

Studio Legale Associato

Corinaldesi - Mischi

Via Cesare Battisti n. 2, 40123 Bologna

Tel. 051 - 264474 Fax 051 - 264564

**La realizzazione di opere pubbliche
mediante finanziamento privato**

**D.Lgs. 12/04/2006, n. 163 e
successive modifiche**

Raccolta giurisprudenziale

A cura di Alberto Mischi

avvocato in Bologna

La realizzazione di opere pubbliche mediante finanziamento privato, D.Lgs. 12/04/2006, n. 163 e successive modifiche

Definizione e differenze delle varie tipologie contrattuali: appalto, concessione di costruzione e gestione, finanza di progetto e locazione finanziaria

Consiglio di Stato, Sez. VI, 4/08/2009, n. 4890

Mentre si è in presenza di un appalto nel caso di prestazioni rese in favore dell'Amministrazione, la concessione di servizi instaura un rapporto trilaterale, tra Amministrazione, concessionario ed utenti; più precisamente, nella concessione di servizi il costo del servizio grava sugli utenti, mentre nell'appalto di servizi spetta all'Amministrazione compensare l'attività svolta dal privato.

Nell'affidamento della gestione degli spazi pubblicitari non può ravvisarsi un appalto, bensì una concessione di servizi, instaurandosi un rapporto trilaterale tra Amministrazione, concessionario ed utenti; sicché, una volta affidata la gestione degli spazi, il concessionario agisce in luogo dell'Amministrazione cedendo gli spazi stessi a terzi, dietro compenso, e, nei confronti dell'Amministrazione medesima è tenuto al pagamento di un canone.

I servizi pubblici locali non di rilevanza industriale, ove ricorrano particolari condizioni, possono essere dati in concessione a terzi, sempre, però, che l'affidamento avvenga sulla base di "procedure ad evidenza pubblica", secondo quanto stabilito dall'art. 113-bis del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, disposizione questa che ribadisce un principio di carattere generale vigente in materia, stabilendo che, anche con riguardo ai servizi pubblici locali, le procedure di scelta del contraente non possono sottrarsi ai principi dell'evidenza pubblica, potendo essere affidati solo a soggetti individuati attraverso l'espletamento di gare con procedure di tipo concorsuale, limitandosi con ciò alla P.A. la possibilità di ricorrere alla trattativa privata alle sole ipotesi espressamente stabilite dalla legge.

La trattativa privata costituisce un sistema di deroga eccezionale rispetto al regime di gara per la scelta del contraente a cui ricorrere solo provando che sussista una delle condizioni giustificate nell'ordinamento, come è ribadito dall'art. 24, comma 5, della legge 27 dicembre 2002, n. 289, secondo cui "anche nelle ipotesi in cui la vigente normativa consente la trattativa privata, le pubbliche amministrazioni possono farvi ricorso solo in casi eccezionali e motivati, previo esperimento di una documentata indagine di mercato, dandone comunicazione alla sezione regionale della Corte dei Conti", così limitando ulteriormente in via generale la possibilità di ricorrere alla trattativa privata .

È illegittima la delibera con la quale si affida a trattativa privata un servizio pubblico (nella specie si trattava della gestione dell'installazione in esclusiva di attrezzature di arredo urbano riportanti inserti pubblicitari), in assenza di un "caso eccezionale", attesa la fungibilità delle prestazioni richieste e l'assenza di ogni urgenza a provvedere; in particolare deve ritenersi che l'esigenza di assicurare l'uniformità degli impianti pubblicitari, con la quale si è cercato di giustificare il ricorso alla trattativa privata, ben avrebbe potuto essere soddisfatta indicendo una nuova gara, senza disporre nelle more una modificazione irreversibile dello stato di fatto esistente a vantaggio della precedente concessionaria con la sostituzione degli impianti, essendo in tal caso necessario procedere ad un più ampio confronto concorrenziale per la ricerca di soluzioni ottimali.

Consiglio di Stato, Sez. V, 23/03/2009, n. 1741

In materia di finanza di progetto, l'Amministrazione esercita "in alto grado" (ovvero il "massimo margine") di discrezionalità nella valutazione sulla rispondenza a pubblico interesse della proposta degli aspiranti promotori. La procedura di scelta del promotore è infatti caratterizzata da ampiezza di discrezionalità e da incisive e sostanziali valutazioni di merito, per cui le Amministrazioni aggiudicatrici, dopo aver valutato le proposte presentate, provvedono ad individuare quelle che ritengono di pubblico interesse, sulla base di valutazioni di fattibilità strettamente connesse a scelte interne dell'Amministrazione, la quale soltanto può valutare i vari aspetti economici e tecnici della proposta presentata

In materia di finanza di progetto assume valenza peculiare il piano economico e finanziario. Ed infatti, da un lato, la validità economico-finanziaria del valutazione del piano economico e finanziario costituisce il presupposto dell'intera operazione di project financing, non essendo consentita la sottrazione del piano economico finanziario a una seria valutazione di sostenibilità da parte della stazione committente. Dall'altro, è evidente come anche l'apprezzamento di tale specifico aspetto della proposta venga operata nel quadro della natura discrezionale del potere esercitato

La procedura di scelta del promotore, pur dovendo articolarsi come confronto concorrenziale tra più proposte, non è soggetta, in linea generale, alle regole rigorose di una vera e propria gara, essendo al contrario caratterizzata da maggiore elasticità e libertà da formalismi. In particolare deve ritenersi legittima una procedura di scelta del promotore fondata su un avviso recante i criteri di valutazione senza ulteriore specificazione degli stessi in pesi e punteggi.

Sussiste un autolimita giuridicamente rilevante, posto dalla stessa P.A. precedente, solo laddove eventuali prescrizioni ulteriori rispetto a quelle di legge siano contenute in atti generali destinati a regolare la procedura di cui si tratta, quali i bandi di gara, tanto in procedure ad evidenza pubblica, quanto per l'accesso ai pubblici impieghi; non può pertanto inferirsi un autovincolo da un semplice riscontro ad una richiesta di chiarimenti.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 23/07/2009, n. 4639

La procedura del project financing si configura come una procedura cosiddetta "a cannocchiale", sicché il progetto preliminare a base di gara ben può essere modificato nel prosieguo della procedura stessa e rimanere, pertanto, non identico a quello originario, per costituire in effetti il risultato di una progressiva "messa a fuoco", nella prospettiva dell'interesse pubblico perseguito, frutto questo della collaborazione tra l'Amministrazione che ha indetto la menzionata procedura e le altre Amministrazioni eventualmente interessate.

Consiglio di Stato, Sez. V, 28/05/2009, n. 3319

È legittimo il diniego di accesso opposto da un comune alla richiesta di visione ed estrazione di copia dei progetti proposti dalle ditte partecipanti ad una procedura di project financing, poiché la società richiedente l'accesso era stata esclusa. In tema di project financing, soltanto i soggetti utilmente ammessi alla ponderazione comparativa delle offerte (e non, quindi, quelli esclusi) si trovano destinatari di una posizione qualificata e differenziata, la quale, pur nella necessaria osservanza delle modalità temporali che assistono la conoscibilità degli atti (differimento ex art. 13, D.Lgs. n. 163/2006), consente ai medesimi l'esercizio del diritto di accesso relativamente alle proposte presentate dagli altri concorrenti, laddove il pregiudizio dai primi lamentati (e, conseguentemente, le esigenze di tutela che essi intendano far valere) trovi fondamento proprio nello svolgimento dell'attività di selezione e valutazione delle offerte.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 26/01/2009, n. 391

In tema di project financing, l'interesse a veder prescelto il proprio progetto di opera pubblica, e quindi di assumere la posizione del promotore nella relativa procedura, ancorché sia individuabile concettualmente come distinto dall'interesse alla concessione di eseguire l'opera stessa, contiene ed implica anche l'interesse all'aggiudicazione della concessione che, in definitiva, rappresenta il vero "bene della vita" cui tende il presentatore del progetto. Ciò trova conferma del resto nel fatto che:

- a) il promotore deve possedere i requisiti per l'aggiudicazione della concessione;
- b) la sua proposta, che costituisce oggetto della successiva gara, è vincolante quando in detta gara non vi siano altre offerte;
- c) sussiste il diritto di prelazione all'aggiudicazione della concessione in favore del promotore quando questi intenda adeguare il proprio progetto alle offerte economicamente più vantaggiose presentate dai soggetti offerenti.

T.A.R. Sicilia Palermo, Sez. III, 7/07/2009, n. 1207

Lo studio di fattibilità di un'opera pubblica o di pubblica utilità da realizzare mediante finanza di progetto esplicita i contenuti e le previsioni degli atti di programmazione, costituendo il limite oltre il quale non può spingersi la facoltà propositiva del privato; pertanto, detto studio costituisce il parametro fondamentale per la valutazione

dell'ammissibilità dell'intervento e della sua effettiva e concreta rispondenza all'interesse pubblico ab origine individuato.

Sebbene quello della finanza di progetto sia uno strumento plasmabile nelle mani della p.a. e dei privati, di talché può persino affermarsi che alla redazione del progetto finale da porre a base di gara si arrivi attraverso un "work in progress" mediante la collaborazione tra il promotore e gli organi tecnici della p.a., essa non può discostarsi in modo significativo da quelle che sono le risultanze dello studio di fattibilità che ha costituito il presupposto per l'inserimento dell'opera nel programma triennale, tenuto conto che ciascuna proposta deve innanzitutto essere coerente con il contenuto di quello studio, il quale costituisce il limite pubblico all'iniziativa del promotore privato.

T.A.R. Puglia Bari, Sez. I, 21/04/2009, n. 946

La non applicabilità delle regole proprie delle gare di evidenza pubblica alla fase di selezione del promotore, nell'ambito della finanza di progetto, implica, comunque, che a tale fase procedimentale devono in ogni caso applicarsi i principi di imparzialità e par condicio desumibili dalla legge sul procedimento amministrativo, tenuto conto che l'Amministrazione gode di ampia discrezionalità nella sola «valutazione» delle diverse proposte e non già nella preliminare fase di «ammissione» delle stesse, ove viceversa la verifica dei presupposti richiesti dalle norme e dalla *lex specialis* non può che essere rigorosa ed obiettiva.

Nell'ambito di una procedura di finanza di progetto, è legittima la decisione dell'Ente pubblico di escludere dalle proposte valutabili quella che presenta una sicura difformità dallo studio di fattibilità, allegato all'avviso pubblico e parte integrante di esso.

T.A.R. Liguria Genova, Sez. II, 17/04/2009, n. 772

La presentazione di un piano economico finanziario asseverato è imposta dalla lettera della legge in tema di finanza di progetto (art. 153 d.lg. 163 del 2006); l'asseverazione è imposta per garantire l'affidabilità del piano economico finanziario che a sua volta costituisce elemento essenziale per valutare prima ancora che il pubblico interesse la stessa fattibilità e sostenibilità economica della proposta. La mancata asseverazione del piano economico finanziario impedisce all'amministrazione di effettuare valutazioni attendibili. Pertanto ammettere un'asseverazione postuma del piano economico finanziario attribuisce al concorrente che ne giova un ingiustificato vantaggio competitivo in violazione della par condicio. Da ciò ne consegue la necessità di esclusione di proposte priva di tale asseverazione.

T.A.R. Liguria Genova, Sez. II, 25/03/2009, n. 438

La mera pendenza di un procedimento di finanza di progetto, che non sia giunto alla dichiarazione di pubblico interesse, non onera l'amministrazione in sede di scelte programmatiche di motivare le ragioni per le quali una determinata opzione realizzativa di un'opera pubblica sia stata abbandonata: consegue a ciò che

l'amministrazione, ove, nelle more della valutazione della proposta di finanza di progetto, intervenga un mutamento delle scelte programmatiche che incidano sull'opera da realizzarsi con l'apporto di capitale privato, potrà dichiarare non rispondente al pubblico interesse la proposta sulla semplice base del mutamento delle scelte programmatiche medio tempore intervenute; in tal caso i proponenti non potranno contestare le scelte programmatiche dell'ente in relazione alle quali appaiono privi di una posizione giuridica differenziata, posizione differenziata che assumeranno solo al momento della declaratoria di pubblico interesse.

La richiesta di varianti per rendere la proposta di finanza di progetto di interesse pubblico non appaia un'evenienza anomala o statisticamente rara in una logica finalizzata al conseguimento dell'obiettivo della realizzazione dell'opera conforme al pubblico interesse; deve, infatti, rilevarsi come precludere la possibilità dell'amministrazione di richiedere modifiche alla proposta renderebbe estremamente rigido un procedimento che deve caratterizzarsi, al contrario, per una sufficiente flessibilità, peraltro, coerente con il livello di definizione (progetto preliminare) della proposta. Ma se è fisiologica nell'ambito della prima fase di finanza di progetto la predisposizione di varianti per soddisfare le richieste dell'amministrazione deve specularmente ritenersi come la formulazione di richieste di modifica della proposta non possano ritenersi idonee a suscitare affidamenti particolari nei proponenti, non potendosi ritenere che la richiesta di varianti o modifiche ingeneri, di per sé, un affidamento alla positiva conclusione del procedimento, e ciò anche nel caso in cui il proponente sia uno solo.

T.A.R. Campania Salerno, Sez. I, 23/12/2008, n. 4362

La differenza tra le ipotesi della concessione di lavori pubblici e quella della concessione di servizi pubblici va rinvenuta nel tipo di nesso di accessorietà che lega la gestione del servizio alla realizzazione dell'opera; si avrà perciò concessione di costruzione ed esercizio se la gestione del servizio è strumentale alla costruzione dell'opera, in quanto diretta a consentire il reperimento dei mezzi finanziari necessari alla realizzazione, mentre si versa in tema di concessione di servizi pubblici quando l'espletamento dei lavori è strumentale, sotto i profili della manutenzione, del restauro e dell'implementazione, alla gestione di un servizio pubblico il cui funzionamento è già assicurato da un'opera esistente.

Consiglio di Stato, Sez. V, 14/04/2008, n.1600

In base al combinato disposto degli artt. 30, 7° comma, e 143, 7° comma, D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, il piano economico finanziario dev'essere contenuto anche nell'offerta solo qualora la concessione importi consistenti investimenti soggetti ad ammortamento, tali da richiedere la verifica dell'equilibrio economico-finanziario di base e consentire l'eventuale modifica del piano stesso nel corso della concessione per effetto del mutamento di determinate condizioni.

Consiglio di Stato, Sez. V, 17/09/2008, n. 4389

Si deve ritenere che l'art. 19 della L. n. 109/1994, così come l'art. 143 del D.Lgs. n. 163/2006, impongano alle amministrazioni concedenti, qualora apportino variazioni ai presupposti ed alle condizioni che determinano l'equilibrio economico finanziario degli investimenti e della connessa gestione, di rideterminare le nuove condizioni di equilibrio.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 17/12/2000, n. 6838

La tipicità della concessione di costruzione e gestione di lavori pubblici risiede nell'interesse pubblico volto a conseguire un bene di natura mista, in quanto costituito non solo dalla realizzazione dei lavori, ma anche della loro gestione funzionale ed economica

Dalla definizione normativa emerge la natura ambivalente della gestione, che è, nello stesso tempo, una componente del bene su cui si incentra l'interesse pubblico perseguito e, contemporaneamente, "controprestazione" a favore del concessionario, per il quale, costituisce, per tale profilo, un "diritto".

Corollario di tale riflessione è che la mera esecuzione dei lavori (quand'anche compiutamente avvenuta, di fatto, con piena rispondenza del risultato al pattuito) non è idonea a realizzare l'oggetto dedotto in gara, in quanto l'opera in sé è soltanto una delle componenti e neppure, necessariamente, la più significativa dell'oggetto contrattuale, spettando all'Amministrazione, mediante l'indicazione puntuale dell'ordine di importanza degli elementi da assumere per definire l'offerta più vantaggiosa, la definizione della componente principale dell'oggetto della concessione.

T.A.R. Lazio Roma, Sez. III, 22/06/2009, n. 5986

Nell'appalto-concorso, la progettazione esecutiva viene redatta dal privato, anzi è proprio questa la ratio della procedura, poiché l'Amministrazione ha necessità di avvalersi dell'apporto progettuale delle imprese private, per opere caratterizzate da obiettiva complessità tecnica e che richiedano specifiche competenze tecniche non possedute dalla stazione appaltante; la sua finalità è, pertanto, quella di selezionare una offerta, oltre che per l'aspetto economico dell'offerta, anche in relazione all'idoneità al caso concreto delle soluzioni progettuali proposte dal concorrente. Da tale funzione dell'appalto-concorso deriva una ampia discrezionalità della stazione appaltante nella scelta del progetto e la particolare rilevanza di quest'ultimo momento di scelta rispetto all'individuazione della migliore offerta economica.

Non costituisce aggiudicazione di un appalto-concorso il fatto che la commissione abbia individuato la offerta economicamente più vantaggiosa, occorrendo invece che il progetto esecutivo, dopo la valutazione dell'offerta economica da parte della commissione di gara, abbia superato l'esame del comitato tecnico-amministrativo.

* * * * *

Procedura di scelta del contraente applicabili alle varie tipologie contrattuali

T.A.R. Lazio Roma, Sez. III, 03/07/2009, n. 6443

Poiché dal sistema normativo di riferimento si trae la regola che le Amministrazioni si determinino a contrarre solo dopo meditata ponderazione degli "elementi essenziali del contratto" (così, con disposizione di carattere ricognitivo e quindi destinata a valere anche nella fattispecie considerata: l'art. 11 del Codice dei Contratti Pubblici), al pari di qualsiasi altro contraente, quando la Pubblica Amministrazione si rivolge al mercato (impegnandosi nei confronti dei soggetti che vi operano), deve aver preventivamente ed esattamente individuato l'ambito dei bisogni da soddisfare; ciò tanto più ove si consideri che il meccanismo privilegiato di scelta del contraente (la gara aperta) non consente aggiustamenti della domanda nel corso della procedura ed è anzi presidiato dal principio di immodificabilità dell'offerta, che ovviamente presuppone altrettanta tendenziale rigidità sul piano della domanda. Non v'è quindi dubbio che la previa definizione dell'oggetto della gara sia un preciso dovere delle stazioni appaltanti, volto a garantire anche la posizione dei partecipanti alle pubbliche gare. Ciò ovviamente non comporta che sia radicalmente esclusa la possibilità di revoca in ragione di superiori (e normalmente sopravvenute) esigenze di interesse pubblico secondo gli ordinari principi di sana amministrazione, ma unicamente significa che la revoca (costituendo un evento non conforme alla fisiologia del contrarre) costituisce una vera e propria eccezione alla regola. Ciò che non può appunto realizzarsi laddove il mutamento di una determinazione ha luogo a causa di una non meditata e previa definizione dell'oggetto del contrarre.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 24/04/2009, n. 2638

È inammissibile per carenza di interesse il ricorso proposto avverso la procedura di selezione per la scelta di un contraente allorché da una verifica a priori risulti con certezza che il ricorrente, anche in caso di annullamento degli atti impugnati, non potrebbe risultare vincitore, stante la mancata dimostrazione del c.d. superamento della prova di resistenza e di prova della marginalità dei punteggi.

T.A.R. Calabria Catanzaro, Sez. II, 09/06/2009, n. 627

La responsabilità precontrattuale della P.A. sussiste non solo nel caso di procedure negoziate, ma anche in presenza di una procedura non negoziata (come una procedura indetta per una concessione amministrativa, appartenente, secondo la preferibile opzione interpretativa, alla categoria dei "contratti di diritto pubblico"); in tal caso la responsabilità precontrattuale della P.A. non può ritenersi limitata alla fase successiva alla scelta del contraente, non potendosi scindere il momento di sviluppo del procedimento negoziale limitando l'applicazione delle regole di responsabilità precontrattuale alla fase in cui il "contatto sociale" viene individualizzato. Una volta che si riconosce l'autonomia del momento negoziale rispetto a quello pubblicistico non sussistono valide ragioni per ritenere che la buona fede e la diligenza non operino sin dalla fase di inizio del predetto "contatto" che si ha con la esternazione dell'invito ad offrire

Nel caso in cui la P.A. abbia interrotto le trattative finalizzate al rilascio di una concessione amministrativa, in violazione delle regole di buona fede, essa deve rispondere, ai sensi degli artt. 1337 e 1338 cod. civ., a titolo di responsabilità precontrattuale "da mancata conclusione del contratto".

Affinchè possa dirsi integrata la fattispecie di cui all'art. 1337 cod. civ., occorre che sussistano due elementi: uno positivo, rappresentato dall'affidamento senza colpa ingenerato nella controparte dal comportamento del soggetto recedente; l'altro negativo, rappresentato dalla mancanza di una giusta causa. In altri termini, il recesso dalle trattative determina responsabilità precontrattuale quando le stesse sono interrotte in assenza di una giusta causa, con lesione dell'affidamento creato nell'altro contraente.

Non è sufficiente ad esonerare da responsabilità precontrattuale la P.A. ed a ritenere specularmente non meritevole di protezione l'affidamento del privato la circostanza che con l'avviso pubblico i partecipanti alla procedura concorsuale erano stati informati circa la necessità che il "progetto esecutivo" oggetto della gara avrebbe dovuto essere sottoposto a tutte le "necessarie approvazioni".

In materia di responsabilità precontrattuale è risarcibile il solo interesse negativo e cioè l'interesse a non intraprendere o proseguire trattative inutili. Più precisamente, è risarcibile sia il danno emergente, rappresentato dalle spese inutilmente sostenute, sia il lucro cessante, rappresentato dalle altre occasioni favorevoli perse. La prova di tali danni spetta, in linea con l'inquadramento di tale responsabilità nell'ambito della responsabilità civile, alla parte lesa.

In sede di determinazione del danno derivante da responsabilità precontrattuale della P.A., non può applicarsi in via equitativa il metodo di determinazione del danno rappresentato dalla liquidazione forfettaria di una somma pari al 10% dell'ammontare dell'offerta. Tale metodo, infatti, è astrattamente utilizzabile, con i dovuti correttivi di natura equitativa, soltanto per la definizione delle misure risarcitorie da lesione dell'interesse positivo.

In sede di determinazione del danno derivante da responsabilità precontrattuale della P.A., occorre fornire la prova del danno derivante dalle occasioni di lavoro perse a causa dell'impegno profuso nello svolgimento di trattative rilevatesi poi inutili, essendo il danneggiato onerato a provare, sulla base di circostanze di fatto certe e puntualmente allegate, il nesso causale tra la condotta lesiva e il vantaggio alternativo perduto.

* * * * *

Requisiti di qualificazione

Consiglio di Stato, Sez. V, 22/09/2009, n. 5640

Rientra nella discrezionalità delle singole Amministrazioni prescrivere requisiti d'idoneità diversi e più severi rispetto a quelli normativamente fissati, anche al fine di meglio tutelare l'interesse pubblico perseguito, salvo il limite della logicità e

ragionevolezza di quanto richiesto e della pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito, in modo da non restringere, oltre lo stretto indispensabile, la platea dei potenziali concorrenti e da non preconstituire situazioni di assoluto privilegio.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 18/09/2009, n. 5626

L'istituto dell'avvalimento, quale disciplinato dall'art. 49 del d.lgs. n. 163 del 2006, non può consentire la surroga "in toto" nei requisiti attinenti allo "status" dell'imprenditore che partecipa alla gara, ma opera, sul piano dell'esecuzione dei lavori o del servizio, agli effetti dell'integrazione dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico ed organizzativo; è pertanto legittimo l'operato del seggio di gara, laddove questo, constatato che l'avvalente possedeva ex se tutti i requisiti partecipativi, ha escluso (in quanto contrario alla ratio dell'istituto in questione) che si potesse ricorrere all'avvalimento per giovarsene sotto il profilo dell'incremento del punteggio concernente il merito tecnico.

Legittimamente l'Amministrazione appaltante può, nel bando di gara, privilegiare le imprese che abbiano svolto attività identiche a quella oggetto dell'appalto, attribuendo loro uno specifico punteggio utile ai fini dell'aggiudicazione, potendo lo svolgimento di servizi analoghi a quelli oggetto della gara costituire un adeguato indice rilevatore dell'affidabilità e quindi della "qualità". Invero, l'inserimento della clausola che attribuisce un ulteriore punteggio ai soggetti che hanno espletato (nel caso in questione forniture) analoghe, non appare illogico ed arbitrario, ma del tutto legittimo, afferendo, in realtà, alla valutazione di elementi che hanno diretto ed immediato riferimento con la prestazione richiesta con l'oggetto della gara, in termini di logica presumibilità di una migliore esecuzione della fornitura richiesta .

Consiglio di Stato, Sez. V, 07/04/2009, n. 2147

In tema di gare di appalto, è illegittima la commistione fra requisiti di ammissione delle domande e valutazione di merito ed in particolare tra elementi soggettivi di qualificazione del concorrente ed elementi oggettivi attinenti alla qualità dell'offerta. In particolare, è illegittima la previsione di un rilevante punteggio per elementi che nulla hanno a che vedere con il merito tecnico dell'offerta e che attengano, invece, all'esperienza professionale acquisita dal concorrente (es. curriculum, licenze o certificazioni di qualità ovvero servizi analoghi prestati in precedenza).

In base al principio di parità di trattamento degli operatori economici e per l'obbligo di trasparenza, un'amministrazione aggiudicatrice non può applicare regole di ponderazione e sottocriteri per i criteri di aggiudicazione che non abbia preventivamente portato a conoscenza degli offerenti (alla stregua del principio nella specie è stata ritenuta illegittima l'introduzione ad opera dell'organo istruttore di nuovi criteri rispetto a quelli previsti nel bando).

Consiglio di Stato, Sez. VI, 23/07/2009, n. 4627

Venuto meno l'aggiudicatario, deve essere preso in considerazione il secondo classificato senza rideterminazione della soglia di anomalia tanto nell'ipotesi in cui

emerge la carenza dei requisiti di qualificazione quanto in quella di esclusione dettata dal riscontro di vizi inficianti la domanda di partecipazione.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 23/07/2009, n. 4627

Costituisce causa di esclusione il mancato adempimento dell'obbligo di dichiarare, in caso di imprese associate in A.T.I., le quote di partecipazione all'interno della compagine; obbligo imposto al fine di assicurare che la stazione appaltante possa in concreto verificare il possesso dei requisiti di qualificazione da parte delle singole imprese per l'effettiva parte di lavori che ciascuna deve espletare.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 27/06/2008, n. 3295

Ai sensi dell'art. 41, comma 3, del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, la prova della capacità economica e finanziaria mediante "qualsiasi altro documento considerato idoneo" dalla stazione appaltante può essere anche costituita dal fatturato dell'esercizio in corso nell'anno di pubblicazione del bando, nel caso in cui quest'ultimo si riferisca genericamente agli "ultimi cinque esercizi antecedenti la pubblicazione del bando"; tale espressione, infatti, non esclude il fatturato inerente l'anno della pubblicazione del bando, purché relativo a periodo antecedente alla data di pubblicazione stessa.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 25/11/2008, n. 5808

Nel caso in cui la lex specialis della gara faccia riferimento, ai fini della determinazione degli elementi di valutazione dell'offerta, al "fatturato raggiunto negli ultimi tre anni", tale riferimento deve essere inteso come rivolto agli ultimi tre esercizi finanziari, e non già agli ultimi tre anni solari; il riferimento agli "ultimi tre anni", infatti, non può essere letto in modo avulso dal contesto della clausola che lo prevede e specificamente dall'impiego, nel testo della stessa, del termine "fatturato", tale da richiamare un dato contabile e finanziario, piuttosto che meramente storico. Il "fatturato", infatti, individua non il complesso degli affari svolti in un determinato arco di tempo, ma quello ricompreso in un determinato esercizio finanziario, e pertanto può essere determinato unicamente con riferimento ai bilanci di esercizio (che, come noto, costituiscono il riferimento temporale convenzionale in materia contabile e finanziaria

* * * * *

Criterio di aggiudicazione con l'offerta economicamente più vantaggiosa

Consiglio di Stato, Sez. V, 14/10/2009, n. 631

Secondo l'orientamento ormai prevalente, il punteggio numerico può essere considerato sufficiente a motivare gli elementi dell'offerta economicamente più vantaggiosa soltanto nell'ipotesi in cui il bando di gara abbia espressamente predefinito specifici, obiettivi e puntuali criteri di valutazione, visto che tale criterio di aggiudicazione svincola l'amministrazione da una valutazione meccanica,

attribuendole un potere fortemente discrezionale. Tale esigenza risponde al principio di correttezza dell'azione amministrativa, ineludibile per tutte le procedure ad evidenza pubblica, a garanzia dell'imparziale svolgimento di tali procedimenti ed al fine di consentire la verifica dell'operato della P.A., sia da parte del privato interessato che del Giudice amministrativo, il quale deve poter ricostruire l'iter logico seguito dalla stazione appaltante.

Il criterio dei punteggi del confronto a coppie non può sopperire all'assenza di criteri predefiniti. Tale criterio infatti - introdotto con il d.P.C.M. 27 febbraio 1997 n. 116 (abrogato con legge n. 39/2002) e poi previsto dal d.P.R. n. 554/1999 (art. 61, all.ti C ed A) - con il quale è possibile mettere a raffronto, a due a due, gli elementi delle offerte presentate, per trarne, poi, una graduazione come risultato di tutte le comparazioni fatte con attribuzione di preferenze che vanno da un minimo ad un massimo di punti predeterminati, infatti non influisce in alcun modo sulle regole proprie della motivazione.

Nelle gare di appalto con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la scelta del peso ponderale da attribuire alle varie voci rientra nella discrezionalità della stazione appaltante, sindacabile soltanto se manifestamente illogica in relazione alle caratteristiche dell'appalto. In particolare non può ritenersi di per sé manifestamente illogica l'attribuzione di (soli) 30/100 al prezzo e la circostanza che, dopo la valutazione delle offerte tecniche, il divario tra la prima e la seconda fosse superiore a 30 e tale da rendere ininfluenza la valutazione delle offerte economiche.

Consiglio di Stato, Sez. V, 28/08/2009, n. 5105

Costituisce principio generale regolatore delle gare pubbliche il divieto di commistione fra i criteri soggettivi di pre-qualificazione e quelli oggettivi afferenti alla valutazione dell'offerta ai fini dell'aggiudicazione. Tale principio, che affonda le sue radici nell'esigenza di aprire il mercato premiando le offerte più competitive ove presentate da imprese comunque affidabili, unitamente al canone di par condicio che osta ad asimmetrie pregiudiziali di tipo meramente soggettivo, trova il suo sostanziale supporto logico nel bisogno di tenere separati i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara da quelli che invece attengono all'offerta e all'aggiudicazione.

E' illegittimo un bando di gara di appalto, da aggiudicare con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nella parte in cui ha attribuito rilevanza, in sede di assegnazione del punteggio, ai requisiti soggettivi in sé considerati, ossia avulsi dalla valutazione dell'incidenza dell'organizzazione sullo specifico espletamento del servizio da aggiudicare (nella specie si attribuiva rilievo al possesso di certificazioni di qualità ed all'attività di intermediazione svolta negli ultimi tre anni, ossia ad aspetti che non attengono all'organizzazione specifica concreta bensì alle qualità soggettive astratte).

Consiglio di Stato, Sez. VI, 3/06/2009, n. 3404

Nel caso di utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, vanno separatamente valutate l'offerta economica e l'offerta tecnica. Ma quanto alla

valutazione dell'offerta economica, il criterio non può che essere quello del prezzo più basso, senza medie o criteri forfetari.

I criteri di distribuzione del punteggio per l'offerta economica, previa suddivisione di essa in vari subelementi, devono comunque essere strutturati in modo tale da condurre al risultato per cui l'offerta economica complessivamente inferiore deve riportare un punteggio, per il prezzo, complessivamente superiore. Si può semmai graduare il punteggio per il prezzo secondo criteri di proporzionalità o progressività, premiare il prezzo più basso di più per taluni elementi e meno per altri, ma qualsivoglia criterio si utilizzi, non si può trattare di criterio suscettibile di pervenire al paradossale risultato di dare il maggiore punteggio complessivo ad un offerta economica più elevata di altre

T.A.R. Lazio Roma, Sez. III, 29/01/2009, n. 897

L'art. 83, comma 4, D.Lgs. n. 163 del 2006 (Codice dei contratti pubblici) va interpretato nel senso che, quando l'appalto è affidato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, i criteri di valutazione dell'offerta debbono essere precisati fin dalla formulazione del bando di gara, indicando la ponderazione e cioè il valore o la rilevanza relativa attribuita a ciascuno di essi, anche mediante una soglia, espressa con un valore numerico determinato, in cui lo scarto tra il punteggio della soglia e quello massimo relativo all'elemento cui la soglia si riferisce deve essere adeguato. La norma impone ancora che sia sempre il bando a prevedere, ove necessario, per ciascun criterio di valutazione prescelto, i sub-criteri e i sub-pesi o i sub-punteggi, introducendo poi un ulteriore elemento di limitazione del potere discrezionale della commissione giudicatrice allorché dispone che questa, prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, deve fissare i "criteri motivazionali" per giustificare l'attribuzione dei punteggi a ciascun criterio o sub-criterio di valutazione.

L'art. 83, comma 4, D.Lgs. n. 163 del 2006 (Codice dei contratti pubblici), essendo volto a tutelare il principio della par condicio (e, conseguentemente, ad evitare le possibili alterazioni degli elementi valutativi in relazione ai quali tutti i concorrenti hanno potuto predisporre la propria offerta tecnica), può ritenersi violato solo nella misura in cui la commissione di gara venga ad alterare gli elementi di valutazione relativamente ai quali tutti i concorrenti hanno potuto predisporre la propria offerta tecnica. Non può pertanto ravvisarsi la violazione del disposto di cui all'art. 83 cit., nel caso in cui le determinazioni assunte dalla commissione giudicatrice non appaiano concretamente idonee a violare il principio di parità di trattamento dei concorrenti, in considerazione del fatto che, essendo già determinate nel capitolato speciale le relazioni di priorità tra i sottocriteri, la determinazione concreta del punteggio appare come una mera specificazione di parametri compiutamente predeterminati.

T.A.R. Piemonte Torino, Sez. I, 14/01/2009, n. 82

Il D.L.vo n. 152/2008, recante il testo del c.d. terzo decreto correttivo del codice dei contratti pubblici, in adesione al parere espresso dall'Adunanza consultiva del Consiglio di Stato del 14 luglio 2008, ha espunto dall'art. 83, comma 4 del codice l'inciso secondo cui "la commissione giudicatrice prima dell'apertura della buste

contenenti le offerte, fissa in generale i criteri motivazionali cui si atterrà per attribuire a ciascun criterio e sub-criterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando", nell'intento di arginare la discrezionalità attribuita alla commissione, o meglio la possibilità che mercé la predefinizione dei criteri motivazionali l'organo tecnico potesse surrettiziamente anche introdurre nuovi sub-criteri in aggiunta a quelli recati dal bando, in violazione del divieto in tal senso posto dall'art. 83 del d.lgs. n. 163/2006 – introdotto a seguito della nota sentenza della Corte di Giustizia, Sez. VI, 24 novembre 2005; a seguito dell'entrata in vigore del terzo decreto correttivo, pertanto, la commissione di gara non può fissare sub-criteri di valutazione delle offerte.