



Istituto Grandi Infrastrutture

## **APPALTI e CONCESSIONI**

### **Parlamento**

#### **APPALTO INTEGRATO E PRELAZIONE: DUE SUGGERIMENTI PER DUE PROBLEMI**

La sospensione dell'appalto integrato fino all'entrata in vigore del Regolamento, cioè fino a metà dell'anno prossimo, rischia di provocare un grave rallentamento dell'apertura di nuovi cantieri.

Le stazioni appaltanti in possesso di progetti preliminari o definitivi dovranno, infatti, procedere a sviluppare i progetti fino a renderli esecutivi, prima di poter appaltare i lavori.

C'è un rimedio a tutto questo? V'è cioè la possibilità di sbloccare la situazione?

La risposta è sì, e lo strumento è l'appalto-concorso.

Contrariamente a quel che si va sostenendo, l'appalto concorso non è "scomparso" dall'ordinamento.

A parte l'art. 70, comma 11, lett. b, "*un termine per la ricezione delle offerte non inferiore a dieci giorni, ovvero non inferiore a trenta giorni se l'offerta ha per oggetto anche il progetto esecutivo, decorrente dalla data di invio dell'invito a presentare offerte. Tale previsione non si applica al termine per la ricezione delle offerte*), bisogna ricordare che la caratteristica di questo sistema di contrattazione è, che l'obbligazione dell'appaltatore consiste esclusivamente nell'esecuzione dei lavori; a differenza dell'appalto integrato, in cui vi sono due obbligazioni: progettare ed eseguire.

L'appalto-concorso è stato sempre circondato da diffidenza, e ciò per due motivi: è costoso, perché i progetti non vincitori sono una spesa inutile; è discrezionale nella scelta.

Tuttavia, occorre considerare che, se la Pubblica Amministrazione dispone di un progetto definitivo, la spesa di tutta l'operazione si riduce, perché il costo del progetto esecutivo diminuisce in funzione del livello di progettazione messo in gara dalla Pubblica Amministrazione.

Quanto alla discrezionalità, essa non è maggiore, rispetto all'appalto integrato.

In conclusione, ricorrendo all'appalto-concorso, le Pubbliche Amministrazioni possono ovviare al blocco delle gare, nel caso che dispongano di progetti definitivi o preliminari.



Istituto Grandi Infrastrutture

## **APPALTI e CONCESSIONI**

### **Parlamento**

Un codicillo. L'art. 253, comma 1-quinquies, che ha sospeso l'appalto integrato, ha erroneamente sospeso anche la lett. a) del comma 2 dell'art. 253. Questo potrebbe condurre ad un blocco di tutti i lavori pubblici, anche di quelli dotati di progetto esecutivo, che si appaltano al massimo ribasso.

### **PRELAZIONE**

Per quanto riguarda la prelazione, l'impressione è che l'operazione abrogativa sia stata causata più da fretta che da un'effettiva esigenza di conformarci all'Europa. Per non dire che, se la finalità era quella di aderire alle richieste comunitarie, si sarebbe dovuto eliminare dall'ordinamento lo stesso istituto del promotore.

Ma, andiamo con ordine, e partiamo dalla procedura di infrazione che la Commissione avviò, quando non era stata ancora approvata la legge 18 aprile 2005, n. 62.

La norma "incriminata" prevedeva che il promotore potesse presentare la propria proposta, una volta approvato il programma. La proposta era, dunque, condizionata esclusivamente al varo del programma.

Successivamente, la legge 166/2002 inserì la pubblicità, stabilendo che, entro 20 giorni dall'approvazione del programma, le Amministrazioni dovevano rendere nota la presenza, nel programma, delle opere finanziabili con capitali privati.

Infine, la legge 62/2005 inserì, in questo contesto, una disposizione in forza della quale l'avviso doveva contenere "*i criteri in base ai quali l'Amministrazione procedere alla valutazione comparativa tra le diverse proposte*". In più, l'avviso doveva rendere nota la titolarità in capo al promotore, del diritto di prelazione.

Questa ultima modifica è, però, intervenuta dopo che la Commissione aveva presentato ricorso, alla Corte di Giustizia.

Quali sono le censure mosse della Commissione?



Istituto Grandi Infrastrutture

## **APPALTI e CONCESSIONI**

### **Parlamento**

La prima è, che il promotore gode del vantaggio di partecipare alla procedura negoziata, in maniera autonoma, a prescindere da ogni comparazione fra la sua offerta e quella dei partecipanti alla gara per la scelta dei due competitori.

La seconda è, che l'attribuzione al promotore del diritto di prelazione è, contraria al diritto comunitario.

Sulla base di queste due censure, l'adeguamento del legislatore nazionale, che ha cancellato dall'ordinamento soltanto la prelazione, è parziale e rischia di non evitare la condanna della Corte. Per non dire che il giudice europeo non può tenere, in quanto giudica sulla base della situazione prospettata dal ricorrente non tiene conto dei mutamenti (legislativi) successivi alla proposizione del ricorso (*"68. La Corte non può tenere conto dei mutamenti successivi"*), dovendo pronunciarsi sulla base della situazione legislativa prospettata denunciata dalla Commissione.

Quindi, avere eliminato la prelazione non salverà l'Italia dalla condanna.

Rispetto alle censure della Commissione, la posizione dell'avvocato generale si colloca in una prospettiva per certi aspetti diversa. Dopo aver ricordato i contenuti delle due censure, l'avvocato generale così si esprime: *"Tuttavia, non è previsto (nella legge 109 modificata dalla legge 166) che il bando iniziale includa obbligatoriamente tali informazioni; d'altra parte, poiché la pubblicazione del bando è stata resa obbligatoria soltanto a partire dal 18 agosto 2002, data di entrata in vigore della legge 166/2002, le procedure avviate prima di tale data sfociano nell'adozione di decisioni contrarie ai precetti generali del diritto comunitario"*.

La conclusione dell'avvocato generale è che: *"In via di principio, entrambe le censure appaiono fondate. La prima, in quanto, come spiega la Commissione, la legislazione nazionale controversa attribuisce, al promotore degli interventi, alcuni vantaggi che gli altri soggetti interessati IGNORANO e non possono neutralizzare .... (....)...."*.

*"Inoltre, la ricorrente (cioè la Commissione) cita ad esempio alcuni casi in cui il bando non reca menzione dei detti privilegi né fissa criteri oggettivi di selezione"*.

*"La seconda censura risulta fondata per il carattere tardivo di una regolarizzazione a posteriori di una situazione illegittima"*.



Istituto Grandi Infrastrutture

## **APPALTI e CONCESSIONI**

### **Parlamento**

Dalle conclusioni dell'avvocato generale emerge:

- che la decisione della Corte non terrà conto delle norme introdotte successivamente alla proposizione del ricorso della Concessione;
- che, sulla base della legislazione censurata dalla Commissione, gli altri soggetti interessati IGNORAVANO i vantaggi concessi al promotore e che, per tale motivo, gli "altri" soggetti non potevano neutralizzare tali vantaggi;
- che la situazione denunciata aveva manifestato i suoi effetti negativi *"in alcuni casi in cui il bando non reca menzione dei detti privilegi né fissa criteri oggettivi di selezione"*.

A questo punto, non è inutile ricordare che la (successiva) legge 62/2005 ha profondamente modificato l'assetto normativo censurato dalla Commissione, perché ha stabilito che *"L'avviso indicativo deve contenere i criteri, nell'ambito di quelli indicati dall'art. 37-ter (oggi, 153) ..... (.)....."*. *"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) (cioè, ai due competitori), ove lo stesso intenda adeguare il proprio progetto alle offerte economicamente più vantaggiose presentate dai predetti soggetti offerenti."*

Come si è ricordato, le modifiche recate dalla legge 62/2005 sono però irrilevanti ai fini della decisione della Corte di Giustizia, la quale terrà conto soltanto della situazione normativa ante legge 62.

Sulla base di quanto precede, non si capisce la decisione del legislatore italiano di cancellare la prelazione. Se l'avesse lasciata nell'ordinamento, la posizione dell'Italia non sarebbe per ciò stesso peggiorata, perché le norme in discussione erano quelle anteriori.

Per quanto riguarda il nuovo assetto normativo, ex lege 62/2005, probabilmente non vi sarebbe stata una nuova procedura di infrazione e, comunque, anche se fosse stata avviata, si poteva, in quell'occasione, rimediare con una legge correttiva.

Comunque sia, un dato è certo ed è, che con l'eliminazione della prelazione, lo strumento del promotore ha perduto, per le imprese, gran parte del suo interesse.



Istituto Grandi Infrastrutture

## **APPALTI e CONCESSIONI**

### **Parlamento**

Tuttavia, un rimedio potrebbe rinvenirsi imboccando un'altra strada.

Siccome il decreto correttivo (D.Lg. 113/2007) si è limitato a cancellare la prelazione, ma non ne ha vietato esplicitamente l'utilizzo e che, anzi, l'art. 2 attribuisce al Codice civile una funzione suppletiva, nel caso di silenzio del legislatore, potrebbe non apparire illegittimo se una Pubblica Amministrazione prevedesse il diritto di prelazione nell'avviso indicativo, tenuto conto che, le censure comunitarie sono tutte rivolte al fatto, che gli "altri" concorrenti "ignorano" l'esistenza di questo vantaggio.

Se l'avviso (come peraltro già avveniva) ne fa esplicita menzione, non vi è alcun vantaggio anticoncorrenziale, perché chiunque voglia approfittarne, può proporsi come promotore.

Va infine rilevato che, sia la CEE sia il nostro legislatore hanno affrontato il problema senza percepire appieno i termini esatti della procedura.

Quando l'avvocato generale afferma che la violazione addebitataci "*potrebbe essere evitata qualora tutti i partecipanti venissero messi a conoscenza dei detti privilegi e dei criteri di valutazione*", fa un'affermazione che, anche alla luce della passata legislazione, non era esatta, visto che tutte le imprese sul mercato erano edotte (perché la legge era nota) di tali vantaggi.

Quando, a sua volta, il legislatore italiano della 62/2005 stabilisce "*ove lo stesso intenda adeguare il proprio progetto alle offerte economicamente più vantaggiose presentate dai predetti soggetti offerenti*", afferma una cosa sbagliata, perché la prelazione "scatta" con riferimento alle offerte che i competitori faranno nella procedura negoziata, e non rispetto a quelle presentate nella gara per la scelta dei due competitori.

Né la CEE né il nostro legislatore si sono resi conto che sia l'offerta del promotore (la prima, quella che gli consente di acquisire il titolo di promotore), sia quella dei due competitori, non sono proposte che conducono all'aggiudicazione, trattandosi di offerte che permettono soltanto di accedere alle fasi ulteriori del procedimento.

Quel che conta è la fase negoziata.



Istituto Grandi Infrastrutture

## *APPALTI e CONCESSIONI*

### *Parlamento*

La prelazione è il premio all'intraprendenza di chi investe nell'operazione, il quale corre il rischio di spianare la strada ad altra impresa, che faccia un'offerta tale da scoraggiare l'esercizio del diritto di prelazione.

(FT)