

GENOVA, 5 OTTOBRE 2007

Riflessioni sulla retroattività della eliminazione del diritto di prelazione del promotore

Fra pochi giorni sarà il 31 ottobre.

Questa data, per molti, non significa niente.

Così non è per coloro che, alla scadenza del 30.6 u.s., hanno presentato una proposta di project financing.

Infatti, l'art. 154 del Codice dei Contratti Pubblici (i.e. il d.Lgs. 163/2006 e s.m.i.) dispone che la delibera inerente la fattibilità ed il pubblico interesse della proposta "*deve intervenire entro quattro mesi dalla ricezione della proposta del promotore*" (vale a dire, calcolando il termine a partire dal 30.6, il 31 ottobre).

Si tratta di una delibera di estrema importanza in quanto determina la selezione del c.d. Promotore in senso stretto che, in quanto tale, nelle successive fasi di gara, gode di tutti i privilegi ad esso riconosciuti dalla Legge.

Tra questi privilegi c'è – o, quantomeno c'era - il diritto di prelazione, vale a dire, utilizzando le parole del citato art. 154, il diritto di "*adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'amministrazione più conveniente*" e, in questo modo, ottenere l'aggiudicazione della concessione, ancorché in sede di procedura negoziata qualche *competitor* abbia presentato un'offerta economicamente più vantaggiosa rispetto alla proposta del promotore.

Tuttavia, come noto, per effetto del recente d.Lgs. del 31.7.2007, n. 113, il diritto di prelazione del promotore è stato, nel vero senso della parola, cancellato.

Su tale eliminazione per le gare future non v'è dubbio: l'innovazione normativa è stata ormai recepita dagli operatori che, certamente, si attrezzeranno per adeguarsi alla nuova situazione.

Avv. Lorenzo Bolognini
Abog. Irene Juárez Hernán

Rimane una grossa incertezza sugli effetti della eliminazione del diritto di prelazione rispetto alle gare che sono in corso: ci si riferisce alle procedure di project financing avviate con avviso indicativo pubblicato nella vigenza della normativa precedente al decreto 113 (e, quindi, con espressa indicazione del diritto di prelazione del promotore in conformità alle disposizioni di cui all'art. 153, d.Lgs. citato – vecchia versione) ed in relazione alle quali sono state presentate proposte entro il 30.6 u.s..

Infatti, il d.Lgs. 113, non contiene alcun riferimento esplicito in proposito, non fornisce alcuna disciplina transitoria e ciò – mi si consenta una nota polemica – creando grande confusione, sia tra i proponenti del 30.6.2007, sia tra le amministrazioni aggiudicatrici.

In conclusione, ad oggi, tutti attendono una pronuncia di una qualche autorità (la più indicata sarebbe l'Autorità Per la Vigilanza sui Contratti Pubblici), che chiarisca una volta per tutte come debba essere risolto il problema.

Problema che, peraltro, non è di poco conto.

Nell'attesa di tale pronuncia, alla quale io stesso mi rimetterei non appena dovesse intervenire, proporrei di fare un ragionamento che ancorché dovesse essere poi smentito dalla tanto attesa pronuncia, mi pare adeguato.

Una questione analoga si era presentata nella situazione opposta rispetto a quella attuale: intendo riferirmi all'epoca in cui, per effetto della c.d. Merloni quater (i.e. la l. 166 del 2002) che aveva introdotto nella disciplina della finanza di progetto il diritto di prelazione.

In quell'occasione era intervenuta proprio l'Autorità Per la Vigilanza sui Contratti Pubblici con la Determinazione n. 27/2002 che aveva recepito il principio consolidato in giurisprudenza in forza del quale le innovazioni legislative intervenute nel corso della procedura *“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”*.

L'Autorità, pertanto, metteva in evidenza come il discrimine dovesse essere ravvisato nel momento della pubblicazione della *lex specialis* della gara e la *lex specialis* della gara di project financing veniva riconosciuta nel bando

Avv. Lorenzo Bolognini
Abog. Irene Juárez Hernán

della licitazione privata di cui, all'epoca, all'art. 37-quater della l. 109/94 e s.m.i. (oggi corrispondente all'art. 155 del d.Lgs. n. 163/06 e s.m.i.): come dire che nelle procedure di finanza di progetto per le quali il bando inerente la licitazione privata (oggi denominata procedura ristretta) era stato pubblicato anteriormente alla entrata in vigore della Merloni quater che aveva introdotto il diritto di prelazione del promotore, tale diritto non doveva essere riconosciuto, mentre nelle procedure per le quali il predetto bando era stato pubblicato successivamente all'entrata in vigore della medesima Merloni quater, a favore del promotore si sarebbe dovuto riconoscere il diritto di prelazione.

Oggi, per risolvere l'analogo problema della disciplina transitoria rispetto alla eliminazione del diritto di prelazione, qualcuno ha proposto di applicare la medesima regola: ciò significherebbe che le procedure per le quali la proposta sia stata presentata il 30.6 u.s. e per le quali il bando della procedura ristretta finalizzato alla selezione dei *competitor* del promotore non sia stato pubblicato anteriormente alla data di entrata in vigore del d.Lgs. 113/07 (i.e. il giorno 1.8.2007), dovrebbero essere disciplinate escludendo che il promotore possa godere della facoltà di esercitare il diritto di prelazione.

Ad una tale conclusione, si giungerebbe sul presupposto che il bando della procedura ristretta sopra menzionata costituisca la *lex specialis* della gara di project financing.

La suddetta conclusione non mi pare coerente con quanto affermato dall'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici con la citata Determinazione 27/2002.

Infatti, rimane fermo il principio secondo il quale, ai fini della valutazione inerente l'applicabilità dello *ius superveniens*, occorre avere a riguardo al momento di pubblicazione della *lex specialis* della gara.

Tuttavia, occorre stabilire quale sia, in una procedura di finanza di progetto, la *lex specialis* della gara.

Tale procedura prende avvio in forza della pubblicazione dell'avviso indicativo nel quale, a norma dell'art. 153, d.Lgs. 163/06 e s.m.i., le amministrazioni aggiudicatrici "*rendono pubblica la presenza negli stessi programmi* (i.e. nei piani triennali delle opere pubbliche) *di interventi*

Avv. Lorenzo Bolognini
Abog. Irene Juárez Hernán

realizzabili con capitali privati, in quanto suscettibili di gestione economica”.

Rispetto alla fondatezza di tale assunto non dovrebbe esserci alcun dubbio: infatti, nell’ambito di tale avviso, sempre a norma del predetto art. 153, devono essere indicati “*i criteri, nell’ambito di quelli indicati dall’articolo 154, in base ai quali si procede alla valutazione comparativa tra le diverse proposte*” e, lo stesso avviso deve “*indicare espressamente che è previsto il diritto a favore del promotore ad essere preferito ai soggetti previsti dall’articolo 155, comma 1, lettera b), ove lo stesso intenda adeguare il proprio progetto alle offerte economicamente più vantaggiose presentate dai predetti soggetti offerenti*”.

Soprattutto successivamente alle modificazioni normative intervenute per effetto della l. n. 62/2005, che ha inciso sui contenuti dell’avviso indicativo proprio per salvaguardare il principio della *par condicio* tra i concorrenti, tale avviso indicativo, a prescindere dalla sua denominazione, ha perso sempre più i caratteri del mero avviso, acquisendo quelli del vero e proprio bando di gara, nel quale sono indicate tutte le regole della gara con i criteri di valutazione delle proposte che, infatti, sono sostanzialmente ripresi nel bando della procedura ristretta pubblicato nella successiva fase.

E’ pur vero che l’Autorità di Vigilanza, con la determinazione n. 27/2002 aveva indicato il bando della procedura ristretta quale *lex specialis* della gara di project financing.

Tuttavia, è anche vero che prima dell’intervento della Merloni quater (come detto, la l. 166 del 2002) e, quindi, prima della determinazione n. 27/2002, l’avviso indicativo non esisteva nemmeno (l’obbligo di pubblicazione dell’avviso indicativo è stato introdotto proprio con la Merloni quater che ha inserito nel testo dell’art. 37-bis della l. 109/94 il comma 2-bis): non si vede come l’Autorità, con tali presupposti, sarebbe potuta giungere ad una conclusione differente.

In sintesi, all’epoca, il primo documento di regolamentazione della gara era rappresentato dal bando della procedura ristretta cosicché la *lex specialis* della gara non poteva che essere ravvisata in tale bando.

Oggi, invece, è prevista la pubblicazione dell’avviso indicativo con i contenuti sopra descritti, cosicché è a tale documento che ci si deve riferire per l’individuazione della *lex specialis*.

Avv. Lorenzo Bolognini
Abog. Irene Juárez Hernán

Da quanto sopra, per venire alla soluzione pratica del problema che attualmente si pone, deriva che per le procedure per le quali l'avviso indicativo sia stato pubblicato anteriormente al giorno 1.8.2007 (data di entrata in vigore del nuovo decreto Legislativo 113 che ha eliminato il diritto di prelazione) il diritto di prelazione deve essere riconosciuto a soggetto la cui proposta sia stata giudicata fattibile e di pubblico interesse per effetto della pronuncia da emettere entro il 31.10 p.v..

Ancora un'argomentazione può essere portata a sostegno di una tale conclusione.

Come detto, nell'avviso indicativo doveva essere esplicitamente dichiarato che il promotore avrebbe potuto esercitare il diritto di prelazione: tale dichiarazione è stata inserita negli avvisi indicativi pubblicati anteriormente al 30.6.2007 (ed anteriormente al 1.8.2007).

Ebbene, è anche su questo presupposto che i proponenti del 30.6 u.s. hanno presentato la loro proposta: tali proponenti hanno riposto il loro affidamento sulla possibilità di esercitare il diritto di prelazione per ottenere l'aggiudicazione della concessione a conclusione della procedura.

Negare, oggi, la facoltà di esercizio del diritto di prelazione, equivarrebbe a negare uno dei principi fondamentali dell'Ordinamento Giuridico Italiano: "il principio dell'affidamento".

Tanto più che la violazione dell'affidamento riposto dai proponenti – eventualmente successivamente divenuti promotori veri e propri - nel diritto di prelazione dichiarato nell'avviso indicativo porrebbe in difficoltà le stazioni appaltanti che hanno pubblicato il medesimo avviso indicativo.

A tal proposito, è possibile riportare una massima della Corte di Cassazione che, ancorché risalente nel tempo, è piuttosto significativa:

"Il principio dell'affidamento, in forza del quale chi abbia ingenerato nel terzo, ancorché senza mala fede, il ragionevole convincimento sulla ricorrenza di una determinata situazione, produttiva di conseguenze giuridiche, risponde dell'ingannevole apparenza posta in essere (...)" (Cass. civ., 21/10/1981, n.5503, in Mass. Giur. It., 1981).

Studio Legale Bognini
Via Corsica 8/11
16128 Genova GE
tel. 010/540695-010/8934483
fax 010/8934485
info@studiobognini.com

www.studiobognini.com

Avv. Lorenzo Bognini
Abog. Irene Juárez Hernán

In conclusione, é pur vero che, come detto, qualora dovesse intervenire un provvedimento di una qualche autorità (se autorevole) non si potrebbe fare altro che rimettersi a tale provvedimento.

Tuttavia, ciò che si spera che un tale provvedimento sia fondato su argomentazioni ragionevoli, perlomeno quanto, a mio parere, lo sono le argomentazioni sopra esposte.

f.to Lorenzo Bognini