

# **REPUBBLICA ITALIANA**

## **IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta ha pronunciato la seguente

### **DECISIONE**

sul ricorso in appello n. 5952/2004 del 22/06/2004, proposto dalla SEPEM S.R.L. (GIA' DITTA INDIVIDUALE SEPEM), in persona del l.r.p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Luigi Rispoli con domicilio eletto in Roma Piazza Capo di Ferro 13 presso la Segreteria della V Sezione CDS

contro

- il COMUNE di ARZANO non costituitosi; ALFANO EMILIO S.P.A., in persona del l.r.p.t., rappresentata e difesa dall'avv.

Enrico Soprano avv. Maria Grazia Ingrosso con domicilio eletto in Roma via degli Avignonesi, 5 presso Enrico Soprano SOLE

“SOCIETA' LUCE ELETTRICA” SPA - GRUPPO ENEL, in

persona del l.r.p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Lucio Anelli e presso lo stesso elettivamente domiciliato in Roma via della

Scrofa n. 47,

### **per la riforma**

della sentenza del TAR CAMPANIA - NAPOLI: Sezione I n.

8559/2004, resa tra le parti, concernente AGGIUDICAZIONE

CONCESSIONE PROGETTO PER GESTIONE IMPIANTI DI

PUBBLICA ILLUMINAZIONE;

e sul ricorso in appello n. 5953/2004 del 22/06/2004, proposto

dal COMUNE di ARZANO rappresentato e difeso dall'avv.

Adriano Vitucci con domicilio eletto in Roma Corso Vittorio

Emanuele II n. 284 presso lo studio dell'avv. Domenico

Gaudiello

**contro**

EMILIO ALFANO S.P.A.; in persona del l.r.p.t., rappresentata e

difesa dagli avv.ti Enrico Soprano, Maria Grazia Ingrosso con

domicilio eletto in Roma, via degli Avignonesi, 5 presso l'avv.

Enrico Soprano

-“Societa’ Luce Elettrica” S.P.A.-

- SOLE GRUPPO ENEL, in persona del l.r.p.t., rappresentata e

difesa dall'avv. Lucio Anelli e presso lo stesso elettivamente:

domiciliato in Roma via della Scrofa n. 47

**e nei confronti della**

DITTA SEPEM non costituitasi;

**per la riforma**

della sentenza del TAR CAMPANIA - NAPOLI: Sezione I n.

8559/2004, resa tra le parti, concernente MANUTENZIONE

DELLA RETE DI ILLUMINAZIONE;

Visti gli atti di appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio;

Viste le memorie difensive;

Viste le ordinanze n. 3900 e 3901 del 31 agosto 2004;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto l'art. 23 bis, comma sesto, della legge 6 dicembre 1971,

n.1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n. 205;

Visto il dispositivo di decisione n. 175/05;

Alla pubblica udienza del 18 Marzo 2005, relatore il Cons.

Nicola Russo ed udito, altresì, l'Avv.ti Minervini su delega dell'avvocato Rispoli, e Anelli su delega dell'av. Soprano;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

### **F A T T O**

La ditta SEPEM in data 28 giugno 2001 presentava al Comune di Arzano una proposta di progetto di risparmio energetico, gestione e manutenzione e monitoraggio degli impianti di pubblica illuminazione e ampliamento degli stessi ai sensi degli artt. 37 *bis* e ss. della legge n. 109/1994.

Approvata la proposta, il Comune di Arzano, con determina dirigenziale n. 137 del 24 aprile 2002 e bando pubblicato il 10 maggio 2002, indiceva una licitazione privata per la individuazione dei due partecipanti da ammettere alla successiva fase della procedura negoziata.

Presentavano offerta due concorrenti: la BETS s.r.l e la costituenda ATI SOLE Gruppo ENEL (mandante)-Emilio ALFANO s.p.a.. Detta ATI, unicamente ammessa, dopo l'esame favorevole da parte della Commissione di gara dell'offerta economica e degli elaborati progettuali presentati, era anche ammessa alla successiva fase della procedura negoziata risultando aggiudicataria con determinazione n. 365 del 17 settembre 2003 del Comune.

La ditta SEPEM con nota protocollata al n. 29030 del 22 settembre 2003 chiedeva, ex art. 37 *ter* della legge n. 109/94, modificato dalla legge n. 166/2002, l'affidamento della concessione già affidata alla ATI SOLE-ALFANO, dichiarandosi disponibile ad adeguare la propria proposta a quella che l'Amministrazione aveva giudicato più conveniente.

Il Comune di Arzano con provvedimento dirigenziale n. 398 del 22 ottobre 2003 accoglieva l'anzidetta richiesta revocando la precedente determinazione n. 365 di aggiudicazione alla predetta ATI e disponendo l'aggiudicazione della concessione al promotore (ditta SEPEM).

Contro tale provvedimento insorgevano autonomamente e separatamente con due ricorsi dinanzi al T.A.R. Campania, sede di Napoli, le due ditte componenti della predetta ATI e, cioè, la ditta "Emilio Alfano" (ric. n. 12191/03) e la ditta SOLE (ric. n. 12732/03), contestando entrambe la legittimità del provvedimento e deducendo rispettivamente tre e due motivi articolati e complessi.

Il Comune di Arzano costituito in entrambi i giudizi contestava con dovizia di argomenti la fondatezza di ambedue i gravami, di cui chiedeva il rigetto.

La ditta SEPEM, controinteressata, si costituì soltanto nel giudizio introdotto col ricorso n. 12191/03 ed eccepiva in rito la inammissibilità del gravame, sostenendone nel merito la infondatezza.

Il T.A.R. adito, riuniti i due ricorsi perche', diretti entrambi all'annullamento dello stesso provvedimento, sollevavano la medesima questione, li decideva con un'unica sentenza, n. 8559/2004 dell'11 maggio 2004, con la quale, preliminarmente disattesa l'eccezione di inammissibilita' formulata dalla ditta controinteressata, li accoglieva, annullando la determinazione dirigenziale di affidamento della concessione alla SEPEM e compensando le spese di lite.

Avverso tale sentenza, notificata in data 19 maggio 2004, sia la Ditta SEPEM che il Comune di Arzano hanno proposto appello dinanzi a questo Consiglio di Stato, con ricorsi notificati il 16 giugno e depositati il 22 giugno 2004, deducendone l'erroneita' e l'ingiustizia e chiedendone l'annullamento e/o la riforma, previa sospensione dell'efficacia, sotto cinque profili di censura.

Resistono agli appelli sia l'Enel So.le. s.r.l., che la "Emilio Alfano" s.p.a., eccependone l'infondatezza nel merito e chiedendone il rigetto, con vittoria delle spese, competenze ed onorari di giudizio. La "Emilio Alfano" s.p.a. ha anche proposto appello incidentale, con atto notificato il 9 luglio e depositato il 16 luglio 2004, riproponendo profili di censura sollevati nel primo grado di giudizio.

Con ordinanze nn. 3900 e 3901 del 31 agosto 2004, questa Sezione ha respinto le istanze cautelari di sospensione dell'efficacia della sentenza di accoglimento impugnata.

In vista dell'udienza di discussione le parti hanno depositato

memorie illustrative, insistendo per l'accoglimento delle conclusioni già rassegnate.

Alla pubblica udienza del 18 marzo 2005 la causa è stata assunta in decisione.

Il dispositivo della decisione è stato pubblicato in data 21 marzo 2005.

## **DIRITTO**

Occorre preliminarmente procedere alla riunione degli appelli in epigrafe, ai sensi dell'art. 335 c.p.c., in quanto rivolti avverso la medesima sentenza.

Con il primo motivo di appello la SEPEM e il Comune di Arzano hanno eccepito l'omessa applicazione alla procedura *de qua* dell'art. art. 37 *ter* della legge n. 109/1994, nel testo introdotto dalla legge n. 166/2002, entrata in vigore il 18 agosto 2003, con cui si è previsto il riconoscimento di un diritto di prelazione in favore del promotore.

A sostegno di tale assunto gli appellanti affermano che lo *jus superveniens* avrebbe dovuto essere applicato, vuoi, perché il project financing era ancora in corso al momento dell'entrata in vigore della legge n. 166/02 (non era ancora conclusa la fase della licitazione privata), vuoi, perché il momento determinante ai fini dell'applicabilità della normativa sopravvenuta andava individuato alla data di inoltro della lettera di invito finalizzata all'esperimento della procedura negoziata, ultima e conclusiva

fase del procedimento di affidamento della concessione mediante finanza di progetto.

Per meglio comprendere la suddetta censura appare opportuno ricostruire brevemente il quadro normativo.

L'art. 7, comma 1° lett. b) della L. 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. 37 ter si e' aggiunto il seguente comma: "nella procedura negoziata di cui all'articolo 37- *quater* il promotore potra' adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'amministrazione piu' conveniente. In questo caso, il promotore risultera' aggiudicatario della concessione".

Con tale disposizione e' stato riconosciuto il diritto di prelazione in favore del soggetto promotore, consistente nella facolta' di quest'ultimo di adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'Amministrazione piu' conveniente e rendersi pertanto affidatario del servizio. Tale facolta' puo' essere esercitata dal promotore solo al termine della procedura negoziata, quando cioe' la Commissione ha aggiudicato provvisoriamente la gara ad un altro concorrente.

Orbene, detta normativa - come correttamente rilevato dal TAR - e' entrata in vigore successivamente alla pubblicazione del bando della procedura del *project financing* e, pertanto, non puo' trovare applicazione al caso di specie.

A tale conclusione il TAR Campania e' giunto dopo una disamina attenta e rigorosa dell'istituto del *project financing* e delle implicazioni derivanti dall'utilizzo nella procedura *de qua* della novella della legge n. 166/2002.

Tale problema, secondo i primi giudici, deve essere risolto da un piu' ristretto angolo visuale con riferimento cioe' all'incidenza della normativa sopravvenuta nella dinamica del procedimento amministrativo ed anzi dello specifico procedimento che si apre con bando di gara pubblica.

Ed infatti, dopo questa logica premessa, il TAR ha concluso 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 e' stata formulata l'offerta.

Inoltre, il TAR afferma che questo 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.

Tale ragionamento, a ben vedere, oltre che corretto sul piano logico-giuridico, appare del tutto in linea con quanto affermato dagli Organi della Comunita' europea nel parere motivato del 15 ottobre 2003 indirizzato alla Repubblica Italiana in forza dell'art. 226 del Trattato CEE, riguardo al diritto di prelazione introdotto dalla legge n. 166/02. All'esito del citato parere la Comunita' Europea ha aperto una procedura di infrazione ai danni dello



Stato Italiano facendo presente che il diritto di prelazione introdotto dalla legge n. 166/02 viola il principio di parità di trattamento, vuoi perché consente al promotore di aggiudicarsi la concessione mediante il semplice adeguamento dell'offerta a quella del concorrente risultato vittorioso, vuoi perché la disciplina del *project financing*, pur disponendo la pubblicazione in G.U.C.E. di un avviso indicativo volto a far conoscere l'esistenza di interventi realizzabili mediante l'istituto della finanza di progetto, non prevede in alcun modo che detto avviso renda noti i vantaggi di cui beneficia il promotore nella successiva fase della procedura negoziata.

Solo una siffatta pubblicità farebbe, infatti, conoscere a tutti i soggetti potenzialmente interessati di valutare, disponendo di tutte le necessarie informazioni, la convenienza, soprattutto in termini economici, della presentazione di un eventuale proposta ovvero della mera partecipazione alla seconda fase della procedura negoziata.

Tali ineccepibili osservazioni della Comunità europea debbono essere poi integrate con i principi, ormai consolidati, della giurisprudenza amministrativa italiana, secondo cui in sede di gara indetta per l'aggiudicazione di un contratto, la Pubblica amministrazione è tenuta ad applicare le regole fissate nel bando, atteso che questo, unitamente alla lettera d'invito, costituisce la *lex specialis* della procedura ad evidenza pubblica,

che non può essere disapplicata nel corso del procedimento, neppure nel caso in cui talune delle regole in essa contenute risultino non più conformi allo *jus superveniens*, salvo naturalmente l'esercizio del potere di autotutela (cfr. Cons. St., Sez. IV, 18 ottobre 2002, n. 5714; Cons. St., Sez. V, 22 aprile 2002, n. 2197; Cons. St., Sez. V, 3 settembre 1998, n. 591; Cons. St., Sez. V, 11 luglio 1998, n. 224).

Tale soluzione è giustificata in base al rilievo per cui il bando è atto a carattere normativo, *lex specialis* della procedura, rispetto alla quale l'eventuale *jus superveniens* di abrogazione o di modifica di clausole non ha effetti innovatori (cfr. C.G.A., 3 novembre 1999, n. 576).

Dall'applicazione di siffatti principi al caso di specie consegue la correttezza delle statuizioni del TAR Campania.

Ed infatti, il bando della procedura del *project financing* risulta pubblicato il 10 maggio 2002, ovvero prima dell'entrata in vigore della legge n. 166/02 (che ha introdotto il nuovo testo dell'art. 37 *ter* della legge n. 109/94), avvenuta il 18 agosto 2002.

Cio' significa che il momento da tener presente per l'eventuale applicazione della normativa sopravvenuta è solo quello della pubblicazione del bando: ragion per cui, poiché la *lex specialis* è stata pubblicata ben tre mesi prima dell'entrata in vigore della legge n. 166/02 e senza che nel bando

venisse menzionata la sussistenza del diritto di prelazione in favore del promotore la sentenza qui impugnata e' immune dai vizi sollevati.

Il fatto che la legge n. 166/02, entrata in vigore dopo la pubblicazione del bando di gara, fosse comunque vigente durante la procedura negoziata non comporta come sostenuto dagli appellanti l'applicabilita' dello *jus superveniens*.

Va, infatti, rilevato il carattere unitario della procedura di gara per l'affidamento della concessione, sebbene articolata in due distinte fasi, delle quali la seconda, quella negoziata, costituisce un subprocedimento della 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 e' il bando pubblicato per l'intera procedura;
- b) il 1° comma dell'art. 37 *quater* prevede che l'aggiudicazione della gara avvenga al termine della procedura negoziata; solo in caso di mancata presentazione di offerte il 2° comma prevede l'affidamento del servizio al promotore (la proposta e' 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 e'

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 del servizio.

d) i requisiti di partecipazione delle due ditte 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.

Risulta, dunque, fugato ogni dubbio circa la infondatezza della tesi sostenuta dagli appellanti, atteso l'inscindibile collegamento procedimentale delle due fasi del *project financing*.

Giova, del resto, rilevare che sulla questione e' intervenuta la determinazione dell'Autorita' per la Vigilanza sui Lavori pubblici n. 27 del 16 gennaio 2002, che ha chiarito l'ambito applicativo delle novita' introdotte dalla legge n. 166/02.

Con riferimento alla fattispecie *de qua* l'Autorita' si' e', infatti, pronunciata nel senso che, qualora alla data del 18 agosto 2002 sia stato gia' pubblicato il bando per lo svolgimento della gara diretta alla individuazione dei due migliori offerenti da ammettere alla successiva procedura negoziata con il promotore, a quest'ultimo non potra' essere riconosciuto, in sede appunto di procedura negoziata, il diritto di prelazione.

Nel caso di specie, come si e' visto, il bando e' stato pubblicato anteriormente al 18 agosto 2002 e, precisamente, il 10 maggio

2002; alla luce di tale principio, la normativa applicabile era solo quella esistente al momento della pubblicazione del bando, senza il riconoscimento del diritto di prelazione in capo al *promoter*.

Alle predette conclusioni l'Authorita' di vigilanza e' giunta dopo aver premesso che la legge n. 166/02 non prevede alcuna disciplina transitoria, per cui il problema interpretativo riguardante la vigenza temporale della nuova legge va risolto sia sulla base del criterio intertemporale comunemente indicato dalla giurisprudenza (cfr. Cons. St., Sez. V, 22 settembre 2001, n. 4989; Cons. St., Sez. V, 14 aprile 2000, n. 2237; Cons. St., Sez. V, 11 maggio 1998, n. 224), nel senso di considerare vincolanti gli atti di gara in quanto *lex specialis* ancorche' non coerenti con le novita' legislative intervenute dopo la loro emanazione (con la conseguenza di assoggettare il procedimento alla disciplina vigente all'epoca di pubblicazione del bando, considerando irrilevanti tutte le modifiche intervenute successivamente a tale data), sia di quello seguito in via interpretativa in occasione dell'entrata in vigore della c.d. Merloni-*ter* (Legge 18 novembre 1998, n. 415 e Circolare Ministero dei LL.PP. n. 2100/UL del 22 dicembre 1999), secondo cui le innovazioni normative intervenute dovevano 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).

A nulla rileva, in proposito, quanto affermato dagli appellanti, e, cioè', che l'art. 37 *bis* della L. n. 109/94 già contemplava l'obbligo per la stazione appaltante di inserire, negli strumenti di programmazione triennale in materia di lavori pubblici formalmente approvati ai sensi dell'art. 14, 2° comma, della legge, il ricorso alla modalità di affidamento della concessione mediante finanza di progetto, "così imponendo, comunque, l'adozione di forme di pubblicità tali da assicurare la massima concorrenzialità e la massima trasparenza nella presentazione delle proposte", in quanto ciò che si contesta non è l'avvenuta previsione nella programmazione triennale della volontà di avvalersi dell'istituto del *project financing*, ma l'omesso inserimento nel bando *de quo* di una clausola che preveda espressamente il riconoscimento in capo al promotore del relativo diritto di prelazione.

Con il secondo motivo d'appello la SEPTEM e il Comune censurano la sentenza impugnata ritenendo inconfidente il richiamo da essa disposto all'art. 232, comma 3, del d.P.R. 554/99, Regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici, che espressamente prevede l'applicabilità delle proprie norme, che attengono alle modalità di svolgimento delle procedure di gara per l'aggiudicazione dei lavori o servizi, ai bandi pubblicati successivamente alla loro entrata in vigore, in

quanto tale norma non sarebbe suscettibile di interpretazione analogica.

Al riguardo, occorre precisare che il Comune di Arzano, in coerenza con la *ratio* del *project financing*, non ha pubblicato alcun bando per la fase della procedura negoziata proprio perché, come si è detto, è unico il bando da pubblicarsi (per la partecipazione alla seconda fase vengono semplicemente inviate le lettere di invito ai concorrenti risultati vincitori della prima fase della licitazione privata ed al promotore).

Orbene, poiché - come già detto - l'unico bando è stato pubblicato prima dell'entrata in vigore della legge n. 166/02, la censura è infondata e deve essere respinta.

Infondato è anche il terzo motivo di appello.

Secondo gli appellanti il TAR Campania avrebbe erroneamente interpretato la procedura del *project financing* e, conseguentemente, avrebbe errato anche nell'applicare il principio *tempus regit actum*.

L'assunto è privo di pregio.

In tema di procedure ad evidenza pubblica, vale, invero, il principio di tutela dell'affidamento dei concorrenti, per cui le gare devono essere svolte in base alla normativa vigente alla data di emanazione del bando, ossia al momento di indizione della relativa procedura.

Nella specie, non vi è dubbio che le fasi della licitazione privata

e della procedura negoziata non siano autonome tra loro, ma strettamente interconnesse.

La procedura negoziata, infatti, rappresenta una fase solo eventuale (un subprocedimento) del *project financing*, che verrebbe attivata nella sola ipotesi in cui siano state presentate altre offerte e vi sia almeno un vincitore della licitazione privata (prima fase).

E, infatti, in caso di assenza di offerte il legislatore ha espressamente previsto al 2° comma dell'art. 37 *quater* L. 109/94, che l'affidamento del servizio avvenga in favore del promotore sulla base delle condizioni stabilite nel progetto preliminare.

Cio' significa che, contrariamente a quanto asseriscono gli appellanti, le fasi della procedura non sono affatto autonome tra loro: da cio' consegue l'inapplicabilita' dello *jus superveniens*.

Del pari privo di fondamento e' il quarto motivo di appello, con cui viene censurata la motivazione della sentenza impugnata nella parte in cui afferma la necessita' di inserire nel bando la previsione del diritto di prelazione del promotore.

A sostegno di tale motivo gli appellanti affermano che non si compenderebbero le ragioni per cui tale previsione debba essere contemplata in una sequenza procedimentale cui il promotore, aspirante concessionario, nemmeno partecipa, concludendo poi nel senso che le eventuali innovazioni legislative dovrebbero ritenersi inserite nel bando automaticamente, ai sensi degli artt.



1339 e 1419 c.c.

Ora, a prescindere dal fatto che nella specie la clausola contenente la previsione del diritto di prelazione in favore del promotore non e' contenuta nel bando iniziale, ne' tantomeno nell'invito a partecipare alla fase della procedura negoziata, occorre sottolineare, in ogni caso, che l'inserzione di tale previsione nel bando non e' certo rivolta a garantire il promotore, ma solamente gli altri partecipanti alla gara, i quali, ove resi edotti di tale facolta', potrebbero ritenere non conveniente la partecipazione alla gara.

Del tutto inconferente appare, poi, il richiamo agli artt. 1339 e 1419 c.c a sostegno della tesi dell'inserzione automatica nel bando dell'art. 37 *ter* L. 109/94, modificato dalla L. 166/02.

Sul punto e' 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 negoziale 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 sara'

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*).

Questo Consiglio (cfr. Cons. St., Sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35) ha, del resto, di recente affermato che nei riguardi del regolamento di gara, in definitiva, non risulta applicabile il principio dell'inserzione automatica di clausole imposte dalla legge, in quanto quest'ultima è giustificata solo dall'esigenza, inconfigurabile nella fase procedimentale di scelta del contraente della pubblica amministrazione, di prevedere un meccanismo che garantisca l'applicazione ai contratti già stipulati delle norme inderogabili che impongono il contenuto delle obbligazioni e dei diritti nascenti dall'accordo e la contestuale conservazione della validità e dell'efficacia di quest'ultimo.

Infine, gli appellanti, con il quinto motivo sollevano, quale ultima censura, quella di perplessità ed erroneità della motivazione per aver richiamato il parere del 15 ottobre 2003 reso dalla Commissione Europea in sede di procedura di infrazione, affermando, al contrario, che esso dimostrerebbe l'immediata applicabilità della nuova normativa ai procedimenti in corso.

Anche tale assunto appare privo di fondamento.

Al riguardo, giova riassumere, sia pure per brevi cenni, quanto finora detto.

Alla stregua di una lettura combinata e di una interpretazione sistematica delle novità in materia di *project financing* introdotte dalla legge n. 166/2002, la disciplina applicabile alla procedura per l'affidamento di una concessione con il sistema della finanza di progetto, qualora questa sia stata avviata sotto la vigenza della legge n. 109/1994 *ante* riforma della legge n. 166/2002, e' inconfutabilmente quella vigente al momento della presentazione della proposta.

Sul punto, e' d'uopo ricordare che il mutamento normativo in parola e' costituito dalla legge 1 agosto 2002 n. 166 pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 18 del 3 agosto 2002 ed entrata in vigore il 18 agosto successivo, e precisamente dall'art. 7 di tale legge che ha contemporaneamente, per quanto rileva in questa sede:

- introdotto il comma 2 bis dell'art. 37 *bis* della legge 109/1994;
- novellato l'art. 37 *ter* della legge 109/1994.

In particolare, il comma 2 bis dell'art. 37 bis citato prevede che "entro venti giorni dalla avvenuta redazione dei programmi di cui al comma 1 (la programmazione triennale di cui all'articolo 14, comma 2, ovvero gli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice), le

amministrazioni aggiudicatrici rendono pubblica la presenza negli stessi programmi di interventi realizzabili con capitali privati, in quanto suscettibili di gestione economica, pubblicando un avviso indicativo con le modalita' di cui all'articolo 80 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554, mediante affissione presso la propria sede per almeno sessanta giorni consecutivi, nonche' pubblicando lo stesso avviso, a decorrere dalla sua istituzione, sul sito informatico individuato con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri ai sensi dell'art. 24 della legge 24 novembre 2000, n. 340 e, ove istituito, sul proprio sito informatico. L'avviso e' trasmesso all'Osservatorio dei lavori pubblici che ne da' pubblicita'. Fermi tali obblighi di pubblicazione, le amministrazioni aggiudicatrici hanno facolta' di pubblicare lo stesso avviso facendo ricorso a differenti modalita', nel rispetto dei principi di cui all'articolo 1, comma 1, della presente legge". Tale previsione normativa ha introdotto una rilevante novita' nell'ambito della procedura per l'affidamento di una concessione con il sistema della finanza di progetto, in quanto, al fine di consentire potenzialmente la massima partecipazione a tutti i soggetti interessati gia' nella fase iniziale della presentazione delle proposte da sottoporre al vaglio dell'Amministrazione aggiudicatrice, ha imposto alle medesime amministrazioni di dare idonea pubblicita' circa la presenza nella programmazione triennale e negli altri atti di programmazione approvati, di

interventi realizzabili con capitali privati.

In altri termini, mentre prima della riforma, l'obbligo da parte della stazione appaltante di garantire conformemente agli imprescindibili principi della concorrenza e della *par condicio* la massima partecipazione delle imprese interessate poteva ritenersi assolto con la pubblicazione del bando della gara - da svolgersi secondo il criterio dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa *ex art. 21, comma 2, lett. b) della legge 109/1994* - per l'individuazione delle due offerte migliori da mandare alla procedura negoziata con quella del promotore, perche' in quel caso il promotore non aveva alcun vantaggio al fine della aggiudicazione della concessione nel confronto competitivo con i vincitori della gara, la riforma in commento, con l'introduzione del comma 2 *bis* del citato articolo 37 *bis*, ha statuito l'anticipazione dell'obbligo di pubblicita', consentendo in tal senso a tutti i soggetti, potenzialmente interessati all'aggiudicazione della concessione, di venire a conoscenza gia' *ab origine* della procedura di *project financing* e di poter, quindi, concorrere alla fase della scelta del promotore, che, invece, ha il diritto di prelazione per l'aggiudicazione finale.

Con la conseguenza di garantire la massima partecipazione non piu' solo alla procedura di gara per l'individuazione dei due soggetti presentatori delle due migliori offerte da mandare alla successiva fase della procedura negoziata, bensì anche alla fase

iniziale della procedura di *project financing* rappresentata, per l'appunto, dalla presentazione di "proposte" da parte dei soggetti interessati e della loro valutazione da parte delle amministrazioni aggiudicatrici al fine di individuare quella di pubblico interesse.

Tale anticipazione dell'obbligo di pubblicità, come detto, si è infatti resa indispensabile per ulteriore novità introdotta dall'art. 7 della legge n. 166/2002 ed afferente alla novella dell'art. 37 *ter* della legge 109/1994.

Invero, il novellato art. 37 *ter* prevede all'ultimo capoverso che "nella procedura negoziata di cui all'art. 37 *quater* il promotore potrà adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'amministrazione più conveniente. In questo caso, il promotore risulterà aggiudicatario della concessione".

La portata innovativa della novella introdotta dalla legge 166/2002 è di notevole importanza, posto che la nuova normativa ha introdotto nella sostanza un vero e proprio "diritto di prelazione" in favore del soggetto Promotore.

Stabilisce, infatti, l'ultima parte del citato articolo 37 *ter* che nella procedura negoziata che si svolge tra il promotore e i due migliori offerenti della precedente gara, quest'ultimo ha il diritto di adeguare la sua proposta a quella giudicata più conveniente dall'amministrazione aggiudicatrice e di rendersi aggiudicatario della concessione per la realizzazione dell'intervento.

Ora, è di palmare evidenza che la nuova versione del citato

articolo 37 ter, attribuendo ai soggetti promotori una situazione di assoluto privilegio rispetto a tutti gli altri soggetti concorrenti, travolge il vecchio regime che garantiva posizioni assolutamente paritarie al soggetto promotore e ai soggetti presentatori delle due migliori offerte all'esito della gara.

Di qui, pertanto, la previsione da parte del legislatore di un contrappeso a tale innovazione, consistente, per l'appunto, nel cennato obbligo di pubblicità non più solo del bando di gara per l'individuazione delle due offerte da mandare a procedura negoziata con il promotore, ma anche dell'avvenuta approvazione di qualsiasi strumento di programmazione contenente interventi realizzabili con capitali privati.

In altre parole, la fase di scelta del soggetto promotore è divenuta un momento decisivo della procedura di *project financing*, in quanto con l'introduzione di un diritto di prelazione per il promotore questi concorre in una posizione potiore e non più paritaria con i soggetti presentatori - all'esito della procedura concorsuale - delle due migliori offerte; posizione che, per essere utilmente conseguita, ad avviso del Collegio, postula, nel rispetto dei principi a tutela della concorrenza e della trasparenza, sanciti dal diritto comunitario e nazionale, l'indizione di una procedura, adeguatamente pubblicizzata, nella quale venga chiaramente indicato il beneficio che attraverso quella specifica procedura può essere conseguito.

Il beneficio del “diritto di prelazione”, ad avviso del Collegio, non puo’, cioe’, in alcun modo essere disgiunto dalla contestuale introduzione operata dalla legge 166/2002 al testo previgente dell’art. 37 *bis* della legge 109/1994, del comma 2 *bis*, che impone alle amministrazioni aggiudicatrici precisi ed imprescindibili obblighi di pubblicita’.

Cio’ in quanto, giova ripeterlo, prima della riforma, la carenza di pubblicita’ degli atti programmatici contenenti interventi con capitali privati non ledeva il principio della tutela della concorrenza, poiche’ qualunque impresa poteva subentrare nella procedura partecipando alla fase piu’ propriamente concorsuale, questa si’ debitamente pubblicizzata, con i medesimi diritti e, quindi, in posizione di assoluta parita’ con il soggetto promotore. Diversamente, con l’introduzione del “diritto di prelazione” in favore del soggetto promotore e, quindi, con la previsione di una diversa e piu’ favorevole posizione riconosciuta a quest’ultimo, e’ divenuto di risolutiva importanza che tutti i potenziali concorrenti abbiano conoscenza, attraverso idonee forme di pubblicita’, degli interventi che le amministrazioni intendono realizzare attraverso l’apporto di capitali privati (*project financing*).

Invero, solo attraverso il rispetto delle forme di pubblicita’ introdotte dalla L. 166/2000 l’Amministrazione aggiudicatrice garantisce effettivamente ai privati, potenzialmente interessati



alla concessione, la possibilita' di presentare proposte da sottoporre al vaglio dell'amministrazione aggiudicatrice e per tale verso concorrere ad essere prescelti come promotori.

Diversamente opinando, e cioe' qualora si ritenesse possibile assegnare il diritto di prelazione pur in mancanza della cennata pubblicita' dei programmi, si finirebbe per offrire, in palese violazione della indicata *ratio legis* nonche' dei generali principi di concorrenza e *par condicio*, una posizione di supremazia al soggetto promotore inconfutabilmente ingiustificata, in quanto non bilanciata da una misura idonea a garantire che tutti i soggetti potenzialmente interessati siano posti in grado, in condizioni di parita', di valutare l'opportunita' di assumere la qualita' 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 166/2002 e' ragionevolmente consentito assegnare, altresì, al promotore il "diritto di prelazione".

Quanto sinora affermato, circa la necessita' di offrire una lettura combinata delle novita' introdotte nel 2002 nella procedura del *project financing* e quindi dell'impossibilita' di estrapolare il diritto di prelazione dalle prodromiche previsioni di pubblicita',

trova, altresì, una decisiva conferma nella citata determinazione del 15 ottobre 2003 resa dalla Commissione Europea.

Sul punto la Commissione Europea ha, appunto, statuito che:

a) attesi gli inconfutabili vantaggi assegnati al promotore, e' necessario che, al fine di non incorrere in una violazione del principio di parità di trattamento, tutti i soggetti potenzialmente interessati devono essere posti, sin dal principio della procedura - e quindi dal momento della individuazione degli interventi suscettibili di proposta *ex art. 37 bis* citato - in condizione di conoscere non solo la possibilità di presentare una proposta ai sensi dell'art. 37 *bis*, ma anche la posizione di vantaggio di cui gode il promotore ai fini dell'attribuzione della concessione e, in particolare, dell'esistenza di un diritto di prelazione nella fase di aggiudicazione della concessione;

b) e' da ritenersi, in ogni caso, in contrasto con il principio di parità di trattamento "il riconoscimento dei suddetti vantaggi in favore del promotore, e segnatamente del diritto di prelazione, alle procedure di scelta del promotore medesimo avviate o concluse prima dell'entrata in vigore della legge n. 166/2002 ... (Cio' in quanto) per tali procedure la pubblicità data ai programmi delle amministrazioni non ha potuto ovviamente menzionare il suddetto vantaggio oggi riconosciuto al promotore".

La tesi affermata dal TAR con la sentenza oggetto del presente

gravame risulta, inoltre, come si e' detto, condivisa anche dall'Autorita' per la Vigilanza sui Lavori Pubblici, la quale, con la determinazione n. 27 del 16 gennaio 2002, chiarendo l'ambito applicativo delle novita' introdotte dalla legge 166/2002, ha ritenuto che "qualora alla data del 18 agosto 2002 sia stato gia' pubblicato il bando per lo svolgimento della gara diretta alla individuazione dei due migliori offerenti da ammettere alla successiva procedura negoziata con il promotore, a quest'ultimo non potra' essere riconosciuto, in sede appunto di procedura negoziata, il diritto di prelazione".

A tale conclusione l'Autorita' giunge sulla base delle considerazioni che ritengono corretto qualificare come "bando" nella procedura di *project financing*, quello pubblicato per la scelta dei soggetti che concorreranno con il promotore nella procedura negoziata.

Cio' in quanto, solo tale atto, secondo l'orientamento dell'Autorita', introduce una vera e propria procedura di gara, stimola la presentazione delle offerte, ed inoltre introduce l'effetto di rendere vincolante come offerta la stessa proposta del promotore - previamente garantita - in caso di mancanza di competitori, effetto sancito dall'art. 37 *quater*, comma 2, della legge quadro.

In ordine, poi, alla possibilita' che il nuovo assetto normativo possa disciplinare, invece, la successiva fase delle procedura

negoziata, dovendo per l'effetto riconoscere al promotore il "diritto di prelazione" in parola, l'Autorita' nega tale possibilita', poiche' "il procedimento volto all'affidamento della concessione e' da considerarsi unitario ancorche' articolato in due sottofasi che non possono essere considerate autonome".

Il carattere unitario della procedura di affidamento della concessione, anche se articolata in due distinte fasi, comporta, infatti, la immodificabilita' delle regole inizialmente poste fino al provvedimento conclusivo della aggiudicazione; diversamente opinando verrebbero a mutare tutte quelle condizioni che hanno indotto alla partecipazione o alla non partecipazione alla gara e alla formulazione dell'offerta, e verrebbero, quindi, alterate le garanzie della trasparenza e della *par condicio*, in contrasto con i principi comunitari in materia di concorrenza, operanti anche nell'ordinamento nazionale.

Peraltro, anche questo Consiglio, sia pure in relazione a procedura intervenuta *ante* novella 2002 (cfr., Cons. St., Sez. V , n. 6847 del 20 ottobre 2004), ha, in linea con i principi contenuti nella sentenza del TAR Campania oggetto del presente appello, affermato che, per individuare la disciplina applicabile ad una procedura di *project financing* occorre far riferimento alla data di pubblicazione nella G.U.C.E. dell'atto che indice la gara di cui all'art. 37 *quater* lett. a) della L. n. 109/94, cioe' la licitazione privata per la scelta dei soggetti competitori con il promotore, in

quanto ad esso si deve l'introduzione della effettiva procedura di gara, con il relativo invito alla presentazione delle offerte.

Da quanto finora esposto consegue, dunque, il rigetto degli appelli in esame, con conseguente conferma della sentenza di primo grado.

La novita' delle questioni esaminate giustifica la compensazione delle spese anche di questo grado di giudizio.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, respinge gli appelli in epigrafe, previamente riuniti.

Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorita' amministrativa.

Così' deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 18 Marzo 2005 con l'intervento dei Sigg.ri:

Sergio Santoro	Presidente
Cesare Lamberti	Consigliere
Claudio Marchitello	Consigliere
Aniello Cerreto	Consigliere
Nicola Russo	Consigliere Est.

L'ESTENSORE

f.to Nicola Russo

IL PRESIDENTE

f.to Sergio Santoro

**IL SEGRETARIO**

f.to Francesco Cutrupi

**DEPOSITATA IN SEGRETERIA**

**5 ottobre 2005**

**(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)**

***PER IL DIRIGENTE***

***f.to Livia Patroni Griffi***