

## **Autostrada Pedemontana Lombarda S.p.A.**

### **AG 49/10**

16 dicembre 2010

**Oggetto:** Quesito posto ai sensi del Regolamento interno sull'istruttoria dei quesiti giuridici da Autostrada Pedemontana S.p.A. in ordine alla riconducibilità della concessione di finanziamenti tra i servizi finanziari di cui all'Allegato IIA del Codice dei contratti.

In esito a quanto richiesto con nota n. SL/UR 4632 del 26 novembre 2010, si comunica che il Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 16 dicembre 2010 ha approvato le seguenti considerazioni.

Nell'ambito della complessa architettura della finanza di progetto, con attività di "arranging" si fa riferimento al mandato a strutturare e gestire il contratto di finanziamento. L'Arranger deve pertanto essere in grado di prendere contatto con il maggior numero possibile di banche e di svolgere un'attività di coordinamento di tutti i finanziatori. Nella prassi all'Arranger è spesso richiesta anche la prestazione di una garanzia di "underwriting", ossia di sottoscrizione a fermo del finanziamento con cui viene assicurata la disponibilità dei fondi, o di parte di essi, anche in assenza di finanziatori interessati al progetto.

In questa sede occorre valutare se l'attività di arranging, intesa sia come strutturazione e gestione del contratto di finanziamento che come messa a disposizione della provvista finanziaria, sia inquadrabile tra i servizi per il cui conseguimento le amministrazioni giudicatrici - come nel caso di specie APL che si qualifica come organismo di diritto pubblico - debbono applicare il Codice dei contratti o se, invece, sia sottratta all'obbligo dell'evidenza pubblica.

Ai sensi dell'art. 20, comma 2, del Codice, sono soggetti alle disposizioni dallo stesso dettate i servizi elencati nell'Allegato IIA, che al numero 6 annovera i "servizi finanziari", distinguendoli in a) servizi assicurativi e b) servizi bancari e finanziari. I codici CPV (Vocabolario comune degli appalti pubblici) collegati ai servizi bancari e finanziari, da 66100000 - 1 a 66430000 - 3, si riferiscono, tra gli altri, a "Servizi di concessione di credito" (66113000-5), "Servizi bancari di investimento e servizi affini" (66120000-7), "Servizi di finanziamento delle imprese e servizi di capitali di rischio" (66122000-1), "Servizi operativi del mercato finanziario" (66151000-3), "Servizi di consulenza finanziaria" (66171000-9), "Servizi di intermediazione prestiti" (66190000-8).

Come si vede la gamma di servizi finanziari soggetti all'applicazione del Codice cui pare avere fatto riferimento il legislatore comunitario, e quello nazionale in sede di recepimento, è molto ampia e comprende anche, per quanto interessa in questa sede, i servizi di concessione di credito. La categoria dei servizi finanziari è tuttavia oggetto di una specifica deroga riguardo la soggezione al Codice prevista tanto nell'Allegato IIA dove, in nota, viene precisato che sono esclusi i "contratti dei servizi finanziari relativi all'emissione, all'acquisto, alla vendita e al trasferimento di titoli o di altri servizi finanziari nonché dei servizi forniti da banche centrali", che nell'art. 19, comma 1, lett. d), dove viene aggiunta l'ulteriore precisazione che sono esclusi dall'applicazione del Codice "in particolare le operazioni di approvvigionamento in denaro o capitale delle stazioni appaltanti". Quest'ultimo inciso, che non compariva nell'art. 5, comma 2, lett. d), del previgente d.lgs. n. 157/1995, è stato introdotto con il Codice, in sede di recepimento dell'art. 16 della direttiva 2004/18.

Sotto la vigenza della disciplina antecedente al Codice, la giurisprudenza nazionale era orientata a ricondurre i contratti di concessione di mutuo tra i servizi finanziari di cui all'Allegato IIA, con conseguente affermazione della necessità di applicazione integrale della disciplina dell'evidenza pubblica (CGA Sicilia, 8 luglio 1998, n. 429; Corte dei Conti, sez. controllo, 23 aprile 1999, n. 5). Più in generale veniva evidenziato che la clausola di non applicabilità della disciplina comunitaria, secondo cui essa non si applica ai "contratti dei servizi finanziari relativi all'emissione, all'acquisto, alla vendita e al trasferimento di titoli o di altri servizi finanziari nonché dei servizi forniti da banche centrali", non implica che dall'applicazione sono esclusi tutti gli altri servizi qualificabili come finanziari, posto che l'Allegato 1 (al previgente d.lgs. n. 157/1995) espressamente include al numero 6 tra i servizi cosiddetti prioritari i "servizi finanziari", con espressa esclusione in nota dei soli servizi finanziari come sopra identificati (TAR Veneto, sez. I, 18 giugno 2002, n. 2887).

La diversa formulazione dell'art. 19, comma 1, lett. d), del Codice che, come premesso, prevede la non applicabilità del Codice ai contratti "concernenti servizi finanziari relativi all'emissione, all'acquisto, alla vendita e al trasferimento di titoli o di altri strumenti finanziari, in particolare le operazioni di approvvigionamento in denaro o capitale delle stazioni appaltanti, nonché i servizi forniti dalla Banca d'Italia" riporta d'attualità l'esigenza di circoscrivere l'ambito di applicazione della deroga.

Come già evidenziato dall'Autorità nel Parere sulla Normativa del 4 agosto 2009, la genericità della nozione "servizi finanziari" di cui all'art. 19 determina effettivamente un'area di incertezza che deriva dal suo coordinamento con l'indicazione dei servizi inclusi nell'Allegato IIA.

Un primo canone ermeneutico cui attenersi, sostenuto dalla giurisprudenza comunitaria e già

indicato dall'Autorità nel citato Parere, è senza dubbio quello secondo cui, in quanto norma derogatoria ai principi dell'evidenza pubblica, come tutte le disposizioni che prevedono un'eccezione ad una regola generale, la previsione di cui all'art. 19, comma 1, lett. d) va intesa in senso restrittivo.

Il ventisettesimo considerando della direttiva 2004/18, nell'esplicitare le ragioni sottese a tale esclusione, rileva che "...i servizi finanziari soggetti alla presente direttiva non comprendono gli strumenti in materia di politica monetaria, tassi di cambio, debito pubblico, gestione delle riserve e di altre politiche che comportino operazioni su titoli o altri strumenti finanziari, in particolare le operazioni di approvvigionamento di denaro o capitale delle amministrazioni aggiudicatrici. Di conseguenza i contratti relativi all'emissione, all'acquisto, alla vendita o al trasferimento di titoli o di altri strumenti finanziari non sono contemplati. Sono altresì esclusi i servizi forniti dalle banche centrali".

L'esclusione concernente tali specifici servizi finanziari trova, dunque, la sua giustificazione nelle caratteristiche dei prodotti finanziari, la cui negoziazione appare legata in misura prevalente al particolare giudizio di affidabilità di ciascun singolo operatore e la cui verifica di convenienza si fonda esclusivamente sul favorevole e particolare giudizio di affidabilità e solidità dell'impresa offerente.

Tenendo conto del menzionato canone interpretativo e delle indicazioni fornite dal legislatore comunitario, è stato sostenuto che l'inciso "in particolare le operazioni di approvvigionamento in denaro o capitale delle stazioni appaltanti" non rappresenti altro che una mera specificazione rispetto alla categoria delle operazioni finanziarie in titoli e, dunque, non rappresenti una fattispecie autonoma nell'ambito della norma derogatoria.

E' questa la posizione assunta dall'Austria in un parere reso dalla Cancelleria federale in data 7 novembre 2006 nel quale, dopo avere richiamato il ricordato canone ermeneutico restrittivo, è stato ritenuto che benefici della norma derogatoria non qualunque operazione di approvvigionamento in denaro o capitale delle pubbliche amministrazioni, come potrebbe essere quello derivante da un mutuo, ma solo quelle connesse all'emissione di titoli o altri strumenti finanziari.

Meno rigoroso sembra invece l'orientamento attualmente seguito dalla Francia. Se, infatti, sotto il vigore della direttiva 92/50, il Conseil d'Etat aveva ritenuto che i semplici mutui non rientrassero nella categoria dei servizi finanziari sottratti all'applicazione delle regole sull'evidenza pubblica, il Code des marchés publics del 1° agosto 2006 ha recepito l'art. 16 della direttiva n. 18/2004 introducendo la previsione delle operazioni di approvvigionamento in denaro e capitale con la congiunzione "e", e non con l'espressione "in particolare", con ciò inserendo una deroga generalizzata per tutte le operazioni di approvvigionamento di denaro, indipendentemente dalla loro connessione o inerenza ad operazioni su titoli, e quindi anche per i contratti di mutuo.

Per completezza si segnala che la Commissione delle Comunità europee, nella causa C-424/04, ha censurato il Codice francese degli appalti pubblici nella parte in cui escludeva dall'ambito di applicazione delle norme di evidenza pubblica i contratti aventi ad oggetto prestiti o investimenti finanziari, destinati alla copertura di un'esigenza di finanziamento ovvero di liquidità, e non collegati ad un'operazione immobiliare affermando che "questi contratti attengono a prestazioni di servizi e pertanto rientrano nell'ambito d'applicazione delle direttive. Per di più non si può considerare che tali contratti ricadano nell'eccezione che riguarda i titoli e gli altri strumenti finanziari". Va tuttavia precisato che detto ricorso, che peraltro riguardava la versione del Codice francese antecedente al recepimento della direttiva 2008/14, è stato successivamente ritirato dalla Commissione.

Infine, anche se si ritenesse la concessione di mutui rientrante nella deroga di cui all'art. 19, il rispetto delle norme dell'evidenza pubblica sarebbe comunque garantito anche per l'affidamento dei servizi finanziari in commento dall'art. 27 che, in quanto norma di chiusura rispetto alle disposizioni con carattere speciale contenute negli articoli da 16 a 26, si applica ai contratti esclusi in tutto o in parte dall'applicazione del Codice e dispone che l'affidamento degli stessi debba avvenire nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità. Nel rispetto di tali principi la disposizione sancisce, quindi, che l'affidamento di tali contratti deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto.

In proposito si rammenta che indicazioni più precise sulle modalità di affidamento degli appalti esclusi in tutto o in parte dall'applicazione del Codice sono stati forniti dalla Commissione UE nella "Comunicazione interpretativa per l'aggiudicazione degli appalti non o solo parzialmente disciplinati dalle direttive appalti pubblici" pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della U.E. del 1° agosto 2006, n. C 179, dove, in particolare, è stata indicata l'esigenza che gli affidamenti siano preceduti da "un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti dei servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione" con l'indicazione di alcune modalità per il rispetto di tale regola.

Nel caso di specie, stante le incertezze interpretative che hanno determinato differenti orientamenti nel panorama europeo, si ritiene opportuno, in un'ottica di cautela, anche al fine di evitare possibili contenziosi, invitare APL ad adottare idonea procedura ad evidenza pubblica per il conseguimento di qualunque provvista finanziaria, sulla base della strutturazione finanziaria elaborata dagli Arrangers.

