

Cauza C-835/19**Rezumatul cererii de decizie preliminară întocmit în temeiul articolului 98 alineatul (1) din Regulamentul de procedură al Curții de Justiție****Data depunerii:**

18 noiembrie 2019

Instanța de trimitere:

Consiglio di Stato (Italia)

Data deciziei de trimitere:

13 iunie 2019

Reclamantă și apelantă:

Autostrada Torino Ivrea Valle D'Aosta – Ativa S.p.A.

Pârâte și intimat:

Presidenza del Consiglio dei Ministri

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

Ministero dell'Economia e delle Finanze

Alte părți din procedură:

Autorità di bacino del Po

Regione Piemonte

Obiectul procedurii principale

Apeluri în fața Consiglio di Stato [Consiliul de Stat] împotriva hotărârilor prin care Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (Tribunalul Administrativ Regional din Piemonte, denumit în continuare „TAR”) a respins acțiunile formulate de societatea Autostrada Torino Ivrea Valle D'Aosta – Ativa S.p.A. (denumită în continuare „Ativa”) împotriva a două decizii ale Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (Ministerul Transporturilor și Infrastructurii, denumit în continuare „ministerul”), prin care nu au fost acceptate două propuneri de

finanțare a proiectului (*project financing*), depuse de Ativa și având ca obiect în special concesiuni de autostrăzi

Obiectul și temeiul juridic al trimiterii preliminare

Instanța de trimitere solicită să se stabilească dacă reglementarea italiană privind atribuirea concesiunilor de autostrăzi, care, în prezent, exclude recurgerea la finanțarea proiectului – care este o procedură specială de atribuire având ca obiectiv realizarea unor lucrări publice, de regulă, fără sarcini financiare publice –, este compatibilă cu Directiva 2014/23, în special cu principiul enunțat în considerentul (68) al aceleiași directive și la articolul 30 din aceasta, potrivit căruia autoritățile contractante ar trebui să aibă o flexibilitate considerabilă pentru a defini și a organiza procedura de alegere a concesionarului.

Întrebarea preliminară

Dreptul [Uniunii Europene] și, în special, principiile consacrate de Directiva [2014/23], mai precis libertatea de alegere a procedurilor de atribuire, cu respectarea principiilor transparenței și [egalității] de tratament menționate în considerentul (68) și la articolul 30, în domeniul atribuirii concesiunilor, se opun reglementării naționale prevăzute la articolul 178 alineatul 8*bis* din Decretul legislativ nr. 50 din 18 aprilie 2016, care interzice necondiționat autorităților administrative să atribuie concesiuni de autostrăzi expirate sau care urmează să expire prin recurgerea la procedurile prevăzute la articolul 183, care reglementează finanțarea proiectului?

Dispozițiile de drept al Uniunii invocate

Directiva 2014/23/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind atribuirea contractelor de concesiune (denumită în continuare „Directiva 2014/23”)

Dispozițiile naționale invocate

Instanța de trimitere face referire la unele acte normative în materia concesiunilor de autostrăzi și a procedurii de finanțare a proiectului, în special la următoarele dispoziții:

Decretul legislativ nr. 163 din 12 aprilie 2006 (denumit în continuare „Codul achizițiilor publice în vigoare anterior”), în special articolul 153 alineatul 19, care reglementează procedura de finanțare a proiectului la inițiativa unor entități private. Procedura de atribuire prevăzută de această dispoziție cuprinde două etape: a) etapa preliminară – având ca obiectiv aprobarea propunerii unui proiect preliminar, depusă de inițiatorul proiectului și care ar urma să stea la baza unei eventuale proceduri ulterioare de cerere de ofertă –, în care autoritatea

administrativă este chemată să aprecieze în mod discreționar conformitatea propunerii cu interesul public; b) etapa inițierii, printr-un anunț în acest sens, și a desfășurării procedurii de achiziții publice, la baza căreia stă proiectul aprobat și în care inițiatorul proiectului își asumă calitatea de dezvoltator și beneficiază de un drept de preemțiune.

Decretul-lege nr. 59 din 4 aprilie 2008, articolul 8-duodecies alineatul 2-ter, prin care se recunoștea în mod explicit posibilitatea de a atribui contractele de concesiune și de exploatare sau numai de exploatare în sectorul drumurilor și al autostrăzilor în conformitate cu procedurile de finanțare a proiectului prevăzute la articolul 153 din Codul achizițiilor publice în vigoare anterior.

Decretul legislativ nr. 50 din 18 aprilie 2016 (denumit în continuare „noul Cod al achizițiilor publice”), care a abrogat Codul achizițiilor publice în vigoare anterior, în special:

- articolul 178 alineatul 1, care interzice prelungirea concesiunilor de autostrăzi, și alineatul 8-bis, introdus prin Decretul legislativ nr. 56 din 19 aprilie 2017, potrivit căruia „[a]utoritățile administrative nu pot să atribuie concesiunile de autostrăzi expirate sau care urmează să expire prin recurgerea la procedurile prevăzute la articolul 183”;
- articolul 183, care cuprinde dispozițiile noului Cod al achizițiilor publice cu privire la procedura de finanțare a proiectului; alineatul 19 al acestui articol conține un element nou în raport cu reglementarea în vigoare anterior, întrucât, în etapa preliminară, autoritatea administrativă nu mai are obligația de a evalua conformitatea propunerii cu interesul public, ci de a evalua fezabilitatea respectivei propuneri;
- articolul 216 alineatul 1, care prevede în special că decretul legislativ menționat mai sus se aplică procedurilor și contractelor pentru care anunțurile prin care se inițiază procedura de selecție a contractantului sunt publicate ulterior datei intrării în vigoare a aceluiași decret, precum și, în cazul unor contracte fără publicarea de anunțuri, procedurilor și contractelor cu privire la care, la data intrării în vigoare a prezentului cod, nu au fost încă transmise invitații de a depune oferte;
- articolul 216 alineatul 23, care prevede că proiectele preliminare privind realizarea de lucrări publice sau de lucrări de utilitate publică, referitoare la propuneri de concesiune în temeiul articolului 153 din Codul achizițiilor publice în vigoare anterior, cu privire la care a fost deja adoptată declarația de conformitate cu interesul public, încă neaprobată la data intrării în vigoare a codului, „fac obiectul unei evaluări a fezabilității economice și financiare și al aprobării de către autoritatea administrativă în conformitate cu dispozițiile prezentului cod”.

Prezentare succintă a situației de fapt și a procedurii principale

- 1 Ativa, concesionar al exploatării unui segment de autostradă pe teritoriul regiunii Piemonte în temeiul mai multor concesiuni, dintre care ultima a expirat în anul 2016, a depus, la 25 septembrie 2015, o propunere de finanțare a proiectului pentru concesiunea exploatării unui segment de autostradă.
- 2 Prin nota din 29 iulie 2016, ministerul a respins propunerea depusă de Ativa pentru motivul că, printre altele, concesiunilor de exploatare a autostrăzilor nu li se putea aplica finanțarea proiectului și că propunerea nu era conformă, în ceea ce privește forma și conținutul, cu cerințele articolului 153 din Codul achizițiilor publice în vigoare anterior, care prevede depunerea de către autorul propunerii a unui simplu proiect preliminar privind lucrările care trebuie realizate, care urma să stea la baza procedurii ulterioare de cerere de ofertă, iar nu a unui proiect detaliat și definitiv precum cel depus de reclamantă.
- 3 Ativa a introdus o acțiune la TAR Piemonte, solicitând anularea notei menționate mai sus, constatarea și declararea obligației ministerului de a se pronunța cu privire la interesul public și/sau la fezabilitatea propunerii reclamantei și, prin urmare, obligarea administrațiilor chemate în judecată să evalueze interesul public și/sau fezabilitatea propunerii în cauză. Prin intermediul acțiunii formulate, se critica nu numai motivarea pe care se întemeia nota atacată, referitoare la nivelul excesiv de detalii al propunerii, ci și nerespectarea termenului de trei luni, începând cu data depunerii propunerii, în care autoritatea administrativă ar fi trebuit să o evalueze, precum și aplicarea eronată în speță a articolului 183 din noul Cod al achizițiilor publice, ulterior prezentării propunerii, dar în vigoare la momentul adoptării deciziei atacate.
- 4 Prin hotărârea din 31 august 2018, TAR a respins această acțiune, excluzând, pe de o parte, că nerespectarea termenului de trei luni determina, prin ea însăși, nelegalitatea actului atacat și confirmând, pe de altă parte, inadmisibilitatea propunerii depuse de Ativa, care prezenta o un nivel de detalii mai mare decât cea preliminară necesară.
- 5 La 20 septembrie 2016, Ativa a depus o nouă propunere de finanțare a proiectului, având ca obiect aceeași concesiune; această propunere a fost respinsă prin nota din 22 mai 2017, care, pe lângă reiterarea motivelor invocate cu privire la prima propunere, a adăugat că cea din urmă era contrară articolului 178 alineatul 8-bis din Decretul legislativ nr. 50/2016, care interzice recurgerea la procedura de finanțare a proiectului pentru atribuirea concesiunilor de autostrăzi expirate sau care urmează să expire. TAR Piemonte a respins acțiunea formulată de Ativa împotriva acestei note, pentru motive similare cu cele reținute în prima hotărâre.
- 6 Împotriva celor două hotărâri ale TAR, Ativa a declarat apel la Consiglio di Stato [Consiliul de Stat], instanța de trimitere.

Principalele argumente ale părților din procedura principală

- 7 În cadrul apelului împotriva primei hotărâri a TAR, Ativa susține că ministerul și-a exprimat intenția de a nu evalua propunerea sa și de a atribui concesiunile de autostrăzi în favoarea societății ANAS S.p.A. prin atribuire denumită „in house”. Așadar, ministerul ar fi dorit să împiedice ca reglementarea privind procedura de finanțare a proiectului și, în special, dreptul de preemțiune recunoscut dezvoltatorului în ceea ce privește propunerea de finanțare a proiectului (drept pe care ministerul îl consideră în mod nemotivat ca aducând atingere concurenței) să poată fi invocate de societățile concesionare în ajunul expirării raportului de concesiune. În plus, în opinia Ativa, alegerea de a încredința ANAS, prin atribuire „in house”, exploatarea de autostrăzi și intenția de a împiedica concesionarii de autostrăzi să se prevaleze de procedura de finanțare a proiectului, în pofida faptului că aceasta este conformă cu cerințele concurenței, ar fi contradictorii și nelegale. În sfârșit, prin intermediul apelului, Ativa a reiterat motivele acțiunii inițiale.
- 8 Prin intermediul apelului împotriva celei de a doua hotărâri a TAR, Ativa susține de asemenea că articolul 178 alineatul 8bis din noul Cod al achizițiilor publice nu s-ar aplica (nici) celei de a doua propuneri de finanțare a proiectului, întrucât este vorba despre o normă introdusă ulterior depunerii propunerii. Conform articolului 11 din dispozițiile generale și principiului *tempus regit actum*, propunerea ar fi guvernată, așadar, de reglementarea în vigoare la data depunerii sale. Pe de altă parte, dispoziția menționată anterior ar contraveni în mod clar reglementării privind concesiunea și raporturile de parteneriat public-privat definite de Directiva 2014/23. În special, ar trebui să se țină seama de principiul libertății procedurale pe care legiuitorul național este chemat să îl pună în aplicare, lăsând „autorități[lor] contractante și entități[lor] contractante [...] o flexibilitate considerabilă pentru a defini și a organiza procedura de alegere a concesionarului” [considerentul (68)], astfel încât să poată alege procedura cea mai coerentă cu cerințele care trebuie îndeplinite, în conformitate cu dispozițiile articolului 30 și ale articolului 37 alineatul (6) din directivă. În schimb, norma criticată ar înăspri inutil sistemul și ar limita în mod nejustificat libertatea autorităților administrative, nepermițându-le să recurgă la procedurile de finanțare a proiectului.
- 9 Intimatele susțin că articolul 178 alineatul 8 bis este aplicabil *ratione temporis* în speță, ținând seama și de faptul că vizează concesiunile „expirate sau care urmează să expire” și că, prin urmare, legiuitorul ar fi urmărit în mod intenționat ca acesta să fie aplicabil situațiilor precum cea dedusă judecății, în vederea unei mai mari deschideri spre concurență și pentru a evita consolidarea ulterioară a operatorilor anteriori care beneficiază de concesiuni atribuite fără procedură de cerere de ofertă și care urmează să expire. Intimatele fac trimitere la jurisprudența potrivit căreia legalitatea unei decizii administrative trebuie stabilită având în vedere starea de fapt și de drept existentă la momentul adoptării sale.

- 10 În lumina acestor argumente, intimatele susțin că dispozițiile noului Cod al achizițiilor publice se aplică și primei propuneri formulate de Ativa anterior intrării lor în vigoare, întrucât cauza în discuție se referă la o etapă procedurală prealabilă procedurii publice de cerere de ofertă, care ar urma să aibă loc ulterior intrării în vigoare a acestui cod. O asemenea soluție ar fi confirmată de articolul 216 alineatul 23 din același cod, potrivit căruia proiectele preliminare privind propuneri de concesiune în temeiul articolului 153 din Codul achizițiilor publice în vigoare anterior, încă neaprobat la data intrării în vigoare a noului cod, fac obiectul unei evaluări a fezabilității economice și financiare și al aprobării de către autoritatea administrativă în conformitate cu dispozițiile noului cod.
- 11 Intimatele contestă de asemenea argumentele formulate de Ativa cu privire la incompatibilitatea cu dreptul Uniunii a articolului 178 alineatul 8-bis din noul Cod al achizițiilor publice. În opinia lor, finalitatea interdicției prevăzute de acest articol ar trebui căutată în deschiderea spre concurență pentru a permite cea mai largă aplicare a principiilor de drept al Uniunii care protejează concurența și piața, printre care interdicția de prelungire aplicabilă tuturor concesiunilor, inclusiv celor de autostrăzi (articolul 178 alineatul 1 ultima teză din codul menționat), și, prin urmare, obligația de a iniția proceduri de achiziții publice și pentru concesiunile de autostrăzi expirate sau care urmează să expire.

Prezentare succintă a motivelor trimiterii preliminare

- 12 Instanța de trimitere este de acord cu interpretarea dată de intimatele regimului de aplicabilitate *ratione temporis* a noului Cod al achizițiilor publice, în special a articolului 178 alineatul 8 bis din acesta. Instanța de trimitere amintește în această privință că autoritatea administrativă nu poate decât să se conformeze legii în vigoare la momentul în care își manifestă voința; în consecință, situația de drept în vigoare la data depunerii cererii, cu excepția cazului în care legea prevede altfel, nu este obligatorie pentru autoritatea administrativă, iar cererea trebuie apreciată prin aplicarea reglementării în vigoare la data la care se încheie procedura.
- 13 Regimul tranzitoriu cuprins la articolul 216 din noul Cod al achizițiilor publice pune în aplicare principiile menționate mai sus, prevăzând la alineatul 1 că activitatea aferentă procedurii de achiziții publice pentru selecția contractantului este reglementată în totalitate de normele în vigoare la momentul inițierii sale, și anume la data publicării anunțului prin care se inițiază procedura (sau, în cazul contractelor fără publicarea unui anunț, la data trimiterii invitațiilor de a depune oferte), și, la alineatul 23, că proiectele preliminare depuse în temeiul Codului achizițiilor publice în vigoare anterior și încă neaprobat fac obiectul unei evaluări a fezabilității economice și financiare și al aprobării de către autoritatea administrativă în conformitate cu dispozițiile noului Cod al achizițiilor publice.
- 14 Prin urmare, în cazul în care proiectul preliminar pentru o propunere de concesiune înaintată conform regimului anterior nu a fost încă aprobat la momentul intervenirii noii legi, nu se poate proceda decât – dacă este cazul – la

aprobarea acestuia potrivit regulilor noii legi, iar procedura ulterioară de cerere de ofertă, la baza căreia va sta apoi proiectul de fezabilitate aprobat, va trebui să urmeze dispozițiile noului Cod al achizițiilor publice, inclusiv interdicția prevăzută la articolul 178 alineatul 8bis; așadar, această dispoziție este aplicabilă în spețele în discuție.

- 15 Având în vedere această concluzie, instanța de trimitere consideră că este necesar să se acorde atenție criticii formulate de Ativa cu privire la neconformitatea cu dreptul Uniunii a articolului 178 alineatul 8-bis din noul Cod al achizițiilor publice. În această privință, instanța de trimitere precizează că articolul 178 menționat anterior, care prevede la alineatul 1 interdicția de prelungire a concesiunilor de autostrăzi, este o dispoziție care nu își găsește o confirmare imediată în Directiva 2014/23, ci constituie punerea în aplicare a unei dispoziții din legea de abilitare potrivit căreia ar fi trebuit să se prevadă inițierea procedurilor de achiziții publice pentru atribuirea noilor concesiuni de autostrăzi cu cel puțin 24 de luni înainte de expirarea celor existente, împreună cu revizuirea sistemului concesiunilor de autostrăzi, în special prin introducerea unei interdicții privind clauzele de prelungire.
- 16 Interdicția prevăzută la alineatul 8 bis menționat anterior, introdusă prin Decretul legislativ nr. 56/2017 și care se referă expres la atribuirea concesiunilor de autostrăzi „expirate sau care urmează să expire”, nu este susceptibilă de o interpretare univocă în sensul că este vorba despre o reglementare strict tranzitorie – contrar celor susținute de intimat, care relaționează interdicția cu concesiunile „expirate sau care urmează să expire” la data intrării în vigoare a noului Cod al achizițiilor publice. Textul alineatului 8 bis pare să prevadă o interdicție generală de a atribui concesiunile de autostrăzi prin procedura de finanțare a proiectului în cazul în care infrastructura este deja atribuită în regim de concesiune și ar putea, așadar, să fie interpretat în mod extensiv ca o dispoziție care trebuie aplicată nu doar cu titlu tranzitoriu, ci și ca normă generală, cum este cazul unei noi concesiuni care trebuie atribuită prin înlocuirea concesionarului al cărui contract a expirat. Ne aflăm, așadar, în fața unei probleme de interpretare cu privire la condițiile de aplicabilitate a dispoziției menționate și la limitele acestora. Ambele opțiuni de interpretare par să corespundă finalității interdicției, care, potrivit intimatelor, constă în necesitatea de a împiedica eludarea interdicției de prelungire a concesiunilor de autostrăzi în cazul în care inițiatorul proiectului este concesionarul al cărui contract a expirat, așa cum este cazul în speță.
- 17 În general, finanțarea proiectului trebuie să respecte principiile în materie de achiziții publice, pentru protecția concurenței și a egalității de tratament între operatorii potențial interesați. Etapa inițială de identificare a dezvoltatorului, în care, în trecut, propunerea era evaluată sub aspectul conformității sale cu interesul public, iar în prezent este evaluată sub aspectul fezabilității sale, se caracterizează printr-o putere de apreciere foarte amplă a autorității administrative; în această etapă nu este vorba despre alegerea celei mai bune oferte pe baza unor criterii tehnice și economice prestabilite, ci despre evaluarea fezabilității preliminare a unei propuneri de proiect. În schimb, la finalul procedurii ulterioare de cerere de

ofertă, concesiunea va fi atribuită potrivit criteriului ofertei celei mai avantajoase din punct de vedere economic; această etapă este independentă de cea precedentă și trebuie, așadar, să se desfășoare întocmai potrivit normelor în materie de achiziții publice, cu singura excepție a avantajului reprezentat de dreptul de preemțiune recunoscut dezvoltatorului în condiții prestabilite.

- 18 Prevederea unui astfel de avantaj nu este contrară principiilor de drept al Uniunii Europene privind transparența și egalitatea de tratament, în măsura în care, astfel cum a arătat avocatul general în Concluziile prezentate în cauza C-412/04, toți participanții sunt informați cu privire la privilegiu (constând în invitația de participare la procedura de negociere și în dreptul de preemțiune al dezvoltatorului) și la criteriile de evaluare, ceea ce se asigură în prezent prin procedura prevăzută la articolul 183 alineatul 15 din noul Cod al achizițiilor publice.
- 19 În opinia instanței de trimitere, pare, așadar, că trebuie exclusă posibilitatea ca propunerea de finanțare a proiectului pentru atribuirea unei concesiuni să fie considerată o „prelungire” a concesiunii precedente; pe de altă parte, dacă ar fi considerată astfel, nu s-ar înțelege de ce interdicția ar trebui să se limiteze doar la concesiunile de autostrăzi. Interdicția menționată este necondiționată și abstractă, împiedicând întotdeauna și în orice caz autoritățile administrative să recurgă la finanțarea proiectului pentru un asemenea tip de concesiuni, și aceasta nu numai pentru concesiunile de autostrăzi expirate sau care urmau să expire la data intrării în vigoare a noului Cod al achizițiilor publice, ci și pentru concesiunile de autostrăzi care vor expira conform normei generale.
- 20 Prin urmare, pare să fie întemeiată întrebarea adresată de Ativa cu privire la neconformitatea unei astfel de prevederi cu principiile Directivei 2014/23, în special cu principiul enunțat în considerentul (68) al aceleiași directive, potrivit căruia autoritățile contractante și entitățile contractante ar trebui să aibă o flexibilitate considerabilă pentru a defini și a organiza procedura de alegere a concesionarului, și la articolul 30 din aceasta, care recunoaște libertatea de a organiza procedura de alegere a concesionarului. Principiul menționat poate fi raportat și la libertatea de alegere a tipului de procedură de atribuire a concesiunii, cu condiția respectării principiilor transparenței și egalității de tratament. Având în vedere aceste considerații, instanța de trimitere a decis să suspende judecarea cauzei și să adreseze Curții de Justiție a Uniunii Europene întrebarea preliminară prezentată mai sus.