

TAR Lazio, Sezione Prima Quater, Sentenza n. 2111 del 3 febbraio 2026

Concessioni – Obbligo di esternalizzazione – Art. 186 del Codice – Delibera Anac n. 265 del 2023
di attuazione della norma – Legittimità

Pubblicato il 03/02/2026

N. 02111/2026 REG.PROV.COLL.

N. 13364/2023 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 13364 del 2023, integrato da motivi aggiunti, proposto da (...) S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in (...);

contro

Anac - Autorità Nazionale Anticorruzione - , Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

e con l'intervento di

ad adiuvandum: (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati (...), con domicilio eletto presso lo studio Claudio (...);

per l'annullamento, per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

della delibera n. 265 del 20.6.2023 dell'Autorità Nazionale Anticorruzione.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati il 09 novembre 2023 per l'annullamento:

della nota prot. n. 0024843 del 29.9.2023 del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti recante “*Art. 186 del D.Lgs. 36 del 31.03.2023 – affidamenti dei concessionari – G.U. n. 151 del 30.06.2023 – Delibera ANAC n. 265 del 20.06.2023 Obblighi in materia di trasparenza – Sollecito alla trasmissione dei dati richiesti*”.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e dell'Anac – Autorità Nazionale Anticorruzione;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 novembre 2025 la dott.ssa Caterina Lauro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con l'art. 177, comma 1, d.lgs. n. 50/2016, modificato con l. 27 dicembre 2017, n. 205, il legislatore italiano aveva introdotto per i soggetti pubblici o privati, titolari di concessioni di lavori, di servizi pubblici o di forniture già in essere alla data dell'entrata in vigore del codice «*non affidate con la formula della finanza di progetto, ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea*» l'obbligo di «*affidare, una quota pari all'ottanta per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo pari o superiore a 150.000 euro e relativi alle concessioni mediante procedura ad evidenza pubblica*», prevedendo che la restante parte potesse essere realizzata «*da società in house ... per i soggetti pubblici, ovvero da società direttamente o indirettamente controllate o collegate per i soggetti privati, ovvero tramite operatori individuati mediante procedura ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato*», e specificando che «*per i titolari di concessioni autostradali, ferme restando le altre disposizioni*

del presente comma, la quota di cui al primo periodo è pari al sessanta per cento».

2. Con sentenza 23 novembre 2021, n. 218 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità di tale disposizione per violazione degli artt. 3, comma 1, e 41, comma 1, Cost., osservando:

- che *«se ... legittimamente ... il legislatore può intervenire a limitare e conformare la libertà d'impresa in funzione di tutela della concorrenza, nello specifico ponendo rimedio ex post al vulnus conseguente a passati affidamenti diretti avvenuti al di fuori delle regole del mercato, il perseguimento di tale finalità incontra pur sempre il limite della ragionevolezza e della necessaria considerazione di tutti gli interessi coinvolti»;*
- che *«la libertà d'impresa non può subire ... nemmeno in ragione del doveroso obiettivo di piena realizzazione dei principi della concorrenza, interventi che ne determinino un radicale svuotamento, come avverrebbe nel caso di un completo sacrificio della facoltà dell'imprenditore di compiere le scelte organizzative che costituiscono tipico oggetto della stessa attività d'impresa»;*
- che *«la previsione dell'obbligo a carico dei titolari di concessioni già in essere, non assegnate con la formula della finanza di progetto o con procedure a evidenza pubblica, di affidare completamente all'esterno l'attività oggetto di concessione — mediante appalto a terzi dell'80 per cento dei contratti inerenti alla concessione stessa e mediante assegnazione a società in house o comunque controllate o collegate del restante 20 per cento — constitui [va] una misura irragionevole e sproporzionata rispetto al pur legittimo fine perseguito»;*
- che *«l'irragionevolezza dell'obbligo censurato si collega [va] innanzitutto alle dimensioni del suo oggetto [in quanto] la parte più grande delle attività concesse [doveva] essere appaltata a terzi e la modesta percentuale restante non [poteva] comunque essere compiuta direttamente»;*
- che *«l'impossibilità per l'imprenditore concessionario di conservare finanche un minimo di residua attività operativa trasforma [va] la natura stessa della sua attività imprenditoriale, e lo tramuta [va] da soggetto (più o meno direttamente) operativo in soggetto preposto ad attività esclusivamente burocratica di affidamento di commesse, cioè, nella sostanza, in una stazione appaltante»;*
- che *«un ulteriore indice della irragionevolezza del vincolo, così come definito dalla previsione*

censurata, [era] costituito dalla sua mancata differenziazione o graduazione in ragione di elementi rilevanti, nel ricordato bilanciamento, per l'apprezzamento dello stesso interesse della concorrenza, quali fra gli altri le dimensioni della concessione — apparendo a tale fine di scarso rilievo la prevista soglia di applicazione alle concessioni di importo superiore a 150.000 euro, normalmente superata dalla quasi totalità delle concessioni —, le dimensioni e i caratteri del soggetto concessionario, l'epoca di assegnazione della concessione, la sua durata, il suo oggetto e il suo valore economico»;

- che avuto riguardo agli interessi legati alla posizione dei concessionari («*comprimibili nel bilanciamento con altri ritenuti meritevoli di protezione da parte del legislatore*» ma non invece passibili di essere «*completamente pretermessi*») «*l'introduzione di un obbligo radicale e generalizzato di esternalizzazione, come quello disposto nella normativa censurata, non supera[va] nemmeno — nello scrutinio del bilanciamento operato fra diritti di pari rilievo — la doverosa verifica di proporzionalità*», atteso che «*per quanto la misura prevista possa in astratto apparire idonea rispetto al fine di ripristinare condizioni di piena concorrenza, non si può certo dire che con essa il legislatore abbia dato la preferenza al “mezzo più mite” fra quelli idonei a raggiungere lo scopo, scegliendo, fra i vari strumenti a disposizione, quello che determina il sacrificio minore*», e che il legislatore «*sarebbe stato tenuto a perseguire l'obiettivo di tutela della concorrenza, non attraverso una misura radicale e ad applicazione indistinta, ma calibrando l'obbligo di affidamento all'esterno sulle varie e alquanto differenziate situazioni concrete, attenuandone la radicalità*»;

- che «*in conclusione, se la previsione legislativa di obblighi a carico dei titolari delle concessioni in essere, a suo tempo affidate in maniera non concorrenziale, può risultare necessaria nella corretta prospettiva di ricondurre al mercato settori di attività ad esso sottratti, le misure da assumere a tale fine non possono non tenere conto di tutto il quadro degli interessi rilevanti e operarne una ragionevole composizione, nella consapevolezza della complessità, come visto, delle scelte inerenti alla tutela da accordare alla libertà di iniziativa economica*».

3. Dopo la sentenza della Corte costituzionale, in occasione dell'approvazione del nuovo codice degli appalti, il legislatore delegato è intervenuto nuovamente sulla

materia – in coerenza con la delega ricevuta a mezzo dell’art. 1, comma 2, lett. gg, l. n. 78/2022 – con l’art. 186, d.lgs. n. 36/2023, prevedendo – per quanto di interesse nella presente controversia – che *«i titolari di concessioni di lavori e di servizi pubblici, ad esclusione di quelli disciplinati dal Libro III, già in essere alla data di entrata in vigore del codice, di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza europea, e non affidate conformemente al diritto dell'Unione europea vigente al momento dell'affidamento o della proroga, affidano mediante procedura ad evidenza pubblica una quota tra il 50 per cento e il 60 per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture stabilita convenzionalmente dal concedente e dal concessionario»* (art.186, comma 2, primo periodo); che a tale fine *«l'ente concedente tiene conto delle dimensioni economiche e dei caratteri dell'impresa, dell'epoca di assegnazione della concessione, della sua durata residua, del suo oggetto, del suo valore economico e dell'entità degli investimenti effettuati»* (art. 186, comma 2, secondo periodo); che *«le concessioni ... già in essere sono adeguate alle predette disposizioni entro il termine di sei mesi dall'entrata in vigore del codice»* (art. 186, comma 4); che *«le modalità di calcolo delle quote di cui comma 2, primo periodo, sono definite dall'ANAC entro il termine di sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del codice»* (art. 186, comma 5); e che *«per i concessionari autostradali, le quote e i criteri di determinazione di cui al comma 2 sono calcolati sulla base degli importi risultanti dai piani economici finanziari annessi agli atti convenzionali»* (art. 186, comma 6, primo periodo).

4. Nella prospettiva di svolgere quanto di propria competenza per l’attuazione della predetta disposizione, l’ANAC ha quindi avviato una partecipata istruttoria all’esito della quale ha adottato la delibera 20 giugno 2023, n. 265, avente oggetto *«Indicazioni sulle modalità di calcolo delle quote di esternalizzazione dei contratti di lavori, servizi e forniture da parte dei titolari di concessioni di lavori e di servizi pubblici non affidate conformemente al diritto dell'Unione europea»*, a mezzo della quale, tra l’altro, ha precisato *«l'ambito di applicazione dell'art. 186, d.lgs. n. 36/2023»*(par. 1); ha specificato i *«criteri per il calcolo delle quote di esternalizzazione»* (par. 3); ha chiarito i criteri applicabili ai *«concessionari autostradali»* (par. 6).

5. In data 28 giugno 2023, l'ANAC ha trasmesso la predetta delibera al Consiglio di Stato al fine poter acquisire eventuali osservazioni/rilievi per una successiva attività di integrazione o di modifica del deliberato, ritenendo nelle more di procedere alla sua pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, in ragione della necessità di celerità sottesa al termine previsto dall'art. 186, comma 4, d.lgs. n. 36/2023.

6. A seguito della pubblicazione della predetta delibera, con nota 8 settembre 2025 il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ha chiesto a tutte le società titolari di concessioni autostradali *«di fornire in formato excel le informazioni di cui al punto 9 lettere da a) ad f)»* ai fini dell'adempimento degli obblighi di trasparenza di cui alla delibera ANAC n. 265/2023.

7. Con l'atto introduttivo del presente giudizio, notificato il 29 settembre 2023 e depositato il 12 ottobre 2023, la società (...) S.p.A. ha adito questo Tribunale al fine di ottenere l'annullamento e/o la declaratoria di nullità della delibera ANAC 20 giugno 2023, n. 265 e, in via derivata, della nota Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti 8 settembre 2023, n. 22628, nonché l'accertamento *«della non applicabilità della citata delibera alla concessione gestita dalla ricorrente e, più in generale, alle concessioni autostradali»*.

7.1. Nell'introdurre le proprie domande, la società ricorrente:

- ha premesso di gestire *«la rete autostradale costituita dal tratto Torino - Ivrea -Quincinetto dell'autostrada A5 Torino - Aosta, dalla bretella A4/5 Ivrea - Santhià e dal Sistema Autostradale Tangenziale di Torino (SATT) e sue diramazioni in regime di prorogatio della convenzione di concessione da ultimo novata con la Convenzione Unica, sottoscritta in data 7.11.2007, approvata con legge 101 del 2008 e scaduta il 31.8.2016»*;

- ha notato di ritenersi in ogni caso *«estranea all'ambito soggettivo di applicazione del citato art. 186, non avendo ricevuto la concessione di cui è titolare in difformità dal diritto dell'UE vigente al momento dell'affidamento o della proroga»*, precisando tuttavia chetale *«argomento esula dal thema decidendum del presente giudizio»*;

- ha precisato di proporre il presente ricorso *«in via meramente cautelativa, nella denegata*

e non creduta ipotesi in cui dovesse ritenersi che la Società esponente sia soggetta agli obblighi di esternalizzazione previsti dal ridetto art. 186, e quindi alle prescrizioni della impugnata Delibera n. 265/2023 dell'ANAC».

7.2. Tanto premesso, parte ricorrente ha quindi articolato quattro motivi indiritto a sostegno delle proprie pretese.

7.2.1. Con il primo motivo ha lamentato l'illegittimità adottata dall'ANAC per *«violazione e/o falsa applicazione dei principi di ragionevolezza e di buon andamento della p.a. (art. 97 Cost.); violazione e/o falsa applicazione dell'art. 186, commi 2, 5 e 6 d.lgs. n. 36/2023; carenza di potere [nonché per] eccesso di potere per carenza di istruttoria, contraddittorietà, irragionevolezza, carenza di motivazione [ed] erroneità dei presupposti»*, sostenendo in sintesi:

- che la delibera adottata dall'Autorità era viziata *«anzitutto da un'irrimediabile carenza di potere»*, in quanto l'art. 186, comma 2, d.lgs. n. 36/2023 prevedeva che la quota delle prestazioni da esternalizzare avrebbe dovuto essere *«stabilita convenzionalmente dal concedente e dal concessionario all'interno di una forbice che va da un minimo del 50% a un massimo del 60% del totale»* sulla base dei criteri indicati dal medesimo comma 2, e riservava ad ANAC solo il compito *«di definire e le modalità di calcolo delle quote ... così come stabilite pattiziamente dal concessionario»*, mentre con la delibera gravata l'ANAC aveva stravolto tale assetto *«dettando essa stessa la disciplina del procedimento di determinazione della quota di esternalizzazione»*;
- che mediante la delibera gravata l'ANAC aveva compromesso del tutto gli spazi di autonomia negoziale che, in adesione alle statuizioni della Corte costituzionale, la legge aveva riservato a concedente e concessionario;
- che con la sua delibera l'ANAC aveva illegittimamente integrato i criteri previsti dal legislatore;
- che in ogni caso l'intervento dell'Autorità era viziato anche da un *«macroscopico difetto di proporzionalità»* per *«l'elevatissimo livello di dettaglio delle disposizioni recate dalla delibera»* che esaurivano *«qualunque ulteriore margine di negoziazione tra concedente e*

concessionario»;

- che in particolare l'applicazione dei criteri stabiliti nella delibera gravata era idonea a ripristinare – per concessione di valore elevato, come quella di cui era titolare la società ricorrente – *«la quota del 60% di esternalizzazioni censurata, per i concessionari autostradali, dal giudice delle leggi abortendo ogni ulteriore possibilità di negoziazione tra le parti».*

7.2.2. Con il secondo motivo ha contestato la delibera dell'Autorità per *«violazione e/o falsa applicazione dei principi di ragionevolezza e di buon andamento della p.a. (art. 97 Cost.): violazione e/o falsa applicazione dell'art. 186, commi 5 e 6, d.lgs. n.36/2023; carenza di potere; [nonché per] eccesso di potere per carenza di istruttoria, contraddittorietà, irragionevolezza, carenza di motivazione [ed] erroneità dei presupposti»*, evidenziando:

- per un verso, che la delibera gravata aveva illegittimamente ritenuto di individuare l'ambito di applicazione dell'art. 186, d.lgs. n. 36/2023, con prescrizioni di dettaglio e innovative rispetto alla lettera della predetta disposizione che si limitava a indicare tra i destinatari della disposizione *«i titolari di concessioni di lavori e di servizi pubblici, ad esclusione di quelli disciplinati dal Libro III, già in essere alla data di entrata in vigore del codice, di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza europea, e non affidate conformemente al diritto dell'Unione europea vigente al momento dell'affidamento o della proroga»*;

- per altro verso, che con il paragrafo 8 della delibera oggetto del giudizio l'ANAC aveva previsto che *«anche per le concessioni autostradali, le Parti definiscono la quota di esternalizzazione, tenendo conto dei criteri indicati nei paragrafi da 3.1 a 3.7, ad integrazione delle disposizioni dell'articolo 186 comma 6»*, e che tuttavia tale decisione non era in linea con le previsioni dell'art. 186, comma 6, d.lgs. n.36/2023, che prevedeva specificamente che per i concessionari autostradali *«le quote e i criteri di determinazione di cui al comma 2 sono calcolati sulla base degli importi risultanti dai piani economici finanziari annessi agli atti convenzionali».*

7.2.3. Con il terzo motivo ha lamentato l'illegittimità della delibera impugnata per

«violazione e/o falsa applicazione dei principi di ragionevolezza e di buon andamento della p.a. (art. 97 Cost.); violazione e/o falsa applicazione dell'art. 186, commi 2 e 5, d.lgs. n. 36/2023: [nonché per] eccesso di potere per carenza di istruttoria, contraddittorietà, irragionevolezza, carenza di motivazione, erroneità dei presupposti [e] difetto di proporzionalità», contestando i singoli criteri stabiliti dall'ANAC e osservando in particolare:

- *che il par. 2.1. della delibera era illegittimo nella parte in cui prevedeva che «i contratti da inserire nella base di calcolo delle percentuali individuate dall'articolo 186 sono quelli che riguardano tutte le prestazioni da eseguire nel periodo considerato, oggetto della concessione e sono, quindi, necessarie per l'esecuzione della stessa, anche se svolte direttamente dal concessionario», perché l'inclusione nella base di calcolo «delle attività eseguite direttamente dalla concessionaria aveva quale unico e irragionevole effetto quello di far lievitare la base di calcolo della quota di esternalizzazione»;*
- *che parimenti era illegittimo il par. 3 della delibera gravata, a mezzo del quale l'ANAC aveva «preteso di precisare nel minimo dettaglio i criteri per il calcolo delle quote di esternalizzazione stabiliti dall'art. 186, comma 2, e che secondo la legge avrebbero dovuto orientare la negoziazione tra le parti»;*
- *che in particolare erano evidenti gli effetti distorsivi determinati dalla disciplina sul criterio dimensionale stabilita ai par. 3.2. e 3.3. della delibera poiché: a) era stato attribuito «un valore relevantissimo e ingiustificato al criterio del valore della concessione rispetto agli altri criteri previsti sempre dalla legge, penalizzando sproporzionatamente i titolari di concessioni oltre i 30 milioni di euro con l'applicazione di un incremento di 4,4 punti percentuali del tutto sproporzionato rispetto alle altre soglie di valore individuate per questo criterio»; b) l'utilizzo del valore complessivo della concessione come criterio dimensionale era idoneo a determinare «un'applicazione di fatto retroattiva, non prevista e illegittima, della nuova quota di esternalizzazione, che risulta di fatto inapplicabile nel caso di concessione già scaduta, in relazione alla quale la Società odierna deducente ha già eseguito tutti gli interventi previsti in concessione sotto la vigenza di altre regole di affidamento a terzi»; c) la scelta di utilizzare come metodo per quantificare il valore della concessione quello indicato*

dall'art. 179 del d.lgs. n. 36/2023 per il caso di affidamento in gara di una concessione, aveva come conseguenza l'irragionevole inclusione nel valore della concessione rilevante ai fini della quantificazione della quota di prestazioni da esternalizzare anche i ricavi del concessionario *«disancorando vieppiù i parametri individuati dall'ANAC da basi ragionevoli»*;

- che era altresì *«illogica e sproporzionata»* la disciplina relativa al criterio dell'oggetto della concessione di cui al par. 3.4. della delibera, e ciò perché: a) sotto un primo profilo, la disciplina adottata dall'ANAC si fondava *«su una distinzione semplicistica tra concessioni di lavori e servizi e concessioni di soli servizi, mentre il criterio dell'oggetto della concessione previsto dalla legge dovrebbe consentire di valutare in concreto lo specifico opus del rapporto considerando aspetti ben più puntuali e significativi... ai fini dell'obbligo di esternalizzazione»*, tenuto conto peraltro che *«per quanto concerne il comparto autostradale, la peculiarità delle lavorazioni varia da concessione a concessione»*; b) sotto altro profilo era *«del tutto sproporzionato e immotivato l'aumento della quota del 2,6% per le concessioni di lavori e servizi rispetto all'1,6% previsto per quelle di soli lavori»*.

- che anche la declinazione del criterio della durata residua di cui al par. 3.5. della delibera era *«illogica e squilibrata»*, perché non teneva conto dell'epoca di assegnazione della concessione che era *«un criterio previsto direttamente dall'art.186, comma 2, nella definizione della quota di esternalizzazione»*;

- che parimenti irragionevole era *«la penalizzazione eventuale prospettata al punto 3.6 in caso di concessioni assegnate prima del 19.04.2016»*;

- che criticità erano presenti anche nella disciplina del criterio relativo alle dimensioni economiche del concessionario di cui al par. 3.7. della delibera, inquanto era *«oltremodo semplicistico differenziare le imprese in base alla loro qualificazione o meno come PMI»*;

- che era *«abnorme»* la previsione di cui al par. 3.9. della delibera che considerava come possibile causa di decurtazione della quota la circostanza per cui *«il concessionario ha esternalizzato, in misura superiore al 50 per cento, le prestazioni oggetto della*

concessione riferite alla parte di contratto già eseguita», in quanto— in sostanza — penalizzava chi non si era adeguato all'illegittima previsione di cui all'art. 177, d.lgs. n. 50/2016.

7.2.4. Con il quarto motivo ha argomentato in ordine alla «illegittimità in via derivata della nota prot. 22628 dell'8.9.2023 del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti», evidenziando che la predetta nota *«sconta[va], in via derivata, gli stessi vizi della delibera ANAC n. 265/2023 nella misura in cui ne fa[ceva] applicazione, chiedendo alle società concessionarie e alla scrivente Società, con convenzione di concessione scaduta e priva di un Piano Economico Finanziario vigente di fornire i dati e le informazioni specificate nella delibera medesima ai fini dei c.d. obblighi di trasparenza».*

8. In data 12 ottobre 2023 l'ANAC e il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti si sono costituiti in giudizio.

9. Con motivi aggiunti notificati il 30 ottobre 2023 e depositati il 9 novembre 2023 la società ricorrente ha esteso l'impugnazione alla nota Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti del 29 settembre 2023, prot. n. 24843 con cui la p.a. ha sollecitato la trasmissione dei dati richiesti con la precedente comunicazione datata 8 settembre 2023.

10. Nelle more della definizione del giudizio, il Consiglio di Stato ha reso il parere 26 febbraio 2024, n. 225, dando seguito alla richiesta avanzata dall'Autorità dopo l'approvazione della delibera n. 265/2023.

11. Il 13 novembre 2024, l'(...) ha depositato nel fascicolo del presente giudizio intervento *ad adiuvandum* a mezzo del quale — dopo aver evidenziato la propria legittimazione e il proprio interesse a intervenire nel giudizio, anche alla luce delle proprie finalità statutarie — ha insistito per l'accoglimento delle domande di parte ricorrente.

12. In data 27 ottobre 2025, il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ha versato in atti una relazione con cui ha nella sostanza evidenziato che le proprie richieste di informazioni erano un atto dovuto.

13. Con memoria depositata il 31 ottobre 2025 l'ANAC ha spiegato le proprie difese e ha insistito per l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso.

13.1. Segnatamente, in via preliminare ha argomentato sulla *«inammissibilità del ricorso per carenza di interesse della società»*, sottolineando la natura *«non vincolante e il carattere non provvedimentale della delibera dell'ANAC impugnata»*, in quanto espressione di un potere di vigilanza e di garanzia e non idonea a vincolare l'operatore delle amministrazioni.

13.2. Sotto altro profilo, sempre in via preliminare ha sostenuto la *«inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione della società ricorrente»*, rilevando – in sintesi – che la società ricorrente non avrebbe potuto impugnare la delibera n. 265/2023 se non dopo aver proceduto a individuare *«convenzionalmente con il concedente, la percentuale di esternalizzazione da applicare alla specifica concessione»* e aver constatato la non congruità dell'esito di tale individuazione convenzionale.

13.3. Infine, nel merito ha evidenziato l'infondatezza di tutte le doglianze articolate dalla ricorrente, rilevando, in particolare, che non era vero che la delibera ANAC n. 265/2023 annullava lo spazio di negoziazione che la legge attribuiva alle parti per l'individuazione della percentuale da esternalizzare nell'ambito della forbice dal 50% al 60% individuata dal legislatore e ciò inquanto *«le indicazioni fornite nella delibera impugnata si caratterizza[vano] per essere volutamente molto elastiche, lasciando un margine decisionale molto ampio ai contraenti ,[poiché] tutti i criteri previsti dalla norma po[tevano] essere valorizzati a zero, sulla base delle valutazioni concrete rimesse ai contraenti, con la possibilità di applicare a ciascun criterio la percentuale corrispondente al valore minimo e di attestarsi, quindi, sul valore minimo di esternalizzazione previsto dalla norma (50 per cento)»*.

14. Con memoria depositata il 7 novembre 2025 la società ricorrente ha replicato alle difese delle resistenti e ha insistito nelle proprie domande.

15. All'udienza pubblica del 18 novembre 2025 la difesa del Ministero e dell'ANAC ha dichiarato di *«rinunciare ai termini sui motivi aggiunti»* e – dopo ampia discussione – il ricorso è stato trattenuto in decisione.

16. In primo luogo, il Collegio osserva che la ricorrente ha espressamente dichiarato che *«esula dal thema decidendum del presente giudizio»* la questione relativa all'applicabilità nei suoi confronti dell'obbligo di esternalizzazione ex art. 186 d.lgs. n. 36/2023 in relazione al profilo concernente la possibilità di qualificare la concessione di cui la stessa è titolare come *«non affidata conformemente al diritto dell'Unione europea vigente al momento dell'affidamento o della proroga»*, sicché tanto la domanda di accertamento *«della non applicabilità della citata delibera alla concessione gestita dalla ricorrente e, più in generale, alle concessioni autostradali»*, quanto le censure spiegate nel secondo motivo di ricorso vanno interpretate e decise alla luce dell'espressa volontà manifestata dalla ricorrente nel circoscrivere l'oggetto del giudizio.

17. Ancora, in via preliminare, il Collegio ritiene la complessiva ammissibilità del gravame (valutata, appunto, in via preliminare, alla stregua della prospettazione della ricorrente, e salvo quanto si dirà nel merito sulla infondatezza della stessa), atteso che attraverso lo stesso la società ricorrente contesta principalmente che con la delibera gravata l'Autorità avrebbe in sostanza stravolto l'assetto normativo delineato dal legislatore successivamente all'intervento del giudice costituzionale, dettando essa stessa la disciplina del procedimento di determinazione della quota di esternalizzazione, con ciò ledendo lo spazio di autonomia negoziale che la legge le garantisce nelle interlocuzioni ex art. 186, d.lgs. n. 36/2023 con il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti.

Sussistono quindi – anche alla stregua dei principi richiamati da Consiglio di Stato, V, 19 agosto 2020, n. 5097 – i presupposti perché l'impugnazione avverso l'atto di carattere generale adottato dall'Autorità resistente sia dichiarata ammissibile, tenuto conto che la questione circa la natura “paralizzante” (o comunque gravemente e immediatamente limitativa) della delibera ANAC rispetto alla autonomia negoziale di concedente e concessionario (e quindi la sua natura conformativa) non può essere risolta preliminarmente, costituendo essa stessa, una censura di merito spiegata nel ricorso.

18. Sempre in via preliminare, il Collegio ritiene che – anche alla luce dei principi espressi da Corte di Cassazione, SS.UU. 23 novembre 2023, n. 8934 – debba ritenersi l'ammissibilità dell'intervento proposto da (...) atteso che – stante le finalità statutarie della predetta associazione di categoria – la controversia appare idonea a incidere su un interesse (anche) proprio della medesima associazione e diverso da (nonché convergente e quindi adesivo a) quello sotteso all'azione della ricorrente.

19. Ciò premesso, va innanzitutto evidenziato che non è fondato il primo motivo di ricorso, con cui parte ricorrente ha sostenuto:

a) che la delibera gravata sarebbe complessivamente illegittima poiché dal combinato disposto dei commi 2 e 5 dell'art. 186, d.lgs. n. 36/2023 non potrebbe evincersi un potere di ANAC di regolamentare i criteri attraverso cui procedere alla individuazione della quota di esternalizzazione (né tantomeno di introdurre nuovi non espressamente indicati dal legislatore), essendo l'individuazione della quota di esternalizzazione un'attività demandata al solo accordo convenzionale tra le parti sulla base dei criteri previsti dalla stessa disposizione;

b) che in ogni caso i criteri definiti dall'ANAC sarebbero così stringenti da eliminare ogni spazio di autonomia negoziale tra il concedente e il concessionario;

c) che l'applicazione dei criteri individuati dall'ANAC condurrebbe sempre per le concessioni di maggior valore alla determinazione di una quota di esternalizzazione pari alla soglia massima del 60%.

19.1. In primo luogo, il Collegio evidenzia:

- che l'art. 186, comma 2, d.lgs. n. 36/2023 demanda inequivocabilmente a un atto di natura convenzionale (e, quindi, a un accordo tra le parti) la definizione della precisa quota *«tra il 50 per cento e il 60 per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture»* che deve essere oggetto di esternalizzazione;

- che il medesimo comma appare far ricadere sul concedente l'onere di formulare una proposta al riguardo al concessionario, tenendo conto *«delle dimensioni economiche*

e dei caratteri dell'impresa, dell'epoca di assegnazione della concessione, della sua durata residua, del suo oggetto, del suo valore economico e dell'entità degli investimenti effettuati»;

- che rispetto a tale attività convenzionale il successivo comma 5 della medesima disposizione riconosce ad ANAC la funzione – giocoforza propedeutica – di definire *«le modalità di calcolo delle quote di cui comma 2, primo periodo»*.

19.2. Ciò premesso, non pare al Collegio che tale ultimo potere possa risolversi, come invece appare sostenere la ricorrente, in una enucleazione delle *«modalità di calcolo»* della quota che prescindano da ogni indicazione applicativa concernente le modalità attraverso cui considerare i criteri indicati nel comma 2 dell'art. 186, d.lgs. n. 36/2023 per la individuazione della quota medesima da parte di concedente e concessionario (tesi, questa, patrocinata dalla ricorrente, che ridurrebbe il ruolo di ANAC al fornire mere indicazioni di tipo matematico o, al più, limitati chiarimenti in relazione agli importi da cui far procedere “base di calcolo” e “criteri”), dovendo invece ritenersi che il comma 5 dell'art. 186 d.lgs. n. 36/2023 conferisca all'Autorità resistente anche il potere di specificare, in un atto di carattere generale, un *modus* applicativo dei criteri di massima predeterminati (dalla legge delega e) dal legislatore delegato cui il concedente deve far riferimento per formulare la propria proposta al concessionario (e quindi, in altri termini, che la previsione del comma 5 conferisca ad ANAC anche il potere di meglio definire la traccia entro la quale deve svolgersi la negoziazione tra le parti alla fine della determinazione convenzionale della quota di esternalizzazione). E ciò nella prospettiva – orientata ai principi di imparzialità e buon andamento ex art. 97 Cost. – di fornire (non solo) ai concedenti (ma anche ai concessionari) uno strumento finalizzato, da un lato, ad assicurare un apprezzabile livello di omogeneità di azione dei soggetti pubblici impegnati nella negoziazione della quota, a garanzia della loro imparzialità, anche percepita (senza però annullarne gli spazi di discrezionalità necessari per apprezzare la diversità delle situazioni) e, dall'altro, a facilitare le interlocuzioni tra le parti per la definizione convenzionale della quota di esternalizzazione.

D'altronde, un tale approdo ermeneutico è coerente:

- con il fatto che il legislatore riconosce in materia ad ANAC il potere di adottare atti generali fine di promuovere *«la omogeneità dei procedimenti amministrativi e lo sviluppo delle migliori pratiche»* (cfr. art. 222, comma 2, d.lgs. n.36/2023);
- con quanto notato nel parere Consiglio di Stato, 26 febbraio 2024, n. 225, in ordine al fatto che con la delibera impugnata l'ANAC ha obbedito *«alla direttiva normativa di “definire” (cioè di delimitare con adeguato tratto di precisione conformativa) le “modalità” (cioè il percorso rimesso alle parti per il necessario divisamento degli assetti negoziali programmatici) di “calcolo” (cioè di quantificazione operata all’esito di un disegno algoritmico) delle “quote” (cioè della parte, individuata in termini quantitativi rispetto al complesso delle prestazioni affidate) da affidare obbligatoriamente a soggetti terzi»*.

19.3. Tanto chiarito va poi evidenziato che la delibera n. 265/2023 non introduce criteri ultranei rispetto alla previsione di cui all'art. 186, comma 2, d.lgs. n. 36/2023 che prevede che ai fini dell'individuazione della quota di esternalizzazione deve tenersi conto *«delle dimensioni economiche e dei caratteri dell'impresa, dell'epoca di assegnazione della concessione, della sua durata residua, del suo oggetto, del suo valore economico e dell'entità degli investimenti effettuati»*.

Al riguardo, infatti, va evidenziato che il *«criterio dimensionale»* cui fanno riferimento i par. 3.2. e 3.3. della delibera gravata è collegato al *«valore economico»*; il criterio di cui al par. 3.4. riguarda *«l'oggetto della concessione»*; il criterio di cui al par. 3.5. è relativo alla *«durata residua della concessione»*; il criterio cui fa riferimento il par. 3.6. è coerente con il criterio stabilito dalla normativa primaria concernente *«l'epoca di assegnazione della concessione»*; i criteri di cui ai par. 3.7. e 3.8. riguardano *«dimensioni economiche e caratteri dell'impresa»*; il criterio di cui al par. 3.9., lett. a) è coerente con il principio che richiede di considerare *«l'entità degli investimenti effettuati»*. È poi appena il caso di notare che il criterio di cui al par. 3.9., lett. b) (che permette di considerare esclusivamente a favore dei concessionari, ai fini di un apprezzamento nella direzione del minimo della quota di esternalizzazione, le esternalizzazioni passate

in misura superiore al 50%) pur non essendo immediatamente riferibile a uno dei criteri indicati all'art. 186, comma 2, d.lgs. n. 36/2023 è espressione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza alla luce della quale deve essere interpretata la previsione dell'art. 186, d.lgs. n. 36/2023 (in coerenza con quanto indicato da Corte costituzionale, n. 218/2021).

19.4. Ancora, va notato che non può ritenersi, come sostiene parte ricorrente, che i criteri stabiliti nella delibera gravata comprimano in maniera irragionevole (e quasi annullino) gli spazi di autonomia delle parti nella determinazione convenzionale della quota da esternalizzare, né che gli stessi conducano, per concessioni di elevato valore quali quelle di cui sono titolari i concessionari autostradali, a determinare necessariamente detta quota nella misura massima del 60%.

Al riguardo il Collegio osserva che tutti i criteri indicati nella delibera non solo non appaiono vincolare concedenti e concessionari alla determinazione della quota in una determinata e precisa misura, ma neppure appaiono idonei a restringere i loro spazi di autonomia negoziale in misura intollerabile così come prospettato nel primo motivo di ricorso.

Invero, deve evidenziarsi che dalla lettera della delibera n. 265/2023 la maggior parte delle specifiche sui criteri nella stessa contenute appaiono essere cogenti solamente nella loro dimensione di limiti alla possibilità che il concedente li consideri ai fini di un aumento sproporzionato e irragionevole della quota di esternalizzazione (sempre entro la forbice che va dal 50% al 60%).

Posto, infatti, che il punto di partenza da cui muove l'Autorità è che l'accordo tra le parti non possa derogare alla quota minima del 50%, deve osservarsi che i criteri di cui ai par. 3.2., 3.4., 3.5., 3.7. sono enucleati mediante di redazione di griglie nelle quali è previsto (in relazione a ciascuna voce di ciascun criterio) un limite massimo all'aumento percentuale che la fattispecie corrispondente consente di giustificare rispetto alla quota base del 50%, e ciò grazie all'utilizzo (per ogni voce delle tabelle) della locuzione «*fino a*», che – da un lato – conferma appunto la prospettiva

di una specificazione dei criteri innanzitutto come ragionevoli limiti a espansioni eccessive della quota di esternalizzazione (Corte costituzionale n. 218/2021) e – dall'altro – fa salva la possibilità di valorizzare il criterio ai fini di un aumento (entro il valore limite) che risulti congruo avuto riguardo alla specificità della concessione che può anche ridursi a "0", ove ciò appaia alle parti giustificato.

Ciò appare peraltro pacifico con riferimento ai criteri di cui ai punti 3.4., 3.5. e 3.7. che differenziano gli aumenti possibili in relazione a fattispecie di concessione tra loro alternative (solo servizi o servizi e appalti, durata residua maggiore o minore di cinque anni, appartenenza o meno dell'impresa alla categoria delle MPI). Non pare potersi dubitare, ad esempio, che in relazione al criterio concernente l'oggetto della concessione di cui al par. 3.4. che prevede che le parti possano considerare un aumento della quota base del 50% «*fino a + 1,6%*» per gli appalti di solo servizi e fino «*a + 2,6%*», la delibera ponga solo un limite entro cui può essere apprezzato il singolo oggetto dell'appalto ai fini di un aumento della quota base di esternalizzazione, lasciando sempre alle parti la possibilità di valorizzare l'aumento concernente l'oggetto in un valore compreso da 0 al valore soglia (e ciò a prescindere dall'oggetto della concessione). Ciò si desume peraltro dal fatto che già nella relazione AIR che ha preceduto l'approvazione della delibera l'ANAC ha precisato che ove le parti «*ritengano che uno o più degli elementi di valutazione non abbia un'apprezzabile rilevanza nell'ambito della specifica concessione, possono convenire di valorizzare a zero il relativo parametro*».

Considerazioni non dissimili devono farsi con riferimento alla più dettagliata disciplina di cui al par. 3.2. relativa al criterio del valore della concessione. Anche questa infatti appare orientata a indicare ai concedenti che tale criterio non può essere apprezzato ai fini di un aumento della quota di esternalizzazione, quando l'importo complessivo della concessione è tra 5.3 Mio e 10 Mio, e poi a stabilire dei limiti agli aumenti massimi che possono essere concordati valorizzando il valore della concessione in relazione a diversi scaglioni di valore («*fino a + 0,8%*»

per le concessioni tra 10 Mio e 15 Mio, «fino a + 1,6» per le concessioni tra 15 e 20 Mio, etc.), senza che tuttavia l'individuazione di scaglioni di valore prevista dalla relativa tabella possa essere considerata imporre ai concedenti la necessaria applicazione per ogni scaglione di valore di un aumento pari o superiore a quello previsto come limite per lo scaglione precedente (sicché, ad esempio, non può sostenersi che il criterio di cui al par. 3.2. imponga che per le concessioni di valore superiore a 15 Mio si consideri sempre un aumento della quota di esternalizzazione almeno pari allo 0,8%).

Infatti, a fronte di indicazioni non univoche in tal senso rinvenibili dalla relazione AIR versata in atti (in cui si legge che «*in applicazione del criterio dimensionale per concessioni di importo compreso tra 15 Mil e 20 Mil, potranno aggiungersi da 0,9 a 1,6 punti percentuali*»), sussistono comunque adeguati elementi – anche di natura sistematica, tenuto conto della complessiva logica della delibera (evidentemente orientata al *favor libertatis* e al rispetto dell'autonomia delle parti) – per ritenere che neppure la griglia relativa al criterio dimensionale possa essere interpretata in maniera rigida. D'altronde, anche negli atti di causa l'ANAC ha ribadito che «*tutti i criteri previsti dalla norma possono essere valorizzati a zero, sulla base delle valutazioni concrete rimesse ai contraenti, con la possibilità di applicare a ciascun criterio la percentuale corrispondente al valore minimo e di attestarsi, quindi, sul valore minimo di esternalizzazione previsto dalla norma (50 per cento)*». Circostanza da cui è possibile dedurre che poiché anche il criterio dimensionale può essere valorizzato a 0 sarebbe illogico ritenere che ove le parti decidessero di valorizzarlo sarebbero poi vincolate a una valorizzazione minima legata all'appartenenza della concessione a un determinato scaglione di valore.

D'altronde una siffatta interpretazione appare coerente con quanto notato nel parere Consiglio di Stato, n. 225/2024 in ordine al fatto che con la delibera impugnata, l'ANAC ha offerto, in maniera congrua ed equilibrata, «*alle parti un set di criteri non irrigiditi in una formulazione algoritmica vincolante, legittimandone una valutazione aperta al confronto ed alla negoziazione in base al contesto*».

A ciò è appena il caso di aggiungere che anche a ritenere che la concreta articolazione dei criteri concernenti i possibili aumenti dalla quota base del 50% (e in particolare la suddivisione per scaglioni di valore del criterio di cui al par. 3.2.) possa – su un piano strettamente sostanziale – conformare l'attività degli enti concedenti (non solo in senso negativo, come limite) ma anche nell'individuazione da parte degli stessi di soglie minime di aumento (nella misura in cui comunque da tali criteri è possibile ricavare un range tendenzialmente congruo di aumento per ogni fattispecie, come ad esempio in relazione al criterio dimensionale) – va comunque notato che in nessun caso può sostenersi che gli stessi conducano a una compressione della autonomia negoziale prossima al suo annullamento (né tantomeno all'individuazione di una quota sempre pari al 60% per le concessioni come quella di cui è titolare la società ricorrente), tenuto conto che per ogni fattispecie è sempre prevista una forbice di valori e che anche rispetto alle fattispecie in relazione ai quali i criteri appaiono giustificare i maggiori aumenti (concessioni di lavori e servizi, di importo superiore a 30 Mio, di durata residua superiore ai 5 anni, rilasciate in favore di grandi imprese) la possibilità di addivenire alla percentuale del 60% si ha solo considerando gli aumenti massimi previsti per ogni voce (come dimostra lo stesso esempio fornito dalla ricorrente).

19.5. Quanto sopra consente di ritenere infondate tutte le doglianze spiegate dalla ricorrente nel primo motivo di gravame.

20. Non possono accogliersi neppure le doglianze formulate da parte ricorrente nel secondo motivo di gravame, con cui:

- per un verso, sono state genericamente contestate le previsioni di cui al par.1 della delibera, poiché – quantomeno in parte – *«del tutto originali e innovative»* rispetto alle previsioni dell'art. 186, comma 1, d.lgs. n. 36/2023;
- per altro verso, è stato contestato l'art. 8 della delibera gravata nella parte in cui ha stabilito che *«anche per le concessioni autostradali, le parti definiscono la quota di esternalizzazione, tenendo conto dei criteri indicati nei paragrafi da 3.1 a 3.7, ad integrazione*

delle disposizioni dell'articolo 186 comma 6».

20.1. Deve infatti ritenersi che la prima delle due doglianze mosse dalla ricorrente nel secondo motivo sia inammissibile e infondata.

Per un verso, infatti, deve osservarsi che la stessa non può ritenersi ammissibile nella misura in cui non è chiaro né quale specifico punto dell'articolato par. 1 della delibera n. 265/2023 sia oggetto di contestazione da parte della ricorrente, né soprattutto quale sarebbe l'interesse della stessa ricorrente a contestare tale parte della delibera in giudizio (tenuto conto, peraltro, che parte ricorrente ha espressamente riferito che la questione relativa alle modalità con cui le è stata affidata la concessione e alla conseguente applicabilità o meno nei suoi confronti dell'obbligo di esternalizzazione ex art. 186 d.lgs. n. 36/2023 *«esula dal thema decidendum del presente giudizio»*).

Per altro verso, poi, deve osservarsi che la medesima censura (nella misura in cui appare volta genericamente a sostenere che ANAC non potrebbe fornire indicazioni sull'ambito di applicazione dell'art. 186 d.lgs. n. 36/2023) appare infondata tenuto conto che la gravata delibera n. 265/2023 se da un lato è espressione dello specifico potere riconosciuto ad ANAC dall'art. 186, comma 5, d.lgs. n. 36/2023, dall'altro costituisce anche espressione del generale potere che l'art. 222 d.lgs. n. 36/2023 riconosce ad ANAC nell'ambito della governance dei contratti pubblici di intervenire con atti di carattere generale – anche di carattere interpretativo – per promuovere *«la omogeneità dei procedimenti amministrativi e lo sviluppo delle migliori pratiche»*.

20.2. Infondata è anche l'altra delle due doglianze articolate da parte ricorrente nel secondo motivo di gravame (quella relativa all'art. 8 della delibera).

Al riguardo, deve evidenziarsi che il comma 6 dell'art. 186 d.lgs. n. 36/2023 (ai sensi del quale *«per i concessionari autostradali, le quote e i criteri di determinazione di cui al comma 2 sono calcolati sulla base degli importi risultanti dai piani economici finanziari annessi agli atti convenzionali»*), per quanto criptico, non pare tuttavia ostare a una lettura

unitaria delle disposizioni del medesimo art. 186, d.lgs. n. 36/2023, con conseguente correttezza della previsione del par. 8 della delibera gravata nella parte in cui individua i criteri di cui ai par. da 3.1. a 3.7. applicabili anche alla delibera in oggetto.

Infatti, se appare evidente che il comma 6 dell'art. 186 d.lgs. n. 36/2023 impone senz'altro a concedente e concessionario di individuare la quota da esternalizzare tenendo in considerazione come importi di partenza (per la base di calcolo e per la concreta applicazione dei criteri di cui al comma 2) *«gli importi risultanti dai piani economici finanziari annessi agli atti convenzionali»*, la stessa disposizione non impedisce che le modalità di applicazione dei criteri concretamente fornite dall'ANAC ai sensi del sopra richiamato comma 5 dell'art. 186, d.lgs. n. 36/2023 siano, per quanto compatibili e salva la necessità di far sempre riferimento *«[a]gli importi risultanti dai piani economici finanziari annessi agli atti convenzionali»*, utilizzate anche in relazione ai concessionari autostradali.

Non appare quindi affetto dai vizi lamentati dalla ricorrente il par. 8 della delibera gravata nella parte in cui prevede che anche per le concessioni autostradali le parti che devono determinare convenzionalmente la quota di esternalizzazione facciano riferimento al metodo applicativo dei criteri precisato nei par. da 3.1. a 3.7., appunto *«ad integrazione delle disposizioni dell'articolo 186 comma 6»*, ovvero sia applicandoli in maniera compatibile con la disposizione speciale di cui all'art. 186, comma 6, d.lgs. n. 36/2023.

Non è ultroneo peraltro notare che:

- una tale conclusione è coerente con quanto notato nel parere Consiglio di Stato, 26 febbraio 2024, n. 225 in ordine al fatto che sebbene *«il comma 6 dell'articolo 186, dettando per le concessioni autostradali un regime in parte differenziato da quello generale, sembra prevedere che i concessionari autostradali non siano assoggettati alle indicazioni che l'ANAC è chiamata a fornire (in base al comma 5) in relazione al comma 2 ... si può, nondimeno, ritenere che ... sotto questo profilo il comma 6 dell'articolo 186 sconti un difetto di coordinamento, che*

postula di essere colmato per ragioni di coerenza»;

- con la disposizione di interpretazione autentica di cui all'art. 15, l. n. 193/2024 il legislatore ha confermato la correttezza dell'interpretazione sopraindicata chiarendo che *«alle concessioni autostradali in essere non affidate conformemente al diritto dell'Unione europea vigente al momento dell'affidamento o della proroga si applicano le disposizioni sull'affidamento mediante procedura di evidenza pubblica di una quota tra il 50 e il 60 per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture stabilita convenzionalmente dall'ente concedente e dal concessionario di cui all'articolo 186, commi 2, 3, 4, 5 e 6, del codice dei contratti pubblici»*, e quindi confermando – con l'espresso richiamo al comma 5 – che le concessioni autostradali non sono escluse dall'ambito di intervento dell'ANAC in materia.

20.3. Da ciò l'impossibilità di accogliere le censure articolate da parte ricorrente nell'ambito del secondo motivo di gravame.

21. Non sono infine neppure fondate le doglianze – articolate nell'ambito del terzo motivo di gravame – con cui la ricorrente ha contestato i singoli criteri contenuti nei paragrafi 2 e 3 della delibera n. 265/2023.

21.1. Infondata è innanzitutto la doglianza con cui la ricorrente ha contestato il par. 2.1. della delibera ANAC nella parte in cui prevede l'inserimento nella base di calcolo di *«tutte le prestazioni da eseguire nel periodo considerato, oggetto della concessione e sono, quindi, necessarie per l'esecuzione della stessa, anche se svolte direttamente dal concessionario»*, atteso che – come notato nel più volte richiamato parere Consiglio di Stato, n. 225/2024 – escludere dalla base di calcolo della quota di esternalizzazione le prestazioni eseguite direttamente dalla concessionaria porterebbe alla *«paradossale insussistenza di alcun obbligo di esternalizzazione le quante volte il concessionario fosse in grado (o avesse intenzione) di eseguire direttamente le prestazioni oggetto di affidamento: il che sarebbe in contraddizione con la logica di imporre, anche in tal caso, un recupero di concorrenzialità a valle dell'affidamento non conforme alla disciplina eurocomune, cui la disposizione è finalizzata»*.

21.2. Non possono accogliersi neppure le doglianze articolate avverso i singoli

criteri enucleati nel paragrafo 3 della delibera.

Al riguardo – ribadito che i criteri così come strutturati non appaiono in alcun modo idonei a vincolare concedente e concessionario, cui è rimessa persino la possibilità di valorizzarli a “0”, ove ciò appaia giustificato da ragioni inerenti la peculiarità della concessione – va evidenziato:

- che le critiche mosse al par. 3.2. non appaiono fondate, in quanto: a) le previsioni nello stesso contenute non appaiono irragionevoli, muovendo dalla condivisibile prospettiva che l’incremento della quota di esternalizzazione è tanto più giustificato quanto maggiore è l’importo della concessione sottratto al mercato; b) non appare potersi considerare sproporzionato il valore soglia dell’aumento massimo del 4,4% riconducibile a tale criterio (che comunque, come già notato, costituisce solo un limite posto a tutela del concessionario); c) non appaiono apprezzabili le generiche deduzioni di parte ricorrente su effetti distorsivi del criterio, e ciò anche alla luce della già richiamata possibilità per le parti della concessione di valorizzare lo stesso a “0” ove le specifiche circostanze appaiano idonee a richiederlo;

- che le censure articolate avverso il par. 3.4. appaiono anch’esse prive di pregio in quanto: a) anche le previsioni contenute in tale paragrafo appaiono contenere soglie massime di valorizzazione dello specifico criterio ai fini dell’incremento della quota, a tutela dei concessionari (e non contro gli stessi); b) non può considerarsi di per sé irragionevole la scelta dell’ANAC di indicare parametri differenziati per concessioni di lavori e servizi e concessioni di soli servizi; c) in ogni caso le indicazioni contenute al par. 3.4. consistono sempre in una forbice di valori che non impedisce ma anzi facilita una valutazione *«in concreto [dello] specifico opus del rapporto considerando aspetti ... puntuali e significativi... ai fini dell’obbligo di esternalizzazione»*; d) non appare potersi apprezzare una particolare sproporzione delle indicazioni contenute nel predetto paragrafo della delibera contestata, anche tenuto conto che la maggiore percentuale di aumento possibile in relazione alle

concessioni relative anche a lavori è stata ragionevolmente giustificata dal fatto che *«la realizzazione di opere comporta l'esecuzione di prestazioni standardizzate ed una più ampia possibilità di reperire facilmente sul mercato operatori terzi adeguati»* (cfr. relazione AIR depositata da ANAC);

- che – sempre alla luce di quanto si è notato a più riprese sulla elasticità e non vincolatività dei criteri – non appaiono irragionevoli neppure i criteri di cui ai par. 3.5. e 3.6., di cui è possibile apprezzare la coerenza con la lettera di cui all'art. 186, comma 2, d.lgs. n. 36/2023;

- che parimenti ragionevole deve ritenersi anche la previsione (contenuta al par. 3.7.) che prevede range diversi di possibili aumenti (differenziati nel massimale) collegati all'appartenenza o meno della concessionaria alla categoria delle PMI, tenuto conto peraltro che – anche con riferimento a tale ulteriore profilo – le indicazioni della delibera (non appaiono esaurire ma al contrario) garantiscono (sempre attraverso la previsione della formula “fino a”) la possibilità per concedente e concessionario di apprezzare in maniera diversa, con riferimento alle caratteristiche proprie di ogni concessione, le *«dimensioni economiche e caratteri dell'impresa»*.

- che appare del tutto inammissibile e infondata poi la contestazione relativa alla previsione cui al par. 3.9. della delibera (che esplicita come criterio di modulazione verso il basso della quota, il fatto che *«il concessionario [abbia] esternalizzato, in misura superiore al 50 per cento, le prestazioni oggetto della concessione riferite alla parte di contratto già eseguita»*) trattandosi di disposizione di favore (che la ricorrente non ha interesse alcuno a contestare), espressione di generali principi di ragionevolezza e proporzionalità.

22. Per tutte le ragioni sopra spiegate, tutte le censure articolate avverso la delibera n. 265/2023 non possono essere accolte. Conseguenzialmente, non sono fondate le doglianze – articolate tanto nel ricorso quanto nei motivi aggiunti – a mezzo delle quali è stata lamentata l'illegittimità derivata (per le medesime censure rivolte

alla delibera n. 265/2023) delle note del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti impugnate tuzioristicamente da parte ricorrente (di cui, peraltro, appare evidente la natura non provvedimentale).

23. Conclusivamente, tutte le domande spiegate nel ricorso e nei motivi aggiunti devono essere respinte.

24. Le spese processuali – avuto riguardo a tutte le circostanze del caso, ivi compresi soprattutto i profili di novità delle questioni giuridiche sottese al ricorso – possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 18 novembre 2025, 13 gennaio 2026, con l'intervento dei magistrati:

Orazio Ciliberti, Presidente

Agatino Giuseppe Lanzafame, Referendario

Caterina Lauro, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Caterina Lauro

IL PRESIDENTE

Orazio Ciliberti

IL SEGRETARIO