



## Concessioni autostradali: la Commissione deferisce l'Italia alla Corte di Giustizia dell'Unione europea

**Barbara Gattorna**  
**Senior Associate, Milan**

Milano, 25 settembre 2017 - Il 17 maggio scorso, la Commissione dell'Unione Europea ha reso nota la propria decisione di deferire l'Italia alla Corte di Giustizia UE a fronte della mancata conformazione, da parte dello Stato membro, alla normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici, con particolare riferimento al disposto della Direttiva 2004/18/CE14.

La questione contesa riguarda la proroga di 18 anni di un contratto di concessione di cui è titolare la Società Autostrada Tirrenica S.p.A. (nel prosieguo, per brevità, SAT), già titolare di concessione per la costruzione e la gestione dell'autostrada A12 Civitavecchia-Livorno. L'originaria concessione assentita a SAT nel 1969 aveva ad oggetto la costruzione dell'autostrada Livorno-Civitavecchia e prevedeva una durata di trent'anni. Nonostante il mancato adempimento della SAT agli obblighi assunti con la concessione originaria - chiaramente rappresentato dalla realizzazione di solo 56 km dei 242 km di manto stradale previsti - con due atti suppletivi la concessione è stata prorogata fino al 2028 e poi sino al 2046.

*La rilevata infrazione del diritto dell'Unione Europea consiste nella mancata indizione di procedure ad evidenza pubblica per l'assentimento della concessione una volta che quest'ultima era venuta a 14 Direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 "relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi" abrogata dalla Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 "sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE".*

era venuta a scadere nel 1999.

La Commissione UE già nel 2009 aveva già avviato una procedura d'infrazione nei confronti dell'Italia, poi chiusa a fronte degli impegni assunti dalle competenti Autorità nazionali italiane ai fini

della conformazione al dettato normativo dell'Unione in materia di appalti pubblici.

Avendo rilevato il mancato adempimento dell'Italia agli impegni assunti nel 2009, la Commissione ha deciso di aprire una nuova procedura di infrazione (n. 4011/14) nel 2014 invitando il nostro governo a conformarsi al diritto dell'Unione nel termine perentorio di due mesi. La Commissione ha rilevato la violazione degli artt. 2 15 e 58 16 della Direttiva 2004/18/CE (vigente al tempo

dell'apertura della procedura di infrazione) i quali, rispettivamente, stabilivano l'obbligo delle amministrazioni aggiudicatrici di "trattare gli operatori economici su un piano di parità, in modo

non discriminatorio" e agendo "con trasparenza" (art. 2) nonché di provvedere alla pubblicazione dei bandi relativi alle concessioni di lavori pubblici.

In particolare, l'art. 58 prevedeva che le Amministrazioni che intendessero procedere al rilascio di concessione per l'esecuzione di lavori pubblici dovessero rendere nota la propria intenzione attraverso la pubblicazione di un bando ove fossero indicati in particolare: (i) il luogo di esecuzione della prestazione, nonché la natura e l'entità delle prestazioni e le caratteristiche generali dell'opera; (ii) i requisiti di carattere economico e tecnico che l'applicante doveva possedere; (iii) i criteri di aggiudicazione del bando.

Nondimeno, i bandi dovevano essere necessariamente trasmessi alla Commissione UE per sua verifica e solo successivamente potevano essere pubblicati a livello nazionale con l'obbligo, in capo

all'Amministrazione aggiudicante, di ripetere a livello nazionale l'esatto contenuto del bando trasmesso alla Commissione.

L'assunto da cui ha mosso la Commissione nel sollevare il possibile contrasto con il diritto europeo, è quello, quindi, secondo cui l'atto con cui si concede la proroga di una concessione già assentita

ha lo stesso valore giuridico di un atto di rilascio di una prima concessione e per tale motivo dovrebbe seguire ad una procedura di evidenza pubblica.

Sempre ad avviso della Commissione, la questione deve essere affrontata e risolta a livello europeo poiché inerente un settore di particolare rilevanza. Le "concessioni autostradali", infatti, rappresenterebbero, "un servizio pubblico strategico, che comporta ingenti investimenti con un impatto significativo sull'economia nazionale"<sup>17</sup>.

Nondimeno, la Commissione ha rilevato che il Governo Italiano, attraverso l'invio alla Commissione stessa di un ulteriore atto suppletivo alla concessione SAT - ove il termine di durata viene ridotto

di soli tre anni e si prevede l'intero affidamento dei lavori a soggetti terzi<sup>18</sup> - quale risposta al parere motivato, abbia confermato il dubbio circa il fatto che la proroga non fosse una semplice

violazione dei principi dell'Unione in materia concorrenza ma recasse l'intento di aggirare i medesimi principi.

<sup>15</sup> Trasmesso nell'art. 18.1 della Direttiva 2014/24/UE

<sup>16</sup> Trasmesso e rivisto con la previsione di maggiori e più stringenti obblighi, adempimenti e garanzie nella Sez. II - Pubblicità e trasparenza del Capo III - Svolgimento della procedura della nuova Direttiva 2014/24/UE

<sup>17</sup> Si veda [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-1284\\_it.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1284_it.htm)

<sup>18</sup> Articoli 5 e 10 dell'Atto suppletivo 11

Poiché la Commissione si è risolta a deferire la questione alla Corte di Giustizia, ora starà a quest'ultima verificare e statuire se sussista una violazione del diritto dell'Unione Europea da parte dell'Italia.

Se la violazione del diritto dell'Unione sembra potere trovare un certo fondamento nelle previsioni delle Direttive che si sono avvicinate nel regolare la materia, ciò su

cui si dovrebbe porre

l'attenzione è il recepimento del principio del divieto di proroga nella legislazione italiana di riferimento quanto nelle pronunce delle competenti autorità giurisdizionali. Infatti, in tali due ambiti non può nascondersi la presenza di una certa confusione. Vero è che il previgente Codice degli Appalti (D. Lgs. 163/2006), emanato ai fini del recepimento nell'ordinamento nazionale della Direttiva 2004/18/CE, ha fatto propri gli articoli 2 e 58 della Direttiva medesima, disposizioni che la Commissione ritiene violate attraverso la proroga della concessione assentita a SAT. Da quanto appena detto, potrebbe concludersi che, nel periodo in cui si assume sia stata attuata l'infrazione, la legislazione italiana di riferimento era identica a quella europea.

Pertanto, la proroga della concessione, prima ancora che violare il diritto dell'Unione avrebbe violato il diritto nazionale.

Vero è, anche, che l'art. 23 della legge 62/2005<sup>19</sup> prevede, con disposizione a valenza generale, una significativa eccezione: "I contratti per acquisti e forniture di beni e servizi, già scaduti o che

vengano a scadere nei sei mesi successivi alla data di entrata in vigore della presente legge, possono essere prorogati per il tempo necessario alla stipula dei nuovi contratti a seguito di espletamento

di gare ad evidenza pubblica a condizione che la proroga non superi comunque i sei mesi e che il bando di gara venga pubblicato entro e non oltre novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge".

Pertanto, una forma di proroga (cd. proroga tecnica) sarebbe da ritenersi consentita anche se limitatamente ai contratti pubblici per acquisti e forniture di beni e servizi.

La medesima confusione può rinvenirsi negli orientamenti giurisprudenziali in merito. V'è poi da osservare, per completezza, che la proroga viene ritenuta incompatibile dal Consiglio di Stato con il quadro ordinamentale vigente, che così si esprime: "in materia di rinnovo o proroga dei contratti pubblici di appalto di servizi non vi è alcuno spazio per l'autonomia contrattuale delle parti in quanto vige il principio inderogabile, fissato dal legislatore per ragioni di interesse pubblico, in forza del quale (...) l'Amministrazione, una volta scaduto il contratto, deve, qualora abbia ancora la necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazioni, effettuare una nuova gara pubblica<sup>20</sup>".

La medesima autorità giurisdizionale, tuttavia, ha ammesso la succitata "proroga tecnica", affermando che: "Per effetto dell'applicazione dei principi comunitari (...) la proroga può essere concessa, esclusivamente con provvedimento espresso, al fine di evitare l'interruzione delle attività in atto, per il solo tempo necessario a consentire l'espletamento della procedura di evidenza pubblica<sup>21</sup>".

A sua volta, sempre in tema di proroga tecnica, l'Autorità di Vigilanza dei Contratti Pubblici<sup>22</sup> ne ha teorizzato l'ammissibilità ancorandola al principio di continuità della azione amministrativa di cui all'art. 97 della Costituzione ed ammettendola "nei soli limitati ed eccezionali casi in cui, per ragioni obiettivamente non dipendenti dall'Amministrazione, vi sia l'effettiva necessità di assicurare

<sup>19</sup> cd. Legge comunitaria 2004

<sup>20</sup> Cons. Stato, sent. n. 4192/2013

<sup>21</sup> Consiglio di Stato, sez. V, n. 2151/2011

---

*22 Delibera n.86 del 06.10.2011*

precariamente il servizio nelle more del reperimento di un nuovo contraente”.

L’apertura rilevata nella legislazione e nella giurisprudenza in materia, potrebbe essere verosimilmente “spesa” dal Governo Italiano in sede di giudizio davanti alla Corte UE. In particolare, potrebbe

assumere rilevanza il principio di continuità dell’azione amministrativa in ragione non solo del rango costituzionale dello stesso ma anche riguardo al fatto che - come sopra accennato - a fondamento dell’apertura del procedimento di infrazione, la Commissione ha posto la rilevanza europea della questione in quanto la concessione SAT sarebbe stata assentita per il soddisfacimento di un interesse pubblico generale perché volta alla realizzazione di un servizio “pubblico strategico”.

Interesse che potrebbe considerarsi non debitamente tutelato in caso di interruzione dell’attività amministrativa causata dall’annullamento della proroga della concessione SAT.