

NOTA

Procedimento del Promotore ex art. 153 d.lgs n. 163/2006 – Obbligo di pubblicazione e contenuto dell'avviso indicativo.

1. L'obbligo di pubblicare uno specifico avviso indicativo, che renda nota la presenza di interventi realizzabili con capitali privati negli strumenti di programmazione dei lavori pubblici delle amministrazioni aggiudicatrici, è stato introdotto dall'art. 7, comma 1 della legge 1 agosto 2002, n. 166 (pubblicata in G.U. n. 181 del 3 agosto 2002), che ha integrato l'art. 37bis della legge 11 febbraio 1994, n. 109 (la Legge), inserendovi le disposizioni del comma 2ter.¹
2. Per quanto riguarda gli interventi previsti in programmi già approvati alla data di entrata in vigore della l. n. 166/2002, l'art. 7, comma 2 della medesima legge specifica che possono essere presentate proposte, ex art. 37bis della Legge, senza pubblicazione del predetto avviso indicativo, entro la data del 30 giugno 2002, mentre, qualora entro tale data non siano prevenute proposte, l'avviso indicativo deve essere pubblicato.
3. Con parere motivato, del 15-10-03, la Commissione Europea, a titolo dell'art.226 del trattato CE, ha contestato alla Repubblica italiana la violazione degli obblighi che le incombono in virtù delle direttive comunitarie (93/97 CEE, 93/36 CEE, 92/50 CEE e 93/38 CEE), degli articoli 43 e 49 del Trattato CE e dei relativi principi di trasparenza e di parità di trattamento, con riferimento all'art. 37bis della Legge. In particolare, la Commissione ha ritenuto che tale disposizione costituisca *“violazione del principio generale di parità di trattamento del trattato CE nella parte in cui omette di subordinare tale previsione alla circostanza che le Amministrazioni aggiudicatrici abbiano reso noti tali vantaggi, nonché i criteri sulla base dei quali tali Amministrazioni perverranno in maniera obiettiva e non discriminatoria all'individuazione di una proposta, in occasione della pubblicazione di un avviso teso alla ricerca di un promotore secondo le medesime modalità da seguire per la pubblicazione del bando relativo all'aggiudicazione della concessione.”* La Commissione ha, pertanto, invitato la Repubblica italiana ad adottare le misure necessarie per conformarsi al parere motivato entro e non oltre il termine di due mesi a decorrere dalla sua notifica, stabilendo, in capo alle Autorità italiane, l'obbligo

¹ Tale comma prevede, appunto, che entro venti giorni dalla redazione dei programmi triennali o degli altri strumenti di programmazione formalmente approvati dalle amministrazioni aggiudicatrici, queste rendano pubblica la presenza, in essi, di interventi realizzabili con capitali privati, in quanto suscettibili di gestione economica, pubblicando un avviso indicativo, con le modalità di cui all'art. 80 del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, mediante affissione presso la propria sede per almeno sessanta giorni consecutivi, nonché pubblicandolo sul sito individuato con d.P.C.M., ai sensi dell'art. 24 della legge 24 novembre 2000, n. 3340 (www.llpp.it). L'avviso deve essere, altresì, trasmesso all'Osservatorio dei lavori pubblici che ne dà pubblicità. In aggiunta a tali forme di pubblicità obbligatorie, le amministrazioni aggiudicatrici hanno la facoltà di pubblicare lo stesso avviso facendo ricorso a differenti modalità.

di inserire nell'avviso indicativo ogni indicazione sui vantaggi di cui beneficia il promotore ed i necessari elementi valutativi della proposta.

4. In ottemperanza agli obblighi imposti dagli organi comunitari, l'art. 24 della legge 18 aprile 2005, n. 62 (legge comunitaria 2004, pubblicata in G.U. 27 aprile 2005, n. 96)) ha aggiunto al comma *2bis* dell'art. 37*bis* della Legge i seguenti periodi: *“L'avviso deve contenere i criteri nell'ambito di quelli indicati dall'art. 37ter, in base ai quali si procede alla valutazione comparativa tra le diverse proposte. L'avviso deve, altresì, indicare espressamente che è previsto il diritto di prelazione a favore del promotore ad essere preferito ai soggetti previsti dall'art. 37quater, comma 1 lett. b), ove lo stesso intenda adeguare il proprio progetto alle offerte economicamente più vantaggiose presentate dai predetti soggetti offerenti.”*²
5. In attuazione della legge n. 62/2005 citata, il d.m. 25 ottobre 2005 (pubblicato in G.U. del 28 dicembre 2005, n. 301), recante *“Disciplina delle procedure in corso i cui avvisi indicativi, pubblicati prima della data del 31 gennaio 2005, non contengano l'indicazione espressa del diritto di prelazione a favore del promotore”* stabilisce che le amministrazioni aggiudicatrici debbano rendere noto il diritto di prelazione a favore del promotore con le seguenti modalità alternative:
 - a. inserendo l'indicazione espressa del diritto di prelazione nel bando per la gara prevista dall'art. 37*quater*, comma 1, lett. a), della Legge, ove questo non sia stato pubblicato alla data di pubblicazione dello stesso d.m. 25 ottobre 2005;
 - b. ove il suddetto bando sia già stato pubblicato alla data di entrata in vigore del d.m. citato, nel corso della successiva procedura negoziata, prevista dall'art. 37*quater*, comma 1, lett. b) della Legge, inviando comunicazione formale, con l'indicazione espressa del diritto di prelazione a favore del promotore, unicamente ai soggetti partecipanti alla procedura negoziata.
6. Il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (il Codice), entrato in vigore il 1° luglio 2006, ha abrogato l'art. 37*bis* della Legge, riproducendone, tuttavia, interamente il contenuto all'art. 153. La disciplina, così come esposta nei precedenti punti, risulta, pertanto, invariata.
7. In seguito all'abrogazione del d.m. 25 ottobre 2005, l'art. 253, comma 26 del Codice dispone, con riferimento agli avvisi indicativi, pubblicati prima del 31 gennaio 2005, che non contengano l'indicazione espressa del diritto di

² In proposito si sottolinea che anche il rispetto del principio di pubblicità, che regge l'attività amministrativa ex art. 1 L. 241/1990, richiede, a parere di certa giurisprudenza, che *“i criteri di massima che debbono presiedere ad una valutazione comparativa siano [...] pubblicati nelle forme dovute prima dello svolgimento delle operazioni di valutazione, come impone anche la lettera dell'art. 12 L. 241/1990”* (v. Tar Liguria – Genova – Sezione II, sent. 4 aprile 2005, n. 429).

prelazione a favore del promotore, che le amministrazioni aggiudicatrici procedono a rendere noto tale diritto secondo le stesse modalità indicate nel d.m. abrogato.³

³ In particolare tale disposizione prevede che “*ove alla data del 28 dicembre 2005 non sia stato pubblicato il bando per la gara prevista dall’art. 155, comma 1, lett. a), le stazioni appaltanti inseriscono al momento della pubblicazione del bando, l’indicazione espressa del diritto di prelazione a favore del promotore. Ove alla data [del 28 dicembre 2005; n.d.r.] sia stato pubblicato il bando per la gara prevista dall’art. 155, comma 1, lett. a), le stazioni appaltanti, nel corso della successiva procedura negoziata prevista dall’art. 155, comma 1, lett. b), inviano comunicazione formale, con l’indicazione espressa del diritto di prelazione a favore del promotore, unicamente ai soggetti partecipanti alla procedura negoziata.*”