

Project financing e diritto di prelazione: anche l'Avcp condivide la tesi sostenuta da Ance

26 Ottobre 2007

Con l'allegata determinazione n. 8 dell'11 ottobre 2007 l'Autorità per la vigilanza conferma il parere espresso dal Ministero delle infrastrutture, che accoglieva pienamente la tesi sostenuta da Ance, Agi, Ancpl ed Oice sull'applicabilità della disposizione del D. Lgs. n. 113/2007 (secondo decreto correttivo al Codice dei contratti pubblici di cui al D. Lgs. n. 163/2006), che sopprime il diritto di prelazione in favore del promotore di opere realizzate in project financing (**cfr. News Ance n. 4643/2007**).

Secondo l'Autorità, il previgente assetto normativo contemplante il diritto di prelazione continua ad essere applicato alle procedure, i cui avvisi indicativi, contenenti espressamente la previsione di tale diritto, siano stati pubblicati anteriormente all'entrata in vigore del decreto n. 113 (1° agosto 2007).

L'Autorità - da sempre particolarmente attenta all'istituto del project financing ed alla sua importanza anche dal punto di vista economico - con numerose deliberazioni e determinazioni ha accompagnato, di volta in volta ed anche in questa occasione con la determinazione in esame, le varie modifiche ed adattamenti apportati nel tempo alla legge n. 109/1994 dalle successive leggi n. 415 del 1998, n. 166 del 2002, n. 62 del 2005.

Quest'ultima legge, la n. 62, a seguito dell'avvio di una procedura di infrazione da parte della Commissione Europea, ha profondamente modificato l'assetto normativo, stabilendo che l'avviso doveva rendere nota la titolarità del diritto di prelazione in capo al promotore: infatti: *"...l'avviso indicativo deve contenere i criteri, nell'ambito di quelli indicati dall'art. 37-ter ...(.)..."* e *"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."*

Il Codice ha riproposto, quindi, le disposizioni contenute nella legge n. 109/94, come modificata da ultimo dalla legge n. 62/2005.

Il decreto n. 113, all'articolo 1, comma 1, lettere r) ed s), come è noto, modifica la disciplina del project financing contenuta nel Codice stabilendo, tra l'altro, la soppressione del diritto di prelazione già riconosciuto in favore del promotore, ma non prevede, tuttavia, una disciplina transitoria per le procedure avviate prima della sua entrata in vigore, i cui avvisi dovevano contenere anche l'indicazione del diritto di prelazione del promotore.

Si è reso, pertanto, necessario individuare a quale momento della procedura debba farsi riferimento, ai fini dell'applicazione della nuova disciplina introdotta dal decreto n. 113. D'altra parte il Legislatore, relativamente all'applicazione della disciplina contemplata dal Codice, ha stabilito che *"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..."*. (articolo 253, comma 1).

Il decreto n. 113, al comma 1, lettere r) e s), ha 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 dell'avviso stesso (art. 153, comma 1). Gli avvisi indicativi pubblicati prima del 1° agosto 2007 - data di entrata in vigore della soppressione del diritto di prelazione - contenevano ancora l'indicazione di tale diritto. Atteso che la presentazione delle proposte era fissata dalla precedente norma entro il 30 giugno di ogni anno, ne discende che le stesse sono state avanzate tenendo conto di tale privilegio per il promotore.

In conclusione, con riferimento al diritto di prelazione, l'avviso è il momento in cui prende avvio la procedura di selezione del contraente dovendo riportare, tra l'altro, il codice di identificazione del procedimento (CIG), anche al fine del successivo pagamento del contributo a favore dell'Autorità per la vigilanza. La data di pubblicazione dell'avviso di cui all'articolo 153 del Codice, quale atto che segna l'avvio della procedura di project financing, indica quindi il confine temporale di applicazione tra la vecchia disciplina e quella nuova del decreto n. 113.

L'Autorità ritiene, pertanto, che:

- **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.**

2691-Determinazione n. 8 dell'11 ottobre 2007.pdf [Apri](#)