

TAR Lazio, Sezione Prima Quater, Sentenza n. 2185 del 5 febbraio 2026

Concessioni autostradali – Obbligo di esternalizzazione – Delibera Anac n.265/2023 di calcolo della quota – Legittimità

Pubblicato il 05/02/2026

N. 02185/2026 REG.PROV.COLL.

N. 15251/2023 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 15251 del 2023, proposto da Autostrade per l'Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e Autorità Nazionale Anticorruzione, 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*, rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio (...);

per l'annullamento

- della nota del MIT R.U. n. 0022628 dell'8 settembre 2023, 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”;
- della nota del MIT R.U. n. 0024843 del 29 settembre 2023, recante “Sollecito alla trasmissione dei dati richiesti”;
- della presupposta delibera dell'A.n.a.c. del 20 giugno 2023, n. 265 (di seguito anche “Delibera”) avente ad oggetto «Provvedimento adottato ai sensi dell'articolo 186 commi 2 e 5, del decreto legislativo n. 36 del 31 marzo 2023, recante “indicazioni sulle modalità di calcolo delle quote di esternalizzazione dei contratti di lavori, servizi e forniture da parte dei titolari di concessioni di lavori e di servizi pubblici non affidate conformemente al diritto dell'Unione europea”»;
- di ogni altro atto presupposto, connesso o consequenziale, anche non conosciuto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 novembre 2025 il dott. Dario Aragno 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, c. 1, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, modificato con la legge 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, c. 1, e 41, c. 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 – costitu[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, c. 2, lett. gg, della legge 21 giugno 2022, n. 78 – con l'art. 186 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, 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, c. 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, c. 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, c. 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, c. 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, c. 6, primo periodo).

4. Nella prospettiva di svolgere quanto di propria competenza per l'attuazione della predetta disposizione, l'A.n.a.c. 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'A.n.a.c. ha trasmesso la predetta delibera al Consiglio di Stato al fine di 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, c. 4, del d.lgs. n. 36/2023.

6. A seguito della pubblicazione della predetta delibera, con nota dell'8 settembre 2023 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 A.n.a.c. n. 265/2023. Con successiva nota del 29 settembre 2023, prot. n. 24843, la p.a. ha sollecitato la trasmissione dei dati richiesti con la precedente comunicazione, invitando inoltre le società concessionarie a trasmettere altri dati necessari ai fini del calcolo delle quote di esternalizzazione di cui ai paragrafi 3 e 9, lett. g), della delibera A.n.a.c. n. 265/2023.

7. Con l'atto introduttivo del presente giudizio, notificato il 6 novembre 2023 e depositato il 16 novembre 2023, la Società Autostrade per l'Italia S.p.a. (di seguito anche “A.S.P.I.”) ha adito questo

Tribunale al fine di ottenere l'annullamento delle note del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti 8 settembre 2023, n. 22628, e del 29 settembre 2023, n. 24843, e, quale atto presupposto, della delibera A.n.a.c. 20 giugno 2023, n. 265, nonché di chiedere, in via subordinata, di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 186 del d.lgs. n. 36/2023 in riferimento agli artt. 3, 41 e 76 Cost.

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

- ha premesso di gestire *«una pluralità di tratte autostradali in forza di una concessione originariamente assentita ai sensi della legge 24 luglio 1961, n. 729 e disciplinata inizialmente con la convenzione del 2 febbraio 1962 sottoscritta da Autostrade – Concessioni e Costruzioni Autostrade S.p.A.», della «convenzione n. 230 del 04.08.1997, assentita dall'Azienda Nazionale Autonoma delle Strade (di seguito anche "A.N.A.S.")»*, stipulata con Autostrade Concessioni e Costruzioni Autostrade S.p.a., alla quale A.S.P.I. è subentrata per effetto del conferimento di ramo d'azienda del 30 maggio 2003, Rep. n. 42734, Racc. n. 11355, della convenzione stipulata direttamente con A.N.A.S. il 26 novembre 2003 e, infine, della "Convenzione Unica", stipulata, tra le medesime parti, il 12 ottobre 2007, approvata con legge 6 giugno 2008, n. 101, e avente scadenza, a seguito di varie proroghe, il 31 dicembre 2038;
- ha illustrato le ragioni che l'hanno indotta ad attribuire effetti lesivi alle note del M.I.T., che, chiedendo ai concessionari di trasmettere le informazioni indicate dall'A.n.a.c. nella delibera n. 265/2023, avrebbe dimostrato di considerarne vincolanti i contenuti, giustificando l'impugnazione delle stesse unitamente all'atto presupposto.

7.2. Tanto premesso, parte ricorrente ha quindi articolato sei motivi in diritto a sostegno delle proprie pretese.

7.2.1. Con il primo motivo A.S.P.I. ha lamentato l'illegittimità delle richieste del M.I.T. per *«carezza dei presupposti per l'avvio della procedura di individuazione delle quote di esternalizzazione. Violazione ed erronea applicazione dell'art. 186, co. 2. Eccesso di potere per carezza dei presupposti»*, sostenendo, in sintesi, che avrebbe errato il M.I.T. a ritenere applicabile nei suoi confronti la delibera n. 265/2023, a causa dell'assenza dei presupposti previsti dall'art. 186, c. 2, del d.lgs. n. 36/2023, avendo ottenuto la concessione della rete autostradale in forza della legge 24 luglio 1961, n. 729, cioè in un frangente temporale in cui non esisteva un obbligo – introdotto solo con la direttiva del Consiglio 18 luglio 1989 89/440/CEE – di affidare le concessioni mediante procedure competitive; ha aggiunto che A.S.P.I. è il frutto di un

processo di privatizzazione dell'originaria concessionaria, *«operat[o] mediante una procedura pubblica, trasparente e competitiva di interpello del mercato, pienamente conforme alle esigenze di concorrenza e di pubblicità previste dai principi comunitari all'epoca applicabili»* e che, diversamente opinando, si dovrebbe riconoscere che tutte le proroghe del rapporto contrattuale fino ad oggi intervenute hanno perpetrato una violazione del diritto comunitario.

7.2.2. Con il secondo motivo A.S.P.I. ha denunciato l'*«inapplicabilità della Delibera dell'ANAC alle concessioni autostradali. Violazione ed erronea applicazione dell'art. 186, commi 5 e 6 del d.lgs. n. 36/2023»*, evidenziando che sarebbe illegittima la scelta, compiuta dall'A.n.a.c. con il par. 8 della delibera e attuata dal M.I.T., di attrarre le concessioni autostradali, alle quali il legislatore ha riservato la speciale disciplina di cui al c. 6 (con annessa esclusività della fonte pattizia), all'interno dell'ambito di applicazione del c. 5, che prevede un ruolo regolamentare dell'A.n.a.c. per le concessioni ordinarie. Ciò sarebbe altresì confermato dalla relazione illustrativa al d.lgs. n. 36/2023, dal *dossier* del Servizio studi del Senato e dallo schema di deliberazione predisposto dall'A.n.a.c. il 5 maggio 2023.

7.2.3. Con il terzo motivo A.S.P.I. ha lamentato l'*«illegittima invasione dell'ANAC nell'autonomia delle parti del rapporto concessorio. Violazione ed erronea applicazione dell'art. 186, commi 2 e 5. Eccesso di potere per sviamento, carenza di presupposti. Violazione dei principi sanciti dalla Corte Costituzionale»*, contestando il fatto che l'A.n.a.c. non si sia limitata, come voleva l'art. 186, c. 2, del d.lgs. n. 36/2023, a offrire alle parti del rapporto concessorio “criteri” per addivenire ad una definizione consensuale delle quote da esternalizzare ma abbia elaborato *«un sistema di computo della quota di esternalizzazione di tipo automatico che priva il concessionario e il concedente di qualsivoglia margine negoziale»*, basato su *«elementi puramente quantitativi»*, in applicazione dei quali il raggiungimento del limite massimo della quota da esternalizzare (60%) è praticamente inevitabile.

La ricorrente ha sottoposto, quindi, a critica i singoli criteri, appuntandola soprattutto contro il par. 2.1. della delibera, ritenuto illegittimo nella parte in cui prevede 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, penalizzando il concessionario che si sia dotato nel tempo di strutture interne per eseguire direttamente le prestazioni strumentali al funzionamento della concessione, “replicherebbe” i

medesimi vizi già censurati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 128/2021.

7.2.4. Con il quarto motivo A.S.P.I. ha chiesto, in via subordinata, che sia riconosciuta l'illegittimità degli atti impugnati per *«violazione ed erronea applicazione dell'art. 186, co. 2. Eccesso di potere per sviamento. Eccesso di potere. Violazione del principio di proporzionalità»*, evidenziando che l'applicazione dei criteri da 3.1 a 3.7 della delibera n. 265/2023 ai concessionari autostradali e l'esclusione, invece, di quelli indicati nel par. 3.9 (che valorizzano, in chiave riduttiva della quota da esternalizzare, gli investimenti non ammortizzati e le esternalizzazioni già compiute sulla parte di concessione eseguita) comportano senz'altro il raggiungimento della quota massima di esternalizzazione (60%), determinando *«una variazione "a senso unico" della quota»*, necessariamente "al rialzo".

7.2.5. Con il quinto motivo A.S.P.I. ha chiesto, sempre in via subordinata, che sia riconosciuta l'illegittimità degli atti impugnati per *«illegittimità dell'esclusione dei settori autostradali dalle casistiche di riparametrazione di cui all'art. 3.9 della Delibera dell'ANAC. Violazione ed erronea applicazione dell'art. 186, co. 2. Eccesso di potere per sviamento e irragionevolezza. Ingiustizia manifesta»*, sostenendo che privare i concessionari autostradali delle misure di mitigazione previste dai par. 3.9 e 3.10, che consentono un abbattimento fino al 3% della quota di esternalizzazione, costituirebbe una soluzione manifestamente iniqua, dalla quale lo stesso M.I.T. avrebbe inteso discostarsi chiedendo ai concessionari di trasmettere anche i dati indicati dai citati paragrafi.

7.2.6. Con il sesto motivo, infine, A.S.P.I. ha chiesto che venga sollevata, in via subordinata, questione di legittimità costituzionale *«dell'art. 1, co. 2, lett. gg), della legge n. 78/2022 e dell'art. 186, commi 2 e 5»* per violazione degli artt. 3, co. 1, 41, co. 1, 76 Cost., osservando che l'art. 186 del d.lgs. n. 36/2023 avrebbe reintrodotto un obbligo di esternalizzazione della maggioranza dei lavori, dei servizi e delle forniture già giudicato illegittimo dal giudice delle leggi, a nulla valendo *«...eccepire che, a differenza del previgente art. 177, la percentuale di esternalizzazione non è fissa ma è individuata solo nell'intervallo tra il 50% e il 60% dato che la disposizione, per come attuata dall'ANAC con la Delibera impugnata, comporta il sostanziale incremento della quota fino ai livelli massimi e, in ogni caso, superiori alla metà delle attività»*. Ciò determinerebbe anche una violazione dei criteri indicati dalla legge n. 78/2022 e, quindi, dell'art. 76 Cost., ravvisabile soprattutto nella mancanza nell'art. 186 del meccanismo di modulazione dell'obbligo di esternalizzazione previsto dall'art. 1, c. 2, lett. gg), della legge delega, nonché una ingiusta penalizzazione dei concessionari

autostradali,

8. In data 23 novembre 2023 l'A.n.a.c. e il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti si sono costituiti in giudizio.

9. 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.

10. Il 26 gennaio 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.

11. In data 16 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.

12. Con memoria depositata in pari data l'A.n.a.c. ha spiegato le proprie difese e ha insistito per l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso.

12.1. Segnatamente, in via preliminare l'Autorità 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'operato delle amministrazioni.

12.2. Sotto altro profilo, sempre in via preliminare l'Autorità 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.

12.3. Infine, nel merito l'Autorità ha evidenziato l'infondatezza di tutte le doglianze articolate dalla ricorrente rilevando in particolare che non è vero che la delibera n. 265/2023 annulla lo spazio di negoziazione che la legge attribuisce alle parti per l'individuazione della percentuale da esternalizzare nell'ambito della forbice dal 50% al 60% individuata dal legislatore, e ciò in quanto *«le indicazioni fornite nella delibera impugnata si caratterizzano per essere volutamente molto elastiche, lasciando un margine decisionale molto*

ampio ai contraenti, [poiché] 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)»; ha rivendicato la legittimità del proprio intervento regolatore anche sulle concessioni autostradali, in quanto «nel rinviare ai criteri di cui al comma 2, le disposizioni di cui al comma 6 comportano un necessario richiamo anche alle indicazioni che l'ANAC è chiamata a fornire in merito, per effetto di quanto previsto al comma 5»; ha insistito sulla natura interpretativa e non innovativa della delibera impugnata; ha, infine, argomentato in ordine alla correttezza dei singoli criteri di calcolo delle quote da esternalizzare (e, in particolare, all'inclusione all'interno delle stesse anche delle prestazioni svolte direttamente dal concessionario) e si è opposta alla rimessione della questione di legittimità costituzionale dell'art. 186 del d.lgs. n. 36/2023 alla Corte costituzionale, sostenendo che ciò che è stato censurato dal giudice delle leggi e che inficiava l'art. 177 del d.lgs. n. 50/2016 era la predeterminazione in misura fissa delle quote, mentre la vigente fonte primaria e la delibera n. 265/2023 offrirebbero solo criteri "elastici" e preserverebbero così integralmente l'autonomia delle parti.

13. Con memoria versata in atti il 17 ottobre 2025 l'(...) ha ulteriormente argomentato sulla sussistenza delle condizioni di ammissibilità del proprio intervento.

14. Con memoria depositata il 7 novembre 2025 la società ricorrente ha replicato alle difese delle resistenti, evidenziando, in particolare, che la delibera n. 265/2023 è stata impugnata sia quale atto presupposto a seguito della decisione del M.I.T., con le note impugate, di ritenerla applicabile anche ad A.S.P.I. sia per il suo contenuto conformativo dell'attività del concedente e che l'A.n.a.c. non ha contestato l'estraneità della concessione di cui A.S.P.I. è titolare all'ambito di applicazione dell'art. 186 del d.lgs. n. 36/2023, con ciò che ne deriverebbe in termini probatori, e rinviando, per il resto, alle argomentazioni sviluppate nell'atto introduttivo.

15. All'udienza pubblica del 18 novembre 2025 dopo ampia discussione il ricorso è stato trattenuto in decisione.

16. In primo luogo, il Collegio ritiene che il gravame sia ammissibile in quanto proposto avverso la delibera dell'A.n.a.c. quale atto presupposto delle richieste istruttorie del M.I.T. che recherebbe *«prescrizioni puntuali direttamente rivolte a tutti i soggetti regolati (ivi compresa dunque – astrattamente – la Ricorrente)*

che le concessionarie sono tenute ad applicare sotto pena della irrogazioni di sanzioni da parte dei Concedenti e della stessa Autorità» (cfr. memoria depositata dalla ricorrente in data 7 novembre 2025, pag. 4).

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 del fatto che la questione circa la natura “paralizzante” (o comunque gravemente e immediatamente limitativa) della delibera A.n.a.c. 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.

17. Sempre in via preliminare, il Collegio ritiene che – anche alla luce dei principi espressi dalla Corte di Cassazione, SS.UU., 23 novembre 2023, n. 8934 – debba ritenersi l’ammissibilità dell’intervento proposto da Aiscat 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.

18. Ciò premesso, va innanzitutto evidenziato che non è fondato il primo motivo di ricorso, con cui parte ricorrente, contestando le richieste istruttorie del M.I.T. quali atti attuativi dell’art. 186 del d.lgs. n. 36/2023 e della delibera n. 265/2023 dell’A.n.a.c., promuove – e, quindi, punta alla convalida di – un’interpretazione delle disposizioni contenute nella fonte primaria (c. 2) e nell’atto amministrativo generale (par. 1) propensa a escludere dal loro ambito di applicazione le concessioni, come quella di cui è titolare, affidate in conformità ad un quadro normativo che, al momento dell’affidamento, non presupponeva che ciò avvenisse tramite procedure pubbliche e competitive, aperte al mercato.

La tesi non convince.

18.1. L’art. 186, c. 2, prima parte, del d.lgs. n. 36/2023 prevede 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»*. La *ratio* della disposizione, come riconosciuto dalla Corte costituzionale a proposito dell’omologa contenuta nell’art. 177 del d.lgs. n. 50/2016, risiede nella *«necessità di imporre regole*

concorrenziali, seppure a valle, in una certa misura, quando sono mancate le gare a monte» (Corte cost. sent. n. 218/2021, che richiama Cons. Stato, I, parere n. 823/2020), cioè di compensare, tramite una parziale “riconsegna” al mercato delle attività economiche svolte dal concessionario, il *deficit* di concorrenza che si è verificato al momento dell’affidamento della concessione, senza che occorra stabilire se la “non conformità” corrisponda o meno a una “violazione” del diritto unionale.

Una interpretazione della disposizione fedele, oltre che alla sua formulazione letterale, alle sue finalità impone, cioè, di accertare, esclusivamente in una dimensione oggettiva e a prescindere da qualsiasi giudizio di legittimità (o di responsabilità), che tipo di procedura prevedesse il diritto unionale al momento dell’affidamento o della proroga della concessione.

18.2. Nel caso di specie, stando alla ricostruzione effettuata dalla stessa A.S.P.I. nella parte introduttiva del ricorso, il rapporto concessorio trova l’ultimo titolo negoziale in ordine di tempo nella «*Convenzione Unica del 12.10.2007 – approvata con legge 06.06.2008, n. 101*» (pag. 3 del ricorso). Ebbene la legge n. 101/2008, oltre ad intervenire sull’ art. 2, c. 82, del decreto-legge 3 ottobre 2006, n. 262, ha disposto contestualmente l’approvazione della richiamata convenzione tra l’A.N.A.S. (cui è successivamente succeduto il M.I.T., ai sensi dell’art. 11, c. 5, del d.l. 29 dicembre 2011, n. 216) e A.S.P.I., avente scadenza il 31 dicembre 2038, in un frangente temporale in cui era in vigore la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi del 31 marzo 2004, n. 18 (direttiva 2004/18/CE), nonché il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, che ne recepiva gli obblighi, assoggettando le concessioni di lavori di importo pari o superiore alla soglia comunitaria (€ 5.225.000, ex artt. 56 della direttiva e 28, c. 1, lett. c), del d.lgs. 163/2006) al regime delle procedure ad evidenza pubblica con pubblicità in ambito U.E.

La ricorrente non mette in discussione che il valore della concessione fosse, alla data della sottoscrizione della convenzione unica, superiore alla richiamata soglia, ma si limita ad invocare la conformità dell’affidamento al diritto interno deducendo che «*se così non fosse, si dovrebbe paradossalmente ritenere che la stessa amministrazione concedente dovrebbe ammettere ex post di aver accordato, in qualità di concedente, aggiornamenti o proroghe in violazione della normativa europea in quel momento vigente*» (ricorso, pagg. 13 e 14).

Tuttavia, fermo restando che la legittimità della soluzione prescelta dal concedente esula dal *thema decidendum* del presente giudizio, non è possibile dubitare del fatto che l’atto negoziale del 18 ottobre

2007 si è perfezionato in un contesto normativo nel quale vigeva un obbligo di affidamento della concessione mediante procedure concorrenziali e, quindi, agli effetti dell'art. 186, c. 2, del d.lgs. n. 36/2023, "non conformemente" al diritto unionale allora vigente, con conseguente applicabilità della disposizione e della delibera n. 265/2023 dell'A.n.a.c. alla concessione autostradale di cui è titolare A.S.P.I.

18.3. Occorre, da ultimo, notare che non è sostenibile l'applicazione, sul punto, del principio di non contestazione di cui all'art. 64, c. 2, c.p.a., invocato dalla ricorrente nella memoria di replica depositata in data 7 novembre 2025 (pagg. 5 e 6).

L'esatta delimitazione dell'ambito di applicazione dell'art. 186, c. 2, del d.lgs. n. 36/2023 è, infatti, questione di diritto e non di fatto, sottratta, quindi, al principio dispositivo e rimessa alla valutazione del giudice.

19. Con il secondo motivo di ricorso A.S.P.I. contesta il par. 8 della delibera n. 265/2023 dell'A.n.a.c. – e il seguito datovi dal M.I.T. – laddove estende le regole per il computo delle quote di esternalizzazione valide per le concessioni ordinarie alle concessioni autostradali, invece oggetto della disciplina speciale (e autosufficiente) contenute nel c. 6.

La censura è infondata.

19.1. Al riguardo, deve evidenziarsi che il c. 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 del 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 alle concessioni autostradali.

Infatti, se appare evidente che il c. 6 dell'art. 186 del 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 c. 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'A.n.a.c. ai sensi del sopra richiamato c. 5 dell'art. 186 del 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.

19.2. 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, c. 6, del d.lgs. n. 36/2023.

19.3. Non è ultroneo, peraltro, notare che:

- una tale conclusione è coerente con quanto notato nel parere del 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 della legge 16 dicembre 2024, n. 193, il legislatore ha fatto propria la correttezza dell'interpretazione sopra indicata 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*», così confermando – con l'espresso richiamo al c. 5 – che le concessioni autostradali non sono escluse dall'ambito di intervento dell'A.n.a.c. in materia.

20. Con il terzo motivo A.S.P.I. sottopone a critica i criteri individuati dall'A.n.a.c. per addivenire all'individuazione della quota della concessione da esternalizzare e ne stigmatizza la pervasività, capace, a suo dire, di erodere qualsiasi spazio di negoziazione per concedente e concessionario, concentrandosi, poi, sul criterio previsto dal par. 2.1 della delibera n. 265/2023, secondo cui «*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».

Il motivo è infondato.

20.1. In primo luogo, il Collegio evidenzia:

- che l'art. 186, c. 2, del 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 c. 5 della medesima disposizione riconosce ad A.n.a.c. la funzione – giocoforza propedeutica – di definire *«le modalità di calcolo delle quote di cui comma 2, primo periodo»*.

20.2. 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 c. 2 dell'art. 186 del 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 A.n.a.c. 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 c. 5 dell'art. 186 del 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 c. 5 conferisca ad A.n.a.c. anche il potere di meglio definire la traccia entro la quale deve svolgersi la negoziazione tra le parti al 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 approccio ermeneutico è coerente:

- con il fatto che il legislatore riconosce in materia ad A.n.a.c. il potere di adottare atti generali al fine di promuovere *«la omogeneità dei procedimenti amministrativi e lo sviluppo delle migliori pratiche»* (cfr. art. 222, c. 2, del d.lgs. n. 36/2023);
- con quanto notato nel parere del Consiglio di Stato, 26 febbraio 2024, n. 225, in ordine al fatto che con la delibera impugnata l'A.n.a.c. 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»*.

20.3. Tanto chiarito va poi evidenziato che la delibera n. 265/2023 non introduce criteri ultranei rispetto alla previsione di cui all'art. 186, c. 2, del 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»*.

20.4. 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 terzo 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 nel porre un limite alla possibilità che il concedente consideri alcuni dei summenzionati criteri 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 e 3.7 sono enucleati mediante 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 lavori, 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 soli servizi e fino «*a + 2,6%*» per quelli di lavori e servizi, 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'A.n.a.c. 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 relativo 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 un'imposizione ai concedenti della 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'A.n.a.c. 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 del Consiglio di Stato n. 225/2024 in ordine al fatto che con la delibera impugnata l'A.n.a.c. 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).

20.5. In relazione, poi, alle specifiche censure mosse avverso il criterio di cui al par. 2.1 della delibera n. 265/2023 nella parte in cui prevede l'inserimento nella base di calcolo di *«tutte le prestazioni da eseguire nel periodo considerato, oggetto della concessione e [...], quindi, necessarie per l'esecuzione della stessa, anche se svolte direttamente dal concessionario»*, va rimarcato che – come notato nel più volte richiamato parere del 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 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».

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

21. Con il quarto e quinto motivo di ricorso, strettamente intrecciati, A.S.P.I. denuncia il fatto che i criteri indicati dall'A.n.a.c. siano tutti “al rialzo” e determinino inevitabilmente il raggiungimento della soglia massima del 60% prevista dalla norma, essendo stato immotivatamente precluso ai concessionari autostradali, in violazione dei principi di proporzionalità ed equità, l'accesso ai parametri di riduzione contenuti nei par. 3.9 e 3.10 della delibera, che prevedono un abbattimento fino al 3% della quota di esternalizzazione avuto riguardo agli *«investimenti recenti non ancora ammortizzati»* (lett. a) e alle attività già esternalizzate con la parte di contratto già eseguita (lett. b).

Le censure sono infondate.

21.1. In disparte il fatto che il M.I.T. con la nota n. 24843 del 29 settembre 2023 ha richiesto alla ricorrente anche i dati di cui al par. 3.9 della delibera *«ai fini dell'applicazione di eventuali decurtazioni»* e che, quindi, A.S.P.I. potrebbe non avere interesse all'esame dei richiamati motivi di ricorso, non essendosi verificata in sede applicativa la temuta “preclusione”, va osservato che la mancata menzione nel par. 8 della delibera della possibilità di valorizzare anche i criteri in questione non è da considerarsi ostativa ad un loro legittimo ingresso nella negoziazione tra concedente e concessionario.

Come si legge testualmente nel par. 8 della delibera n. 265/2023, infatti, i criteri da 3.1 a 3.7 “integrano” quelli previsti dall'art. 186, c. 6, del d.lgs. n. 36/2023, che assume quali “materiali” principali da utilizzare per il calcolo della quota da esternalizzare da parte dei concessionari autostradali *«i piani economici finanziari annessi agli atti convenzionali»*, dai quali è ben possibile che si evincano gli investimenti programmati e, in occasione del loro aggiornamento, quelli effettuati (coincidenti con le informazioni previste dal par. 3.9, lett. a), della delibera), e *«il piano complessivo dei lavori, servizi e forniture»*, nel quale non sembra peregrino riconoscere che il concessionario possa indicare anche le attività già precedentemente esternalizzate (coincidenti con le informazioni previste dal par. 3.9, lett. b), della delibera).

21.2. In ogni caso, la valorizzazione *«dell'entità degli investimenti effettuati»* è prevista già dalla legge all'art. 186, c. 2, del d.lgs. n. 36/2023, concorrendo senz'altro a porsi come cogente criterio di orientamento

della negoziazione tra concedente e concessionario, senza che l'assenza di riferimenti a tale indice nella delibera A.n.a.c. possa tradursi in un suo indebito accantonamento, avuto riguardo alla più volte delineata finalità della delibera n. 265/2023, che è quella di costituire uno strumento di garanzia per i concessionari nella fissazione di limiti massimi agli incrementi esigibili dal concedente e non anche di imposizione di livelli minimi di esternalizzazione ulteriori e diversi rispetto a quello del 50% previsto dalla fonte primaria.

22. Con il sesto motivo, infine, A.S.P.I. chiede che sia sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 186 del d.lgs. n. 36/2023 per violazione degli artt. 3, c. 1, 41, c. 1, e 76 della Costituzione, sostenendo che la disposizione, *«per come attuata dall'ANAC»*, riprodurrebbe gli stessi vizi che già inficiavano l'art. 177 del d.lgs. n. 50/2016 e intercettati dalla Corte costituzionale, violando anche la legge delega n. 78/2022 nella parte in cui imponeva al legislatore delegato di tener conto dei *«principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale»*.

La censura non può essere condivisa.

22.1. Le critiche del giudice delle leggi si appuntano contro il “modello” delineato dall'art. 177 del d.lgs. n. 50/2016, che, imponendo ai concessionari di esternalizzare *«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»*, di fatto aveva trasformato i concessionari in “stazioni appaltanti”, riducendo l'attività d'impresa in una “burocratica” di gestione delle commesse.

L'intera motivazione della sentenza muove dal presupposto che ad essere abnormi fossero la misura “fissa” della quota da esternalizzare – pari, per le concessioni ordinarie, all'80%, ancorché la declaratoria di incostituzionalità abbia poi travolto inevitabilmente anche la specifica disposizione applicabile ai concessionari autostradali, destinatari di un più “mite” obbligo di esternalizzare una quota del 60% dei contratti relativi alla concessione – e l'insensibilità della disciplina alle specifiche caratteristiche di ogni concessione. In diversi passaggi affiorano, infatti, i profili considerati maggiormente critici dalla Consulta: l'*«obbligo generalizzato di affidamento all'esterno con procedura ad evidenza pubblica della gran parte dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni affidate in passato in via diretta»*, cioè la destinazione *«nella loro totalità a terzi, ciò che finirebbe per snaturare la sua stessa attività imprenditoriale, ridotta in questo modo all'attività burocratica propria di una stazione appaltante»*, con conseguente *«radicale svuotamento»* dell'attività

d'impresa; *«la previsione dell'obbligo a carico dei titolari di concessioni già in essere [...] 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 – [...], che significherebbe rinunciare alla «parte più grande» delle attività concesse, con conseguente «impossibilità per l'imprenditore concessionario di conservare finanche un minimo di residua attività operativa».*

22.2. Ben diversa è la formulazione dell'art. 186 del d.lgs. n. 36/2023, che, invece, oltre ad abbassare notevolmente la quota da esternalizzare, portandola dalla percentuale dell'80% ad una compresa tra il 50% e il 60%, ne rimette la determinazione ad una convenzione tra concedente e concessionario imponendo che si addivenga ad una “personalizzazione negoziata” della quota sulla base delle specifiche caratteristiche della concessione e delle *«modalità di calcolo»* definite – per ragioni di uniformità e, come si è detto, a tutela dei concessionari – dall'A.n.a.c.

22.3. Non si rilevano, pertanto, i presupposti di quella *«misura radicale e ad applicazione indistinta»* che la Corte costituzionale aveva rinvenuto nella formulazione dell'art. 177 del d.lgs. n. 50/2016, determinandone l'espunzione dall'ordinamento; appare, invece, tangibile lo sforzo compiuto dal legislatore di calibrare *«l'obbligo di affidamento all'esterno sulle varie e alquanto differenziate situazioni concrete, attenuandone la radicalità, se del caso attraverso una modulazione dei tempi, ovvero limitandolo ed escludendolo, ad esempio, laddove la posizione del destinatario apparisse particolarmente meritevole di protezione, e comunque in definitiva dando evidenza alle circostanze rilevanti in funzione di un adeguato bilanciamento dei due diversi aspetti della libertà di impresa»*, che deve assurgere a principio ispiratore delle negoziazioni tra concedenti e concessionari, oltre che dell'interpretazione della delibera n. 265/2023 dell'A.n.a.c., nei termini sopra chiariti.

22.4. L'istanza di rimessione degli atti alla Corte costituzionale va, pertanto, respinta.

23. Per tutte le ragioni sopra spiegate, vanno respinte tutte le censure articolate avverso la delibera n. 265/2023 e le note del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti che vi hanno dato applicazione.

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, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa integralmente le spese di giudizio tra le parti.

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

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

Orazio Ciliberti, Presidente

Agatino Giuseppe Lanzafame, Referendario

Dario Aragno, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Dario Aragno

IL PRESIDENTE

Orazio Ciliberti

IL SEGRETARIO