

Pubblicato il 02/02/2021

N. 01354/2021 REG.PROV.COLL.

N. 01284/2020 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1284 del 2020, integrato da motivi aggiunti, proposto da Società Autostrade Meridionali s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Luisa Torchia e Giulia Fortuna, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Luisa Torchia in Roma, viale Bruno Buozzi;

contro

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in persona del Ministro pro tempore, Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona del Presidente pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;
Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica - CIPE, Dipartimento per la Programmazione e il Coordinamento della Politica Economica - DIPE, Nucleo di Consulenza per l'Attuazione delle Linee guida per la Regolazione dei Servizi di pubblica utilità - NARS, Ministero dell'Economia e delle Finanze, non costituiti in giudizio;

per l'accertamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

della illegittimità del silenzio serbato dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti sull'istanza, da ultimo formulata con nota del 24.5.2019, di adozione di un Piano Economico Finanziario per il periodo 2013-2022 della concessione autostradale A3 Napoli-Salerno ai sensi della Convenzione e della disciplina regolatoria applicabile,

e per la condanna del Ministero delle infrastrutture e dei Trasporti ad approvare il Piano Economico Finanziario 2013-2022 della concessione autostradale assentita a Sam;

con motivi aggiunti depositati il 31.12.2019

per l'annullamento

della nota prot. 27451, del 13.11.2019, del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Dipartimento per le infrastrutture, i sistemi informativi e statistici, Direzione Generale per la Vigilanza sulle concessionarie autostradali, indirizzata a Sam;

della nota prot. 27534, del 15.11.2019, del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Dipartimento per le infrastrutture, i sistemi informativi e statistici, Direzione Generale per la Vigilanza sulle concessionarie autostradali;

della delibera del CIPE 24.7.2019, n. 38, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 255 del 30.10.2019, recante "Criterio generale per l'accertamento e per 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 (periodo transitorio)" e, ove occorre possa, di tutti gli atti e provvedimenti alla delibera stessa prodromici e connessi, ivi inclusi, la nota del MIT-Dipartimento per le Infrastrutture, i Sistemi informativi e statistici-Direzione Generale per la Vigilanza sulle concessioni autostradali, prot. 17104 del 26.4.2019 e la nota del MIT-Dipartimento per le Infrastrutture, i Sistemi informativi e statistici-Direzione Generale per la Vigilanza sulle concessioni autostradali, prot. 14840 del 12.6.2019;

e per l'accertamento

della illegittimità del perdurante silenzio serbato dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti sull'istanza, da ultimo formulata con nota del 24.5.2019, di adozione di un Piano Economico Finanziario per il periodo 2013-2022 della concessione autostradale A3 Napoli-Salerno ai sensi della Convenzione e della disciplina regolatoria applicabile;

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati il 20.5.2020:

per l'annullamento della nota prot. 4987 del 19 febbraio 2020 del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Dipartimento per le infrastrutture, i sistemi informativi e statistici, Direzione Generale per la Vigilanza sulle concessionarie autostradali, indirizzata a Sam.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento Programmazione e Coordinamento Politica Economica;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza del giorno 2 dicembre 2020 la dott.ssa Francesca Petrucciani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso principale la Società Autostrade Meridionali s.p.a. ha adito il TAR Campania, Napoli, chiedendo l'accertamento della illegittimità del silenzio serbato dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti sull'istanza, presentata con nota del 24.5.2019, di adozione di un Piano Economico Finanziario per il periodo 2013-2022 della concessione autostradale A3 Napoli-Salerno ai sensi della Convenzione e della disciplina regolatoria applicabile.

La ricorrente ha esposto di essere concessionaria per la progettazione, la costruzione e l'esercizio dell'autostrada A3 Napoli-Salerno, in forza della convenzione sottoscritta nel 1972, poi sostituita dalla Convenzione Unica sottoscritta il 28 luglio 2009 con Anas s.p.a., come integrata dall'atto di recepimento delle prescrizioni formulate dal CIPE con delibera del 13 maggio 2010.

A decorrere dal 1° ottobre 2012 il ruolo di concedente era stato assunto dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, ai sensi dell'art. 36 del d.l. n. 98 del 2011 nonché dell'art. 11, comma 5, del d.l. n. 216 del 2011.

La Convenzione definiva le modalità e gli strumenti per assicurare l'equilibrio economico finanziario del rapporto concessorio, mediante il Piano Economico Finanziario; quest'ultimo conteneva la stima dei costi e dei ricavi attesi e stabiliva i presupposti e le condizioni per garantire, sulla base del sistema tariffario previsto, la copertura degli investimenti e la gestione della tratta autostradale sino al 31 dicembre 2012, data inizialmente prevista per la scadenza della Convenzione.

La Convenzione e la disciplina regolatoria di settore (delibere CIPE 39/2007 e 27/2013) prevedevano poi meccanismi di revisione del PEF per garantire che la concessione rimanesse in equilibrio nel tempo, anche a fronte di eventi straordinari o della necessità di nuovi investimenti.

Ai sensi dell'art. 11.6 della Convenzione, il Piano Economico Finanziario poteva essere, infatti, *“soggetto a revisione su richiesta del Concedente e del Concessionario ove eventi straordinari ne abbiano determinato l'alterazione”*, nonché *“in presenza di un nuovo programma di investimenti ovvero in presenza di eventi straordinari che determinino un'alterazione dell'equilibrio economico-finanziario del medesimo”*.

La parte che intendeva attivare la procedura di revisione ne doveva dare comunicazione per iscritto all'altra parte, con l'esatta indicazione dei presupposti e delle ragioni che avrebbero comportato una alterazione dell'equilibrio del PEF, e della propria proposta per addivenire al nuovo equilibrio del piano, mentre l'altra parte doveva *“comunicare per iscritto le proprie determinazioni in merito alla richiesta di revisione entro 30 (trenta) giorni dalla ricezione della stessa”*; le parti avrebbero comunque dovuto *“trovare un accordo nei successivi 60 (sessanta) giorni”* (punto 11.10 della Convenzione).

La Convenzione imponeva, dunque, la revisione del Piano Economico Finanziario qualora fossero venute meno le condizioni di equilibrio della concessione, prevedendo, altresì, che a tale revisione si addivenisse entro tempi certi (30 giorni).

Nel caso di specie la Convenzione Unica tra Sam ed il Concedente era scaduta il 31 dicembre 2012 e Anas S.p.a. aveva avviato la procedura per il nuovo affidamento della concessione con bando di gara pubblicato nel mese di agosto del 2012.

La procedura, tuttavia, era al momento della proposizione del gravame ancora in corso, tanto che, nelle more dello svolgimento della stessa, il MIT aveva chiesto 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”*, con la precisazione che avrebbe comunicato *“con un congruo preavviso la data dell’effettivo subentro nella Concessione”* (nota del MIT del 20 dicembre 2012, prot. SVCA-MIT-0002423-P).

La richiesta era stata formulata dal Concedente in applicazione di quanto previsto dall’art. 5.1. della Convenzione Unica, secondo cui il Concessionario, anche dopo la scadenza della Convenzione, *“resta obbligato a proseguire nell’ordinaria amministrazione dell’esercizio dell’autostrada assentita in concessione e delle relative pertinenze fino al trasferimento della gestione stessa che avrà luogo contestualmente alla corresponsione dell’indennizzo di cui al successivo comma 2”* e, cioè, fino al subentro del nuovo concessionario e alla corresponsione del c.d. indennizzo di subentro.

Da allora, Sam aveva continuato a gestire l’autostrada assentitale in concessione, non essendo intervenuto il nuovo affidamento, giacché la gara per l’individuazione del concessionario subentrante si era conclusa con l’esclusione di tutti i concorrenti che avevano partecipato. I concorrenti esclusi avevano agito in giudizio chiedendo la riammissione, ma tutti i ricorsi erano stati respinti con sentenze del Consiglio di Stato n. 1247-1248 del 25.2.2019.

L’amministrazione aveva quindi avviato una nuova procedura (negoziata) per l’affidamento della concessione, ancora in corso.

Nelle more Sam aveva continuato ad adempiere agli obblighi derivanti dal rapporto concessorio, realizzando anche tutti gli investimenti necessari per garantire sia la sicurezza sia il miglioramento dell’infrastruttura, che avrebbero dovuto essere considerati ai fini dell’aggiornamento del PEF.

Dalla data di scadenza della Convenzione, inoltre, il Concedente aveva negato a Sam gli adeguamenti annuali delle tariffe relative agli anni 2013, 2014, 2015, 2016 e 2017, con provvedimenti poi annullati in sede giurisdizionale.

Per ripristinare la condizione di equilibrio della concessione, in applicazione delle disposizioni della Convenzione e della richiamata disciplina regolatoria, Sam aveva trasmesso al Concedente sin dal novembre 2014 alcune proposte per il PEF relativo al periodo successivo alla scadenza della Concessione (note del 7.11.2014 e del 9.2.2015), rimaste senza riscontro.

Con sentenza n. 4177 del 30 luglio 2015, il TAR Campania, Napoli aveva accolto il ricorso proposto da Sam avverso il silenzio dell’Amministrazione, dichiarando che la società, in quanto ancora concessionaria, aveva diritto all’adozione di un nuovo PEF nonostante la scadenza della Convenzione.

La sentenza era stata confermata dal Consiglio di Stato, con sentenza 30.11.2016, n. 5032.

All'esito del contenzioso, il MIT aveva chiesto a Sam di trasmettere una nuova proposta di PEF secondo le indicazioni nel frattempo fornite dal Concedente stesso, inviata in data 12.6.2017.

A seguito di tale trasmissione, il Concedente aveva tuttavia richiesto a Sam di integrare il PEF trasmesso con la previsione di alcuni nuovi interventi di manutenzione straordinaria, da concordare, ritenuti necessari per innalzare gli standard di sicurezza nelle more dell'individuazione del nuovo affidatario della concessione.

Sam aveva provveduto nel senso indicato dal Concessionario, presentando una proposta di piano di manutenzione straordinaria ai fini della integrazione della bozza di PEF (nota del 13.2.2018).

Con nota del 24.5.2019, Sam aveva nuovamente fornito al Concedente una proposta di PEF, aggiornando per la proposta già trasmessa con precedente nota del 13.2.2018, senza ottenere riscontro.

A sostegno del ricorso sono state formulate le seguenti censure:

1. Violazione e falsa applicazione dell'art. 2 della legge n. 241/1990. Violazione dell'art. 11 della Convenzione e della delibera CIPE n. 39/2007. Sulla illegittimità del silenzio serbato dal Concedente sulla proposta di Piano Economico Finanziario formulata da Sam.

Il silenzio serbato dal Concedente sulla proposta di PEF formulata da Sam da ultimo con nota del 24.5.19 doveva ritenersi illegittimo in quanto in contrasto con l'obbligo di provvedere sancito dall'art. 2 della l. n. 241/1990 e da specifiche disposizioni della Convenzione e dalle delibere CIPE di settore.

L'art. 11 della Convenzione prevedeva un meccanismo di revisione del PEF applicabile qualora venissero meno, come nel caso di specie, le condizioni di equilibrio della concessione ed imponeva al Concedente l'obbligo di provvedere entro 30 giorni all'esame della proposta di PEF e, nei successivi 60 giorni, all'approvazione della proposta stessa.

Tale previsione convenzionale doveva trovare applicazione anche con riferimento a rapporti concessori che si protraevano, come nel caso di specie, oltre la data di scadenza della relativa convenzione.

Il diritto all'aggiornamento e alla revisione del PEF in capo a Sam trovava fondamento, inoltre, anche nelle disposizioni della delibera CIPE n. 39/2007, che doveva applicarsi, ai fini del riequilibrio del rapporto in corso, anche alle concessioni scadute.

2. Sul diritto di Sam all'approvazione di un PEF di riequilibrio. Sulla fondatezza della pretesa avanzata dalla Società.

Ricorrerebbero altresì, nel caso di specie, i presupposti per l'accertamento della fondatezza della pretesa avanzata dalla ricorrente e, in particolare, della sussistenza del diritto di Sam all'adozione di un PEF di riequilibrio per il periodo concessorio 2013-2022, secondo quanto disposto dall'art. 31, comma 3, c.p.a., in quanto la sussistenza dello squilibrio della concessione registrato da Sam si fondava su dati oggettivi e derivava direttamente dalla scadenza del PEF allegato alla Convenzione e dal mancato e illegittimo riconoscimento dei diritti di Sam quale concessionario, tenuto a proseguire nella gestione della concessione oltre la scadenza della Convenzione stessa.

Il piano dei nuovi investimenti inseriti nella proposta di PEF in discussione era già stato condiviso con gli uffici competenti e il Concedente aveva già accertato ed indicato l'ammontare del credito della concessionaria a titolo di Capitale Investito per gli investimenti sostenuti e non ammortizzati nel corso della concessione, dovuto a titolo di valore di subentro (nota del MIT del 8.11.2018, prot. 25178).

Ricorrerebbero quindi i presupposti per la condanna del concedente all'adozione di un PEF di riequilibrio.

3. Sui danni arrecati a Sam in conseguenza dell'adozione di un PEF per il periodo concessorio 2013-2022.

La mancata definizione di un PEF per il periodo concessorio 2013-2022 avrebbe arrecato alla ricorrente un danno economico molto ingente, in quanto la concessionaria avrebbe già vantato, alla data del 31.12.2019, un credito di circa 38,4 milioni di euro, secondo lo stralcio del Piano Economico Finanziario sottoposto al Concedente per l'approvazione.

Si è costituito il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti resistendo al ricorso.

Con motivi aggiunti depositati il Sam ha impugnato le note del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti del 13.11.2019 e del 15.11.2019, e la delibera del CIPE 24.7.2019, n. 38, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 255 del 30.10.2019, recante "Criterio generale per l'accertamento e per 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 (periodo transitorio)".

La ricorrente ha esposto che, dopo la proposizione del ricorso, con nota prot. 27451 del 13.11.2019 il MIT le aveva comunicato alla ricorrente la sopravvenuta pubblicazione della delibera CIPE n. 38/2019, che avrebbe introdotto disposizioni rilevanti ai fini della definizione dei rapporti contrattuali tra le parti, chiedendole la predisposizione "di apposito Piano Economico-Finanziario transitorio, nel rispetto dei criteri stabiliti dalla precitata Delibera CIPE".

Con successiva nota del 13.11.2015, prot. 27534, depositata dall'Avvocatura dello Stato nell'ambito del presente giudizio il 20.11.2019, il MIT aveva poi giustificato il silenzio serbato in relazione all'approvazione del PEF con la presunta necessità di attendere la registrazione alla Corte dei Conti della richiamata delibera del CIPE.

Per quanto attiene ai nuovi criteri stabiliti nella delibera, la società aveva segnalato al Concedente che la stessa prevedeva un nuovo tasso di remunerazione del Capitale Investito Netto (CIN) - pari al tasso BCE incrementato dell'1% - applicabile solamente "ove non diversamente disciplinata dagli atti convenzionali".

La Convenzione della società recava, invece, una specifica disciplina relativa al tasso di remunerazione del CIN, laddove, nell'allegato B, con riferimento alla congrua remunerazione del capitale investito, era previsto che "il costo medio ponderato risulta pari al 10,11%".

Con la delibera 24.7.2019, n. 38, recante il "*Criterio generale per l'accertamento e per 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 (periodo transitorio)*", il CIPE aveva stabilito che la regolazione dei rapporti intercorrenti sino alla data di effettivo subentro da parte del nuovo concessionario era definita, ai

soli fini della quantificazione degli eventuali benefici netti registrati nel periodo compreso tra la data di scadenza della concessione e la data di effettivo subentro e fatte salve specifiche pattuizioni convenzionali vigenti, attraverso la predisposizione di un Piano finanziario transitorio approvato con decreto interministeriale (MIT - MEF).

Al punto 2 dell'allegato A della delibera era previsto, inoltre, che nel periodo transitorio il concessionario scaduto doveva assicurare la prosecuzione della gestione ordinaria del servizio e l'esecuzione degli interventi di manutenzione e adeguamento delle infrastrutture che si rendevano comunque necessari ai fini della sicurezza dell'utenza; al punto 5 della delibera era stabilito che "la remunerazione del Capitale investito netto (CIN), rilevato alla scadenza della concessione, ove non diversamente disciplinata dagli atti convenzionali, è pari al tasso BCE (tasso di interesse sulle operazioni di rifinanziamento principali) incrementato dell'1%".

Infine, secondo il punto 7 "*“i nuovi investimenti, assentiti dal concedente ed eseguiti nel periodo transitorio sino alla data di effettivo subentro, con particolare riguardo a quelli per la sicurezza, sono remunerati attraverso il parametro del Costo medio ponderato del capitale (WACC), determinato applicando integralmente i criteri previsti dalla delibera CIPE n. 39 del 2007 e successive modificazioni, da adottarsi razione temporis”*, con la precisazione che "*per tali investimenti il rischio di costruzione rimane in capo al concessionario scaduto”*."

A sostegno dei motivi aggiunti sono state proposte le seguenti censure:

1. Violazione e falsa applicazione dell'art. 2 della legge n. 241/1990. Violazione dell'art. 11 della Convenzione e della delibera CIPE n. 39/2007. Sulla illegittimità del silenzio serbato dal Concedente sulla proposta di Piano Economico Finanziario formulata da Sam. Sulla perduranza dell'illegittimo silenzio-inadempimento dell'amministrazione.

Le note del MIT adottate successivamente all'instaurazione del giudizio non sarebbero idonee a far venire meno il silenzio serbato dall'amministrazione sull'istanza della società di adozione di un Piano Economico Finanziario per il periodo 2013-2022, essendo a tal fine necessario che l'amministrazione adotti un provvedimento formale, che indichi le determinazioni finali del concedente sulla proposta presentata dalla concessionaria.

2. Violazione e falsa applicazione della delibera CIPE n. 38/2019. Violazione dell'art. 11 della Convenzione e della delibera CIPE n. 39/2007. Violazione dei principi di irretroattività, imparzialità e non discriminazione. Eccesso di potere per irragionevolezza, ingiustizia manifesta, illogicità e disparità di trattamento. Violazione dei principi di buona fede e di legittimo affidamento.

I provvedimenti impugnati sarebbero illegittimi, in ogni caso, nella parte in cui determinano l'applicazione al procedimento di adozione del PEF di Sam del nuovo tasso di remunerazione del capitale investito netto stabilito al punto 5 della sopravvenuta delibera del CIPE n. 38/2019.

Nella nota con cui il MIT aveva, il 20 dicembre 2012, chiesto alla società di proseguire nella gestione della concessione nonostante la scadenza della Convenzione, il Concedente aveva espressamente richiesto a Sam, anzitutto, "*di proseguire, a far data dal 1° gennaio 2013, nella gestione della Concessione secondo i termini e le modalità previste dalla Convenzione vigente”*."

L'inapplicabilità al procedimento di approvazione del PEF di Sam del nuovo tasso di remunerazione del capitale investito previsto dalla delibera 38/2019 discenderebbe, comunque, dal principio di inapplicabilità dello *ius superveniens* a procedimenti già iniziati e non conclusi entro il

termine previsto per responsabilità dell'amministrazione, nonché dai principi di buona fede e di legittimo affidamento.

Ai sensi della Convenzione (art. 11) e delle delibere CIPE di settore, l'iter di approvazione del PEF di Sam per il periodo regolatorio 2013-2022 avrebbe dovuto concludersi già da molto tempo, e ciò non sarebbe avvenuto in ragione di ritardi imputabili al Concedente, le cui conseguenze non potrebbero ricadere sulla concessionaria.

2.2. Violazione e falsa applicazione della delibera CIPE n. 38/2019 nella parte in cui prevede l'applicabilità del nuovo tasso di remunerazione del capitale investito solamente "ove non diversamente disciplinata dagli atti convenzionali".

Il nuovo tasso di remunerazione del capitale investito netto stabilito al punto 5 della delibera del CIPE n. 38/2019 sarebbe inapplicabile al procedimento di adozione del PEF della concessione di Sam per il periodo 2013-2022, inoltre, per espressa disposizione del CIPE, in quanto applicabile, per stessa previsione del CIPE, solamente ove la fattispecie non sia "diversamente disciplinata dagli atti convenzionali"; la Convenzione in essere tra le parti recava, infatti, una specifica disciplina relativa al tasso di remunerazione del CIN, laddove, nell'allegato B, con riferimento alla congrua remunerazione del capitale investito, era previsto un tasso del "10,11%", salvi alcuni aggiornamenti da apportare periodicamente a tale tasso ai sensi della delibera CIPE n. 39/2007.

La validità di tale disciplina era stata espressamente confermata dal Concedente anche per il periodo successivo alla scadenza della Convenzione, nella nota con cui il MIT aveva a suo tempo chiesto alla società di proseguire nella gestione della concessione nonostante la scadenza.

3. Carezza di motivazione e di istruttoria. Violazione dei diritti di partecipazione di Sam.

La delibera CIPE n. 38/2019, ove ritenuta applicabile alla concessione di Sam, è stata censurata per carezza di motivazione e di istruttoria, in quanto avrebbe introdotto un criterio di remunerazione del capitale investito del tutto nuovo e penalizzante per la società ricorrente, senza specificare le ragioni sottese all'adozione del criterio stesso.

Non era stato chiarito, infatti, né perché il criterio di remunerazione del capitale investito sarebbe dovuto mutare con riferimento alle concessioni in regime di c.d. *prorogatio*, né perché sarebbe stato prescelto il criterio del tasso BCE incrementato dell'1% anziché un altro criterio, eventualmente meno penalizzante.

La delibera CIPE n. 38/2019 sarebbe stata adottata, inoltre, all'esito di un'istruttoria del tutto carente, senza effettuare ulteriori accertamenti rispetto alla precedente delibera n. 3/2019, che prevedeva un diverso criterio di remunerazione del capitale investito (parametro relativo al premio di rischio pari a zero) rispetto alla delibera CIPE n. 38/2019 (tasso BCE incrementato del 1%).

Allo stesso modo, con riferimento alla violazione dei diritti partecipativi, SAM ha dedotto di essere stata convocata per esprimere le proprie considerazioni circa il criterio di remunerazione del capitale investito previsto dalla delibera CIPE n. 3/2019, mentre nessuna partecipazione era stata garantita alla società con riferimento al distinto criterio di remunerazione del capitale investito poi introdotto con la delibera CIPE n. 38/2019 (tasso BCE incrementato del 1%).

4. Violazione e falsa applicazione della delibera del CIPE n. 39/2007 del 15 giugno 2007. Violazione e falsa applicazione dell'art. 15 e dell'allegato B della Convenzione.

La delibera CIPE n. 38/2019 e gli altri provvedimenti impugnati sarebbero illegittimi anche in quanto contrastanti con i principi stabiliti dal CIPE e dalla Convenzione in materia di remunerazione del capitale investito, in quanto l'art. 15 della Convenzione richiamava, ai fini della congrua remunerazione del capitale investito, la metodologia di cui alla delibera CIPE n. 38/2007, fissando il tasso di remunerazione al 10,11%.

Tale tasso, peraltro, era stato oggetto di specifico vaglio anche da parte del CIPE nella delibera n. 24/2010, con cui il CIPE stesso ha formulato le proprie prescrizioni in relazione allo Schema di Convenzione Unica di Sam, prendendo atto che il tasso di remunerazione del capitale investito "è pari a 10,11 per cento".

5. Violazione del principio di irretroattività dei provvedimenti amministrativi. Violazione dei principi di buona fede e di legittimo affidamento. Illegittimità per ingiustizia manifesta e illogicità. Violazione e falsa applicazione degli artt. 11 e 9 bis della Convenzione.

La delibera CIPE n. 38/2019 e gli altri provvedimenti impugnati sarebbero illegittimi, poi, perché introdurrebbero *ex post* presunti criteri di remunerazione del capitale investito con decorrenza a partire dal 1.1.2013, producendo dunque illegittimi effetti retroattivi e violando l'affidamento riposto da Sam nella prosecuzione del rapporto concessorio nei termini ed alle condizioni previste dalla Convenzione.

6. Violazione dei principi di proporzionalità, correttezza, correttezza e buona fede. Eccesso di potere per arbitrarietà e illogicità manifesta. Sull'eccessivo squilibrio del rapporto concessorio ai danni del Concessionario. Eccesso di potere per contraddittorietà. Violazione della delibera CIPE n. 68/2017.

La delibera del CIPE n. 38/2019 e gli altri provvedimenti impugnati sarebbero illegittimi anche perché determinerebbero un ingiustificato squilibrio del rapporto concessorio, sbilanciato ai danni del Concessionario.

Si è costituito il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti resistendo al ricorso.

Con ordinanza n. 430 del 29 gennaio 2020 il TAR Campania, Napoli ha dichiarato la propria incompetenza in favore di questo Tribunale, innanzi al quale il ricorso è stato riassunto ai sensi dell'art. 15, comma 4, c.p.a..

Con motivi aggiunti depositati il 20 maggio 2020, affidati alle medesime censure, la ricorrente ha impugnato altresì la nota prot. 4987 del 19 febbraio 2020 con cui il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ha nuovamente richiesto la presentazione di un Piano Finanziario secondo le regole previste dalla delibera CIPE n. 38/2019.

All'udienza del 2 dicembre 2020, tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Devono preliminarmente essere esaminati, per ragioni di ordine logico, i due atti di motivi aggiunti con cui la ricorrente ha impugnato le note del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti del 13 gennaio 2019, del 15 novembre 2019 e del 19 febbraio 2020, con le quali il concedente ha comunicato a Sam la sopravvenuta pubblicazione della delibera CIPE n. 38/2019, che ha introdotto disposizioni rilevanti ai fini della definizione dei rapporti contrattuali tra le parti, chiedendole la

predisposizione di un nuovo Piano Economico-Finanziario transitorio, nel rispetto dei criteri stabiliti da tale delibera.

Con tale atto il CIPE ha individuato il “*Criterio generale per l'accertamento e per 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 (periodo transitorio)*”, dichiaratamente al fine di individuare, come già auspicato nella precedente delibera n. 3/2019, «una regolazione unitaria per tutte le società concessionarie scadute», facendo comunque salve le specifiche pattuizioni convenzionali vigenti.

La delibera ha stabilito che, per il periodo posteriore alla scadenza della concessione, “*La remunerazione del Capitale investito netto (CIN), rilevato alla scadenza della concessione, ove non diversamente disciplinata dagli atti convenzionali, è pari al tasso BCE (tasso di interesse sulle operazioni di rifinanziamento principali) incrementato dell'1%.*”

6. La differenza, positiva o negativa, tra i ricavi e i costi ammessi per il periodo transitorio (saldo di poste figurative) è capitalizzata al tasso BCE (tasso di interesse sulle operazioni di rifinanziamento principali) incrementato dell'1%.

7. I nuovi investimenti, assentiti dal concedente ed eseguiti nel periodo transitorio sino alla data di effettivo subentro, con particolare riguardo a quelli per la sicurezza, sono remunerati attraverso il parametro del Costo medio ponderato del capitale (WACC), determinato applicando integralmente i criteri previsti dalla delibera CIPE n. 39 del 2007 e successive modificazioni, da adottarsi ratione temporis. Per tali investimenti il rischio di costruzione rimane in capo al concessionario scaduto”.

Il Ministero delle Infrastrutture ha quindi sostenuto che il PEF da approvare in via transitoria per il periodo dal 2013 al 2022, successivo alla scadenza della concessione con Sam e fino al subentro del nuovo concessionario, dovesse essere redatto in applicazione della disciplina della delibera CIPE sopra riportata.

Al riguardo la ricorrente ha contestato, in primo luogo, che le note inviate dall'Amministrazione non sarebbero idonee a far venir meno il silenzio sull'istanza di approvazione della proposta di PEF redatta da Sam, non essendo applicabili i criteri previsti dalla delibera CIPE n. 38/2019, giacché, nella nota con cui il MIT aveva, il 20 dicembre 2012, chiesto alla società di proseguire nella gestione della concessione nonostante la scadenza della Convenzione, il Concedente aveva espressamente richiesto a Sam di proseguire nella gestione della Concessione secondo i termini e le modalità previste dalla Convenzione vigente.

La delibera CIPE n. 38/2019 prevedeva l'applicabilità del nuovo tasso di remunerazione del capitale investito solamente “*ove non diversamente disciplinata dagli atti convenzionali*” mentre, nel caso di specie, la Convenzione in essere tra le parti recava una specifica disciplina relativa al tasso di remunerazione del CIN, laddove, nell'allegato B, con riferimento alla congrua remunerazione del capitale investito, era previsto un tasso del “10,11%”, salvi alcuni aggiornamenti da apportare periodicamente a tale tasso ai sensi della delibera CIPE n. 39/2007.

La validità di tale disciplina sarebbe stata espressamente confermata dal Concedente anche per il periodo successivo alla scadenza della Convenzione, nella nota con cui il MIT aveva a suo tempo chiesto alla società di proseguire nella gestione della concessione nonostante la scadenza.

Tale assunto è fondato.

Con la missiva inviata alla concessionaria il 20 dicembre 2012 il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ha richiesto alla stessa, nelle more del perfezionamento del subentro nella Concessione, *“di proseguire, a far data dal 1° gennaio 2013, nella gestione della Concessione secondo i termini B le modalità previste dalla Convenzione vigente (cfr. nello specifico, il primo comma dell'art. 5 di detta Convenzione) nonché di porre in essere tutte le azioni necessarie al mantenimento del livello del servizio con particolare riferimento alla messa in sicurezza, per l'utenza, della struttura autostradale nelle aree interessate dai cantieri, da verificare con l'Ufficio Territoriale di Roma di questo Ministero”*.

Sulla base di tale richiesta la concessionaria ha quindi continuato a gestire le opere alle condizioni previste dalla concessione scaduta.

Tale circostanza è stata già accertata da precedenti pronunce del giudice amministrativo che, nella definizione dei contenziosi che hanno avuto ad oggetto le vicende del rapporto concessorio in esame, richiamando l'art. 5.1 della Convenzione, secondo cui *“alla 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”*, ha affermato che *“il dato letterale del testo della convenzione impone di ritenere l'immutazione sia della fonte regolativa del rapporto, che resta la convenzione originaria anche per il periodo successivo all'originaria scadenza, sia della qualificazione formale del titolare della gestione che resta infatti definito come “concessionario”, precisando altresì che non risulta dal testo della convenzione, né da altre fonti, una vicenda novativa dell'originario titolo concessorio, “che deve pertanto ritenersi immutato per quanto concerne la gestione dell'autostrada anche per il periodo successivo alla scadenza del 31 dicembre 2012” (TAR Campania, Napoli, sez. I, sentenza n. 395/2015).*

SAM, inoltre, *“è stata investita del compimento e della prosecuzione di opere ed interventi di miglioramento della rete autostradale in concessione, sintomatiche di una situazione di conservazione della titolarità della qualità di concessionario, con applicazione di tutte le regole convenzionali poste a presidio dell'equilibrio di gestione” (T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, n. 5337/2016).*

Tali statuizioni sono state ribadite in altri giudizi, ai fini del riconoscimento alla società del diritto alla rimodulazione annuale delle tariffe di pedaggio (TAR Campania, Napoli, sentenze nn. 4177 del 30.7.2015 e 4658 del 2.9.2014), e successivamente hanno trovato conferma in grado di appello, avendo il Consiglio di Stato affermato che la ricorrente ha continuato a gestire l'autostrada svolgendo *“funzioni di ogni altro gestore, con obblighi analoghi”*, con la conseguenza che la società non può essere titolare di *“diritti minorati”* (cfr. Cons. St., sez. IV, 30 novembre 2016, n. 5032). Con tale ultima pronuncia il Consiglio di Stato ha altresì chiarito che la disciplina recata dalla delibera CIPE n. 39/2007 trova applicazione con riferimento a tutte le concessioni in essere, intendendosi per tali anche quelle già scadute, in regime di *prorogatio*.

Pertanto la prosecuzione del rapporto, per effetto dell'accordo delle parti, alle condizioni previgenti risulta confermata ed è stata oggetto di accertamento definitivo anche nei contenziosi già intercorsi tra le parti, con la conseguenza che, fintanto che il concessionario uscente resta obbligato a proseguire nell'esercizio dell'autostrada, il rapporto resta disciplinato dalla Convenzione originaria.

Del resto, come rilevato dalla ricorrente nei motivi aggiunti, il nuovo tasso di remunerazione del capitale investito netto stabilito al punto 5 della delibera del CIPE n. 38/2019 sarebbe inutilizzabile nel procedimento di adozione del PEF della concessione di Sam per il periodo 2013-2022 anche per espressa disposizione della delibera stessa, che ne prevede l'applicabilità solamente ove la

fattispecie non sia “*diversamente disciplinata dagli atti convenzionali*”; la Convenzione in essere tra le parti reca, infatti, una specifica disciplina relativa al tasso di remunerazione del CIN, laddove, nell’allegato B, con riferimento alla congrua remunerazione del capitale investito, è previsto un tasso del “10,11%”, salvi alcuni aggiornamenti da apportare periodicamente a tale tasso ai sensi della delibera CIPE n. 39/2007.

Nel caso in esame, essendo come detto il rapporto proseguito sulla base della Convenzione in essere, deve ritenersi operativa la condizione sopra riportata, che deroga all’applicazione dei nuovi criteri ove la fattispecie sia disciplinata in modo diverso dalle pattuizioni convenzionali.

In tal senso, del resto, depone anche la motivazione della delibera del CIPE, che in più punti richiama “*la nota presentata e illustrata dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti durante la riunione preparatoria del CIPE del 3 luglio 2019, prot. DIPE n. 3684, con la quale sottopone alla deliberazione del CIPE, una proposta regolatoria che prevede, per il periodo intercorrente tra la data di scadenza della concessione e la data di effettivo subentro del nuovo concessionario (periodo transitorio), la necessità di fare salve specifiche pattuizioni convenzionali vigenti*”, e “*il parere NARS n. 4 del 10 luglio 2019, che, preso atto della esigenza rimarcata dal Ministero proponente di far emergere espliciti elementi di discontinuità nei rapporti economici tra concedente e concessionario a valle della scadenza della concessione e stante la necessità che le attività finalizzate ai nuovi affidamenti delle concessioni siano intraprese e concluse in tempo utile al fine di evitare l’emergere di situazioni patologiche, suggerisce tra l’altro di: introdurre una clausola generale di salvaguardia che faccia salve specifiche pattuizioni convenzionali vigenti...*”.

Anche sotto tale profilo, pertanto, risulta fondata la deduzione della inapplicabilità delle nuove disposizioni portate dalla delibera n. 38/2019 alla concessione in essere con la ricorrente.

Deve essere accolta, altresì, la censura proposta con il quinto motivo, avente ad oggetto la contestata applicazione retroattiva della delibera CIPE n. 38/2019.

La concessione in esame, infatti, è scaduta a fine 2012 e, da allora, come visto, è proseguita la gestione del concessionario secondo i termini della Convenzione tra le parti, come richiesto dal Ministero concedente.

L’applicazione dei nuovi criteri, pertanto, implicherebbe che la disciplina del rapporto, per il periodo che va dal 2013 al 2022 e, quindi, è in gran parte già decorso, sarebbe regolata secondo i criteri approvati dal CIPE con delibera del 24 luglio 2019, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 30 ottobre 2019; di conseguenza, tali nuovi parametri interverrebbero su un rapporto che, in gran parte, ha già trovato svolgimento, modificandone a posteriori l’assetto in assenza di disciplina di fonte legislativa al riguardo, in violazione del principio di irretroattività.

I motivi aggiunti devono quindi essere accolti, con annullamento degli atti impugnati, non residuando interesse all’esame delle ulteriori censure.

Per le medesime considerazioni deve essere accolto il ricorso principale avverso il silenzio, stante l’illegittimità delle statuizioni volte a richiedere, ai fini della definizione del procedimento di approvazione del PEF, la predisposizione da parte della ricorrente della proposta di piano secondo i criteri della delibera CIPE sopravvenuta.

Va dunque accertata l’illegittimità del silenzio in ordine all’istanza della ricorrente per l’approvazione del PEF, con obbligo del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti di adottare la

determinazione conclusiva del procedimento entro trenta giorni dalla notificazione o comunicazione della presente sentenza.

Va invece respinta la richiesta di pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio, ai sensi dell'art. 31 c.p.a., trattandosi con evidenza di esercizio di un potere tecnico-discrezionale, che presuppone accertamenti istruttori ancora da compiere, consistenti nella verifica dei dati trasmessi da parte ricorrente.

Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li accoglie e, per l'effetto:

annulla le note impugnate con i motivi aggiunti;

accerta l'illegittimità del silenzio serbato sull'istanza della ricorrente, con ordine al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti di adottare la determinazione conclusiva del procedimento entro trenta giorni dalla notificazione o comunicazione della presente sentenza.

Condanna l'Amministrazione resistente alla rifusione in favore della ricorrente delle spese di lite, che si liquidano in complessivi euro 2.500,00 oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 dicembre 2020, tenutasi da remoto in videoconferenza ex art. 25 d.l. n. 137/2020, con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Francesca Petrucciani, Consigliere, Estensore

Lucia Maria Brancatelli, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Francesca Petrucciani

IL PRESIDENTE
Antonino Savo Amodio

IL SEGRETARIO