

Parere n. 140 del 03 dicembre 2009

Protocollo PREC 327/08/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da Fontana Costruzioni S.p.A. - Concessione della progettazione definitiva, esecutiva, di costruzione e gestione dei lavori di "Delocalizzazione Edificio Scuola Materna ed Elementare e realizzazione box auto interrati" - Importo a base d'asta: €6.714.102,00 - S.A.: Comune di Maiori.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 3 giugno 2008 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa Fontana Costruzioni S.p.A. ha esposto alcune perplessità in ordine alla legittimità della procedura di gara in oggetto, indetta dal Comune di Maiori per l'individuazione dei due soggetti che si sarebbero contesi con il promotore, mediante procedura negoziata, l'affidamento della concessione della progettazione definitiva, esecutiva, di costruzione e gestione dei lavori di "Delocalizzazione Edificio Scuola Materna ed Elementare e realizzazione box auto interrati".

Nello specifico la società istante ha chiesto, in primo luogo, se siano legittimi gli artt. 21 e 22 del bando di gara, pubblicato in data 7 aprile 2008, nella parte in cui non prevedono il rimborso delle spese sostenute dai concorrenti che non siano risultati aggiudicatari all'esito della procedura negoziata con il promotore, sostenendo che l'omessa previsione del rimborso delle spese di cui trattasi si pone in palese contrasto con la disciplina di cui all'art. 155, comma 5, del D.Lgs. n. 163/2006, integralmente applicabile alla presente procedura, posto che i concorrenti sono chiamati a presentare soluzioni progettuali migliorative ovvero integrative rispetto alla proposta del promotore e rilevando, altresì, l'erroneo richiamo, operato dalla stazione appaltante, alla norma di cui all'art. 53, comma 2, lett. c) del D.Lgs. n. 163/2006, atteso che la stessa non è ancora dotata di efficacia precettiva, subordinata alla non ancora intervenuta entrata in vigore del Regolamento di attuazione del Codice dei contratti pubblici. Inoltre, l'istante medesima ha chiesto se sia legittimo l'art. 22 del bando di gara, rubricato "diritto all'ultima chiamata", nel quale è previsto il diritto di prelazione in favore del promotore, la cui presenza è ritenuta illegittima, attesa la sua intervenuta abrogazione per effetto del D.Lgs. n. 113/2007.

A riscontro della richiesta di informazioni avanzata da questa Autorità nell'istruttoria procedimentale il Comune di Maiori, con riferimento alla prima contestazione, ha replicato che, mentre la previsione di cui al comma 4 dell'art. 155 del D.Lgs. 163/2006 introduce la regola generale del rimborso delle spese sostenute dal promotore per la partecipazione al procedimento, la previsione di cui al comma successivo, invece, estende la regola del rimborso al promotore delle spese sostenute anche agli altri due partecipanti solo in un caso: "quando nel bando è richiesta la presentazione del progetto in sede di offerta, che evidentemente rappresenta una delle ipotesi di gara ex art. 155, co.1, lett. a)". Ad avviso della S.A., la fonte normativa della gara avente ad oggetto sia l'esecuzione dei lavori che la presentazione del progetto in sede di offerta, è richiamata proprio

dall'art. 155, co. 1, lett. a), nella parte in cui prevede che "... è applicabile altresì l'articolo 53, comma 2, lettera c)... ". La lettura congiunta di tali norme lascerebbe intendere - sempre secondo la stazione appaltante - che solo la presentazione di un nuovo progetto definitivo in sede di offerta e nella successiva procedura negoziata, consentirebbe il rimborso delle spese sostenute e documentate agli altri due soggetti partecipanti alla procedura, circostanza non prevista nel caso di specie. Infine, con riferimento alla seconda contestazione, l'Amministrazione comunale ha riconosciuto che il D.Lgs. n. 113/2007 ha effettivamente soppresso il cosiddetto "diritto di prelazione" del promotore, ma ha evidenziato, altresì, che il suddetto decreto correttivo è entrato in vigore il 1 agosto 2007 e non contiene una disciplina transitoria per le procedure avviate prima dell'entrata in vigore dello stesso, dettata, invece, dalla determinazione dell'Autorità n. 8 dell'11 ottobre 2007, la quale, prendendo spunto dal carattere unitario della procedura di affidamento della concessione di "project financing", sebbene articolata in più fasi, ha concluso per "l'immodificabilità delle regole inizialmente poste fino al provvedimento conclusivo della aggiudicazione".

Ritenuto in diritto

Le questioni sottoposte a questa Autorità nel caso in esame riguardano, rispettivamente, la disciplina del rimborso delle spese sostenute dai concorrenti, che non siano risultati aggiudicatari all'esito della procedura negoziata con il promotore e quella del c.d. "diritto di prelazione" del promotore, dopo l'intervento abrogativo del D.Lgs. n. 113/2007.

La definizione della prima questione prospettata impone l'analisi in via preliminare del disposto del citato articolo 155 del D.Lgs. n. 163/2006 nella formulazione in vigore al momento dell'indizione della procedura di gara in oggetto, ovvero nel testo anteriore alle modifiche legislative introdotte dal D.Lgs. n. 152/2008 (c.d. terzo decreto correttivo).

La previgente normativa in materia di finanza di progetto prevedeva che, una volta dichiarata di pubblico interesse una proposta presentata da un promotore ai sensi dell'articolo 153, la stazione appaltante provvedeva, in primo luogo, ad indire una gara da svolgere con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ponendo a base di gara il progetto preliminare presentato dal promotore, eventualmente modificato sulla base delle determinazioni dell'Amministrazione stessa, nonché i valori degli elementi necessari per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nelle misure previste dal piano economico finanziario presentato dal promotore (articolo 155, comma 1, lettera a) del D.Lgs. n. 163/2006).

Tale procedura di gara poteva espletarsi con due diverse modalità: mediante procedura ristretta (licitazione privata) ovvero applicando l'articolo 53, comma 2, lettera c) del D.Lgs. n. 163/2006, nel caso in cui la stazione appaltante richiedesse ai concorrenti di presentare il progetto definitivo in sede di gara (c.d. appalto concorso).

La menzionata procedura mirava ad individuare le due migliori offerte da invitare alla successiva procedura negoziata, volta a confrontare le offerte così selezionate con quella del promotore, al fine di individuare il contraente privato cui aggiudicare il contratto di concessione (articolo 155, comma 2, lettera b) del D.Lgs. n. 163/2006).

Il comma 2 del citato articolo 155 prevedeva che la proposta del promotore posta a base di gara fosse vincolante per il promotore medesimo, qualora non vi fossero state altre offerte nella gara, e fosse garantita, oltre che dalla cauzione ai sensi dell'articolo 75, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006 anche da un'ulteriore cauzione, pari all'importo di cui all'articolo 153, comma 1, quinto periodo del medesimo decreto legislativo, ovvero non oltre il 2,5 per cento del valore dell'investimento

desumibile dal piano economico finanziario, da versare prima dell'indizione del bando di gara su richiesta della stazione appaltante.

Il successivo comma 3 imponeva ai soggetti partecipanti alla gara in questione di versare anch'essi una cauzione ai sensi dell'articolo 75, comma 1, nonché l'ulteriore cauzione fissata dal bando in misura pari all'importo di cui all'articolo 153, comma 1, quinto periodo.

In tale quadro normativo, mentre la cauzione ex articolo 75, comma 1 del D.Lgs. n. 163/2006 mirava a garantire l'affidabilità dell'offerta e, quindi, la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario, la cauzione ulteriore richiesta ai sensi dei commi 2 e 3 dell'articolo 155 del medesimo decreto legislativo aveva prettamente la funzione di garantire ai concorrenti il rimborso delle spese sostenute e documentate per la partecipazione alla gara.

Più precisamente, qualora a seguito della procedura negoziata indetta ai sensi dell'articolo 155, comma 1, lettera b) il promotore non fosse risultato aggiudicatario, la cauzione in questione, versata dal soggetto che invece aveva ottenuto l'affidamento del contratto, avrebbe coperto le spese sostenute dal promotore per formulare la proposta, in ragione del fatto che l'aggiudicatario aveva utilizzato a suo vantaggio un'attività svolta proprio dal promotore.

Diversamente, qualora gli altri soggetti che avevano partecipato alla procedura negoziata con il promotore non fossero risultati aggiudicatari, la cauzione ulteriore versata dal promotore sarebbe servita a rimborsare le spese da essi sostenute e documentate per prendere parte alla gara.

Tuttavia, come si evince dal dato normativo previgente, tale rimborso sarebbe spettato loro solo nell'ipotesi in cui la gara di cui all'articolo 155, comma 1, lettera a) si fosse svolta secondo la procedura ex articolo 53, comma 2, lettera c), ossia nell'ipotesi in cui la stazione appaltante avesse richiesto ai partecipanti la presentazione di un'offerta in sede di gara contenente anche il progetto definitivo.

Tale interpretazione del richiamato quadro normativo previgente è già stata sostenuta da questa Autorità in precedenti pareri (cfr. parere n. 83 del 30 luglio 2009 e parere n. 25 del 26 febbraio 2009), nei quali si è argomentato che, mancando una disposizione normativa ad hoc che prevedesse il rimborso anche nel caso di esperimento della gara mediante procedura ristretta (licitazione privata), la corresponsione dello stesso doveva ritenersi circoscritta alla sola ipotesi in cui la gara per l'individuazione dei soggetti presentatori delle due migliori offerte da confrontare con quella del promotore per l'aggiudicazione della concessione nella procedura negoziata fosse stata esperita secondo le regole di cui all'articolo 53, comma 2, lettera c), ovvero mediante appalto avente ad oggetto, oltre l'esecuzione dell'opera, anche la presentazione del progetto definitivo in sede di offerta. Ciò in quanto solo in tale circostanza il rimborso in questione sarebbe risultato realmente giustificato proprio in ragione dei rilevanti oneri che la presentazione di detto progetto definitivo in sede di offerta avrebbe comportato a carico dei concorrenti del promotore.

Le considerazioni giuridiche sopra richiamate trovano piena applicazione nella fattispecie in esame, considerato che il bando di gara di cui trattasi non prevede la presentazione di nuovi progetti, (né preliminari, né definitivi, né esecutivi), ma solo la presentazione di varianti al progetto preliminare elaborato dal promotore e posto a base di gara, rinviando alla successiva fase post aggiudicazione la elaborazione del progetto definitivo e/o esecutivo, con conseguente onere di progettazione a carico del concessionario aggiudicatario, e tenuto conto che questa Autorità non dispone di elementi conoscitivi in merito all'esistenza di eventuali spazi di progettualità nella fase della procedura negoziata, per la quale l'art. 21 del bando si limita a stabilire che "gli elementi di ulteriore miglioramento delle offerte saranno espressamente richiesti nell'ambito dell'invito alle imprese,

avuto riguardo ai miglioramenti proposti nella fase di procedura aperta e saranno valutati sulla base dei criteri di cui al presente bando di gara”. Né è possibile considerare una semplice variante progettuale alla stregua della presentazione di un progetto in sede di offerta, altrimenti non si comprenderebbe in quali casi non sarebbe dovuto il rimborso ai concorrenti del promotore. Conseguentemente, si ritiene che non abbia fondamento la censura sollevata dalla Fontana Costruzioni S.p.A. in merito alla disciplina del rimborso delle spese di partecipazione contenuta nel bando di gara di cui trattasi.

Relativamente alla seconda contestazione, concernente il c.d. “diritto di prelazione” del promotore, è indubbio che il D.Lgs. n. 113/2007 ha soppresso tale diritto, originariamente contemplato dall’art. 154, comma 1, ultimo periodo del D.Lgs. n. 163/2006, ai sensi del quale nella procedura negoziata, di cui all’art. 155 del D.Lgs. n. 163/2006, il promotore poteva adeguare la propria proposta a quella ritenuta dall’amministrazione più conveniente e, in tal caso, risultare aggiudicatario della concessione. Il correlato art. 153, comma 3, obbligava a rendere pubblico il diritto del promotore - con previsione nell’avviso - ad essere preferito ai soggetti di cui all’art. 155, comma 1, lett. b) ove avesse inteso adeguare il proprio progetto alle offerte economicamente più vantaggiose presentate dai soggetti offerenti.

Occorre evidenziare, tuttavia, che il citato D.Lgs. n. 113/2007 è entrato in vigore il 1 agosto 2007 e non contiene una disciplina transitoria per le procedure avviate prima dell’entrata in vigore dello stesso e contemplanti il diritto di prelazione di cui trattasi. Sul punto è intervenuta questa Autorità con la determinazione 10 ottobre 2007, n. 8 che, prendendo spunto dal carattere unitario della procedura di affidamento della concessione di project financing, sebbene articolata in più fasi, ha concluso per l’immodificabilità delle regole inizialmente poste fino al provvedimento conclusivo dell’aggiudicazione. “Diversamente, infatti, verrebbero a mutare tutte quelle condizioni che hanno indotto alcuni soggetti giuridici alla partecipazione o meno alla gara e verrebbero, quindi, alterate le garanzie della trasparenza e della par condicio”. Pertanto, “alla pubblicazione dell’avviso di cui all’art. 153 del D.Lgs. n. 163/2006, ...quale atto che segna l’avvio della procedura di project financing, deve riconoscersi il momento di discriminare temporale tra l’applicazione della vecchia e della nuova disciplina contenuta nel D.Lgs. n. 113/2007, con particolare riferimento al diritto di prelazione in favore del promotore. Conseguentemente, per le procedure i cui avvisi ex art. 153 siano stati pubblicati anteriormente all’entrata in vigore del suindicato decreto legislativo e contenenti espressamente la previsione del diritto di prelazione in favore del promotore, continuerà ad applicarsi il previgente assetto normativo contemplante tale diritto; al contrario, per le procedure i cui avvisi indicativi siano pubblicati successivamente al medesimo decreto, deve trovare applicazione la nuova disciplina, con esclusione del diritto di prelazione in favore del promotore stesso”.

Nel caso di specie assume rilievo decisivo la data di pubblicazione dell’avviso ex art. 153 del codice dei contratti. L’esame documentale ha evidenziato che tale avviso è stato pubblicato nell’Albo pretorio del Comune, in data 5 marzo 2007, e nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, in data 16 marzo 2007. E’ evidente, pertanto, in relazione alla questione del “diritto di prelazione” del promotore, che al tempo della pubblicazione dell’avviso (al più tardi, il 16 marzo 2007), era ancora vigente la disposizione che riconosceva tale diritto, mentre la norma abrogatrice, contenuta nel D.Lgs. n. 113/2007, è entrata in vigore successivamente (1° agosto 2007), per cui il previgente assetto normativo contemplante tale diritto continua ad applicarsi all’intera procedura.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- è legittima la clausola del bando che limita il rimborso delle spese sostenute dai concorrenti, che non siano risultati aggiudicatari all'esito della procedura negoziata con il promotore, alla sola ipotesi in cui la gara per l'individuazione dei soggetti presentatori delle due migliori offerte da confrontare con quella del promotore per l'aggiudicazione della concessione nella procedura negoziata sia stata esperita secondo le regole di cui all'articolo 53, comma 2, lettera c), ovvero mediante appalto avente ad oggetto, oltre l'esecuzione dell'opera, anche la presentazione del progetto definitivo in sede di offerta;
- 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.

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Giuseppe Brienza

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 24 dicembre 2009