

LA PROCEDURA DI INFRAZIONE CEE CONTRO IL CODICE DEI CONTRATTI.

CONVEGNO IGI – 22 APRILE 2008

Prof. Avv. Beniamino Caravita di Toritto

Avv. Marcello Collevocchio

(Professore Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico Università La Sapienza di Roma;
Chairman Studio Legale Caravita di Toritto & Associati)

Partner dello Studio Legale
Caravita di Toritto & Associati

1. PREMESSA

2-3 IL PROMOTORE FINANZIARIO.

2. Cenni sulle novità in materia di project financing.

3. Le osservazioni formulate dalla Commissione in materia di promotore finanziario.

3.1.1 Diritto di prelazione e “vantaggi” del promotore fra censure della commissione e sentenza della Corte di Giustizia.

3.1.2 Vantaggi del promotore e disciplina della bozza di decreto-correttivo.

3.2 Regime di pubblicità degli interventi realizzabili in p.f.

4. REALIZZAZIONE DI OPERE DI URBANIZZAZIONE A SCOMPUTO DEL CONTRIBUTO DEL PERMESSO DI COSTRUIRE E DIRITTO DI PRELAZIONE.

5. CRITERI UTILIZZATI PER L'AGGIUDICAZIONE DELL'APPALTO.

5.1 La censura della Commissione.

5.2 L'adeguamento dello Stato Italiano nella bozza di decreto anti-infrazione: prime considerazioni.

1. PREMESSA

Continua il periodo di assestamento della disciplina del Codice degli appalti, che indubbiamente ha avuto il merito di una unitaria e sistematica disciplina della materia dei contratti pubblici. Basti solo pensare all'emanazione dei due decreti correttivi n. 6 e 113 del 2007, alle modifiche introdotte nella legge finanziaria (ad es. sull'arbitrato), ai problemi legati alla approvazione del Regolamento di attuazione, ancora in fase di registrazione presso la Corte dei Conti.

In questo quadro si inserisce anche la decisione della Commissione del 30 gennaio 2008 di costituzione in mora della Repubblica Italiana in merito ad alcune disposizioni del Codice che sollevano problemi di compatibilità con le direttive appalti pubblici.

Sono quindici gli istituti del Codice su cui si appuntano le censure della Commissione.

Sotto il profilo sistematico si tratta di disposizioni relative a:

- Ambito di applicazione del Codice n. 1 (art. 24, par.1).
- Requisiti dei partecipanti alle procedure di affidamento (nn. 2, 3, 4, 5, 6) (artt. 34, par.1, art. 37 par.11, art. 48-62, art. 45, art. 49).
- Procedure (n. 7) (art. 58).
- Bandi, avvisi (nn.8-10) (art. 79, par.1 e 2, 140, par.1).
- Criteri per aggiudicazione appalto (n.9) (art. 83, par.4).
- Promotore finanziario (11-12) (artt. 152-160 e 32, par.2, lett. g)
- Infrastrutture ed insediamenti produttivi (13-14-15) (art. 172, 174, par.5, 179, par.7).

Un ulteriore decreto legislativo di adeguamento non è stato sinora approvato e pubblicato; tuttavia è stato redatto uno schema di decreto legislativo recante ulteriori modifiche ed integrazioni al Codice degli appalti che può costituire un riferimento utile per valutare la posizione dello Stato Italiano rispetto alle censure formulate dalla Commissione (cd. terzo decreto correttivo).

Finora il decreto correttivo non è stato emanato per ragioni di opportunità costituzionale, posto che il provvedimento, soprattutto per quanto concerne la disciplina del project financing, andava al di là della ordinaria amministrazione. I due anni previsti dall'art. 25, co.3 della legge delega n. 62/2005 per poter apportare correzioni al Codice con il sistema dei decreti legislativi scadono alla fine del mese di giugno. Sarà quindi non agevole per il nuovo Governo rispettare tale termine (l'approvazione di modifiche con il decreto legislativo necessita del parere delle Commissioni di Camera e Senato, del Consiglio di Stato e della Conferenza delle Regioni). In mancanza dell'osservanza dei predetti termini si dovrà provvedere con gli strumenti di legislazione ordinaria. Oggetto di questa relazione sono tre istituti di grande rilevanza: la disciplina del promotore finanziario (che è stata osservata sotto diversi profili dalla Commissione); il diritto di prelazione nella realizzazione di opere a scomputo del contributo del permesso di costruire; i criteri per l'aggiudicazione dell'appalto.

2. CENNI SULLE NOVITÀ IN MATERIA DI PROJECT FINANCING.

In via preliminare si rileva come nei primi mesi del 2008 si registrino una serie di significative novità sul project financing (di seguito p.f.).

Innanzitutto la Commissione ha costituito in mora la Repubblica Italiana per incompleta/erronea trasposizione del Codice dei contratti (**decisione della Commissione del 30.1.2008**). Fra le disposizioni del Codice che sollevano problemi di compatibilità con le Direttive sugli appalti pubblici la Commissione inserisce anche le norme di disciplina della cd. finanza di progetto (cfr. pagg. da 9 a 12).

Nel corso dei due mesi entro cui l'Italia è invitata a provvedere sui rilievi formulati dalla Commissione, è stata nel frattempo emanata la **sentenza della Corte di Giustizia, sez II^a, 21 febbraio 2008 (Causa C-412-04,**

Commissione CE/Repubblica Italiana), di decisione del ricorso della Commissione contro lo Stato Italiano per inadempimento, avente ad oggetto anche gli articoli 37-bis e seguenti della legge n.109/94 e s.m. Infine siamo in attesa dell'emanazione di un **decreto legislativo "anti-infrazione"** (o 3° decreto correttivo), che risponda alle osservazioni formulate dalla Commissione. Invero, dallo schema di decreto si evince che esso non è circoscritto ad un adempimento rispetto alle infrazioni segnalate, ma più in generale è diretto ad inserire ulteriori modifiche al Codice degli appalti in esecuzione dell'art. 25, co.3, della legge 18 aprile 2005, n.62 che prevede la possibilità di emanare disposizioni correttive al Codice degli appalti entro due anni dalla sua entrata in vigore. Ne consegue che lo schema del citato decreto legislativo dedica espressamente solo l'art. 5 a disposizioni di adeguamento comunitario, laddove invece le altre norme arrecano modifiche al Codice degli appalti che non sono espressamente collegate alle infrazioni rilevate dalla Commissione (circa i tempi e modi di approvazione del decreto, vedi precedente paragrafo).

3. LE OSSERVAZIONI FORMULATE DALLA COMMISSIONE IN MATERIA DI PROMOTORE FINANZIARIO.

3.1.1 Diritto di prelazione e "vantaggi" del promotore fra censure della Commissione e sentenza della Corte di Giustizia.

La Commissione rileva che gli articoli 153 e ss. del Codice degli appalti ripropongono in gran parte la disciplina di cui agli art. 37-bis e seg. della previgente legge Merloni, già osservate dalla Commissione con ricorso innanzi alla Corte di Giustizia.

Invero la censura più significativa mossa dalla Commissione in questi anni riguardava l'art.154 del Codice nella parte in cui prevedeva **un diritto di prelazione in favore del promotore**, che nella procedura negoziata poteva adeguare la sua proposta a quella giudicata più

conveniente dall'amministrazione, e risultare così aggiudicatario della concessione.

Il diritto di prelazione in favore del promotore, inserito per incentivare le proposte e le iniziative economiche dei privati, era stato censurato dalla Commissione perché in grado di violare il principio della *par condicio* dei concorrenti nel corso della procedura negoziata.

Sul punto l'art.153, co.3 prevedeva, al fine di informare e garantire i concorrenti, che l'avviso inerente alla pubblicità degli interventi realizzabili con capitali privati avrebbe dovuto indicare espressamente la previsione del diritto di prelazione a favore del promotore ove quest'ultimo avesse inteso adeguare il proprio progetto alle migliori offerte dei concorrenti.

Invero la pubblicità del diritto di prelazione attenuava, ma non eliminava, le questioni sottostanti relative alla *par condicio* dei concorrenti. Il principio di parità dei concorrenti nelle gare di appalto, applicato alla luce del diritto comunitario, sembrava essere disatteso dal diritto di prelazione; tale diritto, infatti, finiva con il privilegiare nettamente, a parità di condizioni, il soggetto protagonista dell'iniziativa.

Il diritto di prelazione del promotore è stato poi abrogato per effetto delle modifiche introdotte dal decreto legislativo n. 113/2007 (secondo decreto correttivo), e la Commissione ne prende atto nella Decisione del 31.1.2008.

Certamente tale modifica ha ristabilito una posizione di parità dei contraenti nella procedura negoziata; sotto altro profilo ha eliminato una disposizione che - essendo capace di ridurre per il promotore i rischi di mancato affidamento della concessione - era diretta ad incentivare gli operatori privati a proporre operazioni di p.f.

Purtuttavia la Commissione, pur avendo preso atto della abrogazione del diritto di prelazione del promotore (cfr.par.3.1), sottolinea comunque

la permanenza di una indebita posizione di vantaggio del promotore:
“Nel corso della procedura di attribuzione della concessione, infatti, il promotore non è su un piede di parità con gli altri operatori potenzialmente interessati in quanto ha il vantaggio di partecipare ad una procedura negoziata (fase della procedura di attribuzione) nella quale deve confrontarsi unicamente con i soggetti che hanno presentato le 2 migliori offerte nella gara precedente (fase 1), indetta sulla base della sua proposta”.

La violazione del principio di parità di trattamento, secondo la Commissione, si compie non solo in relazione al già citato diritto di prelazione, ma anche in un momento precedente, allorchè il promotore è automaticamente chiamato a partecipare alla procedura negoziata al fine dell'attribuzione della concessione, indipendentemente da qualsiasi confronto tra la sua proposta e le offerte presentate dai partecipanti alla gara.

Tale censura sottolinea la mancata partecipazione alla gara da parte del promotore come un momento di mancato confronto e comparazione, di per sé non coerente con i principi concorsuali di partecipazione dei concorrenti e par condicio.

La norma del Codice si spiega con l'esigenza di mantenere come principale riferimento il promotore il quale ha redatto il progetto preliminare ed ha superato la valutazione comparativa con altre proposte ai sensi degli artt.153, co.3, e 154; oltretutto il promotore deve comunque affrontare la procedura negoziata con due migliori competitori selezionati con la gara di cui all'art.155, co.1, lett.a.

Senonchè, subito dopo la messa in mora del 30.1.2008, è stata emanata la sentenza della Corte di Giustizia del 21.2.2008 di decisione del ricorso promosso dalla Commissione per inadempimento dello Stato Italiano, che a proposito del p.f. censurava le norme nazionali

attributive al promotore del diritto di prelazione e relativa alla possibilità di non partecipare alla gara.

Ebbene, le osservazioni della Commissione sulle norme nazionali di disciplina del p.f. (artt. 37 bis e ss. della legge Merloni) sono state ritenute **irricevibili** dalla Corte di Giustizia in quanto, secondo la Corte, la Commissione, *“nell’ambito di questa censura, non indica quali di queste Direttive e/o disposizioni del Trattato la Repubblica Italiana avrebbe precisamente violato commettendo asseritamente una violazione del principio di parità di trattamento”*.

E dunque: prima il legislatore nazionale prevede il diritto di prelazione in favore del promotore, con l'accorgimento che a detta previsione venga conferita adeguata pubblicità. Successivamente la Commissione contesta tali norme perché contrarie alle direttive comunitarie sollevando un giudizio innanzi alla Corte di Giustizia. Nelle more del giudizio lo Stato Italiano si adegua abrogando la prelazione del promotore con il d.lgs. n.113/07, con presa d'atto della Commissione nella costituzione in mora del gennaio 2008. Finché la sentenza della Corte di Giustizia dichiara irricevibile per genericità il ricorso della Commissione sulle norme osservate del p.f.

In un processo complessivo che tendeva a rimuovere posizioni di beneficio per il promotore, la sentenza sembra segnare un punto di discontinuità in quanto – pur non entrando nel merito – comunque non accoglie la censura della Commissione sul diritto di prelazione.

Circa il diritto di prelazione, allo stato sussiste una identità di posizioni fra la Commissione e lo Stato Italiano dopo la rimozione di tale diritto dall'art.154. E' anche vero, però, che tale abrogazione è avvenuta in ossequio delle osservazioni della Commissione non del tutto avvalorate dalla Corte di giustizia che eccepisce una questione di rito.

Diversa appare la situazione in ordine all'altra censura – pure dichiarata irricevibile dalla Corte di Giustizia - posto che essa si riferisce a disposizioni del Codice tuttora vigenti e non abrogate (promotore non partecipa alla gara ma solo alla procedura negoziata).

Infatti la sentenza della Corte potrebbe anche essere invocata per evitare sul punto una modifica della normativa nazionale nel senso indicato dalla Commissione.

*

3.1.2 Vantaggi del promotore e disciplina della bozza di decreto-correctivo.

Rispetto alle citate osservazioni della Commissione sui vantaggi del promotore la bozza di decreto correctivo non prevede nessuna disposizione adeguatrice all'art. 5, espressamente intitolato "Disposizioni di adeguamento comunitario".

Tuttavia il decreto è caratterizzato da una profonda modifica della finanza di progetto, idonea anche ad adeguare la disciplina alle osservazioni formulate dalla Commissione.

Infatti, l'art. 1, comma 1°, lett. m), del decreto correctivo sostituisce l'art. 155 del Codice prevedendo una "nuova" procedura di scelta del concessionario.

In estrema sintesi, e per quanto più interessa in questa sede, essa viene così strutturata (anche alla luce della nuova formulazione degli artt. 153 e 154 contenuta nella bozza del decreto):

1) fase di scelta del promotore

a) l'amministrazione pubblica un **bando di gara** ponendo a base di gara uno studio di fattibilità, predisposto dalla stessa amministrazione, riguardante la realizzazione di lavori inseriti nei suoi atti di programmazione.

b) la p.a. redige una **graduatoria** tra le **offerte** presentate e **nomina promotore** colui che è risultato primo in graduatoria; approva il progetto preliminare presentato dal “promotore” (in tale fase il promotore procede, se necessario per l’approvazione, a modifiche progettuali ed altri adempimenti)

2) fase di attribuzione della concessione

d) l’amministrazione **aggiudica** la concessione a seguito di **procedura negoziata con il promotore** ovvero, in subordine, con i concorrenti successivi in graduatoria.

Tale fase non si svolge nel caso in cui il progetto non necessita di modifiche, poiché il promotore diventa automaticamente concessionario. Qualora il promotore, a seguito della procedura negoziata, non accetti le modifiche progettuali ed economico-progettuali, l’amministrazione ha facoltà di procedere alla negoziazione con i concorrenti successivi in graduatoria, sulla base del progetto del promotore come modificato a seguito della fase approvativa.

Come si evince dalla procedura brevemente descritta, il riferimento di tutto il procedimento diviene il bando di gara predisposto dall’amministrazione. Si tratta di una unica gara in cui tutti i partecipanti sono posti sullo stesso piano; il soggetto che avrà presentato l’offerta migliore diventerà il promotore (il quale diverrà anche concessionario a seguito di procedura negoziata in caso di accettazione delle modifiche).

Ad una prima valutazione sembra che una siffatta disciplina sia idonea ad eliminare quelle posizioni di vantaggio del promotore osservate dalla Commissione. In particolare, il promotore è un soggetto che non viene individuato prima della gara, ma proprio ad esito dell’espletamento di una gara in cui gli operatori partecipano tutti in posizione di parità.

La gara unica risolverebbe sia le questioni inerenti alla mancata partecipazione del promotore alla prima selezione di cui all'art.155, sia ogni eventuale profilo di disparità inerente a procedure concorsuali che si riferiscono ad un progetto preliminare presentato dal promotore che allo stesso tempo partecipa come soggetto concorrente (nella procedura negoziata).

Va da sé che l'istituto verrebbe profondamente modificato, essendo il promotore non un soggetto che promuove una iniziativa, ma un operatore che si aggiudica una procedura concorsuale. Per altro verso la bozza di decreto prevede una maggiore flessibilità, consentendo agli operatori di presentare proposte – concernenti studi di fattibilità – di realizzazione di lavori non previsti in strumenti di programmazione, che peraltro non comportano alcun obbligo di esame e valutazione per la p.a.

*

3.3 Regime di pubblicità degli interventi realizzabili in p.f.

L'altro rilievo mosso dalla Commissione in materia di p.f. è il seguente (pag.11) *“il rispetto delle regole della direttiva 2004/18/CE in materia di attribuzione delle concessioni di lavori e del principio di parità di trattamento non sembrerebbe garantito dalle (...) disposizioni del Codice, in ragione dell'assenza di pubblicità a livello comunitario degli avvisi diretti a scegliere il promotore ed il concessionario.*

La censura della Commissione si riferisce all'art. 153, co.3 del Codice secondo cui la presenza negli strumenti di programmazione di cui all'art. 128, co.2, di interventi realizzabili con capitali privati deve essere resa pubblica mediante **un avviso** indicativo affisso presso la sede della amministrazione aggiudicatrice che deve figurare sui siti informatici di cui all'art. 66, co.7 del Codice. Quest'ultima norma prevede pubblicazioni degli avvisi a livello nazionale, ma non comunitario; la pubblicazione a

livello comunitario non è obbligatoria, ma facoltativa da parte delle amministrazioni aggiudicatrici.

Gli obblighi pubblicitari relativi all'avviso costituiscono un passaggio importante nel procedimento di p.f., in quanto sono diretti a favorire la conoscenza da parte dei potenziali "promotori" della presenza negli atti di programmazione dell'amministrazione di determinati "lavori" realizzabili con capitali privati suscettibili di generare una redditività e pertanto possibili oggetto di una loro eventuale "proposta".

L'avviso esplica quindi un duplice effetto: informare gli operatori sugli interventi realizzabili con capitali privati e favorire la concorsualità, in modo da poter scegliere fra più proposte avanzate dagli operatori interessati¹.

In ogni caso l'intervento della Commissione va nella direzione di una più ampia pubblicità al fine di promuovere una larga concorrenza che si risolva peraltro anche in una maggiore possibilità di scelta della p.a.².

Orbene, anche in questo caso la bozza di decreto correttivo non prevede nessuna disposizione adeguatrice all'art. 5 (intitolato "Disposizioni di adeguamento comunitario"); tuttavia sembra che la censura della Commissione venga superata per effetto di altre disposizioni contenute nella bozza di decreto correttivo di modifica della procedura di p.f..

¹ La rilevanza della pubblicità dell'avviso è stata anche sottolineata dall'Autorità dei lavori pubblici nella deliberazione n. 18 del 21 marzo 2006, secondo cui la norma in esame dovrebbe essere interpretata come obbligo da parte delle amministrazioni aggiudicatrici di adottare comportamenti positivi, cioè misure concrete volte a instaurare procedure conformi ai principi fondamentali di trasparenza e libera concorrenza sanciti dal Trattato CE e dalla legge quadro sui lavori pubblici. Così, soprattutto in caso di interventi economicamente più rilevanti, dovrebbero essere utilizzate forme di pubblicità più consone alla specificità dell'intervento e degli operatori interessati. Quale eventualmente, appunto, anche la pubblicazione a livello comunitario nel caso di interventi relativi a lavori il cui importo superi la soglia comunitaria.

² Finalità, questa, posta alla base anche della osservazione della Commissione a proposito delle presunte "restrizioni" poste dall'art. 34, co.1 del Codice a proposito dei soggetti cui possono essere affidati i contratti pubblici.

Infatti la bozza di decreto prevede (art. 1, comma 1, lett. i, di modifica dell'art. 153 del Codice) che le amministrazioni, per la realizzazione tramite contratti di concessione di lavori inseriti negli atti di programmazione *“possono procedere mediante pubblicazione di un **bando**, di cui agli articoli 154 e 155, finalizzato alla presentazione di **offerte** che contemplino l'utilizzo di risorse totalmente o parzialmente a carico dei soggetti proponenti”*, successivamente *“le amministrazioni aggiudicatrici, tra le offerte pervenute, provvedono ad individuare con le modalità specificate agli articoli 154 e 155 quella che ritengono di pubblico interesse, nominando promotore il soggetto che l'ha presentata. (...) la stipulazione del contratto di concessione può avvenire solamente a seguito della ultimazione, con esito positivo, della procedura di approvazione del progetto preliminare e della relativa procedura negoziata da svolgersi con il promotore ed eventualmente, con gli altri offerenti, secondo quanto previsto dall'art. 155, comma 1, lett. d)”*.

Tale norma sembra idonea a risolvere i profili di censura della Commissione. Infatti nella nuova formulazione della norma il bando finalizzato alla presentazione delle offerte è quello *“di cui agli articoli 154 e 155”*. Invero l'art. 155, come modificato dall'art.1, lett.m) del decreto, prevede che **il bando sia pubblicato “con le modalità di cui all'art. 66 ovvero 122, ponendo a base di gara lo studio di fattibilità predisposto dall'amministrazione aggiudicatrice”**.

Il rinvio all'intero art.66 - anzichè al solo co. 7 del medesimo articolo - ha l'effetto di richiamare le disposizioni (in particolare i commi da 1 a 6 e da 11 a 16) che coerentemente con l'art. 36 della Direttiva 2004/18 disciplinano la pubblicità a livello comunitario (laddove invece il solo co.7, attualmente richiamato dall'art.153, co.3, prevede una pubblicità in ambito nazionale).

Le considerazioni svolte avverso le due censure della Commissione in materia di promotore valgono chiaramente anche per le disposizioni del Codice che rendono applicabile tale disciplina in alcuni settori specifici, ovvero nel quadro della realizzazione di infrastrutture strategiche ed insediamenti produttivi (ai sensi dell'art. 161 par. 6 del Codice), e nel settore della difesa e ai contratti riguardanti beni culturali (ai sensi degli articoli 195 e 197).

4. REALIZZAZIONE DI OPERE DI URBANIZZAZIONE A SCOMPUTO DEL CONTRIBUTO PREVISTO PER IL RILASCIO DEL PERMESSO DI COSTRUIRE E DIRITTO DI PRELAZIONE.

L'**articolo 32**, rubricato "*Amministrazioni aggiudicatrici e altri soggetti aggiudicatori*", individua l'ambito soggettivo di operatività della disciplina del Codice. Nell'ambito della norma rientrano (lettera g), i titolari del permesso di costruire che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso.

Ne consegue che questi soggetti privati, per le opere di urbanizzazione d'importo superiore alla soglia comunitaria, sono tenuti ad applicare la disciplina sull'evidenza pubblica.

La seconda parte della lettera g) dell'art.32 consente all'amministrazione che rilascia il permesso di costruire di prevedere, in relazione alla realizzazione delle opere di urbanizzazione, la possibilità per il titolare del permesso di assumere la veste di promotore e presentare all'amministrazione medesima la progettazione preliminare delle opere.

Sulla base di tale proposta l'amministrazione bandisce ed effettua una gara per l'affidamento di tali appalti di lavori, all'esito della quale è riconosciuto al promotore la facoltà –purché espressamente previsto nel

bando di gara- di esercitare un diritto di prelazione nei confronti dell'aggiudicatario corrispondendogli il 3% del valore dell'appalto aggiudicato.

La previsione dell'**articolo 32, co. 1, lettera g)**, è stata osservata della **decisione della Commissione del 30 gennaio 2008**, in quanto la norma "*Oltre a presentare i medesimi problemi di compatibilità col diritto comunitario sollevati dalle disposizioni del Codice in materia di promotore, mantiene il diritto di prelazione in favore del promotore, che peraltro può essere solo il titolare del permesso di costruire.*"

Per la Commissione, inoltre, la disciplina esaminata ha vocazione ad applicarsi agli appalti pubblici di lavori, soggetti a regole ben più dettagliate di quelle applicabili all'attribuzione delle concessioni di lavori. Pertanto la stessa "*non sembra suscettibile di assicurare il rispetto delle regole della direttiva 2008/18/CE applicabili all'aggiudicazione degli appalti di lavori.*"

Al riguardo, **la bozza di decreto correttivo all'art. 5 (Disposizioni di adeguamento comunitario), comma 2, prevede la sostituzione dell'art.32, co.1, lettera g)**, modificando la procedura di *project financing* in linea con quanto previsto dagli articoli 153, 154, 155 del Codice in materia di "promotore", come risultanti dalle modifiche previste dall'art.1 lettere i), l), m), del medesimo decreto.

Specificamente, il decreto innova stabilendo che il titolare del permesso di costruire, in relazione alla realizzazione delle opere di urbanizzazione, possa presentare uno studio di fattibilità relativo alle opere da eseguire, (e non più un progetto preliminare); dopodiché l'amministrazione - sulla base a tale studio di fattibilità - indice una gara con le modalità previste dall'art. 155.

Ebbene, alla luce delle modifiche previste anche per tale ultimo articolo, ai sensi del "nuovo" articolo 32, co.1, lettera g), si prefigura quindi una

gara a cui può partecipare il titolare del permesso di costruire al pari di altri eventuali offerenti, all'esito della quale colui che risulterà primo in graduatoria sarà nominato promotore e diverrà aggiudicatario dei lavori a seguito di una successiva procedura negoziata.

Il Decreto risulterebbe pertanto, risolutivo dei rilievi della Commissione relativi a tale disposizione del Codice, giacchè prevede la eliminazione del diritto di prelazione per il titolare del permesso di costruire che è tutt'oggi previsto all'art. 32, co.1, lett. g.

5. CRITERI UTILIZZATI PER L'AGGIUDICAZIONE DELL'APPALTO

5.1 La censura della Commissione.

Tra le disposizioni del Codice che pongono problemi di compatibilità con le direttive comunitarie nn. 17 e 18 del 2004, la Commissione ha indicato (a pag. 8) anche l'art. 83 (rubricato "*Criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa*"), 4° comma, parte seconda, secondo cui: "*La commissione giudicatrice, prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, fissa in via generale i criteri motivazionali cui si atterrà per attribuire a ciascun criterio e subcriterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando.*"

La Commissione ha ritenuto che: "*le direttive in questione esigono che i criteri di aggiudicazione dell'appalto, nonché la ponderazione relativa di tali criteri ovvero il loro ordine di importanza, siano indicati nel bando o nei documenti di gara. Al fine di garantire il rispetto del principio di parità di trattamento di cui le regole delle direttive sono espressione, infatti, tutti i criteri che saranno utilizzati per l'aggiudicazione dell'appalto devono essere messi a disposizione dei concorrenti prima che essi formulino le loro offerte, in modo da permettere loro di tenerne conto. **La previsione della possibilità di fissare dei criteri "motivazionali" dei punti***"

attribuiti alle offerte che non erano previsti nei documenti di gara sembra contrario al principio di parità di trattamento fissato dalle direttive.”

La norma citata va inquadrata nell’ambito dell’intero articolo 83, secondo cui la selezione delle offerte si effettua sulla base di criteri economici e qualitativi che, nel loro insieme, consentono di individuare l’offerta che presenti il miglior rapporto qualità/prezzo.

Attualmente la norma prevede l’obbligo per la stazione appaltante di predeterminare nel bando di gara i criteri di valutazione dell’offerta (1° e 2° comma), indicando la relativa ponderazione (2° comma), od almeno l’ordine di importanza degli stessi nel caso in cui la ponderazione “è impossibile per ragioni dimostrabili” (3° comma); anche eventuali sub-criteri ovvero *sub-pesi* o *sub-punteggi* devono essere già previsti nel bando (4° comma, prima parte). Alla commissione giudicatrice è invece demandata - prima dell’apertura delle buste che contengono le offerte - “solo” la predisposizione dei *criteri motivazionali* cui attenersi per attribuire, in riferimento a ciascun criterio e sub-criterio, il punteggio disponibile (4° comma, seconda parte).

La *ratio* della disciplina nazionale, in ossequio alle Direttive comunitarie, è la volontà di garantire la parità di trattamento (o *par condicio*) dei concorrenti non solo nel momento finale della “valutazione” delle offerte, ma anche nel momento iniziale della predisposizione delle stesse, salvo comunque il potere della Commissione di fissare i criteri motivazionali.

L’affermazione di una tutela del principio di parità di trattamento fin dal momento della predisposizione delle offerte – e di una limitazione dei poteri della Commissione giudicatrice - era stata già riconosciuta e ribadita dalla Corte di giustizia CE nella sentenza **24 novembre 2005**, causa C-331/2004 (pronunciata in relazione alle previgenti direttive 92/50 e 93/38).

La pronuncia della Corte europea era stata sollecitata dal Consiglio di Stato³ che aveva sollevato una serie di questioni concernenti il potere (e gli eventuali limiti di operatività) della commissione di gara di integrare i criteri indicati nel bando, posto che l'orientamento della giurisprudenza nazionale era nel senso di consentire l'intervento specificativo ed integrativo dei criteri⁴.

La Corte, nella menzionata decisione, ha affermato che “tutti i criteri presi in considerazione devono essere espressamente menzionati nel capitolato d'oneri o nel bando di gara, se possibile nell'ordine decrescente dell'importanza che è loro attribuita, affinché gli imprenditori siano posti in grado di conoscere la loro esistenza e la loro portata. Parimenti, per garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, occorre che tutti gli elementi presi in considerazione dall'amministrazione aggiudicatrice per identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa, e se possibile la loro importanza relativa, siano noti ai potenziali concorrenti al momento della preparazione delle loro offerte”⁵.

³ Consiglio di Stato, sez. VI, 6 aprile 2004, n. 5033.

⁴ Secondo il Consiglio di Stato “L'orientamento tradizionale ed assolutamente pacifico nella giurisprudenza del Consiglio di Stato è nel senso di legittimare un'antica prassi, ispirata a ragionevolezza sostanziale (quando tale *modus procedendi* non comporta alcun reale vulnus alla legittimità del procedimento) tesa a riconoscere un certo spazio di intervento integrativo delle Commissioni di gara: si considera in questa chiave legittimo che la commissione giudicatrice possa introdurre elementi di specificazione, nell'ambito dei criteri generali prefissati dal bando e prevedere sottovoci delle categorie principali già definite per una più esatta valutazione delle offerte stesse (*ex multis*; CdS, VI, 16 aprile 1999 n. 370; CdS, V, 13 aprile 1999 n. 412; CdS, V, 26 giugno 2000 n. 3622; CdS, V, 23 marzo 2000, n. 1614; CdS, VI, 31 ottobre 2001 n. 5691; CdS, VI, 22-10-2002 n. 5808; CdS, IV, 21 giugno 2001 n. 3348)”

⁵ Parr. 23-24 della sentenza della C.G.C.E., 24 novembre 2005, nella causa C-331/2004, citata.

Nella stessa decisione la Corte, relativamente al potere attribuibili alla commissione in relazione ai criteri di valutazione predeterminati dal bando, ha ritenuto che:

“il diritto comunitario non osta a che una commissione aggiudicatrice attribuisca un peso relativo ai subelementi di un criterio di aggiudicazione stabilito precedentemente, effettuando una ripartizione tra questi ultimi del numero di punti previsti per il detto criterio dall'amministrazione aggiudicatrice al momento della redazione del capitolato d'oneri o del bando di gara, purché una tale decisione:

– non modifichi i criteri di aggiudicazione dell'appalto definiti nel capitolato d'oneri o nel bando di gara;

La giurisprudenza nazionale si è adeguata assumendo un orientamento particolarmente restrittivo in ordine ai poteri specificatori/integrativi delle prescrizioni del bando da parte della commissione di gara⁶. E' stata anche avvertita la necessità di evitare il pericolo che la commissione di gara, dopo aver conosciuto i partecipanti alla procedura selettiva, preveda sottocriteri di valutazione idonei a consentire l'attribuzione di punteggi aggiuntivi a coloro che essa ha interesse a favorire, con violazione dell'articolo 83 del Codice, nonché delle direttive comunitarie⁷. Dalla giurisprudenza nazionale⁸ si può altresì trarre una definizione di "sub-criteri" e di "criteri motivazionali", utile anche al fine di distinguere nettamente i due concetti.

I *sub-criteri* incidono in maniera significativa sui criteri di valutazione, disarticolando gli stessi in sotto voci o sub-punteggi; vengono invece qualificati come *criteri motivazionali* le semplici specificazioni o chiarimenti sulla metodologia da usarsi nell'attribuzione del punteggio secondo pesi da stabilire sui singoli elementi tecnici che compongono l'offerta.

Di recente la Corte di giustizia è tornata sulla questione del potere della commissione di gara di integrare i criteri indicati nel bando, e nella sentenza **24 gennaio 2008**, causa C- 532/06, *Lianakis*, ha ritenuto **non** conforme al diritto comunitario la possibilità che "*nell'ambito di una*

– *non contenga elementi che, se fossero stati noti al momento della preparazione delle offerte, avrebbero potuto influenzare la detta preparazione;*

– *non sia stata adottata tenendo conto di elementi che possono avere un effetto discriminatorio nei confronti di uno dei concorrenti.*"

⁶ Cfr., TAR Calabria, Reggio Calabria, 4 settembre 2007, n. 315, secondo cui ai sensi dell'art. 83, co. 4, deve considerarsi inibito alle commissioni giudicatrici enucleare sub voci, per l'attribuzione di punteggi indicati dal bando o dalla lettera invito solo riguardo a macro voci generiche.

⁷ Consiglio di Stato, sez. VI, 14 settembre 2006, n. 5323.

⁸ Consiglio di Stato, sez. V, 29 novembre 2005, n. 6773, alla quale si è conformata Consiglio di Stato, sez. V, 16 maggio 2006, n. 2817.

procedura di aggiudicazione, l'amministrazione aggiudicatrice determini in un momento successivo coefficienti di ponderazione e sottocriteri per i criteri di aggiudicazione menzionati nel capitolato d'oneri o nel bando di gara."

*

5.2) L'adeguamento dello Stato Italiano nella bozza di decreto anti-infrazione: prime considerazioni.

La **ratio** sottostante alla censura della Commissione costituisce il frutto di una interpretazione rigida delle disposizioni delle Direttive, volta a garantire la parità dei concorrenti in modo ancor più intenso (rispetto a quello attuale) nel momento iniziale di predisposizione delle offerte; finalità che, evidentemente, la Commissione allo stato ritiene non pienamente soddisfatta in relazione alla norma che attribuisce alla commissione giudicatrice il compito di fissare i "criteri motivazionali" in un momento successivo alla presentazione delle offerte.

La **bozza del terzo decreto correttivo al Codice**, tra le "*Disposizioni di adeguamento comunitario*" previste nell'**articolo 5**, **accoglie le osservazioni della Commissione, modificando l'art.83, co.4, con la seguente previsione: "Il bando fissa, altresì, in via generale le modalità di motivazione cui si atterrà la commissione giudicatrice per attribuire a ciascun criterio e sub-criterio di valutazione il punteggio fra il minimo ed il massimo prestabilito dal bando stesso"**.

Dunque nel bando verrebbero prestabiliti non solo i *criteri, sub-criteri, pesi, sub-pesi, ma anche i criteri motivazionali*.

Una siffatta modifica suggerisce alcune prime considerazioni.

1) in linea con le intenzioni della Commissione, i vantaggi di una tale impostazione sono senz'altro di garantire effettivamente ai concorrenti la

conoscenza, al momento della predisposizione delle proprie offerte, di ogni elemento utile al fine di aggiudicarsi il contratto (con conseguente, ulteriore soddisfazione del principio della *par condicio*).

In tal modo, infatti, l'offerta potrebbe essere calibrata in base alla *conoscenza preventiva* non solo dei *criteri, pesi, sub-criteri, sub-pesi*, ma anche dei "criteri motivazionali" (non predeterminati nel bando in base alla normativa vigente).

Sotto altro profilo anche l'amministrazione ne potrebbe trarre giovamento, potendo i concorrenti predisporre offerte ancor più rispondenti alle caratteristiche della prestazione richiesta dalla stessa, con piena soddisfazione dell'interesse pubblico.

2) Per altro verso, la modifica sarebbe idonea ad evitare il contenzioso incentrato sulla distinzione tra sub-criteri e "criteri motivazionali". A volte, infatti, i non aggiudicatari eccepiscono che i criteri motivazionali elaborati dalla Commissione sono in realtà sub-criteri, che invece sfuggono ad una determinazione della Commissione, dovendo essere predeterminati nel bando⁹.

Una eventuale sottrazione dei criteri motivazionali alla Commissione avrebbe l'effetto di eliminare un siffatto tipo di eccezioni, posto che entrambe le indicazioni (sub-criteri e criteri motivazionali) dovrebbero entrambe essere previste dal bando.

3) Verrebbe sancita una netta separazione fra riferimenti idonei a valutare le offerte (criteri, sub-criteri, ponderazione, criteri motivazionali) e valutazione concreta delle offerte. In questa seconda fase verrebbe meno ogni potere o possibilità della Commissione di raccordare i sub-criteri con l'effettiva operazione di valutazione.

⁹ Cfr. al riguardo, di recente, TAR Lazio, II quater, 19 dicembre 2007, n. 13774.

Invero risulterebbe **modificato, ed in parte sminuito, il ruolo della commissione giudicatrice**. Non potendo nemmeno predisporre i criteri motivazionali prima della apertura delle offerte, la Commissione vedrebbe ridotto al minimo l'esercizio di poteri discrezionali. Ad essa verrebbe demandato il compito di formulare quasi una valutazione automatica, vale a dire di determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa in applicazione di criteri, riferimenti e modalità valutative già totalmente prestabiliti e fissati nel bando.

Anche se la sottrazione di poteri di decisione dei criteri motivazionali implica una *diminutio* dei poteri della Commissione, nondimeno il ruolo di quest'ultima rimarrebbe comunque delicato, non essendo affatto agevole attribuire in concreto punteggi alle singole offerte sulla base della congerie di criteri, sub-criteri e criteri motivazionali decisi in sede di bando.

Certo la norma sembrerebbe aprire alcune problematiche applicative. Infatti, potrebbe non risultare del tutto agevole il compito della Commissione di valutare le offerte sulla base di criteri e riferimenti motivazionali decisi "a monte" da altri soggetti. La difficoltà sarebbe quella di ripensare il ruolo della Commissione che – oltre ad essere stata già privata della possibilità di un "intervento integrativo" volta ad una più esatta valutazione delle offerte – si vedrebbe privata anche del potere di decidere i criteri motivazionali.

Roma, 21 aprile 2008

Prof. avv. Beniamino Caravita di Toritto

Avv. Marcello Collevicchio