

L'art. 7, comma 1, lett. b), della legge 1 agosto 2002, n. 166, ha introdotto variazioni ed integrazioni alla legge quadro in materia di lavori pubblici, 11 febbraio 1994, n. 109. In particolare, in materia di project financing, all'art. 37ter si è aggiunto un ulteriore comma, con il quale è stato riconosciuto in favore del soggetto promotore il c.d. "diritto di prelazione", consistente nella facoltà di quest'ultimo di "adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'amministrazione più conveniente. In questo caso, il promotore risulterà aggiudicatario della concessione". La suddetta modifica normativa non può trovare applicazione laddove la stessa sia entrata in vigore successivamente alla pubblicazione del bando per lo svolgimento della gara diretta all'individuazione dei due migliori offerenti da ammettere alla procedura negoziata con il promotore. La circostanza che la modifica in questione sia comunque vigente durante la procedura negoziata non comporta l'applicabilità dello ius superveniens, atteso il carattere unitario della procedura di gara per l'affidamento della concessione, articolata in due distinte fasi, delle quali, tuttavia, la seconda fase, quella negoziata, costituisce un subprocedimento della prima fase, ossia la licitazione privata (la fase iniziale della valutazione della proposta e della conseguente scelta del promotore non rientra nel procedimento di gara vero e proprio). Lo stretto collegamento tra le due fasi si evince chiaramente dalle seguenti considerazioni: a) unico è il bando pubblicato per l'intera procedura; b) il comma 1 dell'art. 37quater prevede che l'aggiudicazione della gara avvenga al termine della procedura negoziata; solo in caso di mancata presentazione di offerte il comma 2 prevede l'affidamento della concessione al promotore (la proposta è vincolante); c) nella procedura negoziata partecipano insieme al promotore solo i due soggetti risultati vincitori della precedente fase della licitazione privata; il che significa che la procedura negoziata è una subfase eventuale che viene svolta solo nell'ipotesi in cui siano state presentate altre offerte: questo determina l'intangibilità delle regole inizialmente fissate nel bando sino alla data di aggiudicazione della concessione; d) i requisiti di partecipazione delle due imprese che partecipano alla procedura negoziata vengono vagliati solo nella prima fase, a dimostrazione della natura meramente consequenziale ed accessoria della seconda fase della procedura negoziata. Del tutto inconferente appare il richiamo agli artt. 1339 e 1419 c.c. a sostegno della tesi dell'inserzione automatica nel bando dell'art. 37ter della legge n. 109/94, come modificato dalla legge n. 166/02. Sul punto è sufficiente osservare che, mentre l'art. 1339 c.c. assolve la funzione precipua di assicurare l'attuazione delle condizioni contrattuali previste in via inderogabile dalla legge, con il meccanismo dell'inserzione automatica delle clausole imperative in sostituzione di quelle difformi convenute dalle parti, e postula, dunque, la conclusione di un accordo negoziato il cui con tenuto risulti parzialmente contrastante con quello imposto dal legislatore, sottratto, come tale, all'autonomia privata, il bando di gara si limita a regolare il procedimento di selezione del contraente e non contiene disposizioni in ordine alla misura dei diritti e degli obblighi nascenti dal contratto che sarà stipulato all'esito della procedura. Ne consegue che il principio dell'eterointegrazione negoziale, sancito dall'art. 1339 c.c., risulta assolutamente inapplicabile alla materia controversa neanche in via analogica, in considerazione della diversità delle due situazioni (ubi eadem ratio, ibi eadem juris dispositio). Con l'introduzione del "diritto di prelazione" in favore del soggetto promotore e, quindi, con la previsione di una diversa e più favorevole posizione riconosciuta a quest'ultimo, è divenuto di risolutiva importanza che tutti i potenziali concorrenti abbiano conoscenza, attraverso idonee forme di pubblicità, degli interventi che le amministrazioni intendono realizzare attraverso l'apporto di capitali privati (project financing). Solo attraverso il rispetto delle forme di pubblicità introdotte dalla legge n. 166/2000, infatti, l'Amministrazione aggiudicatrice garantisce effettivamente ai privati, potenzialmente interessati alla concessione, la possibilità di presentare proposte da sottoporre al vaglio dell'amministrazione aggiudicatrice e per tale verso concorrere ad essere prescelti come promotori. Diversamente opinando, e cioè qualora si ritenesse possibile assegnare il diritto di prelazione pur in mancanza della cennata pubblicità dei programmi, si finirebbe per offrire, in palese violazione della indicata ratio legis nonché dei generali principi di concorrenza e par condicio, una posizione di supremazia al soggetto promotore inconferibilmente ingiustificata, in quanto non bilanciata da una misura idonea a garantire che tutti i soggetti potenzialmente interessati siano posti in grado, in condizioni di parità, di valutare l'opportunità di assumere la qualità di promotore. Dalle suesposte considerazioni discende, allora, che solo nell'ipotesi in cui la procedura di project financing sia stata avviata dalle Amministrazioni aggiudicatrici sulla scorta di proposte ritenute di pubblico interesse sulla base di programmi resi pubblici nelle forme previste dalla legge n. 166/2002 è ragionevolmente consentito assegnare, altresì, al promotore il "diritto di prelazione".