunta]". Pertanto, le contestazioni inerenti agli atti di vigilanza e controllo nei confronti del concessionario autostradale saranno da sottoporsi al giudice amministrativo. Dibattuta, invece, rimane la questione giurisdizionale in relazione a uno dei possibili esiti dell'attività di controllo, ossia l'applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie, come si vedrà nella sezione successiva di questo contributo.

²⁵ Così L. SALTARI e A. TONETTI, *Concessioni autostradali*, cit., p. 192. Si veda anche L. SALTARI, *Le concessioni autostradali: un paradigma autonomo?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, pp.1127 ss.

²⁶ In tal senso, anche E. Silvestri, *Concessioni*, cit., 378, per cui "[i] rapporti tra concedente e concessionario sono stati assimilati a quelli esistenti tra gli organi dell'amministrazione pubblica. Si è anche parlato di organi indiretti e di esercizio per sostituzione di attività pubbliche" (cfr. nota 47).



l'atipicità dei controlli amministrativi, eccedenti i soli individuati nella Carta fondamentale e, quindi, liberamente introducibili dal legislatore, così da avere legittimato l'attività innovativa di quest'ultimo²⁷. Ciò ha portato alla nascita delle più varie forme di controlli, capaci di andare ben oltre le ipotesi classiche caratterizzanti le relazioni tra amministrazioni centrali e amministrazioni locali o la funzione di controllo della Corte dei conti²⁸, fino a ricomprendere gli strumenti di vigilanza riconosciuti agli apparati pubblici sulle condotte di soggetti privati incaricati della cura di interessi della collettività²⁹.

D'altronde, pochi dubbi possono sussistere attorno al fatto che il legislatore abbia introdotto poteri di controllo in capo al concedente sulle condotte del concessionario: anzi, essi appaiono una costante lungo l'intera evoluzione della normativa speciale in materia autostradale, dal secondo dopoguerra ad oggi. Così, la legge 7 febbraio 1961, n. 59, nell'ambito del "Riordinamento strutturale e revisione dei ruoli organici dell'Azienda nazionale autonoma delle strade", non solo ha confermato il ruolo di ANAS quale concedente della rete autostradale³⁰, ma ha espressamente riconosciuto ad essa compiti di vigilanza sull'esecuzione dei lavori e sulla gestione delle autostrade il cui esercizio sia stato dato in concessione (art. 2, comma 1, lett. c)³¹. Disposizione puntualmente riproposta dall'art. 2, comma 1, lett. d), d.lgs. 26 febbraio 1994, n. 143, con cui si sono trasferiti i ruoli e gli incarichi di ANAS al neoistituito Ente nazionale per le strade (ENAS), salvo poi riattribuirli nuovamente a ANAS S.p.A. con l'art. 7 d.l. 8 luglio 2002, n. 138.

Per un'effettiva specificazione di tali compiti di vigilanza si è dovuto però aspettare l'art. 2, comma 86, d.l. 3 ottobre 2006, n. 262, il quale ha riconosciuto all'allora concedente ANAS i poteri di: richiedere informazioni ed effettuare controlli – tramite ispezione,

²⁷ Così Corte Cost., 30 dicembre 1997, n. 470, con nota di G. D'AURIA, *Corte dei conti e controllo sulla gestione degli ordini professionali*, in *Foro it.*, 1998, I, pp. 1766 ss.

²⁸ Per un'ampia ricostruzione dei controlli centro-periferia, vedasi i vari contributi in U. ALLEGRETTI (a cura di), *I controlli amministrativi*, Bologna, 1995. Sulle funzioni di controllo della Corte dei conti, invece, vedasi M. De ROSA e B.G. MATTARELLA, *Art. 100*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO e M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla costituzione*, II, Torino, 2006, pp.1938 ss.

²⁹ Sull'atipicità dei controlli amministrativi, L. BUFFONI, *Controlli amministrativi esterni*, in *Enc. dir.*, Annali X, Milano, 2017, pp.301 ss. (spec. pp. 306-307); S. ROSSA, *Controlli amministrativi*, cit. Sulla riconducibilità ai controlli amministrativi anche di quelli esercitati dall'amministrazione nei confronti di soggetti privati preposti alla cura di interessi pubblici, vedasi G. BERTI e N. MARZONA, *Controlli amministrativi*, cit., p. 466 e quanto già riportato al riguardo nella precedente nota 18.

³⁰ Ruolo riscontrabile anche in altri interventi normativi, come la legge 21 maggio 1955, n. 463 ("Provvedimenti per la costruzione di autostrade e strade e modifiche alle tasse automobilistiche") e la legge 24 luglio 1961, n. 729 ("Piano di nuove costruzioni stradali ed autostradali").

³¹ Conferme di questi poteri di controllo sono ricavabili anche dai successivi artt. 24 e 25 della medesima legge, con il primo che prevede la possibilità di istituire "speciali uffici periferici per la vigilanza di lavori di costruzione di autostrade o di lavori di carattere eccezionale e di particolare rilievo che si eseguano sia a cura diretta dell'ANAS, sia in concessione" e il secondo riguardante i compiti dei Compartimenti della viabilità, articolazioni interne alla struttura dell'Azienda, cui è riconosciuta competenza in materia di controllo dell'"esercizio delle autostrade non gestite dallo Stato [e di vigilanza] sui lavori di costruzione ed adeguamento delle autostrade in concessione", nell'ambito della propria circoscrizione territoriale.



accessi, acquisizione di documentazione e notizie utili – in ordine al rispetto degli obblighi di cui alle convenzioni di concessione e alla legge³²; verificare e adottare direttive sulla qualità dei servizi; verificare ed emanare direttive in relazione alla gestione contabile e amministrativa del concessionario; segnalare all'AGCM ipotesi di violazione delle disposizioni in materia di concorrenza da parte del concessionario o dei soggetti a cui esso ha affidato lavori, servizi o forniture. A ciò si aggiunge l'esplicito conferimento di poteri sanzionatori, esercitabili in caso di accertata inosservanza dei summenzionati obblighi del concessionario.

Dunque, se i contenuti dei poteri di controlli non hanno, in seguito, subito ulteriore specificazione normativa, gli interventi successivi si sono caratterizzati per una continua trasformazione del soggetto incaricato del loro esercizio. Infatti, con il d.l. 29 dicembre 2011, n. 216 e il d.l. 6 luglio 2011, n. 98 si è disposto il trasferimento della qualifica e delle funzioni di concedente da ANAS S.p.A. al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e, più in particolare, all'istituenda "Agenzia per le infrastrutture stradali e autostradali"³³. Quest'ultimo soggetto, però, non ha mai visto la luce, venendo quindi sostituito dalla "Struttura di vigilanza sulle concessionarie autostradali", interna al MIT³⁴, a sua volta rimpiazzata – e frazionata nelle sue attribuzioni – tramite il d.p.c.m. 11 febbraio 2014, n. 72, con due Direzioni generali interne al "Dipartimento per le infrastrutture, i sistemi informativi e statistici" del Ministero: la "Direzione generale per le strade e le autostrade e per la vigilanza e la sicurezza nelle infrastrutture stradali" e la "Direzione generale per la vigilanza sulle concessionarie autostradali". Come può già intuirsi dalla loro denominazione, il rischio di sovrapposizione e incertezze nella delimitazione dei rispettivi compiti di vigilanza è evidente; rischio che trova per l'appunto conferma nel testo stesso del decreto. Alla prima Direzione, infatti, sono attribuiti incarichi di controllo sulla corretta manutenzione delle infrastrutture autostradali e di

³² In particolare, il riferimento è all'art. 11, comma 5, legge 23 dicembre 1992, n. 498, riguardante gli obblighi dei concessionari autostradali, articolati in: certificazione del bilancio; mantenimento dei requisiti di solidità patrimoniale; affidamento di lavori a terzi nel rispetto della normativa sui contratti pubblici; sottoposizione degli schemi dei bandi di gara al concedente per la loro approvazione; prevenzione dei conflitti di interesse nonché onorabilità e professionalità degli amministratori.

³³ Si veda, in particolare, l'art. 36, comma 2, d.l. n. 98/2011, ai sensi del quale all'Agenzia sarebbero spettati i compiti di "vigilanza e controllo sui concessionari autostradali, inclusa la vigilanza sull'esecuzione dei lavori di costruzione delle opere date in concessione e il controllo della gestione delle autostrade il cui esercizio è dato in concessione" (lett. b), pt. 2). Le venivano quindi riconosciuti incarichi di "vigilanza sull'attuazione, da parte dei concessionari, delle leggi e dei regolamenti concernenti la tutela del patrimonio delle strade e delle autostrade statali, nonché la tutela del traffico e della segnaletica; vigilanza sull'adozione, da parte dei concessionari, dei provvedimenti ritenuti necessari ai fini della sicurezza del traffico sulle strade ed autostrade medesime; esercizio, per le strade statali ed autostrade ad essa affidate, dei diritti ed dei poteri attribuiti all'ente proprietario" (lett. f). Va poi menzionato il fatto che, in realtà, un primo, generico potere di controllo del Ministero sulle condotte del concedente era rinvenibile sin dal d.lgs. 30 luglio 1999, n. 300. Infatti, tale decreto, in un'ottica di riforma organizzativa del Governo, riconosceva al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti "*funzioni di vigilanza sui gestori del trasporto derivanti dalla legge, dalla concessione e dai contratti di programma o di servizio [enfasi aggiunta]*" (cfr. art. 42).

³⁴ Così con il d.m. 1° ottobre 2012, n. 341.



sorveglianza sulla loro sicurezza³⁵. Per la seconda Direzione, invece, sono previsti compiti di vigilanza: sui concessionari autostradali, in particolare sull'esecuzione dei lavori di costruzione delle opere date in concessione e sulla gestione delle autostrade; sull'attuazione, da parte dei concessionari, delle leggi e dei regolamenti concernenti la tutela del patrimonio delle autostrade, del traffico e della segnaletica; e, infine, sull'adozione, da parte dei concessionari, dei provvedimenti ritenuti necessari ai fini della sicurezza del traffico autostradale³⁶.

Pertanto, un intervento a cui si possono senza dubbio riconoscere finalità semplificatorie si è avuto con il d.p.c.m. 23 dicembre 2020, n. 190 che, riformando ulteriormente l'organizzazione del Ministero, ha riconosciuto alla sola "Direzione generale per le strade e le autostrade, l'alta sorveglianza sulle infrastrutture stradali e la vigilanza sui contratti concessori autostradali" i compiti di vigilanza amministrativa e controllo operativo sui gestori delle infrastrutture viarie appartenenti alla rete nazionale, ferma restando l'attività di vigilanza tecnica di competenza della allora neoistituita ANSFISA³⁷. I poteri della Direzione generale sono quindi ulteriormente articolati in: controllo sulla qualità del servizio autostradale, sui costi e sugli investimenti dei concessionari, anche ai fini dell'aggiornamento annuale delle tariffe; approvazione dei progetti di miglioramento e adeguamento della rete autostradale; monitoraggio della gestione economica e finanziaria dei concessionari e dei parametri di solidità patrimoniale; vigilanza sull'adozione, da parte dei concessionari, dei provvedimenti ritenuti necessari ai fini della sicurezza del traffico autostradale, ferme restando le competenze di ANSFISA. Tale impostazione è stata da ultimo confermata con il d.p.c.m. 30 ottobre 2023, n. 186 laddove, in seno alla riorganizzazione del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, i compiti appena descritti di vigilanza amministrativa e controllo sono stati trasferiti alla neo-istituita "Direzione generale per le autostrade e la vigilanza sui contratti di concessione autostradale"³⁸. Il problema, già evidenziato nella precedente sezione di questo contributo, sembra dunque diventare di corretto coordinamento non più tra Direzioni interne al Ministero, ma tra la Direzione generale per le autostrade e l'ANSFISA, quanto alla vigilanza sul rispetto degli standard di sicurezza della rete autostradale.

Va infine dato atto che, con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 36/2023, è venuta meno la previsione generale *ex art. 178* del previgente Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), dedicata concessioni autostradali, per cui "il concedente, almeno due anni prima della data di scadenza della concessione, effettua, in contraddittorio con il concessionario, tutte le verifiche necessarie a valutare lo stato tecnico complessivo dell'infrastruttura ed ordina, se del caso, i necessari ripristini e le occorrenti modificazioni dello stato dei luoghi in conformità degli impegni assunti convenzionalmente". Gli

³⁵ Si veda l'art. 5, comma 5, d.p.c.m. n. 72/2014.

³⁶ Si veda l'art. 5, comma 8, d.p.c.m. n. 72/2014.

³⁷ Così l'art. 4, comma 3, d.p.c.m. n. 190/2020.

³⁸ Si veda l'art. 4, comma 4, d.p.c.m. n. 186/2023.



specifici poteri di controllo del Ministero in materia di autostrade, dunque, tornano ad essere disciplinati solo dalle previsioni speciali concernenti tale materia.

Ad ogni modo, alla luce del quadro normativo descritto e utilizzando le classificazioni formatesi in seno alla dottrina che ha studiato i controlli amministrativi, può dirsi che gli strumenti di verifica, riconosciuti dalla legge al MIT, sulle condotte del concessionario in sede di esecuzione si qualificano principalmente come controlli ispettivi sull'attività, volti a verificare *ex post* la correttezza dell'agire complessivo del gestore della tratta, in un'ottica di pieno soddisfacimento dell'interesse alla corretta erogazione del servizio autostradale. Non mancano, però, ipotesi di controlli sui singoli atti, intesi ad assicurarne la conformità alle norme di legge (si pensi al caso dell'approvazione preventiva dei bandi formulati dal concedente ai fini dell'affidamento di lavori) oppure, in concreto, l'opportunità e l'aderenza all'interesse pubblico (si pensi all'approvazione preventiva richiesta per i progetti di miglioramento e adeguamento della rete autostradale)³⁹.

3.2 I poteri di controllo nelle convenzioni di concessione

D'altra parte, se si guarda alle convenzioni di concessione, è possibile riscontrare una sostanziale ripetizione in sede negoziale dello strumentario riconosciuto al MIT dal legislatore, per quel che concerne i controlli sulle condotte dei gestori della rete autostradale. Infatti, prendendo come modello la vigente Convenzione unica 2007 con Autostrade per l'Italia S.p.A. (c.d. "Convenzione ASPI") – in larga parte replicata nelle convenzioni uniche riguardanti gli altri concessionari⁴⁰ – vi si può trovare una riproposizione dei contenuti dell'art. 2, comma 86, d.l. n. 262/2006 nell'articolo dedicato ai "Poteri del concedente" (art. 7). Tali strumenti di controllo sono poi articolati in ulteriori compiti di vigilanza sul bilancio, sulle partecipazioni e sulla composizione azionaria del concessionario (riguardo ai quali vige un obbligo di informazione in capo al concessionario in favore del Ministero; art. 10) e sulle operazioni implicanti mutamenti soggettivi del concessionario, con le più rilevanti oggetto di comunicazione necessaria in favore del MIT e di un potere di autorizzazione riconosciuto a quest'ultimo (art. 10 bis). Ancora, soggetti a verifica e approvazione preventiva sono le modifiche del sistema tariffario (artt. 18 e 23) e i progetti di adeguamento, variante e manutenzione (ordinaria e

³⁹ Per controlli ispettivi si intendono quelli espressivi del "potere di un'autorità sovraordinata [...] di compiere indagini od accertamenti sull'attività delle amministrazioni controllate" (così A. CROSETTI, *Controlli amministrativi*, cit., 67 ss., ma definizioni analoghe sono riscontrabili anche negli altri Autori, già citati, che hanno proceduto a una classificazione degli strumenti di controllo). Invece, per una sintetica distinzione tra controlli sugli atti e controlli sull'attività, si rimanda a quanto già detto nella precedente nota 16. Ancora, per come l'affermarsi della preminenza dei controlli di gestione, riguardanti attività complessiva del concessionario, rispetto ai controlli preventivi sui singoli atti corrisponda a una tendenza generale nel sistema dei controlli amministrativi, vedasi *ex pluribus* U. ALLEGRETTI, *I controlli sull'amministrazione dal sistema classico all'innovazione: le problematiche generali*, in Id. (a cura di), *I controlli amministrativi*, cit., pp.15 ss. (spec. pp. 36 ss.).

⁴⁰ Le convenzioni – tanto quella di Autostrade per l'Italia S.p.A., quanto le altre – sono consultabili online sul sito del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti: <https://www.mit.gov.it/node/7452>.



straordinaria) che il concedente intende attuare sulla porzione di rete autostradale affidatagli (art. 24). Poteri di vigilanza sull'esecuzione dei lavori (ivi inclusi quelli di manutenzione) a regola d'arte e a norma dei progetti approvati sono ulteriormente ribaditi nell'articolo dedicato alla "Vigilanza del concedente" (art. 28), laddove si afferma che il MIT può chiedere chiarimenti, svolgere visite, assistere ai lavori, eseguire prove, esperimenti, misurazioni, saggi e quanto altro necessario per accertare il buon andamento dei lavori stessi, potendo anche indicare al concessionario gli adempimenti utili a eliminare le eventuali difformità riscontrate. Infine, al controllo sull'attuazione del Piano economico-finanziario (art. 28, comma 3), si aggiungono i poteri del MIT di verifica e di collaudo a compimento dei lavori, espressione di un'ultima valutazione di conformità delle opere alle pattuizioni convenzionali, al progetto e alle regole dell'arte (art. 27)⁴¹.

Le previsioni della Convenzione unica 2007 sono poi state rafforzate, per quel che riguarda i controlli, dal III Atto aggiuntivo del 21 marzo 2022, il cui Allegato N ha introdotto un programma annuale di monitoraggio, da definirsi congiuntamente al concessionario e destinato a sommarsi all'attività ordinaria di vigilanza da parte del concedente, volto a garantire il rispetto degli standard qualitativi e di sicurezza del servizio autostradale offerto dal gestore della tratta⁴².

In sintesi, sia in base alle previsioni di legge, sia in base alle convenzioni, al MIT spetta lo svolgimento di verifiche economico-finanziarie, verifiche sui contratti pubblici, verifiche sulle operazioni societarie, verifiche sulla qualità dei servizi e verifiche sull'esecuzione dei lavori⁴³. Quella che sembra una ridondanza, potrebbe acquistare un

⁴¹ In tema di collaudo e per una suo inquadramento quale momento caratterizzante la fase esecutiva dei contratti pubblici, che si esplica in un insieme coordinato di verifiche tecniche finalizzate all'espressione di una complessiva valutazione sulla collaudabilità dell'opera (intesa come conformità della stessa alle pattuizioni contrattuali, al progetto e alle regole dell'arte), tesa a esprimere una valutazione della parte pubblica circa il corretto adempimento degli obblighi concordati, vedasi S. Mirate, *Art. 116 – Collaudo e verifica di conformità*, cit., 587 ss.; A. BENEDETTI, *L'esecuzione del contratto*, cit., pp. 248-249; A. MARCOVECCHIO, *Art. 116 – Collaudo e verifica di conformità*, cit., 939 ss.; sul Codice precedente, G.M. ESPOSITO e A. NICODEMO, *Art. 102 – Collaudo e verifica di conformità*, cit., pp. 1387 ss.; D. BOLOGNINO, *L'esecuzione e le vicende del contratto (artt. 100-104, 106-113)*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2019, pp. 774 ss. (spec. pp. 819 ss.); G. TROTTA e E. ROBALDO, *Collaudo*, cit., pp. 442 ss.; A. SCAFURI, *L'esecuzione dei contratti pubblici*, in M. CORRADINO e S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *I nuovi appalti pubblici. Commento al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e successive modifiche*, Milano, 2021, pp. 695 ss.

⁴² Ai sensi del Capitolo 8 dell'Allegato N all'Atto aggiuntivo del 2022, infatti, gli elementi da sottoporre a valutazione sono: l'illuminazione dell'autostrada e delle sue pertinenze; lo stato della segnaletica orizzontale e verticale; lo stato di efficienza delle barriere di sicurezza; lo stato di manutenzione del verde; lo stato di integrità della rete di recinzione autostradale; lo stato della pavimentazione stradale; i blocchi della circolazione dovuti ad eventi metereologici; tutti i parametri tecnici fissati da norme cogenti, nei termini dalle stesse imposti (spec. p. 19 dell'Allegato).

⁴³ Questa classificazione è confermata da Corte dei conti, *Le concessioni autostradali*, deliberazione 18 dicembre 2019, n. 18/2019/G (spec. pp. 110 ss.). Vedasi poi la Relazione attività della (allora) Direzione generale per la vigilanza sulle concessioni autostradali del MIT, da pubblicarsi con cadenza annuale (seppur l'ultimo documento disponibile risale al 2019; online: www.mit.gov.it/nfsmitgov/files/media/pubblicazioni/2021-09/Relazione%20attività%202019.pdf). Il terzo capitolo della Relazione inquadra, infatti, la concreta attività di controllo svolta dal Ministero, che si



significato in relazione alle poche convenzioni – due su venticinque, ossia quelle riguardanti la Società Italiana per il Traforo del Gran San Bernardo e la Società Italiana per il Traforo del Monte Bianco, ancora in vigore nel loro testo originario degli anni '50 e '60 – in cui non sono espressamente previsti poteri di controllo per il concedente. In questi casi, dunque, il conferimento *ex lege* di poteri pubblicistici colmerebbe le mancanze dell'atto negoziale, consentendo senza dubbio al Ministero di vigilare sulla conformità al pubblico interesse delle condotte dei gestori delle due tratte autostradali.

3.3 I controlli nella giurisprudenza

Passando dai testi di legge e delle convenzioni alla pratica applicazione degli strumenti in analisi, ulteriori elementi caratterizzanti i controlli si possono desumere dalle (poche) pronunce degli organi giurisdizionali chiamati a confrontarsi con essi. Le decisioni più interessanti hanno riguardato i controlli sull'affidamento di appalti di servizi, lavori o forniture da parte del concessionario⁴⁴, chiamato a conformarsi alla disciplina del Codice dei contratti pubblici ai sensi dell'art. 177 d.lgs. n. 50/2016⁴⁵ o del previgente art. 253, comma 25, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Da tali pronunce si desume che l'esercizio di poteri ispettivi possa tradursi nell'adozione di atti di mero accertamento, interlocutori, privi di effetti immediatamente lesivi per il concedente, ma volti piuttosto a stimolarne la spontanea risoluzione delle difformità emerse in sede ispettiva. Dunque, oltre a trattarsi di atti (c.d. "note") non direttamente impugnabili, stante la carenza di interesse a ricorrere, essi risultano pienamente espressivi della natura collaborativa (e non sostitutiva) dell'attività di controllo, volta a preservare, fin dove è possibile, l'autonomia del soggetto controllato, spingendolo a correggere e rimodulare la propria condotta qualora effettivamente incompatibile con i parametri normativi (o convenzionali) e, quindi, in contrasto con il pubblico interesse⁴⁶.

In altre ipotesi, però, l'atto adottato all'esito dei controlli si rivela capace di avere immediati effetti limitativi della sfera giuridica del concessionario, per esempio qualora ne venga inibita la facoltà di procedere a nuove esternalizzazioni in deroga alla disciplina sui contratti pubblici, essendo stato riscontrato il superamento delle soglie percentuali

articola in: verifiche sull'efficienza degli interventi manutentivi riguardanti i tratti autostradali dati in concessione (concernenti profili come lo stato della pavimentazione, della segnaletica, delle barriere di sicurezza, ecc.); verifiche sul rispetto della normativa in materia di affidamenti da parte delle società concessionarie autostradali; verifiche sulla qualità dei servizi erogati dalle concessionarie; controlli economico-finanziari su tali società e controlli sulle loro operazioni societarie; accertamenti sul rispetto degli specifici obblighi convenzionali.

⁴⁴ Si vedano Cons. Stato, sez. I, 8 giugno 2020, n. 1070; 6 aprile 2021, n. 613 e Cons. Stato, sez. V, 3 agosto 2022 nn. 6813 e 6814.

⁴⁵ Si noti che questa previsione, ancor prima di venire abrogata dall'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici 2023, era stata dichiarata incostituzionale mediante la decisione Corte Cost. 23 novembre 2021, n. 218.

⁴⁶ Cons. Stato, sez. I, nn. 1070/2020 e 613/2021. Sulla natura collaborativa dei controlli amministrativi, diretti in prima battuta all'autocorrezione piuttosto che alla sostituzione del controllato, vedasi S. ROSSA, *Controlli amministrativi*, cit.



previste dalla legge. La legittimità di tale “misura” sarà dunque immediatamente sindacabile innanzi al giudice amministrativo, distinguendosi dagli atti di controllo meramente informativi-collaborativi che, invece, rimarranno contestabili solo nel momento in cui verranno posti alla base di un successivo provvedimento effettivamente lesivo⁴⁷.

Ad ogni modo, ciò che trova conferma in queste pronunce è la distinzione tra esercizio di poteri di controllo e di poteri sanzionatori, con i primi che possono costituire l'antecedente logico-fattuale dei secondi i quali, però, si sostanzieranno in provvedimenti distinti, frutto di un separato procedimento, nel quale le risultanze dell'attività ispettiva potranno confluire in sede istruttoria e in questo senso incidere sul suo esito finale⁴⁸.

Volendo chiudere con una breve riflessione sulle criticità del sistema, anche per quel che riguarda i controlli del concedente è possibile notare un “sovrappollamento” analogo a quello già riscontrato nella precedente sezione in relazione alla pluralità di soggetti cui sono riconosciuti poteri di controllo (e sanzionatori). In questa sede, oltre a ripresentarsi il problema della delimitazione delle competenze delle varie autorità coinvolte (lo si è in particolare evidenziato per quel che concerne i controlli di sicurezza, ripartiti tra Ministero e ANSFISA), è apparsa evidente la moltiplicazione delle disposizioni (normative e convenzionali) conferenti plurimi poteri di verifica sull'operato del gestore autostradale.

Questa ricchezza di previsioni in materia di controlli e vigilanza, d'altra parte, non è garanzia di un pieno e corretto esercizio degli strumenti ivi riconosciuti, come dimostrato – su tutto – dalle vicende tragiche del ponte Morandi a Genova. Infatti, a fare da contraltare al citato “sovrappollamento” c'è un apparato amministrativo sottorganico e a cui sono conferite limitate risorse economiche; circostanze tali da avere cagionato non solo una riduzione quantitativa dei controlli, ma anche un loro impoverimento qualitativo, stante l'impossibilità per il Ministero di mantenere nella Direzione generale per le

⁴⁷ In questo senso, chiare sono le parole dei giudici amministrativi in Cons. Stato nn. 6813 e 6814/2022 laddove, in riferimento a note con contenuti meramente accertativi (e non inibitori), hanno ribadito che: “[n]on si tratta cioè di atti di diniego, ma di strumenti informativi-collaborativi; ciò comporta che, una volta acquisita l'indicazione ministeriale, il concessionario poteva liberamente scegliere se proseguire nell'affidamento infragruppo, rischiando di rendere definitivo lo sforamento e, dunque, incorrere nella sanzione [...] oppure conformare la sua condotta alle indicazioni del Ministero. Da tutto quanto detto ne deriva che la legittimità di tali note (e, più ingenerale, la condotta del Ministero come soggetto vigilante al rispetto degli obblighi a carico del concessionario) dovrà essere vagliata unitamente alla condotta del concessionario in specifico giudizio che abbia ad oggetto il provvedimento di irrogazione della sanzione per avvenuto sforamento delle soglie degli affidamenti ai terzi”.

⁴⁸ In termini di distinzione tra controlli e sanzioni, vedasi G. BERTI e L. TUMIATI, *Controlli amministrativi*, cit., pp. 301-302; posizione confermata anche nelle successive pagine, dove gli Autori qualificano i controlli ispettivi come “indispensabile presupposto di fatto” dei rimedi repressivi, da cui quindi rimangono distinti (p. 305), oppure confermano la non impugnabilità degli atti di controllo, se non congiuntamente al successivo provvedimento sanzionatorio, fatte salve le ipotesi in cui siano capaci di incidere direttamente sulle situazioni soggettive individuali, come nelle ipotesi in cui comportino anche un diniego di approvazione di un atto (p. 318). Evidente, dunque, è la corrispondenza a quanto affermato anche dai giudici amministrativi nelle decisioni Cons. Stato nn. 6813 e 6814/2022, per come riportate alla precedente nota.



autostrade professionalità e competenze indispensabili per garantire l'esercizio efficace di tale funzione⁴⁹.

4. Il potere sanzionatorio del concedente e le violazioni rilevanti

Nel corso dei paragrafi precedenti sono stati richiamati i poteri di controllo esercitati sui concessionari autostradali dalle diverse autorità competenti e, più nel dettaglio, è stato esaminato il potere di vigilanza spettante al MIT, in qualità di concedente. Nell'ambito dei poteri attribuiti alle varie autorità preposte e, in particolare, al MIT, occorre, ora, soffermarsi su quelli di natura sanzionatoria che sembrano altresì contribuire, strumentalmente, al perseguimento dei molteplici interessi pubblici rilevanti in relazione alla gestione delle tratte autostradali: di immediata evidenza, la continuità, accessibilità e qualità del servizio, la sicurezza stradale, la trasparenza e concorrenza del mercato.

In primis, infatti, il concessionario è assoggettato al monitoraggio specifico per quel determinato rapporto concessorio, strettamente collegato alla sua funzionalità, nell'ambito del quale rilevano innanzitutto i poteri sanzionatori di competenza del MIT (su cui, per ragioni di economia del presente contributo, si intende concentrare l'analisi in via esclusiva), ma anche quelli dell'ANSFISA, sebbene il suo controllo sia di carattere più generale, in quanto finalizzato a garantire la sicurezza e non la corretta esecuzione di quanto convenuto, tanto da essere affidato a un soggetto terzo, dotato di una peculiare capacità tecnico-operativa. Le fattispecie sanzionabili da ANSFISA, infatti, riguardano le ipotesi di inottemperanza alle prescrizioni sugli interventi di manutenzione realizzati dai gestori o a quelle rese all'esito delle ispezioni di sicurezza, così come disciplinate dal d.l. n. 109/2018, nonché alle misure cautelative, limitative o interdittive della circolazione dei veicoli adottate dalla stessa Agenzia in caso di pericolo di un pregiudizio alla sicurezza dell'infrastruttura o della circolazione autostradale⁵⁰.

⁴⁹ Sulle carenze organiche della Direzione generale per le strade e le autostrade, così come sui relativi impatti negativi in termini di quantità e qualità dei controlli, vedasi la già citata Corte dei conti, deliberazione n. 18/2019/G, dove si parla di una Direzione generale con soli 110 dipendenti in servizio (di cui alcuni a tempo determinato), su un organico di 250 unità, e si riportano i numeri delle ispezioni sui cantieri, in calo rispetto agli anni precedenti.

⁵⁰ Il potere sanzionatorio di ANSFISA trova la sua fonte nell'art. 12, comma 5, d.l. n. 109/2018, convertito con modificazioni dalla legge n. 130/2018, ai sensi del quale "ferme restando le sanzioni già previste dalla legge, da atti amministrativi e da clausole convenzionali, l'inosservanza da parte dei gestori delle prescrizioni adottate dall'Agenzia, nell'esercizio delle attività di cui al comma 4, lettere a) e g), è punita con le sanzioni amministrative pecuniarie, anche progressive, accertate e irrogate dall'Agenzia secondo le disposizioni di cui al Capo I, Sezioni I e II, della legge 24 novembre 1981, n. 689. Per gli enti territoriali la misura della sanzione è compresa tra euro 5.000 e euro 200.000 ed è determinata anche in funzione del numero di abitanti. Nei confronti dei soggetti aventi natura imprenditoriale l'Agenzia dispone l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato realizzato nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla contestazione della violazione. In caso di reiterazione delle violazioni, l'Agenzia può applicare un'ulteriore sanzione di importo fino al doppio della sanzione già applicata entro gli stessi limiti previsti per la prima. Qualora il comportamento sanzionabile possa arrecare pregiudizio alla sicurezza dell'infrastruttura o della circolazione stradale o autostradale, l'Agenzia può imporre al gestore l'adozione di misure cautelative, limitative o interdittive, della circolazione dei veicoli



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

In secundis, il concessionario deve sottostare ai controlli – e di conseguenza, eventualmente, alle sanzioni – che derivano dalla sua qualità di operatore economico all'interno di uno specifico mercato: si pensi, ad esempio, al controllo dell'AGCM⁵¹, per le eventuali pratiche scorrette poste in essere⁵², ai poteri dell'ART⁵³ e, non da ultimo, a quelli di ANAC.

sino alla cessazione delle condizioni che hanno comportato l'applicazione della misura stessa e, in caso di inottemperanza, può irrogare una sanzione, rispettivamente per gli enti territoriali e i soggetti aventi natura imprenditoriale, non superiore a euro 100.000 ovvero al tre per cento del fatturato sopra indicato". In proposito, si vedano le "Linee guida per l'attività sanzionatoria di ANSFISA nei confronti dei gestori delle infrastrutture stradali e autostradali" adottate dall'Agenzia il 23 dicembre 2022. Cfr. anche S. CIMINI, *Il regime giuridico delle concessioni autostradali*, in *Nuove Autonomie*, 2018, 237 ss.

⁵¹ Come già detto, anche su segnalazione del MIT: ai sensi dell'art. 2, comma 86, lett. e), il Ministero "segnala all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, con riferimento agli atti e ai comportamenti delle imprese sottoposte al proprio controllo, nonché di quelle che partecipano agli affidamenti di lavori, forniture e servizi effettuate da queste, la sussistenza di ipotesi di violazione della legge 10 ottobre 1990, n. 287". In questo senso anche l'art. 7, comma 1, lett. e), della Convenzione ASPI presa a modello.

⁵² Si veda ad esempio il provvedimento n. 28604 del 16 marzo 2021 con cui AGCM ha irrogato nei confronti di Autostrade per l'Italia S.p.A. una sanzione di 5.000.000 di Euro, per comportamenti consistenti in: "a) con riferimento alla A/14 Bologna-Taranto, alla A/16 Napoli-Canosa e alle Autostrade liguri [A/26 Genova Voltri-Gravellona Toce e, per le parti di sua competenza, A/7 Milano-Serravalle-Genova, A/10 Genova-Savona-Ventimiglia e A/12 Genova-Rosignano] (di seguito tutte, congiuntamente, «le Autostrade»), nella riduzione delle corsie di marcia o in specifiche limitazioni -per lunghi tratti- della velocità massima consentita (normalmente pari a 130 km/h), che hanno creato rilevanti disagi ai consumatori e aumentato in maniera consistente i tempi di percorrenza, in assenza di adeguamento del corrispettivo richiesto quale pedaggio autostradale; b) con riferimento a tutte le tratte della rete autostradale gestite da ASPI, nelle modalità informative adottate dal professionista, in particolare sulla A/14 Bologna-Taranto, relative alle procedure di rimborso, con specifico riguardo ai casi di peggioramento del servizio in conseguenza di riduzioni delle corsie di marcia o di specifiche limitazioni alla viabilità (quali, ad es., riduzione della carreggiata, della velocità massima, interdizione di veicoli pesanti, chiusura di alcune uscite), che sono risultate omissive, inadeguate o, comunque, intempestive". Cfr. anche Tar Lazio, Roma, sez. I, 22 marzo 2018, n. 3186.

⁵³ Ai sensi dell'art. 37, comma 2, lett. l), d.l. n. 201/2011, convertito dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, l'ART "in caso di inosservanza di propri provvedimenti o di mancata ottemperanza da parte dei soggetti esercenti il servizio alle richieste di informazioni o a quelle connesse all'effettuazione dei controlli, ovvero nel caso in cui le informazioni e i documenti non siano veritieri, può irrogare sanzioni amministrative pecuniarie determinate in fase di prima applicazione secondo le modalità e nei limiti di cui all'articolo 2 della legge 14 novembre 1995, n. 481". In particolare, l'ART "i) ferme restando le sanzioni previste dalla legge, da atti amministrativi e da clausole convenzionali, irroga una sanzione amministrativa pecuniaria fino al 10 per cento del fatturato dell'impresa interessata nei casi di inosservanza dei criteri per la formazione e l'aggiornamento di tariffe, canoni, pedaggi, diritti e prezzi sottoposti a controllo amministrativo, comunque denominati, di inosservanza dei criteri per la separazione contabile e per la disaggregazione dei costi e dei ricavi pertinenti alle attività di servizio pubblico e di violazione della disciplina relativa all'accesso alle reti e alle infrastrutture o delle condizioni imposte dalla stessa Autorità, nonché di inottemperanza agli ordini e alle misure disposti; l) applica una sanzione amministrativa pecuniaria fino all'1 per cento del fatturato dell'impresa interessata qualora: 1) i destinatari di una richiesta della stessa Autorità forniscano informazioni inesatte, fuorvianti o incomplete, ovvero non forniscano le informazioni nel termine stabilito; 2) i destinatari di un'ispezione rifiutino di fornire ovvero presentino in modo incompleto i documenti aziendali, nonché rifiutino di fornire o forniscano in modo inesatto, fuorviante o incompleto i chiarimenti richiesti; m) nel caso di inottemperanza agli impegni di cui alla lettera f) applica una sanzione fino al 10 per cento del fatturato dell'impresa interessata".



Limitandoci, come anticipato, all'esame del potere sanzionatorio del MIT, di competenza, in particolare, della Direzione generale per le strade e le autostrade, rinominata da ultimo con il d.p.c.m. n. 190/2020, esso trova il suo fondamento innanzitutto nell'art. 2, comma 86, lett. d), d.l. n. 262/2006, convertito con modificazioni dalla legge n. 24 novembre 2006, n. 286, ai sensi del quale il Ministero "irroga, salvo che il fatto costituisca reato, in caso di inosservanza degli obblighi di cui alle convenzioni di concessione e di cui all'articolo 11, comma 5, della legge 23 dicembre 1992, n. 498, come sostituito dal comma 85 del presente articolo, nonché dei propri provvedimenti o in caso di mancata ottemperanza da parte dei concessionari alle richieste di informazioni o a quelle connesse all'effettuazione dei controlli, ovvero nel caso in cui le informazioni e i documenti acquisiti non siano veritieri, sanzioni amministrative pecuniarie non inferiori nel minimo a euro 25.000 e non superiori nel massimo a euro 150 milioni, per le quali non è ammesso quanto previsto dall'articolo 16 della legge 24 novembre 1981, n. 689; in caso di reiterazione delle violazioni ha la facoltà di proporre al Ministro competente la sospensione o la decadenza della concessione".

La disposizione si riferisce esplicitamente: *i)* al mancato rispetto della Convenzione di concessione; *ii)* alla violazione degli obblighi di cui all'art. 11, comma 5, legge n. 498/1992, concernenti la tenuta del bilancio, il mantenimento dei requisiti di solidità patrimoniale, l'affidamento dei lavori a terzi e l'approvazione degli schemi dei bandi di gara delle procedure di aggiudicazione, nonché la gestione dei conflitti di interesse; *iii)* al mancato rispetto dei provvedimenti dello stesso ministero; *iv)* al mancato riscontro delle richieste di informazioni o comunque di quelle pervenute in sede di controllo; *v)* alla non veridicità delle informazioni e dei documenti prodotti. Risulta, dunque, evidente che, al fine di individuare tutte le violazioni idonee a comportare l'irrogazione di una sanzione, occorre altresì esaminare il testo della convenzione, fermo restando l'ulteriore rinvio agli eventuali provvedimenti emanati dalla stessa autorità concedente.

Limitandoci al richiamo alla convenzione di concessione e prendendo a modello quella stipulata il 12 ottobre 2007 tra ANAS S.p.A., cui è subentrato il MIT, e Società Autostrade per l'Italia S.p.A., avente valore ricognitivo della convenzione del 18 settembre 1968 n. 9297 tra ANAS – Ente Nazionale per le Strade e Società Autostrade Concessioni e Costruzioni S.p.A., per la concessione, la costruzione e l'esercizio della rete autostradale di cui alle leggi nn. 729/1961 e 385/1968 ("Convenzione ASPI"), il potere sanzionatorio del MIT è confermato dall'art. 7, mentre i dettagli sulle modalità di esercizio dello stesso sono contenuti nell'Allegato N, così come aggiornato nel 2022 con il III Atto aggiuntivo. Tanto il richiamato art. 7, al comma 1, lett. d) (nonché l'art. 29 della Convenzione), tanto il punto 1.1 dell'Allegato N, ribadiscono che il potere sanzionatorio del MIT concerne le violazioni sia degli obblighi di legge sia di quelli scaturenti direttamente dal rapporto concessorio ovvero da provvedimenti del concedente, a condizione, però, che siano



immediatamente precettivi⁵⁴. A differenza del sistema previgente alla riforma del settore autostradale del 2006, in cui le misure sanzionatorie regolate convenzionalmente si limitavano alla sola ipotesi di decadenza, di carattere straordinario, il sistema sanzionatorio attuale risulta, dunque, abbastanza articolato.

L'Allegato N della Convenzione ASPI prevede, infatti, molteplici fattispecie che spaziano da quelle più strettamente collegate alla gestione a quelle concernenti oneri contabili, con sanzioni fissate tra i 25.000 e i 5.000.000 di Euro⁵⁵. Quanto alle disposizioni di legge, merita un cenno per la sua significatività, anche alla luce dell'ampio contenzioso che ne è scaturito, la violazione dell'art. 11, comma 5, legge n. 498/1992 (richiamato anche dalla Convenzione ASPI agli artt. 3 e 33) sul necessario rispetto dei limiti stabiliti dalla disciplina in materia per gli affidamenti interni di lavori⁵⁶.

La fattispecie, a seguito di un'evoluzione normativa su cui è intervenuta pure la Corte costituzionale⁵⁷, è oggi regolata dall'art. 186 del d.lgs. n. 36/2023, che valorizza la concertazione tra concedente e concessionario nella determinazione della quota di prestazioni da affidare a terzi⁵⁸ e contiene specifiche disposizioni concernenti le

⁵⁴ Tar Lazio, Roma, sez. I, 13 luglio 2020, n. 7957, in cui si chiarisce che “[n]on essendo affatto chiaro, per le ragioni sopra dette, che gli obiettivi indicati nella Circolare del 30 settembre 2009 dovessero considerarsi comandi immediatamente precettivi, dalla cui violazione potesse conseguire l’irrogazione di una sanzione amministrativa, ritiene il Collegio che la Circolare non potesse fondare l’esercizio del potere sanzionatorio in concreto esercitato da ANAS: si sottolinea, al proposito, che ANAS deve esercitare il predetto potere nel rispetto dei principi generali enunciati nella L. n. 689/81 (espressamente richiamata dall’art. 2, comma 86, del d.l. n. 262/2006), e dunque anche nel rispetto del principio di legalità, il quale richiede che il precetto sia sufficientemente individuato”.

⁵⁵ Tra le più significative (sulla base dell’entità della sanzione) si segnalano, a mero titolo esemplificativo, i) le perdite di funzionalità dell’infrastruttura che comportino l’impercorribilità di tratti autostradali senza possibilità di scambio, nonché la chiusura di interconnessioni e di svincoli ad alto traffico e con svincoli più prossimi distanti più di 15 km (Euro 5.000.000), ii) la mancata certificazione del bilancio a mezzo di una società di revisione (Euro 1.000.000), iii) la mancata richiesta di preventiva autorizzazione del concedente per operazioni comportanti modificazioni soggettive e oggettive del concessionario (Euro 5.000.000) e iv) la mancata redazione della Carta dei servizi con indicazione degli standard di qualità dei singoli servizi (Euro 1.000.000).

⁵⁶ Cfr. Tar Lazio, Roma, sez. I, 5 novembre 2020, n. 11489. Sulla disciplina delle esternalizzazioni, M. MACCHIA, *Le concessioni autostradali: criticità e prospettive alla luce del quadro di regolazione europea*, cit., pp. 49 ss.

⁵⁷ Corte cost. n. 218/2021 ha dichiarato, infatti, costituzionalmente illegittimo l’art. 177 dell’ormai abrogato d.lgs. n. 50/2016, ai sensi del quale i concessionari “sono obbligati ad affidare, una quota pari all’ottanta per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo pari o superiore a 150.000 euro e relativi alle concessioni mediante procedura ad evidenza pubblica”, ritenendo che l’obbligo di esternalizzare una percentuale così alta sottraesse completamente al concessionario l’espletamento diretto della gestione, riducendolo a mero coordinatore di attività altrui. La giurisprudenza amministrativa, tuttavia, ha escluso che la dichiarazione di incostituzionalità si estenda alla disciplina previgente, meno restrittiva, contenuta nell’art. 253, comma 25, d.lgs. n. 163/2006, ove applicabile *ratione temporis*, di guisa che l’eventuale affidamento senza gara oltre le soglie ivi stabilite integrerebbe una fattispecie sanzionabile: così Cons. Stato, sez. V, 3 agosto 2022, n. 6813. Sulla manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell’art. 253, comma 25, d.lgs. 163/2006, Tar Lazio, Roma, sez. IV, 23 gennaio 2024, n. 1242.

⁵⁸ Nel parere del Cons. Stato, sez. I, 26 febbraio 2024, n. 225 (n. affare 805/2023), a proposito della definizione convenzionale della concreta percentuale del contratto da esternalizzare, si legge che “il quadro



concessioni autostradali. L'art. 186, infatti, innanzitutto chiarisce, al comma 2, che i titolari di concessioni già in essere alla data di entrata in vigore del Codice, di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza europea, non conformi 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 del contratto, stabilita, convenzionalmente, dal concedente e dal concessionario⁵⁹, tenendo 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 effettuati⁶⁰, salvo il caso di comprovata indivisibilità delle prestazioni di servizi dedotte in concessione⁶¹.

Per quel che concerne, poi, specificatamente le concessioni autostradali, il comma 6 precisa che la quota da assegnare a terzi è calcolata sulla base degli importi risultanti dai piani economici finanziari annessi agli atti convenzionali e la verifica del rispetto delle soglie stabilite dal comma 2 è affidata al concedente, che la esegue con cadenza quinquennale⁶². Ove siano accertate situazioni di squilibrio rispetto alle quote obbligatorie di affidamento, in sede di aggiornamento del rapporto concessorio sono adottate misure di riequilibrio a valere sui relativi piani economici finanziari⁶³.

Nonostante la maggiore completezza della nuova disciplina, permangono alcuni dubbi interpretativi con riguardo al momento dell'applicazione della sanzione per l'eventuale violazione dell'obbligo di esternalizzazione. Se è vero, infatti, che l'art. 186 chiarisce che la verifica delle soglie di affidamento a terzi debba essere eseguita con cadenza quinquennale, è altrettanto vero che la possibilità di riequilibrare il rapporto concessorio,

in tal modo delineato mira, in definitiva, a garantire un ragionevole bilanciamento tra i contrapposti interessi, consentendo alle parti, in sede pattizia, di modulare la corretta misura percentuale in funzione delle specifiche caratteristiche del concessionario".

⁵⁹ Ai sensi del comma 4, le concessioni già in essere sono adeguate alle previsioni di cui ai commi 2 e 3 entro il termine di sei mesi dall'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici.

⁶⁰ Ai sensi del comma 5, le modalità di calcolo della quota sono definite dall'ANAC che, in attuazione della previsione, ha adottato la delibera n. 265 del 20 giugno 2023, recante "Indicazioni sulle modalità di calcolo delle quote di esternalizzazione dei contratti di lavori, servizi e forniture da parte dei titolari di concessioni di lavori e di servizi pubblici non affidate conformemente al diritto dell'Unione europea". Per quanto qui maggiormente interessa, ai sensi del par. 8.1, per le concessioni autostradali le Parti definiscono la quota di esternalizzazione tenendo conto dei criteri indicati nei par. da 3.1 a 3.7 della delibera, a integrazione di quanto previsto dall'art. 186, co. 6, del Codice dei contratti pubblici.

⁶¹ Nel qual caso, ai sensi del comma 3, il concessionario corrisponde all'ente concedente un importo compreso tra il minimo del 5 per cento ed il massimo del 10 per cento degli utili previsti dal piano economico-finanziario, tenendo conto dell'epoca di assegnazione della concessione, della sua durata e del suo oggetto, del suo valore economico e dell'entità degli investimenti.

⁶² A tal fine, si impone un adempimento strumentale alla verifica: ai sensi del comma 6, i concessionari sono tenuti a presentare al concedente il piano complessivo dei lavori, servizi e forniture (ancora Cons. Stato, parere n. 225/2024).

⁶³ Il comma 6 si conclude chiarendo che "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".



in sede di aggiornamento, parrebbe compatibile con l'interpretazione giurisprudenziale secondo la quale, a fini sanzionatori, per accertare il rispetto della regola di restituire al mercato una parte dell'utilità derivante dalla gestione dell'infrastruttura pubblica, dovrebbe farsi riferimento all'intera durata della concessione. Di conseguenza, l'eventuale sanzione per la violazione dell'obbligo di esternalizzazione potrebbe essere irrogata solo al termine del rapporto concessorio⁶⁴.

Leggi e convenzioni di concessione, d'altronde, costituiscono, la fonte e, al contempo, il limite del potere sanzionatorio del MIT, trovando piena applicazione anche al regime sanzionatorio in materia di concessioni autostradali il principio di tipicità⁶⁵. Ciò, tuttavia, secondo parte della giurisprudenza, non significherebbe che la convenzione debba descrivere puntualmente tutti i possibili eventi idonei a configurare la fattispecie cui è collegata la sanzione, poiché "la fonte della responsabilità, ai fini dell'irrogazione della sanzione, si fonda sul dovere ordinario di diligenza professionale *ex art. 1176 c.c.* che sottende al rapporto concessorio", sicché sarebbe punibile altresì la condotta non contemplata in maniera esplicita e dettagliata ove dalla violazione del dovere ordinario di diligenza derivasse la violazione di un obbligo convenzionale, come, ad esempio, quello di mantenere e riparare tempestivamente l'infrastruttura per garantire il corretto funzionamento della rete autostradale⁶⁶.

4.1 Il sistema delle penali

Prima di proseguire l'analisi del potere sanzionatorio con un cenno ai presupposti per l'irrogazione della sanzione e al relativo procedimento, occorre segnare una linea di demarcazione rispetto alle penali contrattuali, pure previste dalle convenzioni. Sebbene, infatti, in questa sede ci si voglia soffermare in via esclusiva sulle sanzioni amministrative

⁶⁴ Ancora Cons. Stato, n. 6813/2022: sebbene con circolare dell'11 maggio 2012, n. 67217, ANAS abbia fornito alcune indicazioni operative, precisando che il calcolo delle quote avrebbe dovuto essere fatto tenendo conto dell'importo netto dei lavori eseguiti nel "periodo di riferimento", decorrente dal primo anno del Piano Economico Finanziario (PEF) – ovvero dal 2008 se precedente – alla scadenza della convenzione e chiarendo che il periodo di durata della concessione è suddiviso in intervalli quinquennali così da potere, al termine di ciascun quinquennio, rilevare eventuali situazioni di squilibrio e provvedere all'adozione di misure necessarie ad un riequilibrio delle quote nel quinquennio successivo, il periodo indicato è un dato temporale utile ai soli fini del monitoraggio, "non è, invece, l'arco temporale ultimo per definire lo stock di lavori sul quale calcolare l'avvenuto rispetto delle soglie percentuali". Pertanto, fermo il potere di monitoraggio esercitabile in corso di durata della concessione, compete al Ministero "al termine della concessione, accertare l'effettivo rispetto delle soglie e, in mancanza, irrogare la sanzione prevista dalla legge per la violazione degli obblighi del concessionario". Cfr. pure Cons. Stato, sez. V, 16 febbraio 2023, n. 1654; Tar Lazio, Roma, sez. IV, 11 marzo 2024, n. 4876 e ancora n. 1242/2024.

⁶⁵ Tar Lazio, Roma, sez. I, 7 aprile 2021, n. 4111.

⁶⁶ Cons. Stato, sez. V, 26 agosto 2022, n. 7494: nel caso di specie, il concessionario non si era attivato adeguatamente nella sostituzione dei mezzi impiegati in cantiere, così palesando difficoltà organizzative che avevano impedito il celere espletamento dell'attività di manutenzione programmata ed il ripristino della efficiente percorribilità della tratta autostradale interessata. E sebbene questa specifica ipotesi non fosse prevista né dalla legge né dalla convenzione, il giudice ha ritenuto di confermare la legittimità della sanzione per la violazione del dovere ordinario di diligenza professionale che *ex art. 1176 c.c.* che governerebbe il rapporto concessorio.



applicabili al concessionario, non può trascurarsi che la concessione ben può prevedere ulteriori conseguenze per la violazione di obblighi contrattuali.

Sempre prendendo a modello la Convenzione ASPI e il relativo Allegato N, si evince che le penali riguardano la violazione di obbligazioni relative alla progettazione, all'esecuzione dei lavori, alla gestione e alle incongruenze riscontrate in attuazione del programma annuale di monitoraggio. Più nello specifico, ai sensi dell'art. 30 della Convenzione ASPI, con riguardo alla progettazione, la penalità generale per ogni mese di ritardo rispetto a quanto previsto dal cronoprogramma ammonta a Euro 25.000, mentre, ai sensi del successivo art. 30 bis, introdotto con il III Atto aggiuntivo del 2022, per i ritardi relativi al Piano straordinario di manutenzione è prevista l'applicazione di una penale pari al 3% della differenza tra il valore consuntivo progressivo al 31 dicembre di ciascun anno del periodo regolatorio rispetto al valore progressivo previsto al 31 dicembre dello stesso anno riportato nel relativo cronoprogramma. A quelle richiamate si aggiungono le penali individuate dall'Allegato N per la violazione di obblighi concernenti la gestione con un ammontare variabile tra 10.000 e un milione di Euro⁶⁷.

Con il III Atto aggiuntivo del 2022, è stato previsto, peraltro, che l'applicazione di penali per un ammontare superiore al 2% del fatturato annuo, per due annualità consecutive, costituisce grave inadempimento, rilevante ai fini della risoluzione del rapporto concessorio (v. *infra*).

A ciò si aggiunge che dalla medesima violazione potrebbe derivare altresì l'applicazione di una sanzione amministrativa: ai sensi del punto 1.5 dell'Allegato N, infatti, in caso di "doppia previsione" le penali non sono considerate alternative alle sanzioni. Tuttavia, a differenza di quanto avviene per le sanzioni, su cui si tornerà nel prossimo paragrafo, ai fini dell'applicazione delle penali è sufficiente il verificarsi della fattispecie prevista. Il concessionario è oggettivamente "responsabile", senza la possibilità di sottrarsi alla penale per mancanza di colpa, ferma restando la necessità che l'evento sia riconducibile a un inadempimento del concessionario⁶⁸.

⁶⁷ A mero titolo di esempio, rilevano *i*) la mancata attivazione (e mantenimento) di un servizio di soccorso stradale (Euro 1.000.000), *ii*) il mancato rispetto dell'obbligo di invio preventivo delle indicazioni di inizio e termine delle deviazioni adottate in occasione di particolari ed onerosi lavori da eseguirsi lungo la tratta di competenza che comportino significativi impatti sul traffico di durata non inferiore a cinque giorni (Euro 100.000 per ogni mancato invio) e *iii*) la mancata tenuta della registrazione di eventi di significativa turbativa al traffico registratisi sulla rete autostradale per un periodo di dodici mesi (Euro 500.000).

⁶⁸ Tar Lazio, Roma, sez. I, 10 febbraio 2020, n. 1735: "La clausola penale in questione va interpretata nel senso che l'evento che essa mira a prevenire è il blocco di automobili in autostrada in dipendenza di precipitazioni nevose [...]. La ricorrente ha invocato una interpretazione della clausola penale nel senso che essa risulti applicabile solo ove il blocco degli utenti in autostrada sia ascrivibile al concessionario: tale interpretazione è corretta e ragionevole, ma nel caso in di specie [...] il blocco degli automobilisti sulla carreggiata è addebitabile anche alla concessionaria, per non aver implementato un sistema di previsione/sorveglianza/monitoraggio del «rischio slavine», per non aver conseguentemente previsto la slavina e perché, in conseguenza di tutto ciò, ha sottovalutato il rischio esistente per la circolazione, omettendo di adottare un provvedimento di sospensione della circolazione che essa aveva il potere/dovere di adottare".



Ad ogni modo, la “vicinanza” delle penali alle sanzioni trova conferma nell’attribuzione della relativa competenza sempre alla Direzione Generale per le strade e le autostrade del MIT e nella disciplina della procedura per l’applicazione delle penali, contenuta nell’Allegato N, che ricalca in gran parte il procedimento sanzionatorio su cui ci si soffermerà *infra*, specialmente per quanto concerne la garanzia del contraddittorio⁶⁹. Sulla scia di quanto già previsto dalla Convenzione ASPI all’art. 8, comma 2, il punto 3.4 dell’Allegato N, dispone che il concedente contesta al concessionario l’inadempimento diffidandolo ad adempiere entro un congruo termine, comunque non inferiore a trenta giorni e non superiore a novanta. Entro lo stesso termine il concessionario può presentare le proprie controdeduzioni.

In caso di inottemperanza alla diffida ovvero di valutazione negativa delle controdeduzioni o di mancato riscontro da parte del concessionario entro il termine, il concedente gli assegna un ulteriore termine per adempiere, non superiore a trenta giorni, decorso inutilmente il quale procederà ad applicare la penale, ferma restando la possibilità per il concedente di procedere direttamente una volta decorso infruttuosamente il termine assegnato al concessionario ovvero, in caso di estrema urgenza, fin dal momento in cui si verifica l’inadempimento, addossando i relativi oneri in capo al concessionario. Il concedente, inoltre, ha diritto al risarcimento degli eventuali maggiori danni subiti a causa dell’inadempimento del concessionario.

La disciplina delle penali presenta, dunque, molteplici elementi di similitudine con quella delle sanzioni, a dimostrazione che, con riguardo ai rapporti concessori in materia autostradale, le penali sembrano essere, al pari dei provvedimenti sanzionatori, espressione di un potere di vigilanza piuttosto che il frutto di una specifica negoziazione⁷⁰. Del resto, il carattere “pubblicistico” trova conferma altresì nella vigenza di un disciplinare “modello”, quale è quello contenuto nell’Allegato N della Convenzione ASPI, nonché nella giurisprudenza che riconduce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la cognizione delle controversie concernenti le penali determinate dall’applicazione di clausole contenute negli atti di concessione o nelle convenzioni accessive, sul presupposto che le stesse necessiterebbero di una preventiva interpretazione e di una valutazione circa l’effettiva ascrivibilità al concessionario

⁶⁹ Cons. Stato, sez. I, 2 dicembre 2021, parere n. 1827, che chiarisce che l’irrogazione di una sanzione può discendere solamente all’esito di una procedura in contraddittorio con la società interessata. Pertanto, la nota con cui nel caso di specie il MIT ha dichiarato di non potere accogliere la richiesta di affidamento infragruppo, per la vigente situazione di squilibrio tra affidamenti interni ed esterni rispetto ai limiti stabiliti dalla legge, non costituisce un provvedimento sanzionatorio, ma è un atto endoprocedimentale non impugnabile, avente al più valore di comunicazione di avvio del procedimento sanzionatorio nel momento in cui richiama il potere *ex art. 2, comma 86, lett. d), d.l. n. 262/2006*.

⁷⁰ La disciplina delle penali e delle sanzioni contrattuali in materia autostradale è definita da E. Boscolo, *Stabilità e adattamento nei rapporti concessori tra revisione e autotutela*, in *Riv. giur. edilizia*, 2022, p. 281, “un mix tra autotutela pubblicistica e privatistica”.



dell'evento idoneo a determinare l'applicazione della penale, non potendo essere considerate, pertanto, mere pretese economiche⁷¹.

4.2 L'irrogazione della sanzione: presupposti (in particolare l'elemento soggettivo), procedimento sanzionatorio e proporzionalità della misura

Tornando al tema principale delle sanzioni, il verificarsi dell'evento contemplato dalla norma che le dispone, come anticipato, non è sufficiente affinché la sanzione possa essere concretamente irrogata. Tra i presupposti per l'applicazione della misura sanzionatoria assume, infatti, particolare rilievo l'elemento soggettivo: la condotta deve essere ascrivibile all'autore dell'illecito almeno per colpa.

Senonché, non può trascurarsi come in materia di sanzioni amministrative l'elemento soggettivo della colpa sia generalmente presunto, gravando sull'autore dell'illecito l'onere di dimostrare di avere agito senza colpa, o meglio, con specifico riguardo al rapporto concessorio, con la diligenza necessaria per l'espletamento delle attività affidate al concessionario⁷². Il Supremo Consesso amministrativo, a tal proposito, ha avuto modo di chiarire che "in base all'articolo 3 della legge n. 689 del 1981, la colpa, come requisito sufficiente ad integrare l'elemento soggettivo dell'illecito amministrativo, è normalmente presunta e l'eventuale scriminante della condotta necessita di prove idonee ad escludere la violazione dell'obbligo specifico di normale diligenza che grava sul concessionario"⁷³. È il concessionario a dovere dimostrare di non avere potuto prevedere o evitare il verificarsi della fattispecie soggetta a sanzione, sicché diviene fondamentale garantire al concessionario la possibilità di "difendersi" prima ancora dell'applicazione della misura, mediante la partecipazione al procedimento sanzionatorio. Ferma restando, allora, la possibilità di tutelarsi in sede giudiziale avverso la sanzione una volta comminata⁷⁴,

⁷¹ Tar Lazio, Roma, sez. I, 10 febbraio 2020, n. 1735.

⁷² *Ibid.*

⁷³ Cons. Stato, sez. V, 26 agosto 2022, n. 7494.

⁷⁴ La giurisprudenza non è unanime sul riparto di giurisdizione con riguardo alle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dal concedente nei confronti del concessionario. Si ritiene, tuttavia, di condividere l'orientamento che le ritiene attratte alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in quanto espressione di un potere pubblicistico di vigilanza: in questo senso, tra l'altro, deporrebbe la previsione dell'inapplicabilità del pagamento in misura ridotta, presentando tali sanzioni un carattere non meramente punitivo, ma altresì strumentale ai fini del perseguimento dell'interesse pubblico, ossia la corretta esecuzione del servizio, secondo parametri di continuità e qualità (sulla incompatibilità del meccanismo del pagamento in misura ridotta con le sanzioni irrogate dall'attuale ARERA, perché "strumento di perseguimento mediato o indiretto degli interessi pubblici ai quali deve essere indefettibilmente orientata la corretta funzionalità dei settori presidiati dalla stessa Autorità", L. Bertonazzi, *Osservazioni sulla compatibilità tra l'istituto del pagamento in misura ridotta contemplato dall'art. 16 della legge 24 novembre 1981, n. 689 e la funzione sanzionatoria dell'Autorità per l'Energia elettrica e il Gas di cui all'art. 2, comma 20, lett. c), della legge 14 novembre 1995, n. 481*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 831). Sulla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: Tar Lazio, Roma, sez. I, 10 febbraio 2020, n. 1735, che chiarisce che, peraltro, trattandosi di sanzioni amministrative pecuniarie, la giurisdizione sarebbe altresì estesa al merito. Si veda anche Tar Lazio, Roma, sez. IV, 29 dicembre 2022, n. 17819, con riguardo, però, alla controversia avente ad oggetto la risoluzione della concessione per grave inadempimento del concessionario, ricondotta nell'alveo della giurisdizione esclusiva, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. c),



l'Allegato N della Convenzione ASPI, che, come già ricordato, costituisce il modello di riferimento anche per le altre concessioni autostradali, disciplina il procedimento sanzionatorio rinviando, innanzitutto, alla legge quadro sulle sanzioni amministrative, legge n. 689/1981 e, dunque, alle garanzie ivi previste, tra cui, in particolare, quella del contraddittorio. In aggiunta, il punto 1.5, dopo avere chiarito che l'accertamento della violazione potrebbe derivare, tra l'altro, dalla richiesta di documenti, informazioni e dati, dall'accesso alle banche dati del concessionario ovvero da un accesso agli uffici competenti o ai luoghi dove occorre effettuare le rilevazioni, dispone che, se si riscontra una violazione, il responsabile del procedimento sanzionatorio è tenuto a redigere un verbale di contestazione con l'indicazione puntuale dell'obbligo violato, la descrizione dei fatti relativi all'inadempimento e la sanzione applicabile.

La previsione dell'Allegato N continua chiarendo che il concessionario, oltre al pagamento della sanzione, è tenuto all'adempimento dell'obbligo violato entro il congruo termine fissato dal concedente, in misura comunque non inferiore a trenta giorni e non superiore a novanta dalla ricezione della comunicazione relativa all'irrogazione della sanzione. Per le ipotesi di ulteriore inadempienza, ad eccezione dei casi in cui non sia più possibile, è prevista l'irrogazione della medesima sanzione fino al momento dell'adempimento dell'obbligo; è però fatta salva la possibilità per il concedente di

c.p.a., perché si disquisisce “del fatto che la condotta del concessionario, temporalmente articolata, abbia evidenziato profili che rendono – ad avviso del concedente – incerti la correttezza nell'adempimento della pluralità di obblighi sul medesimo immanenti, nonché la sostenibilità e l'affidabilità nel tempo dell'erogazione del servizio, in una prospettiva pubblicistica nella quale le condizioni economiche e finanziarie del concessionario sono strumentali al perseguimento dell'interesse pubblico”. In altri termini, le questioni concernenti l'affidabilità del concessionario non involgerebbero le mere partite corrispettive previste nella convenzione, ma l'interesse pubblico alla continuità e qualità del servizio erogato. Cfr., seppure in un diverso ambito, Cass., SS.UU., 24 luglio 2017, n. 18168, che ha riconosciuto la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulla sanzione amministrativa pecuniaria irrogata dalla ASL nell'esercizio del potere di vigilanza sulle strutture accreditate, dal momento che “la correlazione tra potere di vigilanza e potere sanzionatorio rende, per un verso, il provvedimento sanzionatorio ascrivibile alla materia dei servizi pubblici, risultando la sanzione direttamente funzionale alla tutela dell'interesse pubblico al corretto espletamento del servizio e non al mero ripristino della legalità violata e, per altro verso, dal punto di vista del soggetto destinatario della sanzione, determina un intreccio di diritti soggettivi e di essi legittimi che rende compatibile l'attribuzione della giurisdizione del G.A. al quadro delineato dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 204/2004”. Si veda anche F. GOISIS, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, pp. 79 ss., per il quale, essendo sottesa anche all'irrogazione delle sanzioni amministrative pecuniarie una valutazione discrezionale, la giurisdizione non potrebbe che essere del giudice amministrativo. Sulla giurisdizione esclusiva in materia di sanzioni amministrative pecuniarie delle autorità amministrative indipendenti: R. LOMBARDI, *Autorità amministrative indipendenti: funzione di controllo e funzione sanzionatoria*, in *Dir. amm.*, 1995, pp. 629 ss.; M. RAMAJOLI, *Giurisdizione e sindacato sulle sanzioni pecuniarie antitrust dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, pp. 330 ss. Tornando alle sanzioni irrogate dal concedente nei confronti del concessionario autostradale, in favore della giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria, cfr., invece, Cons. Stato, sez. I, 2 dicembre 2021, parere n. 1827; 16 gennaio 2022, parere n. 390; Tar Piemonte, sez. I, 3 novembre 2017, n. 1296 (riformata dal Consiglio di Stato con sentenza n. 6813/2022, ma non su questo punto).



intervenire in sostituzione del concessionario, previa diffida e con oneri a carico di quest'ultimo, come previsto dalla Convenzione ASPI a seguito dell'aggiornamento del 2022.

Oltre ad adempiere all'obbligo violato, pena l'aggravamento delle conseguenze, il concessionario deve corrispondere la sanzione entro venti giorni dalla ricezione della comunicazione della loro applicazione da parte del concedente. Come chiarito dal punto 1.5 dell'Allegato N, infatti, la sanzione è incrementata del 10% in caso di ritardo nel pagamento, ossia dopo il decorso infruttuoso dei venti giorni, e del 30% ove il ritardo dovesse essere superiore a sei mesi.

In caso di ulteriore ritardo è possibile procedere al recupero del credito, fermo restando che, in aggiunta alla sanzione, il concessionario è tenuto al risarcimento degli eventuali maggiori danni derivanti dal ritardato adempimento o comunque dalla violazione degli obblighi sullo stesso gravanti.

Per quanto riguarda, poi, l'importo della sanzione, l'Allegato N fissa, per ciascuna violazione, l'ammontare della sanzione gravante sul concessionario, ribadendo quanto già previsto dal d.l. n. 262/2006, ossia l'inapplicabilità alle sanzioni irrogate dal concedente nei confronti del concessionario del pagamento in misura ridotta disciplinato dall'art. 16 legge n. 689/1981. Il regime sanzionatorio in materia di concessioni autostradali, dunque, appare più rigido di quello ordinario, essendo espressamente esclusa l'attenuazione della "pena" ammessa in generale per le sanzioni amministrative pecuniarie. A ciò si aggiunga che le sanzioni irrogate dal MIT non possono essere inferiori a 25.000 euro.

Tuttavia, l'Allegato N stabilisce altresì una soglia massima dell'ammontare della sanzione, calcolata sulla base del fatturato annuo del concessionario. L'ammontare complessivo annuo delle sanzioni non può essere superiore al 10% del fatturato annuo e, in ogni caso, non può essere superiore a 150 milioni annui a prescindere dal dato del fatturato.

La disciplina del *quantum* delle sanzioni in materia di concessioni autostradali si presenta, dunque, per alcuni versi, singolare, pure non sacrificando – e del resto non potrebbe essere altrimenti – i principi cardine del regime sanzionatorio. Le sanzioni, infatti, sono proporzionate alla gravità del fatto⁷⁵; ove, poi, l'inadempimento fosse talmente grave da compromettere la prosecuzione del rapporto, per il concedente si aprirebbe la strada della risoluzione addebitabile al concessionario⁷⁶.

D'altronde, come anticipato, le sanzioni di competenza del MIT paiono rispondere a una logica non meramente punitiva, ma altresì funzionale alla tutela dell'interesse pubblico al

⁷⁵ La giurisprudenza amministrativa presume la proporzionalità della sanzione ove comminata nella misura minima di 25.000 euro: cfr. Tar Lazio, Roma, sez. I, 28 novembre 2011, n. 9296.

⁷⁶ In linea con il richiamo alle violazioni ascrivibili al concessionario e alle relative conseguenze, nel presente contributo, come anticipato, si tratterà in via esclusiva della risoluzione della concessione per grave inadempimento del concessionario, restando al di fuori del perimetro della ricerca le ulteriori ipotesi di cessazione del rapporto, pure previste dalla convenzione e dalla legge, per annullamento d'ufficio, revoca, recesso e inadempimento del concedente.



corretto espletamento del servizio, mirando ad assicurare, costantemente, il funzionamento dell'infrastruttura autostradale (si pensi, ad esempio, alla tipicità "elastica" delle fattispecie sanzionabili con riguardo all'obbligo di mantenere la piena funzionalità della tratta oppure al fatto che il pagamento della sanzione non fa venire meno l'obbligo di adempiere o, ancora, alla possibilità per il concedente di sostituirsi al concessionario in caso di perdurante inadempimento con oneri a carico di quest'ultimo). Pertanto, ove le violazioni del concessionario si rivelassero tali da mettere a rischio la continuità, la qualità e la sicurezza del servizio, il concedente non potrebbe che intervenire per un efficace ripristino in considerazione della sua valenza pubblicistica.

4.3 La risoluzione della concessione per grave inadempimento. Cenni

Il III Atto aggiuntivo della Convenzione ASPI, in questa sede elevata ad esempio per lo studio del potere sanzionatorio del concedente, ha sostituito l'art. 9, precedentemente rubricato "Decadenza dalla concessione", con la disciplina della "Risoluzione della concessione per grave inadempimento del concessionario", definito, dal medesimo articolo, quale "l'inadempimento alle obbligazioni di cui all'art. 3, ovvero alle altre obbligazioni derivanti dalla legge, che abbia carattere definitivo e tale da determinare una gravissima compromissione della funzionalità o della sicurezza di parte qualificante della rete autostradale". L'Allegato N, sempre come modificato nel 2022, individua, poi, due specifiche ipotesi di grave inadempimento: da un lato, le violazioni che portino all'applicazione di sanzioni per un ammontare superiore al valore soglia annuale (punto 1.6); dall'altro, l'applicazione di penali per un ammontare superiore al 2% del fatturato annuo per due annualità consecutive (punto 3.4)⁷⁷.

La procedura, data la portata definitiva della risoluzione⁷⁸, richiede ai fini della sua applicazione un procedimento aggravato: il concedente contesta gli addebiti al concessionario, assegnandogli un termine, non inferiore a trenta giorni e non superiore a sessanta giorni, per la presentazione delle controdeduzioni. Ove le stesse non siano ritenute condivisibili ovvero in caso di mancata risposta alle contestazioni, si procede alla nomina di una Commissione paritetica di tre componenti, individuati uno dal concedente, uno dal concessionario e il terzo di comune accordo, con il compito di redigere una relazione istruttoria particolareggiata sui fatti contestati.

⁷⁷ Con l'aggiornamento del 2022, si supera così la previsione del "vecchio" art. 9 della Convenzione ASPI, ai sensi del quale la decadenza avrebbe potuto essere disposta in caso di perdurante inadempimento agli obblighi di cui all'art. 3, comma 1, lett. b), f), j), l), n), o), p), s), v). Fattispecie talora talmente draconiane da essere difficilmente applicabili: così L. SALTARI, *Le concessioni autostradali: un paradigma autonomo?*, cit.

⁷⁸ Ferma restando la tutela innanzi al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva: cfr. Tar Lazio, Roma, sez. IV, 29 dicembre 2022, n. 17819; G. LEONE, *La vicenda autostrade: un caso "all'italiana"*, in *Foro amm.*, 2021, p. 371, per il quale sussisterebbe la giurisdizione del giudice amministrativo sia per la declaratoria della risoluzione della concessione-contratto sia per l'impugnazione dell'eventuale provvedimento di decadenza. In ambito diverso dal settore autostradale, Cons. Stato, sez. V, 4 settembre 2017, n. 4183.



Qualora il grave inadempimento fosse accertato, il concedente⁷⁹ potrebbe procedere a dichiarare la risoluzione della concessione⁸⁰ e al concessionario, comunque obbligato al proseguimento della gestione nelle more del subentro del nuovo contraente⁸¹, spetterebbero unicamente le somme relative al valore delle opere realizzate e gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti (ovvero, nel caso in cui l'opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, i costi effettivamente sostenuti)⁸², a carico del concessionario subentrante⁸³, mentre il concedente avrebbe diritto al risarcimento dei danni subiti a causa dell'inadempimento⁸⁴.

La "nuova" disciplina della risoluzione per grave inadempimento del concessionario sembra, dunque, confermare il "cambio di rotta" che, specialmente a seguito della triste vicenda del ponte Morandi, ha riguardato il regime delle concessioni autostradali⁸⁵, ritenuto eccessivamente "sbilanciato" in favore del concessionario, seppure in parte in considerazione degli ingenti investimenti che la gestione di una tratta autostradale comporta. La limitazione dell'indennizzo alle somme relative alle spese effettivamente

⁷⁹ Cfr. Tar Lazio, Roma, sez. IV, 29 dicembre 2022, n. 17819, con cui è stata sollevata questione di legittimità costituzionale in relazione all'art. 2 d.l. 7 luglio 2022, n. 85 (disciplina trasfusa nell'art. 7 ter d.l. 16 giugno 2022, n. 68, convertito, con modificazioni, in legge 5 agosto 2022, n. 108) con cui è stata confermata, con un atto normativo di rango primario, la risoluzione disposta dal concedente. Secondo il giudice remittente, la questione di costituzionalità sarebbe non manifestamente infondata in quanto la valutazione della legittimità della decisione del concedente dovrebbe essere riservata a un soggetto indipendente, ossia al giudice, e non potrebbe essere "blindata" a livello legislativo.

⁸⁰ Con il III Atto aggiuntivo, peraltro, è stato escluso che la risoluzione per grave inadempimento del concessionario sia sottoposta alla condizione del pagamento dell'indennizzo.

⁸¹ Ferma restando la possibilità per gli eventuali enti finanziatori, precedentemente prevista dall'art. 176, comma 8, d.lgs. n. 50/2016, oggi confermata dall'art. 190, comma 3, d.lgs. n. 36/2023, di indicare un operatore economico, che subentri nella concessione, avente caratteristiche tecniche e finanziarie corrispondenti o analoghe a quelle previste nel bando di gara o negli atti in forza dei quali la concessione è stata affidata, con riguardo allo stato di avanzamento dell'oggetto della concessione alla data del subentro, nonché la possibilità che, ai sensi dell'art. 35, d.l. 30 dicembre 2019, n. 162, ANAS S.p.a. assuma la gestione dell'autostrada nelle more dello svolgimento della procedura di gara per l'individuazione del nuovo concessionario. Cfr. L. SALTARI, *Le concessioni autostradali: un paradigma autonomo?*, cit.

⁸² La misura dell'indennizzo conferma la portata "punitiva" della risoluzione per grave inadempimento del concessionario. Peraltro, l'art. 35, comma 1, d.l. n. 162/2019, convertito, con modificazioni dalla legge 28 febbraio 2020, n. 8, chiarisce che le modalità di calcolo dell'indennizzo disciplinate dal previgente art. 176, comma 4, lett. a), d.lgs. n. 50/2016 (oggi dall'art. 190, comma 4, d.lgs. n. 36/2023), trovano applicazione in ogni caso di estinzione della concessione autostradale per inadempimento del concessionario, anche in sostituzione di eventuali clausole convenzionali difformi, anche se approvate per legge, da intendersi nulle ai sensi dell'art. 1419 c.c.

⁸³ A differenza di quanto avviene in caso di inadempimento imputabile al concedente, ove è quest'ultimo a dovere indennizzare il concessionario. Nell'ipotesi in esame, invece, il concessionario subentrante deve corrispondere l'indennizzo alla data della consegna dell'infrastruttura. Lo strumento dell'indennizzo è, del resto, essenziale affinché siano effettuati gli investimenti necessari: così L. SALTARI e A. TONETTI, *Concessioni autostradali*, cit., p. 189.

⁸⁴ Ai sensi dell'art. 1453 c.c., come previsto, in precedenza, dall'art. 176, comma 7, d.lgs. n. 50/2016 e, oggi, dall'art. 190, comma 2, d.lgs. 36/2023.

⁸⁵ Critico nei confronti della legislazione emergenziale quale volano per un riassetto del regime delle concessioni autostradali F. SPANICCIATI, *Il "decreto Genova" quale estremizzazione della deroga emergenziale*, cit.



sostenute, insieme alla previsione che esclude che la risoluzione della concessione sia subordinata al pagamento dello stesso, sembrano accentuare la portata "punitiva" della reazione del concedente agli inadempimenti del concessionario, sebbene persista la preoccupazione di evitare l'interruzione del servizio.

In questo senso, infatti, parrebbe orientato tanto il sistema di strumenti "preventivi", ossia il sistema di sanzioni e penali *supra* esaminato, quanto la previsione delle diverse opzioni di gestione nelle more del subentro del nuovo concessionario. Del resto, come è emerso in più passaggi della trattazione, nonostante l'utilizzo dello strumento contrattuale, nel rapporto concessorio rimane immanente l'interesse pubblico alla continuità e qualità del servizio, alla cui tutela è preposto il concedente, per tale ragione dotato di un "armamentario" ben più ricco dei rimedi di diritto comune.

5. Conclusioni

Alla luce dell'analisi svolta, i concessionari della rete autostradale risultano essere soggetti ad un complesso sistema di vigilanza, frammentato in capo a una pluralità di amministrazioni e articolato in strumenti di controllo "in senso stretto" e meccanismi sanzionatori, con l'esercizio dei secondi che trova nei primi il proprio antecedente di fatto – oltre che il *prius* logico.

La ricchezza delle disposizioni in tema di vigilanza, d'altra parte, è imputabile a varie ragioni. Sicuramente è conseguenza del loro sdoppiamento tra previsioni di legge e previsioni convenzionali, con queste ultime che in alcuni casi si limitano a ripetere le prime ma, in altri, le fanno oggetto di una puntuale specificazione, come visto in relazione all'Allegato N alla Convenzione ASPI, in tema di sanzioni. Ancora, i tristi eventi di cronaca degli ultimi anni sono di sicuro alla base della moltiplicazione dei soggetti, delle previsioni normative e di quelle convenzionali in tema di controlli e sanzioni sul concessionario, a manifestazione di una (purtroppo tardiva) attenzione per un profilo essenziale, ma a lungo trascurato.

Quanto alle criticità emerse, permane la sensazione che a questa ipertrofia normativa e convenzionale non corrisponda necessariamente una maggiore efficacia nell'attuazione degli strumenti di controllo e sanzionatori. Si è evidenziato, infatti, come aumentare il numero di controllori possa avere conseguenze negative, allargando, invece che restringendo, le maglie del controllo, laddove le rispettive competenze non siano adeguatamente coordinate e specificate, con il rischio che le eventuali violazioni di legge o degli obblighi negoziali passino attraverso una rete di vigilanza affidata a soggetti che non sanno fino a che punto spetti loro agire e quando, invece, inizino le competenze di un'altra autorità.

Ancora, in riferimento ai controlli riservati al MIT, l'ampio spettro delle verifiche economico-finanziarie, sui contratti pubblici, sulle operazioni societarie, sulla qualità dei servizi e sull'esecuzione dei lavori – riconosciuto tanto in sede normativa, quanto in quella convenzionale – rischia di restare in concreto impoverito da un'amministrazione a



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

cui non vengono attribuite le risorse adeguate a sfruttare i meccanismi astrattamente a sua disposizione per vigilare sul corretto perseguimento dell'interesse pubblico da parte dei gestori della rete autostradale.

Ad ogni modo, messe da parte le criticità segnalate, che ne mettono a rischio l'effettività, l'importante impianto di controlli e sanzioni esaminato, così come interpretato dalla giurisprudenza amministrativa (si pensi a quella richiamata sulla tipicità "elastica" delle fattispecie sanzionabili in relazione all'obbligo di garantire la funzionalità dell'infrastruttura, ma anche sull'estensione della giurisdizione esclusiva alle controversie concernenti le sanzioni amministrative pecuniarie e le penali applicate dal concedente), conferma ancora una volta l'immanenza dell'interesse pubblicistico sotteso al rapporto contrattuale e il ruolo del MIT quale garante dell'espletamento del servizio secondo parametri di qualità e continuità. In disparte le specifiche competenze attribuite dalla legge alle diverse autorità che vigilano sui concessionari autostradali, ciascuna per la cura di un più generale interesse pubblico (sicurezza stradale, trasparenza, concorrenza), è il MIT, nella sua veste di concedente, a disporre, almeno "sulla carta", di uno strumentario capace di scoraggiare, prima, e reprimere, poi, condotte violative delle norme di legge o degli obblighi convenzionali per assicurare, così, la corretta esecuzione del rapporto concessorio.