



FEDERCULTURE

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 80 del 2020, proposto da

S.P. s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Arturo Cancrini e Sara Di Cunzolo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Arturo Cancrini in Roma, piazza San Bernardo, 101;

contro

Ministero delle infrastrutture e dei trasporti - Dipartimento per le infrastrutture e i sistemi informativi e statistici, Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio - Sede di Roma (Sezione Prima) n. 14703/2019, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti - Dipartimento per le infrastrutture e i sistemi informativi e statistici, nonché del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza del giorno 9 luglio 2020, tenuta con le modalità di cui all'art. 84, comma 6, D.L. n. 18 del 2020, convertito con modificazioni dalla L. n. 27 del 2020, come da verbale, il Cons. Alberto Urso, e trattenuta la causa in decisione ai sensi dell'art. 84, comma 5, D.L. n. 18 del 2020, convertito con modificazioni dalla L. n. 27 del 2020;



FEDERCULTURE

Svolgimento del processo

1. S.P. s.p.a. è l'attuale concessionaria per la gestione della rete autostradale costituita dalle Autostrade A24 e A25.

2. Con decreto del 24 aprile 2018, trasmesso giusta nota n. 8769 in pari data, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, ente concedente, approvava il progetto esecutivo presentato dalla stessa S.P. per i "lavori di riqualificazione degli impianti tecnologici della Galleria San Rocco, San Domenico e Gran Sasso. Aggiornamento progetto esecutivo di completamento della Galleria Gran Sasso", in relazione all'adeguamento delle gallerie autostradali ai sensi del D.Lgs. n. 264 del 2006.

Il decreto, pur prevedendo l'importo del progetto (i.e., Euro 6.380.919,21), precisava che esso non trovava copertura nel Piano economico-finanziario sotteso alla concessione: avrebbe perciò potuto essere eventualmente contemplato negli impegni d'investimento della relativa proposta di aggiornamento, mentre in caso di mancato riconoscimento a fini regolatori la spesa sarebbe rimasta a carico della concessionaria.

3. Avverso tale provvedimento e gli atti correlati e conseguenti - fra cui la nota ministeriale del 21 giugno 2018 che ribadiva l'obbligatorietà degli interventi, da eseguire entro il 30 aprile 2019 a prescindere dallo stato di approvazione del nuovo Piano economico-finanziario - S.P. proponeva ricorso davanti al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio che, nella resistenza del Ministero, dopo avere svolto istruttoria documentale e richiesto chiarimenti all'amministrazione, respingeva il ricorso.

4. Ha proposto appello S.P. formulando i seguenti motivi di doglianza:

I) violazione e/o falsa applicazione dei principi di ragionevolezza, efficienza e di buon andamento della p.a. (artt. 81 e 97 Cost.; artt. 1 e 3 L. n. 241 del 1990; art. 1, comma 183, L. n. 228 del 2012; art. 5 D.L. n. 133 del 2014, conv. con L. n. 164 del 2014; D.Lgs. n. 264 del 2006; D.Lgs. n. 50 del 2016 e ss. mm. e ii. in materia di concessioni e affidamenti in genere); violazione e falsa applicazione delle norme di contabilità pubblica e delle Del.CIPE n. 39 del 2007 e Del.CIPE n. 27 del 2013; violazione e/o falsa applicazione delle prescrizioni della convenzione unica del 18 novembre 2009; eccesso di potere per sviamento, manifesta carenza di istruttoria, difetto di motivazione, contraddittorietà rispetto alle precedenti determinazioni e ingiustizia manifesta;

II) omessa pronuncia; violazione e falsa applicazione di legge (art. 97 Cost.; art. 10-bis, L. n. 241 del 1990).



FEDERCULTURE

L'appellante ha proposto anche domanda di risarcimento del danno, già avanzata in primo grado.

5. Resiste al gravame il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti chiedendone la reiezione.

6. All'udienza del giorno 9 luglio 2020 tenuta ai sensi e con le modalità di cui all'art. 84, comma 5 e 6, D.L. n. 18 del 2020, convertito con modificazioni dalla L. n. 27 del 2020, la causa è stata trattenuta in decisione.

Motivi della decisione

1. Col primo motivo di gravame l'appellante si duole del rigetto della censura con la quale aveva dedotto in primo grado l'illegittimità del decreto impugnato, con cui il Ministero, pur approvando la linea tecnica del progetto proposto, non metteva a disposizione alcuna corrispondente provvista finanziaria in favore della concessionaria: ciò, oltre a dar luogo a una determinazione irragionevolmente gravosa per la stessa concessionaria, implicava anche una chiara violazione delle regole di contabilità pubblica e dei principi di necessaria copertura economico-finanziaria delle spese nell'ambito dei rapporti passivi dell'amministrazione.

In tale contesto, il provvedimento risulterebbe viziato anche per correlato difetto d'istruttoria e di motivazione, nonché per violazione degli obblighi in capo al Ministero di assicurare il tempestivo riequilibrio del Pef - Piano economico-finanziario.

Né siffatto riequilibrio potrebbe essere assicurato ex post, solo successivamente agli interventi e in fase d'aggiornamento del Pef: in ragione della funzione propria del Pef quale fulcro e strumento d'equilibrio finanziario del rapporto concessorio, esso è chiamato infatti a garantire la costante sostenibilità degli obblighi del concessionario, il quale non può perciò essere onerato di prestazioni aggiuntive in difetto d'adeguata copertura finanziaria.

In tale prospettiva, il giudice di primo grado avrebbe erroneamente escluso la necessità di un flusso di risorse - attraverso l'adozione di un "piano-stralcio" o l'attribuzione di appositi finanziamenti, se non il preventivo adeguamento del Pef - a fronte dell'approvazione degli interventi.

Allo stesso modo, sarebbe illegittima la previsione del decreto che ha posto senz'altro a carico di S.P. gli oneri degli interventi in caso di loro mancato riconoscimento in fase di revisione del Pef.

1.1. Il motivo non è condivisibile.



1.1.1. Va premesso che la convenzione unica del 18 novembre 2009 stipulata fra la S.P. e l'A. s.p.a., attualmente in essere con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti a seguito di suo subentro all'A. ai sensi dell'art. 36 D.L. n. 98 del 2011 e dell'art. 5 D.L. n. 216 del 2011, prevede espressamente che sono affidati alla concessionaria, fra l'altro, gli "interventi per l'adeguamento impianti delle gallerie alla normativa vigente" (art. 2.2, lett. c.2).

L'art. 3, comma 1, D.Lgs. n. 264 del 2006 (Attuazione della direttiva 2004/54/CEE in materia di sicurezza per le gallerie della rete stradale transeuropea) stabilisce a sua volta che "i Gestori delle gallerie provvedono affinché le gallerie di loro competenza, rientranti nel campo di applicazione del presente decreto, soddisfino i requisiti minimi di sicurezza di cui all'allegato 2"; il successivo art. 5 chiarisce al riguardo che il "Gestore della galleria" è individuato, rispettivamente, "nell'A., per le strade in gestione diretta, e nelle Società concessionarie, per quelle affidate in concessione". L'obbligo di adeguamento riguarda in specie "tutte le gallerie situate nel territorio italiano appartenenti alla rete stradale transeuropea, di lunghezza superiore a cinquecento metri già in esercizio, in fase di costruzione o allo stato di progetto" (art. 1, comma 2, D.Lgs. n. 264 del 2006).

Discende da dette previsioni che l'obbligo di riqualificazione e adeguamento delle gallerie nei termini suindicati grava di per sé in capo all'odierna appellante direttamente in ragione della qualità di concessionaria autostradale dalla stessa rivestita, la quale implica - a tenore di legge e di convenzione - (anche) siffatto impegno, che è senz'altro consustanziale sia al possesso del bene che deriva dalla concessione, sia all'inerente condizione di responsabile della sua vigile custodia e diligente cura vuoi verso il concedente, vuoi verso l'utenza, vuoi verso i terzi. Si tratta di obbligo automatico al sorgere dell'esigenza materiale, autonomo e autosufficiente, cui restano estranee reciprocità rinvenibili nel rapporto di concessione: sicché il suo adempimento è in sé indifferente a qualsiasi (asserito) inadempimento da parte del concedente e, in particolare, qui quello da S.P. lamentato circa la mancata revisione del Piano economico e finanziario (al riguardo, v. *amplius infra*, spec. al 1.1.5).

A tal riguardo, come già posto in risalto da questa Sezione con ordinanza resa in sede di appello cautelare, il suddetto adeguamento si risolve nella "doverosa realizzazione dei necessari e inderogabili interventi idonei a mettere in sicurezza l'infrastruttura, il cui onere senz'altro ... incombe su S.P. in ragione della concessione" (Cons. Stato, V, ord. 14 dicembre 2018, n. 6065).

Per tali motivi S.P. risulta comunque gravata di suo dell'obbligo di adeguamento alla normativa in vigore delle gallerie secondo quanto previsto dal D.Lgs. n. 264 del 2006, ciò rientrando di per sé - per legge e per convenzione - nel perimetro delle obbligazioni di cui



la concessionaria è titolare e che concorrono nell'insieme a formare il rischio operativo a suo carico.

1.1.2. Conseguenze da quanto esposto che la concessionaria risulta astretta di per sé all'obbligazione d'adeguamento delle gallerie ricomprese nella tratta autostradale affidata. In ipotesi, se il relativo impegno produce apprezzabili alterazioni nell'equilibrio economico-finanziario del rapporto, la stessa concessionaria potrà - al ricorrere di determinate circostanze - richiedere poi la correzione dello squilibrio, o quanto meno l'aggiornamento delle condizioni economico-finanziarie di concessione (v. *amplius infra*, sub 1.1.3).

Il che può avvenire proprio attraverso la revisione Pef, documento che per sua natura esprime, anche dinamicamente, la sintesi e la matrice economico-finanziaria del rapporto concessorio assicurandone la costante sostenibilità e redditività (cfr., con particolare riferimento alla fase di gara, Cons. Stato, III, 22 novembre 2011, n. 6144, per cui "il PEF, in particolare, rappresenta e definisce i ricavi attesi ed i relativi flussi di cassa in rapporto ai costi di gestione stimati e ne spiega la sostenibilità nell'equilibrio economico finanziario dell'intera operazione"; analogamente, Cons. Stato, V, 13 aprile 2018, n. 2214, citata anche dall'appellante, in cui si pone in risalto, in relazione alla "funzione del PEF, quale scolpita dalla chiara giurisprudenza di questo Consiglio di Stato" che "esso è volto a dimostrare la concreta capacità del concorrente di correttamente eseguire la prestazione per l'intero arco temporale prescelto attraverso la responsabile prospettazione di un equilibrio economico - finanziario di investimenti e connessa gestione, nonché il rendimento per l'intero periodo"; v. anche l'art. 2.8 della Del.CIPE n. 39 del 15 giugno 2007, che definisce il Pef quale "allegato alla convenzione che permette di verificare l'equilibrio economico-finanziario della concessione sulla base dei costi ammessi e dei ricavi previsti ai fini regolatori").

L'eventuale disequilibrio economico-finanziario derivante dall'esecuzione degli interventi richiesti al concessionario può dunque - se del caso - trovare perequazione in quella sede, cioè attraverso la revisione od aggiornamento del Pef e il conseguente adeguamento dei termini della concessione.

1.1.3. Nel caso di specie, che lo strumento per gli eventuali correttivi all'equilibrio economico-finanziario correlati agli interventi di adeguamento delle gallerie sia costituito proprio dalla revisione del Pef e delle conseguenti condizioni di concessione risulta dalle stesse fonti primarie richiamate dall'appellante.

L'art. 1, comma 183, L. n. 228 del 2012 stabilisce in particolare che "in considerazione della classificazione delle autostrade A24 e A25 quali opere strategiche per le finalità di protezione civile per effetto del D.P.C.M. 21 ottobre 2003 e successive modificazioni e della



conseguente esigenza di procedere all'adeguamento delle stesse alla normativa vigente per l'adeguamento sismico e la messa in sicurezza dei viadotti ..., per l'adeguamento degli impianti di sicurezza in galleria a norma del D.Lgs. 5 ottobre 2006, n. 264, e successive modificazioni per l'adeguamento alla normativa in materia di impatto ambientale e per lavori di manutenzione straordinaria delle dette autostrade, nonché per la realizzazione di tutte le opere necessarie in conseguenza del sisma del 2009, ove i maggiori oneri per gli investimenti per la realizzazione dei citati interventi siano di entità tale da non permettere il permanere e/o il raggiungimento delle condizioni di equilibrio del piano economico finanziario di concessione nel periodo di durata della concessione stessa, il Governo, fatta salva la preventiva verifica presso la Commissione europea della compatibilità comunitaria, rinegozia con la società concessionaria le condizioni della concessione anche al fine di evitare un incremento delle tariffe non sostenibile per l'utenza".

Riluce dalla disposizione che l'obbligazione gravante in capo alla concessionaria per "l'adeguamento degli impianti di sicurezza in galleria a norma del D.Lgs. 5 ottobre 2006, n. 264", ove comportante "oneri per gli investimenti per la realizzazione degli interventi" d'entità tale da "non permettere il permanere e/o il raggiungimento delle condizioni di equilibrio del piano economico finanziario" potrà comportare per l'amministrazione la "rinegoziazione con la società concessionaria delle condizioni della concessione anche al fine di evitare un incremento delle tariffe non sostenibile per l'utenza".

In relazione al significato e agli effetti di tale disposizione, questa Sezione ha già chiarito che "poiché la rinegoziazione è subordinata all'impossibilità di mantenere o di raggiungere le 'condizioni di equilibrio del piano economico finanziario di concessione nel periodo di durata della concessione stessa' è da ritenere che, in tale eventualità, il procedimento da seguire altro non sia che quello di revisione del P.E.F. contemplato dalla Convenzione (la quale revisione, per come previsto dall'art. 11.6, ben può comportare anche modifiche alle condizioni della Convenzione unica)" (Cons. Stato, V, 17 luglio 2019, n. 5022).

A tal riguardo, l'art. 11 della convenzione, sulla disciplina del "Piano Economico Finanziario" - fra cui il relativo regime di aggiornamento e revisione, cui il concessionario è vincolato anche ai sensi dell'art. 3.9 - prevede in effetti sia l'aggiornamento del Pef al termine di ciascun periodo regolatorio (cfr. art. 11.2, 11.4 e 11.9), sia la sua revisione su richiesta del concedente o della concessionaria "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"; in tal caso sono espressamente previste, all'esito della revisione,



"modifiche alla ... Convenzione Unica" (art. 11.6; al riguardo, cfr. ancora Cons. Stato, n. 5022 del 2019, cit., spec. 6.1 ss.).

Sulla base delle previsioni convenzionali e di legge, dunque, la sedes per assicurare la sostenibilità economico-finanziaria riguardo agli interventi richiesti alla S.P. per l'adeguamento delle gallerie nel quadro della concessione è costituita proprio dalla revisione del Pef.

1.1.4. Alla luce di quanto suindicato si rivela infondata la censura dell'appellante sulla mancata previsione, nel decreto approvativo del progetto degli interventi, di altre forme di sostegno finanziario in difetto d'un adeguato Pef.

Come ben rilevato dalla sentenza, infatti, in relazione a interventi ricompresi fra le obbligazioni proprie della concessionaria, e in difetto di diverse previsioni normative, S.P. non può invocare autonome fonti di finanziamento (quali la "adozione piano di convalida" o di "piani stralcio", ovvero lo "stanziamento di contributi pubblici") differenti dalla revisione o dall'aggiornamento del Pef.

I diversi strumenti invocati dall'appellante, infatti, da un lato non sono previsti da alcuna fonte - legale o convenzionale - ai fini degli interventi di riqualificazione delle gallerie, sicché nessun corrispondente obbligo è rinvenibile in capo al Ministero; dall'altro mal si prestano a offrire un'appropriata soluzione alla questione che si pone in conseguenza degli interventi richiesti all'appellante. Non si tratta qui infatti di rinvenire una puntuale e preventiva fonte di finanziamento per poi realizzare tali interventi, bensì - se del caso - di porre rimedio alla situazione di squilibrio economico-finanziario che in conseguenza della loro (necessitata e diretta) esecuzione venga a crearsi.

Di qui l'infondatezza delle censure incentrate sulla mancata previsione da parte del Ministero - che pure ha approvato il progetto tecnico degli interventi - di forme di finanziamento diverse dall'adeguamento del Pef.

In senso inverso non vale neanche il richiamare i "piani stralcio" adottati per altre tipologie d'interventi, fra i quali quelli c.d. "antiscalinamento" e di adeguamento sismico: come bene pone in risalto la sentenza, infatti, le misure attuate attraverso piani e regimi ad hoc si fondano su speciali disposizioni di legge non previste per l'adeguamento e la riqualificazione delle gallerie, in cui le situazioni di disequilibrio finanziario vanno trattate comunque attraverso il Pef e le sue modifiche (cfr. in particolare, in relazione ai diversi interventi, l'art. 52-quinquies D.L. n. 50 del 2017, le cui questioni di legittimità costituzionale sono state respinte da Corte cost., n. 128 del 2018 e n. 181 del 2019; l'art. 16-bis, D.L. n. 91 del 2017, nonché l'art. 1, comma 725, L. n. 205 del 2017).



Per questo la doglianza non è condivisibile.

1.1.5. Chiarito che l'appellante non può lamentare la mancata previsione di strumenti di copertura finanziaria ad hoc in relazione agli interventi di adeguamento delle gallerie, occorre esaminare l'ulteriore profilo di censura sollevato da S.P., relativo all'approvazione del progetto tecnico degli interventi in assenza di una preventiva revisione e adeguamento del Pef.

In tale prospettiva, occorre domandarsi se l'adeguamento del Pef debba necessariamente precedere l'approvazione del progetto, configurando perciò un presupposto di legittimità di questa, ovvero possa intervenire anche in un momento diverso e successivo.

Ritiene il Collegio che neanche il profilo di doglianza così prospettato dall'appellante sia condivisibile, atteso che il Pef, sebbene governi e sintetizzi l'equilibrio economico-finanziario della concessione, non va imprescindibilmente rivisto e modificato prima dell'approvazione di progetti relativi a interventi necessitati e (di per sé) incombenti in capo al concessionario.

Al riguardo, va ancora una volta ribadito che la fonte dell'obbligazione di riqualificazione delle gallerie è costituita dalla stessa convenzione (cfr. art. 2.2, lett. c.2) e dalla legge (art. 3 D.Lgs. n. 264 del 2006), sicché - ai fini dell'insorgenza dell'obbligo degli interventi in capo alla concessionaria - non è necessaria una preventiva revisione del Pef.

In tal senso va letto - conformemente al ruolo e al significato proprio del Pef - anche l'art. 3.2, lett. g) della Convenzione, il quale, nel prevedere che la concessionaria provvede alla progettazione ed esecuzione delle opere indicate all'art. 2 "così come previsto nel piano economico finanziario allegato E" non può che riferirsi ai profili di equilibrio finanziario espressi da quel documento, del quale vanno considerate peraltro anche le prospettive di revisione e aggiornamento: ma per quanto riguarda il tema qui controverso, il Pef non incide, di suo, sull'insorgenza dell'obbligazione, né assume un diretto ruolo in termini di fonte della stessa.

In tale contesto, anche sotto il profilo economico-finanziario, a fronte di un obbligo già aliunde sussistente in capo alla concessionaria, la revisione del Pef non ha valore preliminare ai fini dell'approvazione del corrispondente progetto, né può condizionarne ex se la legittimità.

Così come per gli altri impegni della concessionaria, le eventuali conseguenze squilibranti correlate all'adempimento dell'obbligo potranno dar luogo, al ricorrere dei presupposti, al successivo adeguamento del Pef a norma dell'art. 11.6 della convenzione.



FEDERCULTURE

Il che si desume peraltro dalla stessa disposizione del citato art. 1, comma 183, L. n. 228 del 2012, che prevede la rinegoziazione delle condizioni della concessione nel caso in cui "i maggiori oneri per gli investimenti per la realizzazione dei citati interventi siano di entità tale da non permettere il permanere e/o il raggiungimento delle condizioni di equilibrio del piano economico finanziario di concessione nel periodo di durata della concessione stessa", ma senza che siffatta rinegoziazione venga indicata quale condizione preventiva all'approvazione degli interventi.

Ciò è coerente con le previsioni della convenzione e con il regime legale delle concessioni, in cui gli obblighi del concessionario e il relativo onere sono sì titolo per la corrispondente revisione (oltreché l'aggiornamento) del Pef, ma ciò non vale a condizionare ex ante l'insorgenza degli stessi obblighi e l'approvazione dei corrispondenti progetti (cfr. l'art. 11.6 della convenzione, nonché, in termini generali ai fini della revisione del Pef, l'art. 143, comma 8 s., D.Lgs. n. 163 del 2006, e oggi l'art. 165, comma 6, D.Lgs. n. 50 del 2016, nonché l'art. 182, comma 3, per la fattispecie del partenariato pubblico privato).

Per tali ragioni, a fronte di prestazioni senz'altro dovute dal concessionario, l'approvazione del progetto tecnico non è di suo subordinata alla preventiva e corrispondente variazione del Pef.

Quest'ultima, ove necessaria, deve avvenire secondo le modalità previste dalla convenzione in conseguenza dell'effetto squilibrante generato dagli interventi, nonché per la corrispondente misura: ma il dato del generato squilibrio economico non trasforma la revisione del Pef in condizione preliminare all'approvazione del progetto e alla conseguente esecuzione degli interventi.

Per questo, l'approvazione del progetto tecnico non contestuale alla revisione del Pef non può essere considerata per ciò solo illegittima.

In tale contesto, la concessionaria non risulta peraltro priva di tutela e di mezzi da far valere a sostegno delle proprie ragioni economiche in relazione alle corrispondenti variazioni delle condizioni della concessione: ma il competente strumento, la dimensione propria di siffatta tutela è, come ribadito, costituita appunto dalla revisione del Pef, con le sue specifiche procedure e modalità (su cui cfr. l'art. 11.6, cit. e l'art. 1, comma 183, L. n. 228 del 2012; in generale, per la revisione delle convenzioni autostradali, cfr. anche l'art. 43 D.L. n. 201 del 2011, e già l'art. 2, comma 82 ss., D.L. n. 262 del 2006; per le variazioni tariffarie correlate al riequilibrio economico-finanziario del rapporto, cfr. Cons. Stato, V, 21 febbraio 2018, n. 1098), 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 (cfr. l'art. 9-bis e l'art. 11.11 della convenzione, il quale richiama anche "le disposizioni di Legge in ordine all'estinzione del rapporto concessorio") e fatti salvi i rimedi avverso l'inerzia dell'ente concedente in relazione alla revisione (cfr. la stessa Cons. Stato, n. 5022 del 2019, e la relativa ordinanza di nomina di commissario ad acta n. 2413 del 14 aprile 2020; v. anche Cons. Stato, IV, 30 novembre 2016, n. 5032), ed eventualmente quelli di natura risarcitoria in presenza dei corrispondenti presupposti.

1.1.6. Per tali motivi la doglianza risulta non condivisibile e va respinta.

Al riguardo è opportuno rilevare peraltro che il sopraggiunto art. 206 D.L. n. 34 del 2020 - il quale prevede la nomina di un Commissario straordinario "al fine di accelerare le attività di messa in sicurezza antisismica e il ripristino della funzionalità delle Autostrade A24 e A25, e il necessario coordinamento dei lavori per l'adeguamento alla normativa tecnica nazionale ed europea", attribuendo al detto Commissario il potere d'adottare ogni determinazione necessaria, di definire il programma di riqualificazione e adeguamento, nonché di assumere le conseguenti misure finanziarie anche di modifica del Pef - non rileva di per sé ai fini della decisione del presente giudizio. Infatti, al di là dall'eventualità che l'attività commissariale possa coinvolgere anche gli interventi qui all'esame, allo stato il decreto ministeriale impugnato da S.P. resta vigente ed efficace, né è ex se inciso da questa sopravvenienza normativa, la quale perciò qui non è rilevante ai fini del decidere.

1.2. Del pari non condivisibile è la distinta censura con cui S.P. impugna il mancato accoglimento della doglianza avverso il capo del decreto con cui il Ministero, nell'affermare che "l'importo del progetto esecutivo ... non trova copertura finanziaria nella previsione di Piano Economico Finanziario vigente" e che "potrà essere contemplato negli impegni di investimento della proposta di aggiornamento del Piano Economico Finanziario", conclude nel senso che "in caso di mancato riconoscimento a fini regolatori, la spesa risulterà integralmente a carico della Società Concessionaria, rimanendo esclusa ogni azione di rivalsa verso il Concedente".

1.2.1. La proposizione all'uopo censurata dall'appellante (i.e., "in caso di mancato riconoscimento a fini regolatori, la spesa risulterà integralmente a carico della Società Concessionaria, rimanendo esclusa ogni azione di rivalsa verso il Concedente") non presenta infatti autonomo portato precettivo, limitandosi a descrivere il fatto che, in ipotesi di (eventualmente legittimo) mancato riconoscimento della spesa in fase di revisione del Pef, essa rimarrebbe in capo alla concessionaria: l'affermazione non vale di per sé a precludere gli strumenti esperibili in sede di modifica del Pef, né a impedire l'esercizio di



tutti i correlati rimedi, anche eventualmente di carattere risarcitorio. In ogni caso essa non è foriera di alcun attuale pregiudizio per l'appellante, risultando sospensivamente condizionata, o comunque subordinata a un evento incerto e futuro (i.e., "in caso di mancato riconoscimento ai fini regolatori" a seguito della revisione del Pef), e non presentando perciò profili d'attuale lesività (cfr., in termini, Cons. Stato, I, 19 aprile 2018, n. 1073).

Per tali ragioni la doglianza proposta in relazione al suddetto capo del decreto non è suscettibile di favorevole considerazione, avendo la sentenza correttamente escluso il relativo valore lesivo.

1.3. Con distinto profilo di censura l'appellante reitera le doglianze di difetto d'istruttoria e motivazione del decreto ministeriale in relazione alla mancata adozione (quantomeno) d'un c.d. "piano stralcio" a copertura degli interventi di adeguamento delle gallerie, nonché di carenza motivazionale alla luce delle precedenti determinazioni della medesima amministrazione.

1.3.1. Neanche tale doglianza è condivisibile.

1.3.2. In relazione al primo profilo, s'è già posto in risalto che non vi è spazio per strumenti diversi dalla revisione e aggiornamento del Pef - fra i quali, in primis, i c.d. "piani stralcio" - in difetto di previsioni normative ad hoc, come quelle introdotte per altre tipologie d'interventi (cfr. retro, sub 1.1.4).

Di qui l'assenza dei dedotti vizi di carenza istruttoria e motivazionale in relazione a misure di per sé non ammissibili.

1.3.3. Quanto ai riferimenti alle precedenti determinazioni dell'amministrazione, la comunicazione ministeriale dell'11 aprile 2014 invocata dall'appellante non appare disallineata rispetto al decreto qui impugnato, giacché da un lato pone in risalto l'obbligatorietà degli interventi d'adeguamento prescritti dal D.Lgs. n. 264 del 2006, dall'altro richiede la previsione dei relativi oneri nei piani finanziari vigenti. Il che non confligge col decreto impugnato, né impone un'ulteriore e qualificata motivazione dello stesso, con cui viene approvato il progetto tecnico dell'intervento espressamente ricondotto "ai lavori di messa a norma delle gallerie ai sensi del D.Lgs. n. 264 del 2006", e che per questo - non trovando copertura finanziaria nella vigente previsione di Pef - "potrà essere contemplato negli impegni di investimento della proposta di aggiornamento del Piano Economico Finanziario".

Allo stesso modo, non assumono rilievo i riferimenti alla "proposta alternativa" espressa dall'odierna appellante attraverso due precedenti note richiamate nel decreto, con le quali



S.P. avrebbe "individuato con precisione possibili risorse finanziarie disponibili". È assorbente rilevare, in proposito, come la deduzione non valga a superare il dato che i profili finanziari degli interventi vadano comunque apprezzati e valorizzati in sede d'adeguamento del Pef; né l'appellante declina in tal senso il rilievo, in termini di censura avverso la ritenuta non copertura dell'intervento nell'ambito del Pef vigente, o vi fornisce specifiche evidenze idonee a supportare un giudizio di carenza motivazionale del provvedimento che afferma che "l'importo del progetto esecutivo presentato ... non trova copertura finanziaria nella previsione di Piano Economico Finanziario vigente".

Di qui l'infondatezza della doglianza.

2. Col secondo motivo di gravame l'appellante censura l'omessa pronuncia del giudice di primo grado in ordine alla doglianza - qui riproposta - di mancata comunicazione del preavviso di rigetto ex art. 10-bis L. n. 241 del 1990.

2.1. Il motivo va respinto, non risultando condivisibile nel merito la doglianza prospettata.

2.1.1. Al di là dei profili inerenti all'applicabilità o meno al caso di specie dell'art. 10-bis L. n. 241 del 1990 - venendo qui in rilievo una richiesta collocata nell'ambito d'un rapporto concessorio in essere fra le parti - è assorbente rilevare che, per costante giurisprudenza, "la mancata comunicazione del preavviso di rigetto non comporta l'automatica illegittimità del provvedimento finale in quanto la previsione di cui all'art. 10-bis, L. n. 241 del 1990 deve essere interpretata alla luce del successivo art. 21-octies, comma 2, il quale, nell'imporre al giudice di valutare il contenuto sostanziale del provvedimento e di non annullare l'atto nel caso in cui le violazioni formali non abbiano inciso sulla legittimità sostanziale del medesimo, rende irrilevante la violazione delle disposizioni sul procedimento o sulla forma dell'atto quando il contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato", ciò che rileva sia in relazione all'atto propriamente vincolato, "sia in quanto, sebbene si tratti di atto discrezionale, sia raggiunta la prova della sua concreta e sostanziale non modificabilità" (cfr., inter multis, Cons. Stato, IV, 13 febbraio 2020, n. 1144; III, 19 febbraio 2019, n. 1156; 20 settembre 2016, n. 3913; V, 10 giugno 2019, n. 3882). Ciò in quanto "l'art. 10-bis, L. n. 241 del 1990, così come le altre norme in materia di partecipazione procedimentale, va interpretato non in senso formalistico, ma avendo riguardo all'effettivo e oggettivo pregiudizio che la sua inosservanza abbia causato alle ragioni del soggetto privato nello specifico rapporto con la pubblica amministrazione" (Cons. Stato, II, 17 giugno 2019, n. 4089; 30 maggio 2019, n. 3611; IV, 11 gennaio 2019, n. 256).

Nel caso di specie non emergono profili d'illegittimità del provvedimento tali da indurre ad attribuire rilevanza all'omessa comunicazione del preavviso di rigetto, né risultano elementi



FEDERCULTURE

conoscitivi o argomentativi adottati dall'interessata che, in caso di siffatto preavviso, avrebbero potuto incidere sul contenuto provvedimento.

Per questo, la legittimità sostanziale dell'atto impugnato - il cui contenuto è esente dalle censure di parte appellante, né consta avrebbe potuto essere sostanzialmente diverso - rende irrilevante la censura prospettata.

3. In conclusione, per tutte le suesposte ragioni, l'appello va respinto.

3.1. Al rigetto del gravame in relazione alle domande caducatorie segue la reiezione della richiesta di risarcimento del danno, stante il difetto della dedotta condotta illecita dell'amministrazione in relazione agli atti qui impugnati.

3.2. La complessità e particolarità delle questioni trattate giustifica la compensazione delle spese di lite fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge;

compensa le spese di lite fra le parti.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 9 luglio 2020, tenuta ai sensi dell'art. 84, comma 6, D.L. n. 18 del 2020, convertito con modificazioni dalla L. n. 27 del 2020, con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente. Fabio Franconiero, Consigliere. Valerio Perotti, Consigliere. Stefano Fantini, Consigliere. Alberto Urso, Consigliere, Estensore.