

Prelazione negli appalti, la guida per i Comuni

Stop immediato anche ai bandi già pubblicati

Giuseppe Latour

Lo stop europeo al diritto di prelazione travolge gli appalti pubblici. Anche i bandi già pubblicati, infatti, dovranno essere annullati in autotutela e ripubblicati senza la clausola che prevede la prelazione.

Sceglie la strada del massimo rigore l'Anci, l'associazione nazionale dei Comuni, nella sua nota interpretativa che dà indicazioni alle stazioni appaltanti, analizzando le conseguenze portate dalla sentenza della Corte di Giustizia Ue del 5 febbraio in materia di partenariato pubblico privato. Una sentenza che ha, di fatto, reso inapplicabile il diritto di prelazione, dichiarandolo incompatibile con il sistema delle norme comunitarie.

Quali sono le conseguenze pratiche di questa decisione? L'Anci punta a dare risposta a migliaia di Comuni in tutta Italia, provando a fare chiarezza sul difficile contesto che si è creato. Così, dopo avere riepilogato cosa è accaduto nelle ultime settimane, dalla decisione dei giudici lussemburghesi (causa C-810/24) fino alle recenti indicazioni della Corte dei conti (delibere n. 14 e 15 della sezione controllo Emilia-Romagna), la nota si dedica alle possibili soluzioni per le procedure in essere. Tutto ruota attorno a tre principi: il diritto di prelazione non può più essere previsto nelle gare da bandire; ove già previsto, non può essere legittimamente esercitato; □ l'eventuale esercizio determina un vizio radicale dell'aggiudicazione. In questo quadro, va sottolineato che non è compromesso il diritto del promotore ad ottenere il rimborso delle spese di progettazione (pari al 2,5% del valore dell'investimento) se l'appalto viene aggiudicato a un soggetto terzo.

Seguendo l'andamento della procedura regolata dall'articolo 193 del Codice, il primo caso è quello nel quale le proposte di project financing siano ancora in corso di valutazione. In questo scenario si può andare avanti, anche se al promotore prescelto non può essere garantito il diritto di prelazione, ma solo il rimborso delle spese. I soggetti interessati andranno informati di questo cambiamento.

Il secondo caso è quello nel quale la proposta sia stata già dichiarata di pubblico interesse e inserita nella programmazione: l'ente - spiega la nota - «è tenuto a pubblicare il bando di affidamento eliminando la clausola relativa al diritto di prelazione». Al promotore sarà garantito, ancora una volta, il rimborso dei costi sostenuti.

Ma lo scenario più dirompente riguarda i bandi già pubblicati con l'inserimento del diritto di prelazione. L'amministrazione - spiega il documento - dovrà «procedere all'annullamento della gara in autotutela e alla sua successiva ripubblicazione

emendata di tale clausola». Questo annullamento è possibile entro sei mesi dall'aggiudicazione dell'appalto; l'eventuale contratto stipulato diventa così inefficace. A rendere ancora più rigorosa la posizione dell'Anci sulla prelazione, c'è il fatto che - dice la nota - «la misura è necessaria anche nel caso in cui il diritto non sia stato materialmente esercitato, atteso che la sua sola previsione è idonea ad alterare le dinamiche concorrenziali e la partecipazione degli operatori economici».

Resta unicamente uno spiraglio per mantenere in vita la prelazione: solo quando il contratto sia già stato sottoscritto «e risultino ormai spirati i termini sia per l'impugnativa dell'aggiudicazione sia per l'annullamento in autotutela, la posizione giuridica dell'affidatario deve considerarsi consolidata». Le pronunce della Corte di Giustizia Ue, infatti, rendono annullabili (e non nulli) gli atti adottati sulla base delle norme dichiarate in contrasto con l'ordinamento europeo. Quindi, se non viene bloccato, l'atto può consolidare comunque i suoi effetti.

Anche se, per l'Anci, la soluzione non arriva solo dall'applicazione in via interpretativa della sentenza della Corte di Giustizia, ma da un intervento normativo. Le ultime decisioni, infatti, «rendono - conclude la nota - necessario un intervento del legislatore che riformi l'attuale assetto della disciplina della finanza di progetto ideando nuovi strumenti di incentivazione del privato a farsi promotore di iniziative mediante tale strumento».

© RIPRODUZIONE RISERVATA