

Il project financing per l'affidamento delle concessioni autostradali scadute o in scadenza: la pronuncia della corte di giustizia dell'unione europea

Autore: Elena Zanibelli

In: Diritto amministrativo

Provvedimento di riferimento: Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sez. IX, C-835/19, ordinanza del 26 novembre 2020

SOMMARIO: 1. Premessa - 1.2. Il project financing - 2. Il procedimento principale - 3. La questione pregiudiziale - 4. L'orientamento della Corte di Giustizia

Volume consigliato

Premessa

«Se il diritto [dell'Unione] e, in particolare, i principi fissati dalla direttiva [23/2014/UE], specificamente la libertà di scelta delle procedure di affidamento, nel rispetto dei principi di trasparenza e di [parità] di trattamento, di cui al considerando 68 ed all'articolo 30 [di tale direttiva], nell'ambito degli affidamenti delle concessioni, ostano alla norma nazionale dell'**articolo 178, comma 8-bis**, [del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50], che **vieta incondizionatamente alle amministrazioni di procedere agli affidamenti delle concessioni autostradali scadute o in scadenza facendo ricorso alle procedure di cui all'articolo 183** [del medesimo codice], che disciplina la finanza di progetto [project financing].

Con questa questione il Consiglio di Stato (ordinanza n. 7587 del 6 novembre 2018) chiede alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea se la direttiva 23/2014/UE sia da ritenersi compatibile con una disposizione nazionale - l'art. 178, comma 8-bis d.lgs. 50/2016 - che vieta alle amministrazioni aggiudicatrici di affidare concessioni autostradali scadute o in scadenza attraverso lo strumento del project financing.

Esclusa la diretta incidenza dell'art. 178, comma 8-bis, nella vicenda oggetto del contenzioso, i giudici di

Palazzo Spada hanno osservato come la predetta norma si presti ad una lettura ambigua rispetto a opzioni interpretative coerenti con la ratio antielusiva del divieto di proroga delle concessioni autostradali.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sezione Nona, ha fornito la risposta con l'ordinanza del 26 novembre 2020.

1.2 il project financing

Il project financing[1] è uno strumento di tecnica economico-finanziaria utilizzato per il reperimento e l'acquisizione delle risorse necessarie per la realizzazione di lavori pubblici (o lavori di pubblica utilità), caratterizzato dal coinvolgimento di soggetti privati[2].

L'art. 183 del Codice Appalti disciplina l'affidamento in finanza di progetto che consente l'aggiudicazione di una concessione (di costruzione e gestione o di servizi) mediante la pubblicazione di un bando finalizzato alla presentazione di offerte che contemplino l'utilizzo di risorse totalmente o parzialmente a carico dei soggetti proponenti.

Sono previste due possibili procedure di affidamento: la prima che pone a base di gara un progetto di fattibilità predisposto dalla P.A. e inerente ad opere già inserite negli strumenti di programmazione (comma 1-4), la seconda ad iniziativa privata per opere non necessariamente presenti nell'elenco annuale delle opere pubbliche, nella programmazione triennale dei lavori pubblici e negli strumenti di programmazione approvati dalla P.A. (comma 15).

E, pertanto, tramite questa tecnica finanziaria, l'Amministrazione viene sollevata in tutto o in parte dai relativi oneri economici che gravano sull'aggiudicatario privato, il cui ristoro del finanziamento è garantito dai flussi di cassa previsti dall'attività di gestione o esercizio dell'opera stessa. Generalmente, trova applicazione con riferimento ad opere e attività che siano in grado di produrre flussi di cassa (cash flow) a compensazione delle somme impiegate per finanziare l'operazione complessiva. Un esempio classico è relativo ad un'autostrada capace di attrarre traffico sufficiente a garantirne la redditività. L'utilizzo della finanza di progetto per il finanziamento delle infrastrutture di pubblica utilità da parte delle P.A. risponde all'esigenza di minimizzare l'esborso finanziario pubblico, al fine di migliorare l'efficienza e l'efficacia nella realizzazione e gestione di opere pubbliche.

Il procedimento principale

La società concessionaria Ativa aveva presentato due proposte di finanza di progetto per la concessione della gestione del sistema autostradale A5, del raccordo A4/4, della tangenziale di Torino e altri lavori ai sensi dell'art. 153, comma 19 e dell'art. 183, comma 15 del precedente Codice (d.lgs. n. 163/2006).

In seguito al rigetto di entrambe le proposte da parte del dicastero competente (Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in seguito MIT), la società ha adito il T.A.R. Piemonte che ha respinto i ricorsi. L'Ativa ha così proposto appello avverso tali sentenze dinanzi al Consiglio di Stato, rilevando che l'articolo 178, comma 8-bis, del nuovo codice dei contratti pubblici, è stato introdotto successivamente alla presentazione delle due proposte di cui trattasi nel procedimento principale. Pertanto, queste due proposte avrebbero dovuto essere disciplinate dalle disposizioni del previgente codice dei contratti pubblici. Al contrario, il MIT riteneva che l'articolo 178, comma 8-bis fosse applicabile *ratione temporis* alla vicenda di cui al procedimento principale, in quanto attinente alle concessioni «scadute o in scadenza»; il fine a cui la norma tende è di evitare il consolidamento dei precedenti gestori e una maggiore apertura concorrenziale.

Al riguardo, i giudici hanno ritenuto, al pari del MIT, che il principio di legalità e il principio *tempus regit actum* richiedano che l'Amministrazione si conformi alla legge vigente al momento in cui essa manifesti la propria volontà di organizzare la procedura per la scelta del concessionario. Pertanto, se una proposta di concessione presentata sulla base delle disposizioni della legge previgente non è ancora stata approvata al momento dell'entrata in vigore della nuova legge, l'Amministrazione potrebbe approvare tale progetto e organizzare la gara solo basandosi sulla nuova disciplina, fatta salva l'applicazione di norme transitorie previste dalla legislazione entrata in vigore nel corso del procedimento. Ogni fase o atto del procedimento, difatti, rientra nel regime previsto dalle disposizioni nazionali vigenti alla data in cui tale fase si svolge o alla data di adozione dell'atto che conclude la fase autonoma del procedimento in cui esso si inserisce. Nel caso in oggetto, la controversia di cui al procedimento principale verte su una fase propedeutica alla gara che si colloca dopo l'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici. I giudici del rinvio hanno poi ritenuto che il secondo provvedimento di rigetto fosse legittimo (mentre riguardo al primo provvedimento di rigetto, il Collegio ha ritenuto l'Ativa priva di interesse ad ottenere l'annullamento di tale rigetto).

L'articolo 178, comma 8-bis, d.lgs. 50/2016 - che vieta di affidare concessioni autostradali scadute o in scadenza facendo ricorso alla procedura di finanza di progetto - è entrato in vigore durante la fase preliminare del procedimento. Sarebbe, quindi, applicabile al provvedimento che ha chiuso definitivamente la procedura respingendo la proposta del concessionario uscente.

La questione pregiudiziale

Nonostante il rigetto del ricorso, i giudici hanno comunque ritenuto necessario sospendere il procedimento e sottoporre al giudice comunitario il motivo sollevato dalla società Ativa vertente sulla violazione del **principio di libertà di procedura**, in virtù del quale l'Amministrazione concedente

dispone di un'ampia flessibilità nel definire e organizzare la procedura per la scelta del concessionario. Impedire a tutte le Amministrazioni concedenti di ricorrere al project financing per l'aggiudicazione di una concessione autostradale scadute o in scadenza, a detta della Ativa, comporterebbe la violazione di tale principio.

Il nodo della questione sta proprio nel possibile contrasto tra la norma del Codice Appalti - art. 178, comma 8 -bis - la cui ratio è di evitare forme di aggiramento del divieto di proroga della concessione in prossimità di scadenze naturali, e l'art. 2 della Direttiva 23/2014/UE che, ai sensi del considerando 5[3] e 68[4], riconosce "il principio per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione".

La norma italiana risale alla legge delega n. 11/2016 che richiedeva «una particolare disciplina transitoria per l'affidamento delle concessioni autostradali che, alla data di entrata in vigore del decreto di recepimento delle direttive, siano scadute o prossime alla scadenza, onde assicurare il massimo rispetto del principio dell'evidenza pubblica». L'obiettivo era quello di assicurare la massima concorrenza; d'altro canto il divieto imposto dall'art. 178, comma 8-bis sembra rappresentarne piuttosto una limitazione.

L'orientamento della corte di giustizia

Nella corretta interpretazione della Direttiva 2014/23/UE, essa dev'essere intesa nel senso che **uno Stato membro può legittimamente impedire la procedura della finanza di progetto** per la concessione della gestione autostradale.

La Corte di Giustizia afferma che le "autorità nazionali, regionali e locali" di cui all'art. 2 della Direttiva possano liberamente decidere di espletare i loro compiti di interesse pubblico, avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre autorità o, ancora, conferendo tali compiti agli operatori economici. Tali soggetti "nazionali, regionali e locali" a cui si fa riferimento non sono le Amministrazioni aggiudicatrici, bensì le autorità dotate di potere legislativo.

Quindi, la Direttiva 2014/23/UE non potrebbe mai privare uno Stato membro della libertà di privilegiare un modo di gestione (precedente alla fase della procedura di aggiudicazione) a discapito di un altro.

Qualora, dunque, la scelta politica operata dalle autorità nazionali, regionali e locali sia di privilegiare un modo di gestione particolare - nel caso di specie, il divieto di optare per la procedura della finanza di progetto - le Amministrazioni aggiudicatrici godranno solo di una libertà condizionata.

La Corte di Giustizia ritiene, pertanto, che il legislatore italiano abbia **legittimamente** optato per un sistema di gara pubblico, **vietando l'aggiudicazione alternativa costituita dal project financing**,

nell'intento di evitare qualsiasi tipo di vantaggio ai concessionari uscenti, dal momento che il settore delle concessioni autostradali è stato aperto alla concorrenza solo recentemente.

Volume consigliato

Note

[1] La definizione più accreditata è a cura di Fabozzi F.J., Nevit P.K., Project Financing, Euromoney; London (2000), per cui "il project financing o finanza di progetto consiste in un'operazione di finanziamento di una specifica iniziativa economica, realizzata tramite un'entità costituita ad hoc, in cui i flussi di cassa derivanti dalla gestione dell'iniziativa medesima rappresentano la fonte primaria per la copertura del debito".

[2] I riferimenti legislativi sono la L. 109/1994 che disciplina per la prima volta il project financing, arricchita con gli artt. 37-bis e seguenti della L. 415/1998. A questo hanno fatto seguito L. 340/2000, L. 443/2001

[3] Considerando 5 della Direttiva 2014/23: "La presente direttiva riconosce e riafferma il diritto degli Stati membri e delle autorità pubbliche di decidere le modalità di gestione ritenute più appropriate per l'esecuzione di lavori e la fornitura di servizi. In particolare, la presente direttiva non dovrebbe in alcun modo incidere sulla libertà degli Stati membri e delle autorità pubbliche di eseguire lavori o fornire servizi direttamente al pubblico o di esternalizzare tale fornitura delegandola a terzi. Gli Stati membri o le autorità pubbliche dovrebbero rimanere liberi di definire e specificare le caratteristiche dei servizi da fornire, comprese le condizioni relative alla qualità o al prezzo dei servizi, conformemente al diritto dell'Unione, al fine di perseguire i loro obiettivi di interesse pubblico".

[4] Considerando 68 della Direttiva 2014/23: "Di norma le concessioni sono accordi complessi di lunga durata con i quali il concessionario assume responsabilità e rischi tradizionalmente assunti dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori e rientranti di norma nell'ambito di competenza di queste ultime. Per tale ragione, fatta salva l'osservanza della presente direttiva e dei principi di trasparenza e di parità di trattamento, dovrebbe essere lasciata alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori un'ampia flessibilità nel definire e organizzare la procedura di selezione del concessionario. Tuttavia, al fine di garantire parità di trattamento e trasparenza durante l'intera procedura di aggiudicazione, è opportuno prevedere garanzie minime per quanto riguarda la procedura di aggiudicazione, ivi comprese informazioni sulla natura e l'ambito di applicazione della concessione, la limitazione del numero di candidati, la diffusione delle informazioni ai candidati e agli offerenti e la disponibilità di registrazioni appropriate. È altresì necessario disporre che vengano rispettate le condizioni iniziali previste dal bando di concessione, per evitare disparità di trattamento tra i potenziali candidati".

<https://www.diritto.it/il-project-financing-per-laffidamento-delle-concessioni-autostradali-scadute-o-in-scadenza-la-pronuncia-della-corte-di-justizia-dellunione-europea/>