

**Project financing e tutela della concorrenza: alcune considerazioni sul
meccanismo di rimborso delle spese previsto dall'art. 37 quater, comma 5
della legge n. 109/1994 e ss. mm. ii.**

di Ilaria Paradisi*

La “doppia gara” nel procedimento del promotore.

Il procedimento c.d. del promotore, delineato dagli articoli 37**bis** e ss. della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e ss.mm.ii. (c.d. legge Merloni), costituisce lo strumento di realizzazione della finanza di progetto nell'ordinamento italiano.

Com'è noto, esso prende avvio dall'iniziativa di un privato, detto appunto promotore, che presenta ad un'amministrazione aggiudicatrice una proposta relativa alla realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità, inseriti negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice, tramite un contratto di concessione di lavori pubblici, di cui all'art. 19, comma 2 della legge Merloni, con risorse totalmente o parzialmente a carico del promotore stesso.¹

La procedura di aggiudicazione della concessione di costruzione e gestione dell'opera pubblica - che segue la dichiarazione di pubblica utilità della proposta da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, ai sensi dell'art. 37**ter** della l. n. 109/1994 - si articola in due fasi, secondo quanto previsto dall'art. 37**quater**, comma 1 della l. n. 109/1994.

La prima di tali fasi è volta a selezionare le due migliori offerte tramite il meccanismo della licitazione privata o dell'appalto concorso, ponendo a base di gara il progetto presentato dal promotore, eventualmente modificato sulla base delle determinazioni delle amministrazioni.² La seconda fase – eventuale, nel caso in cui la precedente gara sia andata deserta - è preordinata alla aggiudicazione vera e propria della concessione di costruzione e gestione e si svolge nella forma della trattativa privata tra il promotore ed i soggetti che hanno presentato le due

* Avvocato componente dell'Unità tecnica Finanza di Progetto – CIPE – Ministero dell'Economia e delle Finanze. Nel presente articolo le opinioni sono espresse a titolo personale.

¹ V. l'art. 37 **bis**, comma 1 della l. n. 109/1994 a norma del quale “*le proposte sono presentate entro il 30 giugno di ogni anno oppure, nel caso in cui entro tale termine di scadenza non siano state presentate proposte per il medesimo intervento, entro il 31 dicembre. Le proposte devono contenere uno studio di inquadramento territoriale e ambientale, uno studio di fattibilità, un progetto preliminare, una bozza di convenzione, un piano economico finanziario asseverato da un istituto di credito o da società di servizi costituite dall'istituto di credito stesso ed iscritte nell'elenco generale degli intermediari finanziari, ai sensi dell'art. 106 del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, o da una società di revisione ai sensi dell'art. 1 della legge 23 novembre 1939, n. 1966, una specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, nonché l'indicazione degli elementi di cui all'articolo 21, comma 2, lettera b), e delle garanzie offerte dal promotore. Le proposte devono inoltre indicare l'importo delle spese sostenute per la loro predisposizione comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno di cui all'art. 2578 del codice civile.*”

² Art. 37**quater**, comma 1, lett. a).

migliori offerte nella precedente fase o, nel caso in cui alla gara abbia partecipato un unico soggetto, tra il promotore e questo unico soggetto.³

Il meccanismo di rimborso.

La disposizione dell'art. 37^{quater}, comma 4 della legge Merloni si preoccupa, poi, di stabilire che, ove il promotore non risulti aggiudicatario, questi ha diritto a vedersi rimborsare le spese sostenute nei limiti dell'importo pari al 2,5 per cento dell'investimento come desumibile dal piano economico finanziario.⁴ A tal fine è versata dagli altri partecipanti alla gara la cauzione aggiuntiva di cui all'art. 37^{quater}, comma 3 della stessa legge.

Ciò trova ovvia spiegazione in ragione del maggiore onere finanziario sostenuto dal promotore per la predisposizione di tutta la documentazione posta alla base della proposta e della gara, onere che va comunque compensato nel caso in cui altri se ne avvalgano.⁵

Nel caso in cui, invece, all'esito della procedura negoziata, l'aggiudicazione intervenga a favore del promotore, gli altri due concorrenti, qualificatisi quali migliori offerenti, hanno diritto al rimborso delle spese sostenute e documentate – sempre, comunque, entro il limite complessivo del 2,5 per cento dell'investimento - ma solo se essi siano stati selezionati, nella precedente fase di gara, attraverso la procedura dell'appalto concorso (art. 37^{quater}, comma 5).

Tale limitazione è stata introdotta dall'art. 7 della legge 1 agosto 2002, n. 166 presumibilmente con l'intento, da parte del legislatore, di evitare il rischio di speculazioni - attraverso partecipazioni “di comodo” alla gara - favorite dal precedente meccanismo di rimborso delle spese, in base al quale il relativo diritto sorgeva semplicemente in virtù della qualificazione quale migliore offerente nella fase di licitazione, a prescindere dalla circostanza che nell'offerta presentata vi fossero varianti progettuali.

In particolare, secondo il tenore della precedente formulazione dell'art. 37^{quater}, comma 5 della legge Merloni, il promotore risultato aggiudicatario doveva rimborsare le spese sostenute e documentate al soggetto, o agli altri due soggetti risultati migliori offerenti all'esito della procedura di licitazione privata ex art. 37^{quater} comma 1, lett. a) della l. n. 109/1994, rispettivamente, nella misura del 60 per cento e del 40 per cento dell'importo di cui all'art. 37^{bis} co. 1, ultimo periodo.

La pronuncia dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici.

Il meccanismo appena descritto produceva evidenti disparità di trattamento tra concorrenti, tanto che la stessa Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici,

³ Art. 37^{quater}, comma 1, lett. b).

⁴ V. art. 37^{bis}, comma 1, ultimo periodo l. n. 109/1994.

⁵ Secondo M. Baldi e Giuseppe De Marzo “*Il project financing nei lavori pubblici*” IPSOA, 2001, p.361, “*La disposizione relativa al rimborso delle spese sostenute per la proposta è un'applicazione del principio generale di cui all'art. 2041 c.c. sull'ingiustificato arricchimento, in quanto l'aggiudicatario realizza, sia pur tenendo conto delle eventuali modifiche stabilite dall'amministrazione, un progetto predisposto dal promotore che ha comportato una serie di studi e quindi oneri finanziari che non potrebbero gravare sullo stesso, atteso che se ne avvantaggerebbe il soggetto aggiudicatario.*”

nell'atto di regolazione del 26 ottobre 2000, n. 51, rilevava che: “*se per quanto riguarda il caso del promotore che non risulti aggiudicatario, il meccanismo di rimborso previsto dall'art. 37-quater trova il proprio fondamento negli oneri che sicuramente il promotore stesso avrà sostenuto per la elaborazione della proposta, non altrettanto chiaro risulta lo spirito della norma quando disciplina l'ipotesi del promotore che risulti aggiudicatario...Ora, da un lato, il rimborso di cui trattasi (del promotore al primo e al secondo in graduatoria della licitazione privata) potrebbe essere ben superiore rispetto alle spese sostenute che non sono ovviamente in nessun modo comparabili a quelle del promotore perché non comprendenti oneri di promozione dell'opera; dall'altro può apparire anomalo che, nel caso di aggiudicazione ad altro concorrente, la legge abbia previsto unicamente un rimborso per il promotore, nulla spettando al secondo concorrente individuato nella licitazione privata*”.

Ciò che suggerisce le riflessioni qui svolte è che, nel medesimo atto di determinazione, l'Autorità individuava anche una delle *ratio* sottese alla previsione del diritto al rimborso delle spese per i soggetti non aggiudicatari diversi dal promotore “*nello scopo di incentivare la massima partecipazione nelle procedure di project financing di concorrenti diversi dal promotore, al fine di instaurare con quest'ultimo un confronto concorrenziale dal cui esito l'amministrazione, e quindi la collettività, può ricavare utile beneficio.*”⁶

Dunque, la *ratio* della disposizione in questione risiede non solo nella finalità di premiare l'impegno progettuale, ma anche in quella di favorire il concorso del maggior numero di operatori economici nelle operazioni di *project financing*, per assicurare, attraverso una maggiore concorrenzialità, un prodotto di alto livello.

Tale secondo fine non sembra, tuttavia, sia stato pienamente garantito dalla novella dell'art. 37*quater*, comma 5.

La stessa norma, infatti, non può essere letta e valutata disgiuntamente dalla previsione - anch'essa introdotta con l. n. 166/2002 - di cui all'art. 37*ter* della legge Merloni, in base alla quale il promotore può decidere, nella procedura negoziata, di adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'amministrazione più conveniente, risultando, in tal modo, aggiudicatario della concessione.

Ebbene, rispetto alla preferenza così accordata al promotore la previsione del diritto al rimborso - almeno delle spese di partecipazione alla gara - avrebbe potuto costituire, una misura, seppure tenue, per garantire maggiormente la *par condicio* fra i concorrenti.

Invece, l'esclusione, *tout court*, del diritto al rimborso delle spese sostenute dei soggetti selezionati con licitazione privata sembra possa comportare

⁶ A parere dell'Autorità il confronto concorrenziale effettivo rispetto alla proposta del promotore avrebbe dovuto essere incentivato “*proprio dalla natura ritenuta penalizzante del secondo classificato.*”

il rischio di accentuare il possibile effetto distorsivo della concorrenza già insito nel diritto di prelazione del promotore.⁷

Appare evidente, infatti, come tale previsione possa costituire un ulteriore disincentivo per le imprese a partecipare alle gare promosse attraverso l'istituto del promotore, sapendo che questi potrà avvalersi del diritto di prelazione, e che non saranno rimborsate delle spese di gara.

Peraltro, il rischio di scoraggiare un effettivo confronto concorrenziale riguarda la maggior parte delle operazioni *ex art. 37bis* e ss. della legge Merloni, posto che solitamente le imprese migliori offerenti vengono selezionate con il metodo della licitazione. La procedura di selezione di appalto concorso, infatti, alternativa alla licitazione, si rende necessaria solo per quelle opere pubbliche che richiedano competenze speciali o mezzi o metodi particolari. Ovvero per la realizzazione di opere complesse per le quali conviene approfittare dell'esperienza e dell'organizzazione tecnica di ditte specializzate o in genere per la soluzione di problemi speciali, tecnici o scientifici o artistici, connessi all'opera da eseguire o che ammettono più di una soluzione.⁸

Il rimborso delle spese nelle leggi regionali.

In proposito, si può osservare che, forse non a caso, nelle leggi regionali che avevano già introdotto il diritto di prelazione prima della norma nazionale, tale previsione si accompagnava sempre a quella del diritto al rimborso delle spese a favore del soggetto non aggiudicatario, probabilmente proprio in funzione di mitigare gli effetti della preferenza accordata al promotore.

Ad esempio, la legge reg. Friuli Venezia Giulia 6 luglio 1999, n. 20, all'art. 8, prevede in caso di esercizio della prelazione, l'obbligo a carico del promotore di versare al migliore offerente una somma pari agli onorari ed alle spese sostenute per la redazione del progetto definitivo e gli eventuali diritti sulle

⁷ Sulle conseguenze in termini di violazione della concorrenza dell'introduzione del diritto di prelazione del promotore v. R. Cori "Allargata la platea dei soggetti ammessi a proporre", in *Il Sole 24 ORE*, Guida Normativa, Dossier dicembre 2002, n. 11, p. 54.

⁸ V. art. 20, comma 4 l. n. 109/1994.

Si consideri anche che, comunque, il "nuovo" meccanismo di rimborso delle spese ha trovato sinora applicazione relativamente limitata anche perché, a tutt'oggi, sono ancora in piedi procedure di *project financing* iniziate sotto la vigenza della vecchia normativa.

Infatti, l'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici, con la determinazione 16 ottobre 2002, n. 27 aveva chiarito che le innovazioni normative intervenute con la l. 1 agosto 2002, n. 166 si applicavano soltanto ai bandi di gara pubblicati a partire dall'entrata in vigore delle nuove disposizioni, mentre le procedure di gara già in corso rimanevano assoggettate alle precedenti regole. Ciò sia in conformità dell'indirizzo giurisprudenziale che assoggetta il procedimento alla disciplina vigente al momento della pubblicazione del bando, ponendo in rilievo la vincolatività della *lex specialis* fissata nel bando di gara (v. ad es. Cons. di Stato, sez. V, sentenze 22 settembre 2001, n. 4989; 14 aprile 2000, n. 2237; nonché 11 maggio 1998, n. 226), sia sulla base del criterio interpretativo seguito in occasione della legge 18 novembre 1998, n. 415 (c.d. Merloni ter), secondo il quale le innovazioni normative intervenute avrebbero dovuto applicarsi solo ai bandi di gara pubblicati a partire dall'entrata in vigore delle nuove disposizioni, mentre le procedure già in corso rimanevano assoggettate alle previgenti regole (v. la circolare del Ministero dei Lavori Pubblici, 22 dicembre 1999, n. 2100/UL).

opere dell'ingegno. Analogamente, la legge reg. Valle D'Aosta 20 giugno 1996, n. 12, art. 37, comma 10, stabilisce l'obbligo del promotore di versare al migliore offerente, una somma pari al 50 per cento delle spese di predisposizione, a titolo di rimborso forfetario delle spese da questo sostenute per la partecipazione alla gara. Identica disposizione, era contenuta anche nell'art. 42^{ter} della legge reg. Sicilia 29 aprile 1985, n. 21, ora non più in vigore.⁹

Dello stesso tenore appare, infine, la disposizione dell'art. 3 del ddl n. 3320/2005 recante "riforma organica della procedura di finanza di progetto" (c.d. disegno legge Grillo, attualmente in esame al Senato), dove si prevede che nel caso in cui il promotore eserciti il diritto di prelazione, adeguando la propria proposta a quella del migliore offerente, l'amministrazione aggiudicatrice debba rimborsare a questi le spese sostenute e gli impegni di spesa assunti per la partecipazione alla gara, purchè congrui e documentati, a spese del promotore e nella misura massima della garanzia supplementare prestata da quest'ultimo,

Qualche osservazione conclusiva.

Per concludere, se si riconosce che il meccanismo di rimborso predisposto dall'art. 37 *quater* della legge Merloni ha tra le proprie finalità quella di favorire la partecipazione del maggior numero possibile di operatori del mercato alle operazioni di finanza di progetto, in assenza di una disposizione normativa *ad hoc*, si ritiene auspicabile l'adozione, da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, di misure volte a garantire maggiormente tale finalità di promozione della concorrenza.

Soprattutto per la realizzazione di opere di valore elevato o richiedenti una progettazione complessa - seppure non a livello tale da rendere necessario l'esperimento dell'appalto concorso - potrebbe, ad esempio, essere previsto, nei bandi di gara, il diritto al rimborso delle spese sostenute per partecipare alla gara dai soggetti concorrenti con il promotore che non risultino aggiudicatari.

Il principio di incentivare la partecipazione a gare che implicano uno sforzo progettuale, di conseguenza anche un impegno economico di una certa entità, è, del resto, principio condiviso anche a livello comunitario. La direttiva 2004/18/CE (relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori, di forniture e di servizi), infatti, nel disciplinare la procedura del dialogo competitivo, consente alle amministrazioni aggiudicatrici di prevedere premi o pagamenti ai partecipanti alla stessa procedura (art. 29, comma 8).

⁹ Tali leggi erano state, tuttavia, criticate, soprattutto da parte della dottrina proprio rilevandone l'incompatibilità con il diritto comunitario e con la *par condicio* e con i principi in tema di concorrenza, poiché il diritto di prelazione scoraggia un'effettiva concorrenza e "*presumibilmente finirà per frustrare la possibilità di miglioramenti dei progetti presentati dai promotori, rendendo arduo l'ottenimento di migliori condizioni*" (così L. De Pauli "*Project financing e regioni a statuto speciale: alcune esperienze a confronto*", in *Urbanistica e Appalti*, n. 8/2000, p. 825).