

Publicato il 10/11/2021

N. 07478/2021REG.PROV.COLL.

N. 01922/2021 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 1922 del 2021, proposto da Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona del Presidente del Consiglio *pro tempore*; Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in persona del Ministro *pro tempore*; Ministero dell'Economia e delle Finanze, in persona del Ministro *pro tempore*; C.I.P.E., in persona del legale rappresentante *pro tempore*; tutti rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi 12;

contro

Società Autostrade Meridionali S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Luisa Torchia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale Bruno Buozzi n. 47;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sez. I, 2 febbraio 2021, n. 1354, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Società Autostrade Meridionali S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il Cons. Giorgio Manca, nell'udienza pubblica del giorno 8 luglio 2021 tenuta in collegamento da remoto, ai sensi dell'art. 25, comma 1, del decreto-legge 18 ottobre 2020, n. 137, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176; udita, con le medesime modalità, l'avvocato Torchia e dato atto della presenza dell'avvocato dello Stato Paola Palmieri, che ha depositato note di udienza ai sensi e per gli effetti dell'art. 4, comma 1, del decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 giugno 2020, n. 70;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - La Società Autostrade Meridionali (SAM), con atto del 28 luglio 2009, ha stipulato con ANAS S.p.A. la concessione per la costruzione e la gestione dell'autostrada A3 Napoli-Salerno, scaduta il 31 dicembre 2012 e prorogata con nota del 20 dicembre 2012, con la quale il Ministero delle Infrastrutture e Trasporti (che a partire dal mese di ottobre 2012 ha assunto il ruolo di concedente, ai sensi dell'art. 36 del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, e dell'art. 11, comma 5, del decreto-legge 29 dicembre 2011, n. 216, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 febbraio 2012, n. 14) ha chiesto alla concessionaria di proseguire nella gestione anche dopo la scadenza del 31 dicembre 2012, «secondo i termini e le modalità previste dalla Convenzione vigente».

1.1. - Nelle more del perfezionamento delle procedure di gara finalizzate all'individuazione dei nuovi concessionari, l'amministrazione concedente, nella considerazione che fosse necessario procedere alla regolazione del rapporto concessorio con la concessionaria Autostrade Meridionali per il periodo intercorrente tra la scadenza della concessione medesima e la data di subentro del nuovo concessionario, richiedeva alla concessionaria la predisposizione di un piano economico finanziario (PEF) transitorio nel quale fossero ricompresi esclusivamente gli interventi non rinviabili connessi all'incremento del livello di sicurezza. Nel contempo il Ministero, con nota n. 24242 del 14 giugno 2019, chiedeva al «Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità» (NARS) di esaminare una possibile deliberazione del CIPE avente per oggetto l'introduzione di criteri generali «per l'accertamento e la definizione dei rapporti economici riferibili alle società concessionarie autostradali limitatamente al periodo intercorrente tra la data di scadenza della concessione e la data di effettivo subentro del nuovo concessionario».

1.2. - All'esito dell'istruttoria, con delibera 24 luglio 2019, n. 38, il CIPE ha approvato due sistemi di remunerazione relativamente al periodo transitorio:

- una remunerazione pari al tasso BCE, incrementato dell'1%, per il capitale investito netto (CIN) rilevato alla scadenza della gestione;

- una remunerazione pari al costo medio ponderato del capitale (WACC), di cui alla delibera CIPE n. 39/2007, per i nuovi investimenti assentiti dall'amministrazione concedente ed eseguiti nel periodo transitorio.

1.3. - A seguito della delibera, il MIT ha richiesto alla concessionaria Autostrade Meridionali (con nota del 13 novembre 2019) di predisporre un PEF transitorio secondo i criteri generali stabiliti dal CIPE; richiesta reiterata con nota del 12 febbraio 2020.

1.4. - La società concessionaria, nello stesso arco temporale in cui si è svolto il procedimento sopra descritto, aveva a sua volta presentato un'istanza (datata 24 maggio 2019) con la quale aveva trasmesso al MIT una proposta di PEF per il periodo transitorio 2013-2022, nella quale erano ricompresi gli investimenti, assentiti dal Ministero e realizzati dalla concessionaria, ritenuti necessari per garantire la sicurezza e il miglioramento dell'infrastruttura nelle more dell'individuazione del nuovo concessionario affidatario della concessione.

1.5. - In mancanza di un espresso riscontro da parte del MIT, la concessionaria proponeva ricorso al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, chiedendo l'accertamento dell'illegittimità del silenzio serbato sull'istanza e la condanna del Ministero ad approvare il PEF. Con motivi aggiunti chiedeva inoltre l'annullamento delle note (sopra citate) con le quali il MIT sollecitava la concessionaria a predisporre e presentare un PEF per il periodo transitorio conforme ai criteri generali approvati con la delibera del CIPE 24 luglio 2019, n. 38, nonché l'annullamento anche della menzionata delibera.

2. - Con la sentenza 2 febbraio 2021, n. 1354, il Tribunale amministrativo ha accolto il ricorso in questione, annullando le note ministeriali impugnate e la deliberazione del CIPE 24 luglio 2019, n. 38, sul presupposto che detta delibera non fosse applicabile retroattivamente alla concessione in essere con la società Autostrade Meridionali, scaduta il 31 dicembre 2012 e prorogata secondo i termini della convenzione tra le parti, come richiesto dal Ministero concedente. Conseguentemente ha ordinato al MIT di adottare la determinazione conclusiva del procedimento per l'esame del PEF proposto con l'istanza della concessionaria, entro trenta giorni dalla notificazione o comunicazione della sentenza.

3. - A seguito della pubblicazione della sentenza, con nota del 2 marzo 2021 il MIT («*anche in esecuzione della sentenza TAR Lazio n. 1354/2021*», come si legge nella nota) ha concluso il procedimento, rigettando la proposta di PEF della concessionaria in quanto non conforme alle delibere del CIPE n. 39/2007 e n. 38/2019.

4. - Le amministrazioni soccombenti hanno proposto appello, chiedendo la riforma della sentenza sulla scorta di plurime censure.

5. - Resiste in giudizio la Società Autostrade Meridionali, chiedendo che l'appello sia respinto.

6. - All'udienza dell'8 luglio 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

7. - Con il primo motivo, le amministrazioni appellanti sostengono che il primo giudice avrebbe frainteso la portata della nota del 20 dicembre 2012, con la quale il MIT ha chiesto alla concessionaria di proseguire nella gestione della concessione anche dopo la scadenza del 31 dicembre 2012 («*secondo i termini e le modalità previste dalla Convenzione vigente, ponendo in essere tutte le azioni necessarie al mantenimento del livello di servizio*»). Con tale nota il MIT avrebbe inteso estendere la gestione solo al fine di evitare il vuoto di gestione del tratto autostradale e assicurare le condizioni di sicurezza dell'autostrada anche oltre la data di scadenza della convenzione, secondo quanto previsto anche dall'art. 5 della Convenzione Unica sottoscritta il 28 luglio 2009 («*il Concessionario uscente resta obbligato a proseguire nell'ordinaria amministrazione*»), nelle more dell'individuazione del nuovo concessionario. La *ratio* della continuità della gestione esclude, secondo le appellanti, l'applicabilità delle condizioni economiche previste dalla convenzione scaduta proprio perché si tratta di una gestione ristretta all'ordinario (e agli investimenti strettamente necessari al mantenimento o incremento degli standard di sicurezza) e con livelli di rischio operativo inferiori a quelli della gestione piena.

Se, quindi, dalla scadenza della convenzione inizia un rapporto nuovo o diverso, anche le condizioni economiche non potrebbero essere le stesse previste dalla concessione scaduta, essendo diversa la tipologia di investimenti e venendo meno il livello di rischio operativo a carico del concessionario. Pertanto, anche il tasso di remunerazione del capitale investito e gli altri elementi del PEF devono essere adeguati al nuovo ruolo del concessionario scaduto.

8. - Con il secondo motivo, le appellanti criticano la sentenza anche nella parte in cui afferma l'impossibilità di applicare la delibera CIPE n. 38/2019 alla concessione con Autostrade Meridionali per effetto di decisioni antecedenti (in particolare, le sentenze del T.A.R. Campania n. 395/2015 e n. 4177/2015 e la sentenza Cons. Stato, IV, 30 novembre 2016, n. 5032, tutte passate in giudicato), che avrebbero accertato il diritto del concessionario uscente a proseguire nella gestione sulla base di quanto disciplinato dalla convenzione. Secondo le amministrazioni appellanti, tali decisioni non sono riferibili alla fattispecie oggetto del presente giudizio, avendo riguardato non l'approvazione del PEF per il riequilibrio economico-finanziario della concessione ma unicamente il diritto all'aggiornamento tariffario.

In ogni caso, si sottolinea come alcune delle affermazioni contenute nelle richiamate sentenze sono condivise dalle appellanti, le quali confermano che la convenzione unica costituisce la fonte primaria del rapporto tra le parti ma rilevano, altresì, come nella concessione scaduta non sono previste regole di natura transitoria applicabili nel periodo in *prorogatio*. Si è previsto solo l'obbligo di continuare la gestione ordinaria (art. 5). Per cui, per il periodo successivo alla scadenza della concessione, è applicabile la disciplina di cui alla delibera CIPE n. 38/2019, non incontrando ostacoli in diverse e specifiche pattuizioni convenzionali.

9. - Con il terzo motivo, le appellanti contestano la sentenza per aver ritenuto l'inapplicabilità del nuovo tasso di remunerazione previsto dalla delibera CIPE n. 38/2019 in forza della disposizione della delibera stessa (punto 5), che ne esclude l'applicazione ove la fattispecie sia «*diversamente disciplinata dagli atti convenzionali*», nella considerazione che la convenzione unica tra le parti rechi una specifica disciplina relativa al tasso di remunerazione del capitale investito netto (CIN) rilevato alla scadenza della concessione.

Ad avviso delle appellanti, il primo giudice non avrebbe considerato che nella convenzione scaduta nel 2012 non vi sono disposizioni che regolino puntualmente le condizioni economiche applicabili al periodo transitorio. La convenzione a suo tempo stipulata prevede un tasso di remunerazione del CIN pari al 10,11 per cento, ma tale disposizione è applicabile fintanto che è in vigore la convenzione e il rapporto concessorio. Ne discende che risulta inapplicabile al caso di specie la clausola generale di salvaguardia prevista dalla delibera CIPE n. 38/2019.

Da ciò le appellanti traggono anche un'ulteriore conseguenza, ossia che la sentenza sia erronea per aver richiamato il principio di irretroattività quale limite all'operatività della delibera CIPE n. 38/2019, posto che – secondo il primo giudice – i nuovi parametri interverrebbero su un rapporto che, in gran parte, ha già trovato svolgimento, modificandone *a posteriori* la disciplina.

In senso contrario, rilevano le appellanti che la delibera in questione ha inteso piuttosto colmare una lacuna, data l'assenza di qualsiasi previsione specifica nella convenzione unica, idonea ad arrecare una lesione all'interesse pubblico generale. Tale potere regolatorio sarebbe espressamente riconosciuto dalla normativa in materia di concessioni autostradali, con particolare riferimento al potere di adeguare le convenzioni nel rispetto dell'equilibrio economico finanziario più volte ribadito dal legislatore (si richiamano l'art. 2, commi 82 ss., del decreto-legge 3 ottobre 2006, n. 262, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2006, n. 286; l'art. 43 del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214;

l'art. 36, comma 1, del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito dalla legge 24 marzo 2012, n. 27).

10. - Con altri profili di gravame, le appellanti impugnano la sentenza anche per l'erronea declaratoria di illegittimità del silenzio sull'istanza di Autostrade Meridionali di approvazione del PEF.

11. - Preliminarmente, occorre delimitare l'oggetto del giudizio che rimane devoluto al giudice d'appello, dal quale sono escluse le pretese relative al silenzio-inadempimento che la società ricorrente aveva fatto valere in primo grado (in reazione all'inerzia mantenuta dall'amministrazione concedente sull'istanza della concessionaria di approvazione del PEF transitorio). Con la richiamata nota del 2 marzo 2021, il Ministero – in dichiarata esecuzione della sentenza di condanna all'adozione del provvedimento e senza manifestare riserva alcuna – ha rigettato l'istanza della Società Autostrade Meridionali, concludendo il procedimento. Ne consegue l'improcedibilità dei motivi dell'appello, per acquiescenza avverso il capo della sentenza che ha dichiarato l'illegittimità del silenzio e ha ordinato al Ministero di provvedere.

12. - Passando all'esame dei motivi con i quali sono impugnati gli altri capi della sentenza, le censure sinteticamente esposte possono essere esaminate congiuntamente, data la stretta connessione.

La questione fondamentale, introdotta mediante il primo motivo d'appello, è stabilire quale sia la disciplina applicabile al rapporto concessorio derivante dalla convenzione unica stipulata tra le parti il 28 luglio 2009 nel periodo successivo alla scadenza del termine di efficacia (nella specie, il 31 dicembre 2012).

12.1. – Scaduto il termine di efficacia della convenzione, si è aperta, infatti, una nuova fase che si può definire post-contrattuale in cui le parti continuano a essere in rapporto tra loro poiché permangono reciproci interessi (derivanti dal contratto scaduto ma il cui assetto non è direttamente regolato da questo), la cui realizzazione è possibile solo mediante la reciproca collaborazione.

Detta fase, destinata a durare dalla scadenza della concessione e fino alla individuazione del concessionario subentrante, è disciplinata, anzitutto, dalla clausola racchiusa nell'art. 5.1 della convenzione, secondo cui «[a]lla scadenza del periodo di durata della concessione, il Concessionario uscente resta obbligato a proseguire nell'ordinaria amministrazione dell'esercizio dell'autostrada assentita in concessione e delle relative pertinenze fino al trasferimento della gestione stessa»; ribadita dalla nota del 20 dicembre 2012 con la quale il MIT - nelle more della procedura per l'affidamento della concessione - ha richiesto a SAM «di proseguire, a far data dal 1° gennaio 2013, nella gestione della Concessione secondo i termini e le modalità previste dalla Convenzione vigente» e «di porre in essere tutte le azioni necessarie al mantenimento del livello di servizio, con particolare riferimento alla messa in sicurezza, per l'utenza, della struttura autostradale».

12.2. – Per stabilire cosa si intenda per “ordinaria amministrazione” non può che aversi riguardo alle condizioni contrattuali stabilite nella convenzione unica.

Se ne ha conferma sul piano legislativo dall'art. 178 del Codice dei contratti pubblici (di cui al d.lgs. n. 50 del 2016), il quale – fissato il principio che per le concessioni autostradali scadute alla data di entrata in vigore della Parte III del codice [tra le quali rientra la concessione alla SAM] è vietata la proroga e si deve procedere al nuovo affidamento (comma 1) – al comma 2 dispone: «I reciproci obblighi, per il periodo necessario al perfezionamento della procedura di cui al comma 1,

sono regolati, sulla base delle condizioni contrattuali vigenti» ed è principio già enunciato in precedente giudizio tra le medesime parti (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 30 novembre 2016, n. 5032).

12.3. Resta l'altra parte del sinallagma: la determinazione della remunerazione dovuta al concessionario per l'attività svolta nella fase post-contrattuale.

Per essa si deve aver chiaro che, come sostengono le amministrazioni appellanti, i compiti svolti dalla concessionaria che prosegue la gestione oltre il termine di durata (compiti descritti nell'art. 2 della Convenzione unica), sono ridotti sul piano degli obblighi di investimento e del rischio operativo, e per questo non possono essere remunerati allo stesso modo in cui è remunerata la gestione del concessionario nel periodo di vigenza della concessione stessa.

Detto altrimenti: pur se il rapporto concessorio è ancora fundamentalmente disciplinato dalla convenzione unica, non è possibile applicare pedissequamente, nelle more dell'affidamento della concessione, le regole che la convenzione scaduta prevede in punto di condizioni economiche e di contenuto del piano economico-finanziario del periodo transitorio, per essere in questo periodo in parte mutati i compiti del concessionario, come si desume proprio dal citato art. 5.1 della convenzione unica, il quale delimita gli obblighi a carico del concessionario uscente a quelli concernenti l'ordinaria amministrazione.

12.4. - Per questa parte si deve concordare, quindi, con le doglianze sollevate dalle amministrazioni appellanti, che hanno rilevato la mancanza, nella convenzione unica, di una specifica disciplina applicabile a questi aspetti del rapporto successivo alla scadenza della convenzione e, d'altra parte, appare necessario e corretto calibrare il contenuto del PEF dedicato al periodo transitorio, in relazione alle diverse funzioni, compiti gestori, investimenti assentiti che gravano (o siano gravati) sul concessionario.

12.5. – Ritiene il Collegio che la constatazione di tale lacuna di disciplina non comporta il riconoscimento in capo all'amministrazione concedente del potere di determinare unilateralmente la retribuzione di tali obbligazioni postcontrattuali o comunque di modificare unilateralmente la disciplina della convenzione unica che (per la continuità di gestione imposta dall'art. 5.1 cit.) trova applicazione nelle more del subentro del nuovo concessionario.

È quanto accaduto nella vicenda oggetto del giudizio: la delibera del CIPE n. 38/2019 e le successive note ministeriali con le quali è stato richiesto alla concessionaria SAM di predisporre il PEF di riequilibrio per il periodo transitorio secondo i criteri dettati dalla delibera del Comitato interministeriale [tra i quali è contemplata la remunerazione del capitale investito netto rilevato alla scadenza della convenzione, che - «*nel periodo compreso tra la data di scadenza della concessione e la data di effettivo subentro*» – è fissato «*pari al tasso BCE (tasso di interesse sulle operazioni di rifinanziamento principale) incrementato dell'1%»], tendono a conseguire il risultato di introdurre in via unilaterale la disciplina delle condizioni economiche applicabile nel periodo transitorio, in assenza di una norma di fonte legislativa che lo consenta e che attribuisca al CIPE o al MIT il relativo potere.*

12.6. - Le norme invocate dalle amministrazioni appellanti non portano a diversa conclusione: esse non conferiscono il potere di determinazione o modifica unilaterale del contenuto delle convenzioni, né prevedono un analogo potere riferito alla disciplina per il periodo di eventuale *prorogatio* nella gestione della struttura autostradale:

- non l'art. 2, comma da 82 a 89 del decreto-legge n. 262 del 2006 che si limitano ad articolare le competenze nell'ambito del procedimento di approvazione dello schema di convenzione unica

(comma 82, secondo cui «[i]n occasione del primo aggiornamento del piano finanziario che costituisce parte della convenzione accessiva alle concessioni autostradali, ovvero della prima revisione della convenzione medesima, successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto, il Ministro delle infrastrutture, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, assicura che tutte le clausole convenzionali in vigore, nonché quelle conseguenti all'aggiornamento ovvero alla revisione, siano inserite in una convenzione unica, avente valore ricognitivo per le parti diverse da quelle derivanti dall'aggiornamento ovvero dalla revisione»), ovvero, a prefigurare i contenuti di tale schema di convenzione (comma 83), i quali, peraltro, prima di essere sottoposti al parere del NARS e all'esame del CIPE, devono essere «concordati tra le parti» (lo stesso decreto-legge n. 262 del 2006 prevedeva che nel caso in cui «il concessionario, in occasione dell'aggiornamento del piano finanziario ovvero della revisione della convenzione di cui al comma 82, non convenga sulla convenzione unica, [...], il rapporto concessorio si estingue, salvo l'eventuale diritto di indennizzo»; disposizione successivamente abrogata dall'art. 3, comma 6, del decreto-legge n. 185 del 2008, ma evocata nell'art. 11.11 della convenzione unica 28 luglio 2009: «In caso di mancato accordo in merito alla revisione del Piano Economico Finanziario, ovvero in ordine alla sussistenza dei presupposti di detta revisione, troveranno applicazione, ove ne sussistano i presupposti, le disposizioni di cui all'articolo 9 bis della presente Convenzione, nonché le disposizioni di Legge in ordine all'estinzione del rapporto concessori»);

- neanche l'art. 43, comma 1, del decreto-legge n. 201 del 2011 cit. che detta solamente norme di natura procedimentale («Gli aggiornamenti o le revisioni delle convenzioni autostradali vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto, laddove comportino variazioni o modificazioni al piano degli investimenti ovvero ad aspetti di carattere regolatorio a tutela della finanza pubblica, sono trasmessi, sentita l'Autorità di regolazione dei trasporti per i profili di competenza di cui all'articolo 37, comma 2, lettera g), in merito all'individuazione dei sistemi tariffari, dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti al CIPE che, sentito il NARS, si pronuncia entro trenta giorni e, successivamente, approvati con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, da emanarsi entro trenta giorni dalla avvenuta trasmissione dell'atto convenzionale ad opera dell'amministrazione concedente»), sul chiaro presupposto che sullo schema di convenzione accessiva alla concessione autostradale, o di atto aggiuntivo, sia stato raggiunto l'accordo con il concessionario.

12.7. - In assenza di una norma di fonte legislativa (arg. art. 23 Cost.), non è sufficiente, pertanto, l'appello alla necessità di «perseguimento dell'interesse pubblico generale», né la necessità di «attivarsi e disciplinare situazioni che potrebbero comportare un rischio per lo stesso interesse pubblico» (p. 14 dell'atto di appello) o per la finanza pubblica.

12.8. – In presenza di una incompleta disciplina della fase post-contrattuale, come quella che qui si esamina, nelle more del subentro del nuovo concessionario risponde alla clausola generale di buona fede, che informa la condotta tra i contraenti fino a quando permanga tra loro un rapporto, l'insorgenza di un obbligo di negoziazione tra le parti; come previsto, del resto, anche dall'art. 11.10 della convenzione per altre sopravvenienze («In presenza di un nuovo programma di investimenti ovvero di eventi straordinari, cause di forza maggiore, che determinano un'alterazione dell'equilibrio economico finanziario, la parte che intende attivare la procedura di revisione ne darà comunicazione per iscritto all'altra [...]. Le Parti dovranno trovare un accordo nei successivi 60 (sessanta) giorni»), esprimendo così un criterio direttivo per le parti, vincolate a negoziare in vista della revisione del PEF o dell'approvazione di un piano per il riequilibrio.

13. - In conclusione, le critiche rivolte alla sentenza dalle amministrazioni appellanti vanno accolte solo in parte, ossia unicamente nella parte in cui il primo giudice, errando, ha ritenuto pienamente estendibili al periodo transitorio che si apre con la scadenza della concessione le condizioni

contrattuali previste dalla convenzione unica per la gestione “ordinaria” della struttura autostradale; e su tale presupposto ha annullato anche la delibera del CIPE 24 luglio 2019, n. 39.

14. - Va ribadito, peraltro, che l'amministrazione concedente (attraverso la predetta delibera o con altro atto) non è – allo stato – titolare del potere di unilaterale introduzione di un nuovo sistema di remunerazione per il capitale investito e per i nuovi investimenti o altri elementi del PEF avente per oggetto il periodo successivo alla scadenza della concessione; elementi in ordine ai quali, come si è veduto, le parti sono tenute a un obbligo di (ri)negoziazione, trattandosi di elementi non compiutamente disciplinati dalla convenzione unica.

14.1. –Vanno escluse, pertanto, forme di tutela quale l'azione di cui all'art. 2041 del codice civile, posto che – come costantemente affermato dalla giurisprudenza della Cassazione - quando l'arricchimento è la conseguenza di un contratto, o di altri rapporti, e del mancato adempimento dell'obbligazione che ne deriva a carico di una delle parti, la quale ha invece ottenuto la prestazione della controparte, non può parlarsi di causa ingiusta fin quando il contratto o il diverso rapporto conservino, rispetto alle parti e ai loro aventi causa, la propria efficacia vincolante; perciò, se sia possibile esperire l'azione contrattuale di adempimento o gli altri rimedi generali previsti nel caso di inadempimento, non è consentito di ricorrere al rimedio sussidiario di cui all'art. 2041 c.c.

14.2. – Come affermato in giurisprudenza, invece, lo strumento principale attraverso il quale la concessionaria può far valere le proprie ragioni economiche, in relazione alle corrispondenti variazioni delle condizioni della concessione, è costituito proprio «*dalla revisione del PEF, con le sue specifiche procedure e modalità [...] e con i corrispondenti rimedi e soluzioni - convenzionali e di legge - in caso di mancata soddisfazione in tale sede delle legittime aspirazioni della concessionaria (anche per mancato accordo sull'adeguamento), incluse, al ricorrere dei presupposti, le soluzioni estreme dello scioglimento del rapporto [...] e fatti salvi i rimedi avverso l'inerzia dell'ente concedente in relazione alla revisione [...] ed eventualmente quelli di natura risarcitoria in presenza dei corrispondenti presupposti*»: Cons. Stato, V, 20 luglio 2020, n. 4636, al punto 1.1.5 del “diritto”).

15. – In conclusione, alla luce delle considerazioni fino a questo momento svolte, la delibera del CIPE n. 38/2019 ha il valore di una direttiva rivolta al MIT (amministrazione concedente); così intesa, la stessa non è fuori dalle attribuzioni del CIPE, restando, comunque, in capo al MIT l'obbligo di rinegoziare i termini del piano finanziario. Ne deriva come ulteriore conseguenza che è illegittima la richiesta alla SAM (di cui alle note ministeriali del 13 novembre 2019, prot. 27451, del 15 novembre 2019, prot. 27534, del 19 febbraio 2020, prot. 4987) di formulare un piano di riequilibrio finanziario transitorio in adeguamento ai criteri del CIPE.

16. - Pertanto, l'appello va accolto nei limiti di cui ai punti precedenti della presente sentenza, come precisato in dispositivo.

17. - Le spese giudiziali vanno compensate integralmente tra le parti, in ragione della complessità della controversia.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione, e per l'effetto, in parziale riforma della sentenza appellata, rigetta il ricorso di primo grado nella parte in cui domanda l'annullamento della delibera CIPE n. 38/2019; conferma la sentenza nella parte in cui, in accoglimento del ricorso e dei motivi aggiunti di primo grado, annulla le note del Ministero delle

Infrastrutture e dei Trasporti del 13 novembre 2019, prot. 27451, del 15 novembre 2019, prot. 27534, del 19 febbraio 2020, prot. 4987.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 8 luglio 2021, tenuta in collegamento da remoto, con l'intervento dei magistrati:

Federico Di Matteo, Presidente FF

Stefano Fantini, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giorgio Manca

IL PRESIDENTE
Federico Di Matteo

IL SEGRETARIO