

Determinazione n. 8 del 11/10/2007

Diritto di prelazione nelle procedure di Project Financing e disciplina transitoria applicabile a seguito del D.Lgs. 31 luglio 2007 n. 113

IL CONSIGLIO

Considerato in fatto

E' stata sottoposta all'attenzione dell'Autorità la problematica relativa alla disciplina applicabile alle procedure di project financing indette, ai sensi dell'art. 153 e ss. del D.Lgs. n. 163/2006, precedentemente all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 113/2007 in materia di "Disposizioni correttive ed integrative del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante il codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, a norma dell'articolo 25, comma 3, della legge 18 aprile 2005, n. 62 (Legge comunitaria 2004)", pubblicato in G.U. n. 176 del 31 luglio 2007 ed entrato in vigore il 1° agosto 2007.

Tale ultimo decreto legislativo, all'art. 1, comma 1, lett. r) e s), infatti, ha modificato la disciplina del project financing contenuta nel D.Lgs. n. 163/2006 prevedendo, tra l'altro, la soppressione del c.d. "diritto di prelazione", prima riconosciuto in favore del promotore, ma non ha nel contempo previsto una disciplina transitoria per le procedure avviate prima dell'entrata in vigore del decreto stesso.

Sorge, dunque, il problema di individuare il momento della procedura al quale debba farsi riferimento ai fini dell'applicazione della disciplina recata dal suddetto decreto correttivo.

Stante il rilievo della questione ed il coinvolgimento di numerosi interessi di settore, l'Autorità ha convocato in audizione, tenutasi in data 26 settembre 2007, i rappresentanti del Ministero delle Infrastrutture, dell'Unità Tecnica Finanza di Progetto, dell'Associazione Imprese Generali (AGI), dell'Associazione Nazionale Costruttori Edili (ANCE) e dell'Associazione Nazionale Cooperative di Produzione e Lavoro (ANCPL).

Sulla base delle considerazioni svolte in tale sede ed al fine di dirimere l'illustrata problematica interpretativa sull'argomento, l'Autorità ritiene necessario emanare il presente atto a carattere generale.

Ritenuto in diritto

1. Con riferimento all'istituto del project financing, l'Autorità è particolarmente attenta alla sua importanza, sia nel campo dell'economia, sia quale strumento per la realizzazione di opere pubbliche.

Più volte, l'Autorità ha avuto modo di occuparsene, accompagnando, con sue deliberazioni e determinazioni (si veda, ad esempio, Atto di regolazione n. 34 del 18/07/2000; Atto di regolazione n. 51 del 26/10/2000; Atto di regolazione n. 14 del 05/07/2001; Determinazione n. 20 del 04/10/2001; Deliberazione n. 79 del 21/03/2001; Determinazione n. 4 del 06/03/2002; Determinazione n. 27 del 16/10/2002; Deliberazione n. 342 del 05/12/2002; Determinazione n. 1 del 22/01/2003; Deliberazione n. 4 del 17/01/2007), sin dalla sua introduzione, le varie modifiche ed adattamenti che l'ordinamento, di volta in volta, ha apportato ad esso.

Dal punto di vista economico, l'importanza dell'istituto è evidenziata dai dati che l'Autorità ha avuto modo di acquisire, e che permettono di affermare che, nel momento attuale, il numero dei procedimenti potenzialmente interessati dalla valutazione dell'impatto della nuova disciplina è compreso tra i 482 e i 596, per un importo complessivo tra i 5 e i 9,4 Mld di euro circa.

Dal punto di vista normativo, poi, non appare fuor di luogo ricordare che la complessiva disciplina dell'istituto è il frutto di interventi successivi del legislatore.

Occorre ricordare, infatti, che, inizialmente, la legge n. 109/94, come modificata dalla legge 415/1998, prevedeva che il promotore potesse presentare la propria proposta, una

volta approvato il programma triennale, entro il 30 giugno di ogni anno. La proposta era, dunque, condizionata esclusivamente al varo del programma stesso.

Successivamente, l'art. 7, comma 1°, lett. b) della legge 1 agosto 2002, n. 166 ha introdotto notevoli variazioni alla procedura; anzitutto è stata inserita la pubblicità, stabilendo che, entro 20 giorni dall'approvazione del programma, le Amministrazioni dovevano rendere nota la presenza, nel programma, delle opere fin anziabili con capitali privati mediante un avviso indicativo da pubblicarsi con le stesse modalità di cui all'articolo 80 del dPR n. 554/99 e sul sito dell'Osservatorio dei lavori pubblici.

Con la stessa disposizione è stato introdotto il diritto di prelazione in favore del soggetto promotore, consistente nella facoltà di questo ultimo di adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'Amministrazione più conveniente e rendersi pertanto affidatario della concessione. Tale facoltà può essere esercitata dal promotore solo al termine della procedura negoziata, quando cioè la commissione ha aggiudicato provvisoriamente la gara ad un altro concorrente.

A seguito dell'avvio di una procedura di infrazione da parte della Commissione Europea, la legge n. 62/2005 ha profondamente modificato l'assetto normativo, stabilendo che "l'avviso indicativo deve contenere i criteri, nell'ambito di quelli indicati dall'art. 37-ter (.).". "L'avviso deve altresì indicare espressamente che è previsto il diritto a favore del promotore ad essere preferito ai soggetti previsti dall'art. 37-quater, comma 1, lett. b), ove lo stesso intenda adeguare il proprio progetto alle offerte economicamente più vantaggiose presentate dai predetti soggetti offerenti."

Dunque, l'avviso doveva rendere nota la titolarità del diritto di prelazione in capo al promotore.

2. Il Codice (decreto legislativo 12 aprile 2006, n.163) ha riproposto le disposizioni contenute nella legge n. 109/94, come modificata, da ultimo, dalla legge n. 62/2005.

Ora, il Decreto legislativo n. 113/2007, al comma 1, lettere r) e s) ha anzitutto stabilito che l'avviso indicativo deve essere pubblicato entro 90 giorni dall'avvenuta pubblicazione dei programmi (art. 153, comma 3) e che le proposte sono presentate entro 180 giorni dalla pubblicazione del suddetto avviso (art. 153, comma 1).

Inoltre, ha soppresso il cosiddetto diritto di prelazione del promotore .

Tale diritto era contemplato nell'art. 154, comma 1, ultimo periodo, del D.Lgs. n. 163/2006, ai sensi del quale nella procedura negoziata di cui all'art. 155, il promotore poteva adeguare la propria proposta a quella ritenuta dall'amministrazione più conveniente e, in tal caso, risultare aggiudicatario della concessione. Il correlato art. 153, comma 3, obbligava a rendere pubblico il diritto del promotore - con previsione nel bando - ad essere preferito ai soggetti di cui all'art. 155, comma 1, lett. b), ove intendesse adeguare il proprio progetto alle offerte economicamente più vantaggiose presentate dai soggetti offerenti.

Con il D.Lgs. n. 113/2007, come illustrato, entrambe le predette previsioni sono state soppresse e, con esse, il diritto di prelazione in favore del promotore.

Tale scelta del legislatore è stata adottata anche in recepimento delle osservazioni del Consiglio di Stato espresse nel parere del 7 giugno 2007 reso sullo schema del decreto correttivo in parola, il quale aveva evidenziato sull'argomento che "pendono nei confronti dell'Italia alcune questioni di legittimità comunitaria del diritto italiano dei pubblici appalti, in ordine alle quali è prevedibile un esito di condanna dell'Italia. Più esattamente, la causa C-412/04 Commissione delle Comunità europee contro Repubblica Italiana, dove l'Avvocato generale, nel presentare le proprie conclusioni, ha proposto alla Corte di Giustizia la declaratoria d'inadempimento dell'Italia, laddove ha adottato gli articoli 37 ter e 37 quater, nonché gli articoli 27, comma 2 e 28, comma 4 della legge 11 febbraio del 1994 n. 109. Pertanto valuti l'Amministrazione se sia il caso di emendare i corrispondenti articoli del Codice ove non tengano conto dei rilievi fatti in sede comunitaria, al fine di arrestare la procedura di infrazione. Ciò vale in particolare per la prelazione in favore del promotore, nel "project financing" confermata nell'articolo 154 del Codice (che è comunque una sede impropria), prelazione che anche sul piano sostanziale è inopportuna perché rende poco appetibile la partecipazione alla gara e rischia così di sottrarre di fatto alla concorrenza questo importante istituto".

3. Tuttavia, il D.Lgs. n. 113/2007, unitamente alle modifiche della disciplina del project

financing sopra illustrate, non contiene una disciplina transitoria per le procedure avviate prima dell'entrata in vigore dello stesso e contemplanti il diritto di prelazione in parola nell'avviso indicativo di cui al citato articolo 153.

Occorre pertanto individuare l'incidenza della normativa sopravvenuta nella dinamica del procedimento amministrativo.

A tal fine sembra opportuno, in primo luogo, rammentare che l'istituto in questione, finalizzato all'affidamento di una concessione di cui all'art. 143 del Codice, pur essendo una procedura unitaria, si articola in più fasi, prima fra queste la pubblicazione di un avviso da parte dell'Amministrazione ai sensi dell'art. 153, contenente l'indicazione degli interventi, tra quelli inclusi nella programmazione triennale, realizzabili con capitali privati e con indicazione dei criteri sulla base dei quali verranno comparate le proposte ricevute. Successivamente, prende avvio la fase della presentazione da parte dei promotori interessati di proposte relative alla realizzazione dei predetti interventi, seguita da quella di valutazione di queste ultime e, quindi, dall'indizione delle procedure ex art. 155, comma 1 lett. a) e b), finalizzate all'aggiudicazione della concessione di cui al predetto art. 143.

Prima dell'entrata in vigore del dlgs. n. 113/2007 l'avviso doveva contenere anche l'indicazione del diritto di prelazione del promotore.

Ed invero, la questione del diritto intertemporale si era posta già all'indomani della introduzione del diritto di prelazione con la legge n. 166/2002, ancorché in quella situazione si trattava dell'inserimento nell'ordinamento di un nuovo diritto in capo ad un operatore economico.

Ed allora, l'Autorità, nella determinazione n. 27/2002, ha richiamato il "criterio intertemporale comunemente indicato dalla giurisprudenza (v. ad esempio Cons. Stato, V, 11 maggio 1998 n. 226; Cons. Stato, V, 14 aprile 2000 n. 2237; Cons. Stato, V, 22 settembre 2001 n. 4989),... della vincolatività della *lex specialis* fissata con gli atti di gara, ancorché non coerente con lo *ius superveniens* eventualmente intervenuto dopo la loro emanazione (con la conseguenza di assoggettare il procedimento alla disciplina vigente all'epoca di pubblicazione del bando, e di considerare irrilevanti le modifiche normative intervenute successivamente a tale data)" e di "quello seguito in via interpretativa in occasione dell'entrata in vigore della cosiddetta "Merloni ter" (legge 18 novembre 1998, n. 415 e circolare del Ministero dei LL. PP, 22 dicembre 1999, n. 2100/UL) secondo cui, ed analogamente, le innovazioni normative intervenute si è inteso dovessero applicarsi esclusivamente ai bandi di gara pubblicati a partire dalla data di entrata in vigore delle nuove disposizioni, mentre le procedure di gara in corso erano da assoggettare alle previgenti regole, anche se il relativo iter si fosse protratto successivamente all'entrata in vigore della nuova legge".

Criterio intertemporale che trova conferma nel regolamento di cui al D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, il cui articolo 232, comma 3, espressamente prevede l'applicabilità delle proprie norme sulle modalità di svolgimento delle procedure di gara relativamente alle procedure indette con bandi pubblicati successivamente alla sua entrata in vigore.

Nella sopra citata determinazione n. 27/2002 l'Autorità, al fine di individuare la fase della peculiare procedura di project financing, in relazione alla quale può individuarsi il criterio temporale che consente il discrimine tra l'applicazione della vecchia e della nuova normativa contemplante quest'ultima (L. n. 166/2002) l'introduzione del c.d. diritto di prelazione, ha precisato, peraltro, che tale non può ritenersi l'inserimento dell'intervento nella programmazione triennale dei lavori pubblici dell'amministrazione, la quale vale solo a rendere pubblica l'intenzione di riservare al finanziamento privato determinati interventi, mentre è più corretto ritenere "bando" quello pubblicato per la scelta di colui o coloro che competeranno con il promotore, quale atto che introduce una vera e propria procedura di gara. Come sopra rammentato, infatti, l'avviso indicativo è stato introdotto con la stessa legge n. 166/2002.

Ed è stato precisato che il carattere unitario della procedura di affidamento della concessione *de qua*, sebbene articolata in più fasi, comporta l'immodificabilità delle regole inizialmente poste fino al provvedimento conclusivo della aggiudicazione. Diversamente, infatti, verrebbero a mutare tutte quelle condizioni che hanno indotto alcuni soggetti giuridici alla partecipazione o meno alla gara e verrebbero, quindi, alterate le garanzie della trasparenza e della *par condicio*.

L'interpretazione dell'Autorità è stata poi confermata dalla giurisprudenza (Consiglio di

Stato, sentenza n. 5316 del 2005) che ha affermato che la norma sopravvenuta non incide solo su profili formali o procedurali, ma al contrario altera i termini sostanziali della gara, quei termini in base ai quali è stata formulata l'offerta. Di conseguenza, lo spostamento in itinere da parte dell'Amministrazione dell'angolazione valutativa dei propri interessi si tradurrebbe per il concorrente nella delusione delle aspettative giuridiche a lui ingenerate dalla normativa del bando.

Il Legislatore ha poi sancito tale principio per l'applicazione della disciplina contemplata dal Codice nell'art. 253, comma 1, ai sensi del quale "le disposizioni di cui al presente codice si applicano alle procedure e ai contratti i cui bandi o avvisi con cui si indice una gara siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore...".

4. Orbene, in relazione alla modifica introdotta dal secondo decreto correttivo, bisogna tenere conto che gli avvisi indicativi pubblicati prima del 1 agosto 2007, data di entrata in vigore della soppressione del diritto di prelazione, contenevano l'indicazione del diritto di prelazione. Inoltre, poiché la presentazione delle proposte era fissata dalla norma entro il 30 giugno, non può negarsi che quelle proposte sono state avanzate tenendo conto di tale privilegio per il promotore.

Del resto, come sopra illustrato, la legge 18 aprile 2005, n. 62 (recante "Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004") modificando l'art. 37bis, comma 2 bis, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m., ha introdotto l'obbligo per l'Amministrazione di indicare nell'avviso i criteri in base ai quali si procede alla valutazione comparativa delle proposte pervenute. E l'attuale art. 153, comma 3, del D.Lgs. n. 163/2006, dettato in sostituzione della predetta disposizione, dispone in conformità che "l'avviso deve contenere i criteri, nell'ambito di quelli indicati dall'art. 154, in base ai quali si procede alla valutazione comparativa tra le diverse proposte".

Invero, con tale modifica normativa - trasfusa, come evidenziato, nel D.Lgs. n. 163/2006 - gli avvisi indicativi perdono la natura di mera pubblicità notizia dell'intenzione dell'Amministrazione di voler realizzare delle opere pubbliche ricorrendo al project financing, per assumere invece quella di veri e propri atti di avvio di un procedimento ad evidenza pubblica.

A ciò si aggiunga che l'avviso di cui all'art. 153 del Codice, poiché sostanzialmente assimilabile ad un bando di gara, deve essere tale anche con riferimento al regime di pubblicazione dello stesso.

Tale avviso, infatti, contiene una serie di indicazioni, come l'oggetto della proposta, il termine entro il quale quest'ultima deve essere presentata, i requisiti del potenziale promotore, la prefigurazione delle successive fasi della procedura in corso, i "vantaggi" che il promotore può conseguire - come il diritto di prelazione (nella previgente disciplina), il diritto al compenso (spese sostenute per l'elaborazione della proposta, ex art. 153, comma 1) e ad essere ritenuto aggiudicatario ove non sussistano altri concorrenti nelle successive fasi della procedura -, nonché i criteri di valutazione delle proposte pervenute.

Caratteristiche queste che, si ribadisce, fanno dell'avviso de quo un atto assimilabile ad un bando di gara e che, nel contempo, segna l'avvio di un procedimento ad evidenza pubblica in senso stretto.

Infatti, pur se l'art. 153 del Codice (e già l'art. 37 ter legge n. 109/1994) non proceduralizza espressamente l'attività di valutazione dell'amministrazione, tuttavia alle illustrate caratteristiche dell'avviso indicativo si collega la necessità che tale valutazione si svolga all'insegna dei criteri di *par condicio* e di trasparenza (richiesti per il corretto svolgimento delle procedure di gara), derivanti proprio dalla natura concorsuale di tale fase di scelta del promotore, quale attività volta a realizzare l'interesse pubblico alle migliori condizioni possibili per l'amministrazione aggiudicatrice.

Soprattutto, occorre evidenziare che la necessità che l'esame delle proposte sia preceduto dalla predeterminazione di specifici criteri per la valutazione dei vari profili rilevanti (ai fini della dichiarazione di rispondenza del progetto all'interesse pubblico) e che questi siano valutati con assegnazione di pesi e/o punteggi preventivamente individuati, nella sostanza si risolve in una forma di garanzia del corretto esercizio della discrezionalità dell'Amministrazione nella relativa scelta.

Detto corretto esercizio, infatti, rimarrebbe privo di elementi di valutazione, ove non si facesse riferimento a criteri e parametri che, anche se non espressamente tipizzati dal

legislatore con riguardo all'istituto della scelta del promotore, tuttavia costituiscono lo strumento più idoneo per conformare l'esercizio della discrezionalità nella scelta tra più proposte e, quindi, per realizzare l'interesse pubblico all'individuazione della migliore proposta.

Appare, dunque, evidente che nel senso sopra illustrato assume un ruolo preminente l'avviso di cui all'art. 153, quale momento nel quale vengono resi pubblici i progetti inseriti nel programma triennale dei lavori finanziabili con capitali privati ed i parametri ai quali l'Amministrazione si è vincolata e che dovrà quindi rispettare nella valutazione delle proposte pervenute.

Con la modifica apportata dalla legge n. 62/2005, il carattere unitario della procedura di project trova, quindi, il suo momento iniziale nella pubblicazione dell'avviso indicativo e ciò comporta l'applicazione delle regole proprie delle procedure ad evidenza pubblica già dalla sua pubblicazione ex art. 153.

5. D'altronde alcune pronunce della giurisprudenza hanno individuato una natura concorsuale nella selezione delle proposte di pubblico interesse, come tale sottoposta al rispetto dei principi di *par condicio* e di economicità e speditezza delle operazioni concorsuali, giungendo alla considerazione che l'esame comparativo delle proposte presentate dai diversi competitori deve essere necessariamente preceduto dalla predisposizione di positivi ed uniformi criteri di valutazione (TAR Liguria, II, 1 aprile 2005 n. 430).

Inoltre, l'illustrata interpretazione appare conforme all'orientamento della Corte di Giustizia (sentenza 20 ottobre 2005 causa C-264/03), secondo la quale all'avviso indicativo in parola va riconosciuta una valenza diversa da quella tipica di rendere pubblica l'intenzione di riservare al finanziamento privato determinati interventi, in quanto esso contiene in realtà i criteri atti a selezionare la proposta migliore presentata dai privati e, quindi, sostanzialmente è l'atto introduttivo di un confronto concorrenziale vero e proprio.

Pur con le sue peculiarità, dunque, anche la fase di scelta del promotore deve rispondere ai canoni procedurali che connotano le vere e proprie gare.

Ne discende, come conseguenza logico-giuridica, che anche tale fase iniziale della procedura di project deve svolgersi all'insegna dei principi di *par condicio* e di trasparenza, cui è preordinata la previa individuazione di positivi ed uniformi criteri di valutazione.

Valutazione che, in ossequio ai predetti canoni (propri delle procedure di gara), deve essere affidata ad una commissione giudicatrice, le cui caratteristiche, i cui criteri di nomina e le relative modalità operative sono quelli indicati nell'art. 82 del D.Lgs. n. 163/2006. Commissione alla quale è demandata, altresì, la verifica del possesso dei requisiti di cui all'art. 99 ("requisiti del promotore") del D.P.R. n. 554/99 in capo al promotore.

In tal modo, infatti, la valutazione delle proposte e dell'idoneità del promotore stesso si risolve in una forma di garanzia del corretto esercizio della discrezionalità dell'Amministrazione in tale fase, finalizzata all'individuazione della migliore proposta.

Inoltre, poiché, come detto, l'avviso medesimo è da considerarsi il momento in cui prende avvio la procedura di selezione del contraente, esso dovrà riportare il codice di identificazione del procedimento (CIG) anche al fine del successivo pagamento della contribuzione a favore dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, ai sensi dell'art. 1, commi 65 e 67, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 e della deliberazione 10 gennaio 2007 dell'Autorità medesima.

6. Alla luce di quanto sopra, dunque, può concludersi affermando che alla pubblicazione dell'avviso di cui all'art. 153 del D.Lgs. n. 163/2006, con le caratteristiche sopra illustrate e quale atto che segna l'avvio della procedura di project financing, deve riconoscersi il momento di discriminare temporale tra l'applicazione della vecchia e della nuova disciplina contenuta nel D.Lgs. n. 113/2007, con particolare riferimento al diritto di prelazione in favore del promotore.

Conseguentemente, per le procedure i cui avvisi ex art. 153 siano stati pubblicati anteriormente all'entrata in vigore del suindicato decreto legislativo e contenenti espressamente la previsione del diritto di prelazione in favore del promotore, continuerà ad applicarsi il previgente assetto normativo contemplante tale diritto; al contrario, per le

procedure i cui avvisi indicativi siano pubblicati successivamente al medesimo decreto, deve trovare applicazione la nuova disciplina, con esclusione del diritto di prelazione in favore del promotore stesso.

Conclusivamente, in base a quanto sopra considerato,

Il Consiglio

Ritiene che:

- in materia di project financing, l'avviso di cui all'art. 153 del D.Lgs. n. 163/2006 è l'atto con cui l'amministrazione avvia una procedura concorsuale ad evidenza pubblica per la scelta del concessionario;
- per le procedure i cui avvisi indicativi siano stati pubblicati anteriormente all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 113/2007, contenenti espressamente la previsione del diritto di prelazione in favore del promotore, continua ad applicarsi il previgente assetto normativo contemplante tale diritto;
- per le procedure i cui avvisi indicativi siano pubblicati successivamente al predetto decreto legislativo, trova applicazione la nuova disciplina con conseguente esclusione del diritto di prelazione in favore del promotore stesso.

Il Relatore: Alessandro Botto

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data: 15 ottobre 2007

Il Segretario: Maria Esposito