

*I CONTRATTI DI SERVIZI NEL REGOLAMENTO DI ESECUZIONE  
N 207/2010: PRIME OSSERVAZIONI*

*Giovanna Marchianò\**

*Sommario: 1. I servizi nell'attuale quadro normativo nazionale e comunitario - 2. La qualificazione delle imprese nel settore dei servizi: aspetti peculiari - 3. I requisiti di qualificazione delle imprese di servizi attraverso l'istituto dell'avvalimento - 4. Criteri di individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa negli appalti di servizi - 4.a. (segue) nel servizio sostitutivo di mensa e nei servizi di pulizia - 4.b. (segue) nelle gare di progettazione di servizi - 5. La finanza di progetto nei contratti di servizi - 6. La diversa disciplina nel settore dei lavori e nel settore dei servizi degli interessi moratori.*

**1. I servizi nell'attuale quadro normativo nazionale e comunitario.**

Il tema degli appalti pubblici costituisce, da sempre, uno dei temi più discussi nell'ambito del diritto amministrativo e l'attuale scenario normativo ne è la riprova. Le direttive comunitarie approvate nel 2004 sono state trasfuse nel 2006 nel Codice dei contratti, trovando completa attuazione solo nel giugno 2010 con l'emanazione del Regolamento di attuazione del Codice, passando attraverso i tre decreti correttivi<sup>1</sup>.

---

\* Avvocato e Professore associato nella materia di Istituzioni di diritto pubblico presso la Facoltà di Economia dell'Università di Bologna e dal 2011 affidataria del Corso Politiche comunitarie e regolazione giuridica del mercato presso l'interfacoltà di Scienze Politiche dell'Università di Bologna.

<sup>1</sup> Il legislatore italiano ha raccolto in un unico testo normativo la disciplina degli appalti: il risultato è il Codice dei contratti pubblici (D. Lgs. n. 163 del 12 aprile 2006), il quale, ex art. 5, ha previsto l'emanazione del Regolamento di attuazione e di esecuzione del Codice. Come noto, la materia è stata ulteriormente modificata sulla base del fatto che il Regolamento in parola ha avuto un percorso di "gestazione" alquanto travagliato, che ha portato ad un testo ritenuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza di difficile applicazione pratica. Si rammenti che il

Successivamente, mentre a livello europeo con il Libro Verde “*sulla modernizzazione della politica dell’UE in materia di appalti pubblici*”, che prospetta una modifica dell’impianto della contrattualistica pubblica, a livello nazionale sono state introdotte modifiche al Codice dei contratti con il decreto Sviluppo n. 70 del 13 maggio 2011, convertito con modifiche nella Legge n. 106 del 12 luglio 2011. Tuttavia, mentre l’Unione avverte la necessità di una revisione dell’intera “strategia” degli appalti pubblici (si veda da ultimo la Risoluzione del Parlamento Europeo dell’ottobre 2011), il cd. decreto “*Salva Italia*” del 6 dicembre 2011 è giunto a novellare ulteriormente talune disposizioni, peraltro di recente introduzione, relative alla contrattualistica pubblica.

Il quadro normativo così delineato appare di difficile comprensione, così che anche la mera ricostruzione di una disposizione in materia di contratti ad evidenza pubblica diventa un esercizio per pochi “addetti” ai lavori. Se è vero che la materia è da sempre oggetto di continue modifiche, è altrettanto vero che la disciplina attuale risente di una “fibrillazione” normativa che sicuramente ha pochi precedenti e che peraltro sembra soggetta ad ulteriori modifiche, tanto a livello comunitario, quanto a livello nazionale. Ad accentuare tale incertezza normativa concorre il fatto che i sistemi di regolamentazione del mercato, in particolare di quello degli appalti, sono suscettibili di una rapida obsolescenza dovuta all’accelerazione delle dinamiche economiche ed all’intensificazione di fenomeni concorrenziali sia nel mercato interno che in quello sopranazionale.

---

Regolamento avrebbe dovuto essere adottato entro un anno dall’entrata in vigore del Codice degli appalti, ma così non è stato, tant’è che la materia ha subito modifiche ed integrazioni tali da richiedere un procedimento<sup>1</sup> particolarmente lungo e oggetto di “pesanti rilievi” da parte della Corte dei Conti e del Consiglio di Stato, i quali hanno avuto modo di segnalarne le criticità. Solo il 17 dicembre 2009 veniva proposto un testo definitivo, approvato il 18 giugno 2010 ed emanato con d.P.R. il 5 ottobre 2010. Tuttavia sulla materia il legislatore ha inciso ulteriormente con l’introduzione della L. n. 106/2011 (legge di conversione del cd. decreto Sviluppo).

In questo quadro, il legislatore italiano nel tentativo di omogeneizzare la disciplina dei settori tradizionali degli appalti pubblici, già con il Codice dei contratti, ma soprattutto con il relativo Regolamento di esecuzione, non ha tenuto conto della necessità che sul piano applicativo tale obiettivo avrebbe richiesto tempi lunghi di adattamento, anche in ragione dello sviluppo della contrattualistica pubblica e all'esplosione del novero dei servizi. Così che l'omogeneizzazione in generale, ma soprattutto tra i due settori dei lavori e dei servizi, risulta oggi ancora *in crossing*.

Se da un lato il Regolamento presenta spunti interessanti in tema di progettazione, finanza di progetto per i servizi, appalti elettronici, dall'altro la nuova disciplina, incapace di raggiungere, nel breve tempo, gli obiettivi di semplificazione, flessibilità e qualità della regolazione del mercato degli appalti, sembra destinata ad un rapido superamento delle regole ivi contenute, stante, come detto, le novità legislative nazionali ed il processo di revisione in corso delle direttive europee sugli appalti pubblici. Tuttavia, proprio in questo scenario dai contorni sfumati, appare opportuna una riflessione sulla estensione al settore dei servizi di taluni istituti nati con i lavori pubblici. Procedendo dall'architettura normativa, se risulta sicuramente coerente l'omogeneizzazione di tutti i settori, tuttavia l'ulteriore tassello, rappresentato dal modello di norme secondarie vevoli per tutti i contratti, appare di difficile applicazione, così come evidenziato anche dalla Autorità dei contratti pubblici nel suo parere dell'11 febbraio 2011<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> L'impostazione di fondo del regolamento è volta all'estensione della disciplina propria dei contratti pubblici di lavori, ai contratti di servizi e forniture. Scelta che in sede applicativa, come rilevato dall'Autorità dei contratti pubblici, *«potrebbe risultare non pienamente efficace, stanti le peculiarità e le caratteristiche proprie di siffatte tipologie di contratti, che avrebbero richiesto la definizione e l'elaborazione di discipline settoriali, comunque distinte e differenziate da quella propria dei lavori»*.

Ciò che lascia perplessi è che il Regolamento di attuazione, nell'assumere a parametro tale principio di omogeneizzazione, ha rinviato per la disciplina del settore dei servizi, *tout-court*, alle norme dettate per i lavori pubblici: così da un lato ci si trova di fronte ad una "iper-regolamentazione", venendo meno così l'obiettivo della semplificazione, dall'altro, lì dove la trasposizione da un settore ad un altro richiedeva, e richiede, particolari accorgimenti, questi non si rinvergono nella disciplina di attuazione.

Senza dubbio lo scenario degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi caratterizzato da una grande frammentarietà di normative<sup>3</sup> ha indotto il legislatore comunitario ad introdurre, con le direttive n. 2004/17 e n. 2004/18 una disciplina volta ad unificare il settore degli appalti e concessione di lavori. L'obiettivo perseguito dalle direttive era, ed è, quello di semplificare, omogeneizzare e garantire flessibilità ai contratti pubblici, apportando, a tal fine, sostanziali modifiche agli appalti di lavoro, creando un coordinamento delle procedure di aggiudicazione valevole per tutti i settori "classici"<sup>4</sup>. Peraltro, anche sotto il profilo della innovatività, solo apparentemente il Regolamento non ha scardinato quelle che sono le coordinate retrostanti al Codice degli appalti.

---

<sup>3</sup> Così si è espresso il **Consiglio di Stato** che, con **parere n. 313 /2010**, ha interpretato il dettato contenuto nell'art. 5 del Codice come specifico richiamo all'art. 17, comma 1, lettere a) e b) L. n. 400/1988. A giudizio dell'Organo consultivo il nuovo Regolamento ha natura giuridica di regolamento di esecuzione ed attuazione e non più di regolamento indipendente come prevedeva la legge Merloni. Sulla rilevanza della natura del Regolamento rispetto alla passata esperienza, si rinvia al nostro commento all'art. 3 Legge n. 109/1994 in *Articolo 3 Delegificazione*, nel volume (a cura di) A. Carullo - A. Clarizia, *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, Cedam, 2004, p. 295 ss.

<sup>4</sup> Sul punto si rinvia a quanto esposto nel nostro articolo *Prime osservazioni in merito alle direttive di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici direttive nn. 17 e 18 / 2004 del 31 marzo 2004*, in *Riv. Trim. App.*, 3 /2004, p. 854 ss.

In linea di estrema sintesi l'**ambito soggettivo** di applicazione del Regolamento si estende a tutte le Amministrazioni, ivi comprese quelle regionali, così come stabilito dall'art. 5, comma 1, del Codice, in base al quale la disciplina esecutiva ed attuativa trova applicazione non soltanto con riferimento ai contratti delle amministrazioni ed enti statali ma anche ai contratti delle amministrazioni o soggetti ad esse equiparati, tenuti all'applicazione dell'evidenza pubblica.

Per quanto concerne l'**ambito oggettivo** di applicazione del Regolamento, i limiti sono desumibili da quanto disposto dall'art. 5, comma 5, del Codice, che contiene un elenco analitico dei profili disciplinatori di competenza regolamentare. Ciò che rileva in questa sede è la Parte IV del Regolamento, dedicata ai contratti pubblici relativi ai servizi e alle forniture, sia pure con rinvii alla Parte I dello stesso che raccoglie le disposizioni comuni a tutti i contratti.

A ben vedere, l'estensione *tout court* della disciplina di dettaglio dei contratti di lavori ai servizi non può ancora dirsi completata, permanendo talune zone d'ombra dovute alla specificità dei vari servizi, sia tra loro, sia in rapporto ai lavori pubblici, che rappresentano il nucleo di analisi del presente lavoro.

Se è vero che le coordinate retrostanti della contrattualistica pubblica trascendono l'oggetto del contratto, è altrettanto vero che le norme che rendono effettivi i principi comuni non possono non tener conto dei caratteri peculiari dei singoli servizi. In particolare, si deve prendere atto del fatto che i servizi non rappresentano ancora una categoria omogenea, dovendosi distinguere, sul piano normativo, tra i servizi contenuti nell'allegato 1A del D.Lgs. 157/1995 e i servizi contenuti nell'allegato 1 B, per i quali il legislatore, all'art. 20 del Codice dei contratti, ha disposto che non l'intera disciplina pubblicistica deve obbligatoriamente trovare applicazione, ma solo quella parte relativa agli oneri di pubblicità, ai criteri di selezione, e a quei "principi" che garantiscono la tutela dell'accesso alla gara.

Il permanere di una siffatta rigida distinzione, all'origine di tipo meramente esemplificativo, da parte del legislatore comunitario, ha creato non pochi problemi sul piano applicativo, dando luogo ad interpretazioni "ondivaghe" relativamente all'applicazione del Codice dei contratti e del relativo Regolamento. Così per i servizi contenuti nell'allegato 1 B le stazioni appaltanti talvolta fanno riferimento *tout court* a tutta la disciplina contenuta nel Codice, altre volte applicano solo quelli che vengono definiti principi generali, determinando così un vasto contenzioso.

Risulta necessaria, come già avvertito a livello europeo nel Libro Verde, l'identificazione dei cd. principi comunitari a cui tutti i contratti ad evidenza pubblica devono sottostare e nonostante la prassi formatasi sul punto, rammentare che fanno parte dell'ordinamento giuridico europeo e dunque che sono principi comunitari non solo i principi generali desumibili dalle direttive ma anche i principi elaborati dalla Corte di Giustizia o dalla Commissione Europea. Si tratta invero di definire prima a livello comunitario, poi a livello nazionale, in modo sufficientemente uniforme, un gruppo di regole minime, espressione dei principi generali per l'affidamento di quei contratti cui non è possibile applicare l'intera disciplina del settore, come ad esempio nei servizi contenuti nell'allegato 1 B.

In ogni caso, al di là del carattere innovativo dell'estensione, al settore dei servizi, di talune previsioni desunte dal settore dei lavori, una più attenta analisi porta a rilevare come le continue modifiche rappresentino invero un onere gravoso per le stazioni appaltanti (costrette a costanti e ripetuti aggiornamenti degli atti di gara e dei provvedimenti amministrativi). In altri termini, il Regolamento di attuazione del Codice avrebbe dovuto raggiungere l'obiettivo di un testo snello e sintetico. Ma così non è stato (come d'altra parte risulta

tutt'altro che agile il Codice stesso) per un triplice ordine di fattori, che mostra incoerenze tali da rendere il testo di non facile lettura<sup>5</sup>:

- in primo luogo, per la presenza di norme meramente ripetitive di quelle contenute nel Codice;
- inoltre, per la scelta del legislatore di incorporare nel testo la disciplina di interi regolamenti di natura e rilevanza differenti;
- infine, per l'impostazione seguita nella disciplina dei lavori e quindi dei servizi e delle forniture.

Tuttavia, non si può procedere ad una disamina compiuta del Regolamento che suffraghi la tesi della difficoltà di realizzare un'uniformità di applicazione dei principi anche al settore dei servizi<sup>6</sup>. Ci si limiterà invece a richiamare alcuni punti critici che, ad avviso di chi scrive, rappresentano la punta dell'*iceberg* del problema della mancata semplificazione e razionalizzazione della disciplina dei contratti pubblici, perseguita dal legislatore comunitario con l'adozione delle direttive (CE/2004/18 e CE/2004/17) e ancor più con

---

<sup>5</sup> Esemplificativo al riguardo è che la disciplina di istituti innovativi introdotti dal codice, in particolare l'accordo quadro (art. 287), l'asta elettronica (artt. 288 e ss.) e le procedure di gara gestite con sistemi telematici (art. 295-296), siano regolati esclusivamente nella Parte IV relativa al settore delle forniture e dei servizi, sebbene essi si applichino anche ai lavori pubblici. Inoltre non è stata ad esempio prevista una sezione di definizioni comuni, contrariamente a quanto potrebbe sembrare dal titolo della Parte I "Disposizioni comuni" che, in verità, si riferisce ai soli lavori pubblici.

<sup>6</sup> Di recente, in linea generale, si veda F. GARRI, *La giurisprudenza amministrativa in tema di mercato degli appalti*, in Riv. Trim. App. n. 1/2010, p. 800. In linea generale si rinvia a R. DE NICTOLIS, *Il nuovo regolamento dei contratti pubblici*, in Urb. e app., n. 2/2011, p. 136. *Il nuovo regolamento degli appalti pubblici e il codice degli appalti pubblici* (IV edizione), R. Garafoli e G. Ferrari (a cura di) Roma, 2011; D. CROCCO, *Commento al nuovo regolamento di attuazione ed esecuzione del Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2011; C. GIURDANELLA e C. E. GUARNACCIA, *Commento al regolamento di attuazione del codice dei contratti pubblici*, Rimini, 2010.

la recente tendenza espressa nel Libro verde “*sulla modernizzazione della politica dell’Ue in materia di appalti pubblici*”<sup>7</sup>.

## **2. La qualificazione delle imprese nel settore dei servizi: aspetti peculiari.**

Il primo elemento di differenziazione tra il settore degli appalti di lavori e quello degli appalti di servizi attiene al sistema di qualificazione delle imprese. Differenza che, se si vuole, caratterizzando da sempre la contrattualistica pubblica nel nostro ordinamento, apparentemente non suscita particolari problematiche. Tuttavia la discrepanza tra i due settori assume, a ben vedere, rilievo nell’ipotesi, come quella oggi vigente, del trasferimento *tout court* delle procedure di qualificazione delle imprese dagli appalti di lavori agli appalti di servizi.

Il primo distinguo che si rinviene attiene al fatto che per i servizi non è previsto un meccanismo di **qualificazione generale**, sicché il sistema di qualificazione deve essere effettuato dalla stazione appaltante con

---

<sup>7</sup> “Libro verde” del 27 gennaio 2011, COM (2011) 15 def., nel quale la Commissione avvia un’ampia consultazione tra gli Stati membri per presentare entro l’inizio del 2012 «proposte legislative destinate a semplificare e aggiornare la normativa europea sugli appalti pubblici, per rendere più flessibile la procedura di aggiudicazione degli appalti pubblici e permettere un uso migliore degli appalti pubblici a sostegno di altre politiche». In particolare, il processo di revisione della disciplina europea degli appalti riguarda, tra l’altro:

- la semplificazione delle procedure, ampliando, ad esempio, la possibilità per le amministrazioni di avvalersi della procedura negoziata;
- l’estensione degli strumenti di selezione (es. dialogo competitivo e concorsi di progettazione) al fine di rendere più efficienti le procedure di gara delle amministrazioni nelle ipotesi di partenariato pubblico-privato;
- il rafforzamento degli strumenti per rendere più accessibile il mercato europeo alle piccole e medie imprese con particolare riguardo ai requisiti di partecipazione (suddivisione degli appalti in lotti, introduzione dell’obbligo del subappalto, proporzionalità dei requisiti, utilizzo corretto delle Ati);
- l’ampliamento ed il rafforzamento degli strumenti per incentivare l’uso strategico degli appalti in ambito sociale, occupazionale, ambientale.



riguardo ad ogni singola gara nel rispetto dei principi generali della contrattualistica pubblica. Da ciò la conseguenza che la stazione appaltante, nello stabilire fin dal bando i requisiti dell'impresa aspirante concorrente, dovrà far riferimento alla tipicità dello specifico servizio messo in gara, in un settore peraltro estremamente variegato, come risulta dagli allegati I A e I B del D.Lgs. n. 157/95.

Da qui la ricostruzione del quadro uniforme per tutti i servizi contenuti negli allegati sopra citati, compresi quei servizi che, in quanto funzionali ai lavori pubblici, avevano trovato una loro disciplina nel quadro del settore dei lavori. Oggi, a fronte dell'unificazione di tutti i settori degli appalti, è evidente che anche i contratti di progettazione vadano accorpati ai servizi proprio perché contenuti negli allegati appendici della direttiva servizi.

La specificità dei requisiti richiesti fin dall'accesso alla gara non è smentita dalla circostanza che talvolta le imprese di servizio siano iscritte in elenchi ufficiali relativi all'ambito nel quale operano<sup>8</sup>, poiché, in ogni caso, la suddetta iscrizione manca del carattere della generalità, tipico della SOA, essendo inoltre solo eventuale, ovvero rilevando per taluni servizi e non per altri<sup>9</sup>. Da qui la conseguenza che la diversa disciplina relativa alla qualificazione delle imprese, apparentemente già superata nella prassi e dalla copiosa

---

<sup>8</sup> La l. 25 gennaio 1994, n. 82 e il D.M. 7 luglio 1997, n. 724, nella parte in cui prescrivono l'iscrizione in apposito registro delle imprese che intendono partecipare alle gare per l'affidamento dei servizi di pulizia, in quanto normativa finalizzata a selezionare le imprese, operanti sul mercato, che aspirano all'affidamento, tramite gara, dei servizi di pulizia, non trova applicazione nel caso di affidamenti diretti in favore di società in house, ferma restando peraltro la necessità di accertare la sussistenza di tutti i requisiti di ordine tecnico, professionale e morale (*Cfr. Cons. Stato, sez. III, 11 marzo 2011, n. 1572*).

<sup>9</sup> Sul punto si veda *Cons. Stato, sez. III, 11 marzo 2011, n. 1572*, nella quale si afferma che l'iscrizione di un'impresa di pulizie ai registri delle imprese esercenti il suddetto servizio, è volta a selezionare le imprese che intendono presentarsi per l'affidamento, tramite gara, dei servizi che rilevano; *TAR Cagliari Sardegna 28 marzo 2001, n. 362*.

giurisprudenza amministrativa, si traduce in una differenza sostanziale tra i settori oggetto di gara, nella parte in cui la predeterminazione dei requisiti nel settore dei servizi è lasciata alla singola amministrazione, a differenza di ciò che si verifica negli appalti di lavori.

E' evidente che nel primo caso grava interamente sulla stazione appaltante l'onere di indicare con estrema chiarezza e inequivocabilità i requisiti richiesti alle imprese, al fine di garantire la massima concorrenza, cui si correla l'interesse pubblico all'individuazione dell'offerta migliore<sup>10</sup>. Da ciò la giurisprudenza è giunta fino a sancire l'illegittimità del provvedimento di esclusione dalla gara per violazione di una clausola della *lex specialis* qualora la formulazione testuale della stessa risulta di difficile interpretazione, sì da poter ragionevolmente indurre in errore i partecipanti<sup>11</sup>.

Sotto questo specifico profilo, da anni si assiste ad un contenzioso particolarmente rilevante volto a definire le modalità, la portata dei requisiti richiesti dalla stazione appaltante, che talvolta, in base ad un presunto rigorismo formale, sono giunti fino a ledere il principio di proporzionalità, di logicità e di ragionevolezza.

Così, mentre per i requisiti di ordine generale la fattispecie disciplinata all'art. 38 del Codice dei contratti è applicabile (salvo talune specificità) a tutti i contratti, differente regime è rinvenibile circa i requisiti di idoneità che l'impresa deve possedere per accedere

---

<sup>10</sup> Si osservi che, la prova della capacità economico-finanziaria può essere prodotta attraverso:

- -dichiarazione di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati, ai sensi del D. Lgs. 385/1993;
- bilancio, estratti del bilancio dell'impresa;
- -dichiarazione sottoscritta in conformità alle disposizioni del d.P.R. 445/2000, concernente il fatturato globale dell'impresa e l'importo relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara, realizzati negli ultimi tre esercizi, *ex art.* 41, comma 1, del Codice.

<sup>11</sup> Si rinvia a **TAR Umbria, sez. I, 10 marzo 2011, n. 86**;

alla domanda pubblica. In parte detto articolo è stato modificato attraverso il cd. Decreto Sviluppo che ha come obiettivo quello di chiarire in modo più stringente rispetto alla precedente normativa quali siano i requisiti di ordine generale che l'operatore economico deve possedere per accedere alla domanda pubblica, venendosi a ridurre temporalmente gli effetti di eventuali sentenze connesse ad ipotesi di esclusione e venendo a diminuire il numero dei soggetti tenuti ad esibire il proprio casellario giudiziale<sup>12</sup>.

A tal proposito, occorre ricordare che, anche per l'applicazione dell'art. 38 del Codice dei contratti, secondo giurisprudenza costante, *“la mancanza, anche solo di un requisito di ordine generale, deve formare oggetto di interpretazione rigorosa, ed oggettiva, non potendosi consentire restrizioni al mercato ed alla concorrenza e, quindi, alla possibilità di partecipazione alle procedure stesse, offerta dalla normativa di settore, se non supportate da stringenti motivazioni e comprovate da fatti, documenti ed accertamenti inequivocabilmente connessi alla lettera del disposto legislativo”*<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Merita un richiamo la causa di esclusione per *falsa dichiarazione*, atteso che le modifiche introdotte dal decreto Sviluppo - da ultimo intervenuto - alla lettera h) del comma 1 dell'art. 38 del codice, unitamente all'introduzione del nuovo comma 1-ter del medesimo articolo - sono volte ad adeguare la disposizione interna al diritto comunitario che esige che le false dichiarazioni, per comportare l'esclusione dalla gara, siano ascrivibili nella categoria della colpa grave o del dolo. L'accertamento di detti elementi è rimesso all'Autorità di Vigilanza, che, solo ove rilevi la sussistenza di dolo o colpa grave, ordina l'iscrizione nel casellario, iscrizione che costituisce causa ostativa alla partecipazione alle gare e all'affidamento del subappalto per un successivo periodo pari ad un anno.

<sup>13</sup> Si veda **Cons. Stato, sez. III, 5 maggio 2011, n. 2694**, in cui i giudici amministrativa hanno sottolineato che l'eventuale esclusione dalla gara per mancanza dei requisiti di cui all'art. 38 del D.Lgs. 163/2006 *“ha carattere discrezionale ed è perciò necessaria una congrua motivazione”* (**TAR Salerno Campania, sez. I, 9 marzo 2011, n. 436**). La giurisprudenza altresì ha confermato l'estensione della disciplina contenuta nell'art. 38 anche agli appalti di servizi, rilevando che *“non v'è dubbio che quando la norma – lett. c), comma 1 – richiede che lo specifico requisito sia posseduto dal “direttore tecnico”, abbia riguardo, quanto alle imprese di servizi, alle figure tipiche della categoria, pur nominalmente*

---

diverse, ma a quelle sostanzialmente analoghe perché investite di compiti parimenti analoghi, rilevanti ai fini dell'esecuzione dell'appalto, e quindi del responsabile tecnico" (TAR Trento Trentino Alto Adige, sez. I, 10 febbraio 2011, n. 38). Sul punto si rinvia a TAR Liguria, sez. II, 16 febbraio 2011, n. 270, nella parte in cui si statuisce "Il comma 1 dell'art. 38, D.Lgs. 163 del 2006 ricollega l'esclusione dalla gara al dato sostanziale del mancato possesso dei requisiti indicati, mentre il comma 2 non prevede analoga sanzione per l'ipotesi della mancata o non perspicua dichiarazione: da ciò discende che solo l'insussistenza, in concreto, delle cause di esclusione previste dall'art. 38 comporta, ope legis, l'effetto espulsivo. Quando, al contrario, il partecipante sia in possesso di tutti i requisiti richiesti e la lex specialis non preveda espressamente la pena dell'esclusione in relazione alla mancata osservanza delle puntuali prescrizioni sulle modalità e sull'oggetto delle dichiarazioni da fornire, facendo generico richiamo all'assenza delle cause impeditive di cui alla normativa in esame, l'omissione o l'incompletezza in ordine al documento non produce alcun pregiudizio agli interessi presidiati dalla norma, ricorrendo un'ipotesi di mero formalismo come tale insuscettibile, in carenza di una espressa previsione legislativa o - si ripete - del bando di gara, a fondare l'esclusione, le cui ipotesi sono tassative. Analoghe valutazioni non possono che estendersi, a maggior ragione, al caso in cui il dichiarante si sia adeguato al modello generico di dichiarazione previsto dalla "lex specialis". Nella delicata fase di individuazione dell'offerta più bassa o migliore, ogni arrotondamento costituisce una deviazione dalle regole matematiche da applicare in via automatica; deve pertanto ritenersi che gli arrotondamenti sono consentiti solo se espressamente previsti dalle norme speciali della gara. È così illegittima la clausola del bando di gara che venga ad attribuire un punteggio unicamente in favore dell'impresa che abbia già prestato il medesimo servizio nei confronti della stessa amministrazione, venendo così a costituire una predeterminata attribuzione di punti ottenibile unicamente da soggetti predeterminati, con evidente lesione della necessaria par condicio tra concorrenti, lesione solo potenziale all'epoca della pubblicazione e divenuta rilevante in sede di graduatoria finale. A nulla rileva in senso contrario la rimessione alla positiva certificazione del dirigente, in quanto ciò non incide in alcun modo sull'evidente lamentata lesione della par condicio tra concorrenti, costituendo in ogni caso una illegittima predeterminazione di favore in danno di quelle imprese del mercato che non hanno operato presso la stessa amministrazione nel precedente quinquennio. 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. In proposito, se l'esperienza pregressa specifica può in astratto costituire criterio di restrizione dei requisiti di ammissione, senza tuttavia poter mai evidentemente assurgere a necessaria pregressa esperienza presso la medesima stazione appaltante, dovendosi garantire il rispetto dei principi di proporzionalità e tutela della concorrenza, va escluso in radice che la pregressa specifica esperienza possa

In linea generale per il settore che ci occupa, l'impresa dovrà dimostrare di possedere i requisiti di capacità economico-finanziaria, tecnica e professionale, così come fissati nel bando e comprovarne il possesso fin dalla fase della presentazione dell'offerta.<sup>14</sup>

Una delle questioni maggiormente controverse più evidenti nel settore dei servizi rispetto agli altri, attiene peraltro alla distinzione tra i requisiti di ammissione ed i criteri di valutazione delle offerte. Ancorché sul punto si sia da tempo formato un consolidato orientamento giurisprudenziale, di carattere comunitario e nazionale, il quale ascrive al novero dei principi regolatori della materia delle gare pubbliche quello del *divieto di commistione tra i criteri soggettivi di pre-qualificazione e i criteri afferenti alla valutazione dell'offerta*, ai fini dell'aggiudicazione, la materia risulta oggetto di un ampio contenzioso<sup>15</sup>. Basti pensare, per il servizio sostitutivo di mensa, al

---

*costituire ragione per attribuire un punteggio maggiore alla offerta in gara, a maggior ragione nel caso di esperienza presso la medesima stazione appaltante*".

<sup>14</sup> Sul punto si rimanda a **Cons. Stato, sez. III, 12 aprile 2011, n. 2262; Cons. Stato, sez. III, 05 aprile 2011, n. 2121**. In particolare si osservi come la giurisprudenza abbia chiarito che in caso di associazioni temporanee di imprese deve sussistere una perfetta corrispondenza tra percentuale di prestazioni da eseguire e quota effettiva di partecipazione al raggruppamento "atteso che la ratio di tale obbligo va individuata nella necessità che la stazione appaltante possa verificare i requisiti di qualificazione da parte delle singole imprese in corrispondenza dell'effettiva parte di prestazione che ciascuno deve effettuare sia, sotto diversi profili, la necessità di evitare la partecipazione di comodo *di imprese*" (**Cons. Stato, sez. III, 06 aprile 2011, n. 2132**).

<sup>15</sup> Si rinvia sul punto al **TAR Parma Emilia Romagna, sez. I, 31 gennaio 2011, n. 32**, ove espressamente si legge "*il divieto di commistione tra requisiti di ammissione alla gara e quelli relativi all'offerta risponde all'esigenza di aprire il mercato premiando le offerte più competitive ove presentate da imprese comunque affidabili, anche allo scopo di dare applicazione al canone della par condicio- ostatico ad asimmetrie pregiudiziali di tipo meramente soggettivo -, con la conseguente necessità di tenere separati i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara da quelli che invece attengono all'offerta e all'aggiudicazione, non potendo rientrare tra questi ultimi i requisiti soggettivi in se considerati e cioè avulsi dalla valutazione dell'incidenza dell'organizzazione sull'espletamento dello specifico servizio da*

requisito che l'impresa abbia la disponibilità di un centro di cottura entro un'area predeterminata rispetto al Comune. Sovente questo requisito di ammissione diventa poi requisito di attribuzione di punteggio per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La medesima distorsione la si rinviene altresì nel settore dei servizi di pulizia, nei quali il requisito di accesso alla gara diventa anche requisito per l'attribuzione del punteggio di qualità. La casistica assume, come si è detto, particolare rilievo per i servizi laddove spesso si richiede la disponibilità di talune strutture che garantiscano l'amministrazione sul corretto espletamento del servizio <sup>16</sup>.

Resta fermo il principio secondo il quale i requisiti richiesti dalla stazione appaltante devono essere proporzionati alla natura ed

---

*aggiudicare*". Vedi altresì **TAR Puglia Lecce, sez. III, 20 maggio 2011, n. 881**; **TAR Umbria, sez. I, 28 febbraio 2011, n. 61**.

<sup>16</sup> Gli esempi sono innumerevoli e la giurisprudenza in materia offre spunti di riflessione su ciascuna tipologia di contratti in grado di aiutare l'operatore nell'applicazione alla fattispecie concreta delle disposizioni in materia. Non è possibile, in questa sede richiamare le varie tematiche che hanno investito questi temi ma molto più semplicemente verranno richiamate le sentenze più recenti che in un qualche modo tengano conto del mutato quadro normativo. Da ultimo si veda **Cons. Stato, sez. III, 12 aprile 2011, n. 2262** dove, per l'espletamento degli appalti del servizio di raccolta, trasporto, trattamento, e smaltimento di rifiuti speciali, si chiariva che la disponibilità del laboratorio di analisi, richiesta dal bando come requisito di ammissione, sottolineandosi che tale requisito non può ritenersi assicurato dall'impresa partecipante tramite ricorso a forme che non garantiscano l'utilizzo esclusivo del bene e l'accesso diretto al medesimo e si sostanziano nella mera possibilità di ricevere le relative prestazioni come cliente di chi ha la reale disponibilità del bene ma richiede che essa sia diretta ed esclusiva senza necessità dell'altrui intermediazione, altrimenti la diversa e lata interpretazione del concetto di disponibilità si tradurrebbe in un subappalto generalizzato senza il rispetto dei prescritti limiti; segue da ciò che è indefettibile la possibilità per l'aggiudicatario di usare in via diretta ed immediata la risorsa con qualsiasi strumento giuridico, comprensivo sia dei contratti tipici (ad esempio il comodato o l'affitto d'azienda), ovvero di pattuizioni atipiche ai sensi del capoverso dell'art. 1322 c.c..

all'importo delle prestazioni oggetto di gara<sup>17</sup>. Così, per ciò che attiene alle attività pregresse svolte dall'impresa nel triennio antecedente alla gara, detto requisito non deve essere di natura tale da limitare la concorrenza (vedi servizio di gestione mensa per un numero di utenti superiore rispetto a quelli oggetto dell'appalto, servizi "identici" etc.)<sup>18</sup>. E' ammessa la prova di tale qualificazione mediante dichiarazione sostitutiva per i fatti o gli atti che riguardano l'impresa, quali ad esempio il bilancio, il fatturato globale, la capacità tecnica e professionale, *ex artt.* 41, 42 del Codice (quest'ultimo così come novellato dal Decreto Sviluppo), mentre la capacità economica fornita attraverso dichiarazioni bancarie, che, secondo alcuni rimarrebbero estranee all'oggetto dell'autocertificazione in quanto requisito "esterno", dovrebbe essere prodotta in originale o in copia autentica<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> In linea generale, sul punto si rinvia a F. GARRI, *La giurisprudenza amministrativa in tema di mercato degli appalti*, in Riv. Trim. App., n. 1/2010, p. 79. Si rinvia altresì al **TAR Puglia Bari, sez. I, 1 settembre 2010, n. 3429** nel quale si afferma che illegittimo l'operato della stazione appaltante che richieda, tra i requisiti di ammissione alla gara, la dimostrazione, da parte di ciascun concorrente, del pregresso espletamento di tutte le attività specificamente contemplate nell'oggetto dell'appalto, modulando pur in maniera differenziata i parametri di attribuzione dei punteggi in capo ai concorrenti ammessi.

<sup>18</sup> Secondo una parte della giurisprudenza, non esiste alcuna disposizione che impedisca alla stazione appaltante di qualificare elementi economici dell'offerta come requisiti di ammissibilità della stessa (nella specie, il disciplinare di gara prevedeva l'esclusione delle offerte non conformi alla tabella in vigore dal mese di Giugno 2009, di cui ai DD.MM. del lavoro attuativi della L. n. 327/2000, che determina il costo medio orario dei dipendenti da imprese esercenti servizi di pulizia). Né la suddetta interpretazione della normativa di settore si pone in contrasto con i principi generali, in quanto la ragionevolezza della operazione ermeneutica emerge laddove si pensi che siffatta facoltà mira a tutelare in modo più stringente l'interesse della stazione appaltante a snellire il procedimento valutativo in presenza di offerte che non assicurano il rispetto della remunerazione adeguata e congrua ai dipendenti. Ciò al fine di garantire sia i diritti dei lavoratori sia l'interesse pubblico alla ricezione di offerte congrue dal punto di vista economico (*Cfr. TAR Reggio Calabria, Calabria, sez. I, 19 aprile 2011, n. 327*).

<sup>19</sup> Negli appalti di forniture e servizi l'art. 41, comma 3, D. Lgs. n. 163/2006 consente alle imprese concorrenti di provare la capacità finanziaria con ogni

Al contrario secondo un diverso indirizzo giurisprudenziale, anche la capacità economico-finanziaria può essere comprovata dall'impresa attraverso una dichiarazione autocertificata concernente il fatturato globale della stessa e l'importo relativo ai servizi nel settore oggetto di gara. Si tratta della *vexata questio* tra principio di formalità, a cui si ispira l'evidenza pubblica, a garanzia della *par condicio* tra le imprese, e principio del *favor participationis* che, come è noto, si

---

documento considerato idoneo dalla stazione appaltante; tuttavia analoga previsione normativa non è contemplata dal successivo art. 42 D. Lgs. n. 163/2006 con riferimento alla capacità tecnica e professionale (**TAR Bari Puglia, sez. I, 17 giugno 2011, n. 1178**). Sulle dichiarazioni sostitutive, previste dall'art. 38, comma 2, del Codice dei contratti, relative al possesso da parte dell'impresa dei requisiti di ordine generale, si rinvia a **Cons. Stato, sez. IV, 1 aprile 2011, n. 2068**; conforme **Cons. Stato, sez. IV, 27 giugno 2011, n. 3862**; **TAR Ancona Marche, sez. I, 23 giugno 2011, n. 504**; **Cons. Stato sez. III, 19 aprile 2011, n. 2387** ove si legge che *“la polizza fidejussoria chiesta dal disciplinare ai partecipanti alla gara copre il rischio della mancata sottoscrizione del contratto dovuta a fatto dell'aggiudicatario e, sul piano dei rapporti di diritto privato, solo l'autenticazione della sottoscrizione della fideiussione prestata garantisce pienamente l'amministrazione, perché determina la piena prova in ordine alla provenienza di chi l'ha sottoscritta, ai sensi degli artt. 2702 e 2703 c.c., impedendo il successivo disconoscimento della stessa; né la mancanza di autenticazione può formare oggetto di successiva regolarizzazione, attesa da un lato la natura essenziale della formalità in questione richiesta dal bando a pena di esclusione e a tutela dell'interesse specifico della stazione appaltante ad avere la certezza dell'individuazione del soggetto obbligato nei suoi confronti e, dall'altro, la necessità di tutela dell'interesse, anche degli altri soggetti partecipanti alla gara, alla correttezza del procedimento di aggiudicazione: - la dichiarazione prevista dall'art. 38, comma 2, a maggior ragione se espressamente prevista dal bando, a pena di esclusione, è necessaria in quanto solo attraverso essa l'Amministrazione riceve contezza di tutti i soggetti per i quali, ai sensi di legge, deve essere resa e, conseguentemente, degli eventuali reati che tali soggetti hanno commesso o per i quali sono stati condannati”*. Ne consegue che qualora la dichiarazione venga omessa o sia incompleta, *“l'Amministrazione, e per essa la Commissione di gara, non è venuta a conoscenza dell'esistenza di soggetti rivestenti talune particolari cariche nel triennio antecedente, e non è stata in grado di effettuare eventuali verifiche, anche attraverso la mera richiesta di integrazione documentale”*, con la conseguenza che in tali casi appare del tutto legittima l'esclusione del soggetto alla partecipazione alla gara.



ispira ad un criterio per così dire sostanzialistico<sup>20</sup>. Questione questa

---

<sup>20</sup> Il tema della distinzione tra i cd. *requisiti formali* e i cd. *requisiti sostanziali* è stato al centro di un vivace dibattito giurisprudenziale negli ultimi anni. Tuttavia, non è possibile, in questa sede, richiamarne la copiosa produzione, la quale si fonda su una corrispondenza biunivoca fra cause di esclusione, espressamente previste, e sanzione di esclusione per mancanza dei requisiti; col che si vuole porre l'accento sulla circostanza che le disposizioni che prevedono le cause di esclusione non sono suscettibili di disapplicazione da parte della amministrazione. Merita di essere segnalato il dibattito apertosi sulla necessità di effettuare valutazioni sostanzialistiche sui requisiti di accesso alle gare da parte dell'impresa: le norme del bando che prevedono, a pena di decadenza, la dichiarazione sostitutiva rilasciata dall'interessato devono essere interpretate nel senso che la stessa sia surrogabile dalla analoga dichiarazione sostitutiva rilasciata dal legale rappresentante dell'impresa, atteso che anche in questo caso sussiste la copertura della responsabilità penale e il potere di verifica da parte dell'amministrazione (**TAR Sicilia, sez. III, 7 aprile 2011, n. 852**). Si richiama sul punto la sentenza **TAR Sicilia, sez. III, 7 aprile 2011, n. 854**, ove si legge che la violazione di obblighi formali imposti a pena di esclusione dalla *lex specialis* esprime la prevalenza del principio di formalità collegato alle garanzie della *par condicio* che, in assenza di clausole equivoche o dal significato oscuro, non può essere superato dall'opposto principio del *favor participationis*. In particolare la giurisprudenza si è espressa in merito alla sussistenza delle cause ostative derivando, in assenza di più restrittive clausole di gara, l'effetto di esclusione della procedura solo per il mancato possesso dei requisiti e non per la omissione o incompletezza delle dichiarazioni (**Cons. Stato, sez. V, 9 novembre 2010, n. 7967**) e, sotto altro aspetto, ha limitato la sussistenza dell'obbligo di dichiarazione ai soli amministratori muniti di potere di rappresentanza e ai direttori tecnici e non anche a tutti i procuratori della società (**TAR Liguria, sez. II, 11 luglio 2008, n. 1485**; **TAR Basilicata, sez. I, 22 aprile 2009, n. 131**, **TAR Liguria, sez. II, 21 aprile 2011, n. 660**); più di recente **TAR Sicilia, sez. III, 29 aprile 2011, n. 1071**, il giudice amministrativo ha ritenuto di dovere aderire alla seconda della sopra richiamata tesi limitando l'applicabilità delle disposizioni contenute nell'art. 38 del D.Lgs. n. 163/06 ai soli amministratori della società e non anche ai procuratori speciali in quanto il precitato articolo richiede la compresenza della qualifica di amministratore e del potere di rappresentanza. Non si rinviene in tale disposizione la possibilità di estendere i requisiti in parola a soggetti quali procuratori che amministratori non sono. D'altro canto l'art. 38 fa riferimento soltanto agli amministratori muniti di potere di rappresentanza ossia, ai soggetti che siano titolari di ampi e generali poteri di amministrazione, senza estendere l'obbligo ai procuratori. La soluzione accolta, oltre che essere maggiormente rispondente al dato letterale evita che l'obbligo della dichiarazione possa dipendere da sottili distinzioni circa l'ampiezza dei poteri del procuratore, inidonee a garantire la certezza del diritto sotto il profilo e di estrema rilevanza per la libertà di iniziativa

in parte ridimensionata da disposizioni più puntuali, tendenti a ridurre la discrezionalità della stazione appaltante, introdotte dalla legge di conversione del Decreto Sviluppo (L. n. 106/2011) in particolare con la previsione, nel novellato art. 46 del Codice, della *tassatività* delle clausole di esclusione, nella parte in cui dispone che la stazione appaltante possa escludere i concorrenti *“in caso di mancato adempimento delle prescrizioni previste nel presente Codice e dal Regolamento o da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nel caso di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell’offerta, per difetto di sottoscrizioni o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l’offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo circostanze concrete, che sia stato violato il principio della segretezza delle offerte”*.

Ad avviso di chi scrive, per quanto auspicabile, la disciplina in parola non sembra risolutiva della *vexata quaestio* tra requisiti formali o sostanziali connessa alle ipotesi di esclusione dalla gara. Ciò in quanto stabilire, come prevede il novellato art. 46, se il mancato adempimento trovi fondamento nelle prescrizioni previste dal Codice o dal relativo Regolamento di esecuzione o da altre disposizioni di legge richiede ugualmente una valutazione circa la portata della violazione. L’elemento positivo dell’attuale disposizione si rinviene nel tentativo di dare certezza circa le cause di esclusione dalla gara, limitando per questa via la discrezionalità della stazione appaltante; tuttavia sarà la giurisprudenza a chiarire, di volta in volta, se sia effettivamente raggiunto l’obiettivo della individuazione tassativa delle cause di esclusione o meno.

In ogni caso meritevole di nota è invece l’ultimo periodo del comma 1 *bis* dell’art. 46, nella parte in cui prevede che i bandi e le lettere di

---

economica dell’imprese costituito dalla possibilità di partecipare ai pubblici appalti. (Cfr. anche **Cons. Stato, sez. V, 9 novembre 2010, n. 7967**).

invito non possano contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione, le quali prescrizioni sono, secondo la norma in esame, comunque nulle. Tale ultima disposizione, nella sua semplicità, se da una parte fa auspicare che non vengano previste ulteriori cause di esclusione (introdotte discrezionalmente dalla stazione appaltante), d'altra parte ci si chiede chi sia il soggetto che possa chiedere l'annullamento delle ulteriori clausole di esclusione introdotte dalla stazione appaltante in violazione della legge.

In una recente ordinanza relativa all'impugnazione di un bando di gara, il giudice amministrativo per l'Emilia Romagna ha individuato in due requisiti essenziali (tradizionali) la possibilità di impugnare il bando: l'impresa deve aver partecipato alla gara in oggetto, o, in alternativa, le clausole della *lex specialis* impugnata devono essere preclusive alla partecipazione del ricorrente alla gara. Questi due parametri rendono quantomeno difficile l'impugnativa del bando anche qualora lo stesso contenga disposizioni che la legge dichiara essere nulle, come nel caso di specie<sup>21</sup>.

Con riguardo ai requisiti di capacità tecnica e professionale, va da sé che, anche negli appalti di servizi, si applica il disposto dell'art. 42, comma 1, del Codice, il quale prevede che l'impresa concorrente presenti l'elenco dei principali servizi eseguiti negli ultimi tre anni con l'indicazione degli importi, delle date, dei destinatari, attraverso la previsione tassativa delle cause di esclusione (si veda l'art. 46, così come novellato, ove vengono precisate le ipotesi di esclusione dalla gara).

In questo quadro, se si tratta di servizi erogati ad amministrazioni od enti pubblici, la prova dell'avvenuta esecuzione può essere dimostrata attraverso certificati rilasciati e vistati dalle amministrazioni

---

<sup>21</sup> TAR Emilia Romagna Bologna, sez. II, ordinanza del 17/11/2011, R.G. n. 01196/2011.

medesime<sup>22</sup>. Se il concorrente non è in grado di presentare la documentazione relativa ai requisiti richiesti nel bando, per giustificati motivi, ivi compreso quello relativo alla costituzione o all'inizio dell'attività da meno di tre anni, l'art. 41, comma 3, del Codice, prescrive che, in alternativa, l'impresa può presentare qualsiasi altro documento “*considerato idoneo dalla stazione appaltante*”.

Il punto assume rilievo peculiare laddove l'Unione Europea, sia nel Libro Verde, sia nella Risoluzione parlamentare del 25 ottobre 2011, prevede la possibilità di introdurre la cd. “*patente a punti obbligatoria per l'impresa*” la quale rappresenterebbe il documento di idoneità dell'impresa a partecipare agli appalti. E' infatti necessario che le amministrazioni aggiudicatrici abbiano la possibilità di tener conto della precedente esperienza di un'impresa sulla base di una relazione ufficiale di valutazione. La patente potrebbe costituire, nelle intenzioni del legislatore europeo, lo strumento per garantire il possesso dei requisiti di capacità tecnica e professionale dell'aspirante concorrente<sup>23</sup>. Così operando, solo il concorrente aggiudicatario è tenuto ad esibire la documentazione probatoria di quanto dichiarato, in base al novellato comma 4 dell'art. 41 del Codice dei contratti.

Inoltre non va dimenticato che, *ex art. 48*, la stazione appaltante può, prima dell'apertura delle buste, procedere a sorteggio pubblico, chiedere alle imprese di comprovare il possesso dei requisiti di

---

<sup>22</sup> “*La complessiva disciplina sugli pubblici appalti antecedente all'entrata in vigore del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (finalizzato, in attuazione del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, ad omogeneizzare la disciplina dei contratti di appalto di forniture a quella vigente solo per i lavori pubblici, anche con riferimento al rilascio di una attestazione di regolare esecuzione del contratto), non prevedeva il rilascio del certificato di regolare esecuzione per gli appalti pubblici di servizi*” (TAR Cagliari Sardegna, sez. I, 10 marzo 2011, n. 207).

<sup>23</sup> M. COZZIO, *Appalti pubblici e Unione Europea: qualcosa sta cambiando? Più flessibilità, semplificazione e certezza della regole: le principali richieste dell'Europarlamento per la modernizzazione del settore*, in *Rivista on line Osservatorio di diritto comunitario e nazionale sugli appalti pubblici*, p. 1.

capacità economico-finanziaria richiesta dal bando attraverso la presentazione indicata o nello stesso bando o nella lettera di invito<sup>24</sup>. La *ratio* di tale previsione va rinvenuta nel principio del libero accesso alle gare temperato con la garanzia che vi partecipino imprese affidabili; proprio a tale fine il legislatore prevede una campionatura a sorteggio volta a riscontrare il possesso, da parte delle imprese, dei requisiti dichiarati ai fini della partecipazione alla gara.

Come dal novellato art. 48 le stazioni appaltanti, in sede di controllo, verificano il possesso dei requisiti di qualificazione attraverso la banca dati nazionale dei contratti pubblici prevista nell'art. 62 *bis* del Codice dell'amministrazione digitale; qualora l'impresa non sia in grado di fornire tale prova le stazioni appaltanti procedono non solo all'esclusione del concorrente ma anche all'escussione della relativa cauzione provvisoria ed infine alla segnalazione del fatto all'Autorità di vigilanza, la quale disporrà la sospensione da 1 a 12 mesi della partecipazione dell'impresa alle procedure ad evidenza pubblica. E' evidente che la finalità perseguita dalla disposizione in esame sia quella di responsabilizzare i partecipanti ed escludere, ancor prima dell'apertura delle buste, soggetti che, pur non avendo i requisiti richiesti, partecipino alla gara, venendo ad alterarne i risultati nonché ad aggravare il lavoro della Commissione ed innescando

---

<sup>24</sup> Valga per tutti **Cons. Stato, sez. III, 18 aprile 2011, n. 2343**, nella parte in cui si legge che il D.Lgs. 9 aprile 2009 n. 81, mentre impone alla stazione appaltante di eseguire la preventiva verifica di idoneità in materia di sicurezza sul lavoro con riferimento al soggetto che assume la veste di esecutore dell'appalto, non vieta affatto alla stessa di prevedere, nella *lex specialis* di gara, che tale controllo sia anticipato alla fase precedente di esame delle offerte e degli altri requisiti soggettivi delle imprese concorrenti, il che è ammissibile quando la stazione appaltante abbia stabilito con chiarezza nel bando le modalità con le quali il partecipante alla gara deve fornire la prova della propria idoneità tecnica; né tale prescrizione è illogica, dal momento che essa mira alla valutazione di un profilo soggettivo dell'impresa concorrente, assolutamente condizionante lo stesso affidamento del contratto, né si tratta di un onere particolarmente gravoso per il concorrente, perché può risolversi anche nella semplice produzione di una autocertificazione, come stabilito dall'art. 26, D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81.

eventualmente contenziosi privi di fondamento che tuttavia andrebbero a riverberarsi sulla procedura, rallentandola<sup>25</sup>.

### **3. I requisiti di qualificazione delle imprese di servizi attraverso l'istituto dell'avvalimento.**

Sempre in materia di qualificazione, autonomo rilievo assume il ricorso all'istituto dell'avvalimento nella fase di qualificazione per tutti i contratti ad evidenza pubblica, anche se dalla lettera del Regolamento parrebbe che il ricorso a tale istituto sia stato disciplinato nel dettaglio per i soli appalti di lavoro (e i rapporti con la SOA) e non anche per gli appalti di servizi, diventando così l'esempio del filo rosso seguito nell'individuare i punti di criticità nell'estensione *tout court* della disciplina dei lavori ai servizi<sup>26</sup>.

In linea generale, occorre ricordare che gli artt. 49 e 50 del Codice, sulla scorta di quanto già previsto negli artt. 47 e 48 della direttiva 2004/18/CE, hanno riproposto nel nostro ordinamento l'istituto dell'**avvalimento**, sia nelle singole gare, sia ai fini dell'attestazione SOA.

Si tratta, come noto, di un principio sancito dalla Corte di Giustizia Europea (sentenza 02 dicembre 1999, C-176-98) secondo cui un prestatore di servizi che intenda comprovare il possesso dei requisiti

---

<sup>25</sup> Cfr. TAR Liguria, sez. II, 16 febbraio 2011, n. 280; TAR Toscana, sez. I, 10 febbraio 2011, n. 251.

<sup>26</sup> Così si è espresso G.M. DI PAOLO nella Relazione *L'avvalimento nel regolamento attuativo del codice dei contratti pubblici* in [www.osservatorioappalti.unitn.it](http://www.osservatorioappalti.unitn.it), ove si legge che anche per la sistemazione della norma contenuta nella parte seconda riguardante i contratti pubblici relativi ai lavori fa intuire come si sia voluto disciplinare in particolare la fattispecie. Rileva altresì l'autore come non vi siano altre disposizioni che estendano esplicitamente l'applicazione delle disposizioni già previste nell'art. 88 ai servizi e alle forniture. Con il risultato non certo trascurabile per cui le disposizioni di cui all'art. 88 sembrerebbero trovare applicazione esclusivamente per gli appalti di lavoro.

economici, finanziari e tecnici per la partecipazione ad un appalto pubblico, possa fare riferimento alla capacità di altri soggetti, qualunque sia la natura giuridica dei vincoli che ha con essi, per dimostrare l'effettiva disponibilità dei mezzi necessari all'esecuzione dell'appalto.

Trattasi di un contratto che trova origine in una interpretazione della normativa comunitaria del 1992 e che talvolta viene definito come possesso *per relationem* dei requisiti di capacità o possesso *indiretto*. Oggetto del contratto di avvalimento sono quegli elementi capaci di ampliare i requisiti oggettivi dell'impresa, quali ad esempio il fatturato, il personale, l'aver stipulato nei tre anni precedenti al bando contratti analoghi, i mezzi tecnici, mentre, come già implicito nelle sentenze del giudice amministrativo, non possono essere oggetto di avvalimento i requisiti soggettivi di un'impresa di cui all'art. 38 del Codice<sup>27</sup>. Tale principio viene peraltro ribadito nell'art. 46 della L. n. 106/2011, nella parte in cui si fa riferimento al ricorso all'avvalimento relativamente al possesso da parte di un'impresa concorrente dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto del contratto, mentre viene

---

<sup>27</sup> Si è osservato che l'art. 38 comma 1 lett. f), D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, in quanto norma volta all'esclusione di partecipanti a procedure di affidamento di concessioni o di appalti di lavori, forniture e servizi per la mancanza di requisiti di ordine generale, deve formare oggetto di interpretazione rigorosa e oggettiva, non potendosi consentire restrizioni al mercato e alla concorrenza e, quindi, alla possibilità di partecipazione alle procedure stesse, offerta dalla normativa di settore, se non supportate da stringenti motivazioni e comprovate da fatti, documenti e accertamenti in atti ricollegabili inequivocabilmente alla lettera della suddetta norma (**Cons. Stato, sez. III, 05 maggio 2011, n. 2694**). Che l'istituto dell'avvalimento si delinei quale strumento in grado di consentire la massima partecipazione dei concorrenti alle gare pubbliche, permettendo alle imprese non in possesso dei requisiti tecnici di sommare, unicamente per la gara in espletamento, le proprie capacità tecnico ed economico-finanziarie a quelle di altre imprese è principio giurisprudenziale sancito anche nel settore dei servizi esplicitamente si rinvia **TAR Sicilia, sez. III, 11 aprile 2011, n. 875**, ove il giudice amministrativo ha ritenuto legittimo il ricorso a detto istituto per dimostrare il requisito dell'iscrizione alla C:C:I:A:A: per l'esercizio dell'attività in interesse o altro esercizio equivalente.

previsto che la stessa impresa avvalsa dichiarare il possesso dei requisiti di carattere generale di cui all'art. 38 del Codice dei contratti.

Secondo quanto disposto nella direttiva 2004/18/CE l'istituto in parola si connota per essere applicabile sia ai settori ordinari che in quelli speciali, sia per i lavori che per i servizi e per le forniture, e può essere oggetto di qualsiasi requisito di natura tecnico-organizzativa, economica e finanziaria.

Oggi, rispetto alle direttive 2004/17 e 2004/18, nel Codice vengono fissati dei limiti volti a ridurre l'impatto del ricorso all'avvalimento nel tessuto economico della realtà italiana per impedirne l'inquinamento da parte delle organizzazioni criminali, o più semplicemente di imprese non affidabili, nel settore della contrattualistica pubblica.

Purtuttavia, esso rimane un principio generale applicabile ormai a tutti i contratti pubblici, e per l'espansione dei settori di riferimento, e per l'oggetto del contratto di avvalimento relativo a tutti i requisiti oggettivi. Per questa via può affermarsi che l'istituto in parola debba trovare applicazione *ex lege*, anche se nulla è previsto a tal proposito nel bando di gara<sup>28</sup>.

Il Regolamento, all'art. 88, contiene norme di dettaglio in merito all'applicazione dell'avvalimento, laddove prescrive i contenuti necessari del contratto, ovvero l'oggetto, la durata, e infine ogni altro documento utile, per poter ricorrere al contratto in esame<sup>29</sup>. In verità,

---

<sup>28</sup> **Cons. Stato., sez. VI, 22 aprile 2008, n. 1856.**

<sup>29</sup> È illegittima l'ammissione ad una gara di appalto di una ditta che, nel fare ricorso all'istituto dell'avvalimento, non abbia prodotto, in contrasto con quanto espressamente richiesto dal bando a pena di esclusione, la dichiarazione prevista dall'art. 49, successivamente verificabile ai sensi dell'art. 48 del Codice, attestante l'avvalimento dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, con specifica indicazione dei requisiti della stessa e dell'impresa ausiliaria. Ed inverso, la peculiare dichiarazione richiesta dal citato art. 49 esprime l'impegno in proposito assunto dal



sotto un'apparente semplicità, l'applicazione delle disposizioni contenute nel Regolamento non è coerente rispetto alla norma primaria soprattutto in riferimento alla partecipazione dei concorrenti alle pubbliche gare, che è peraltro l'aspetto più rilevante nel settore dei servizi. Si legge all'art. 88 che il contratto di avvalimento debba riportare *“in modo compiuto, esplicito ed esauriente, l'oggetto, la durata e ogni altro utile elemento”*.

Si deve tenere conto che, in base a quanto dispone l'art. 49, lett. f) del Codice, tra i documenti che devono essere presentati in fase di gara si prevede *“in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto”*. Ora, se si tratta di una impresa che opera nel settore dei lavori pubblici e che quindi deve presentare l'attestazione SOA per poter partecipare alla gara, non vi è chi non veda come l'impresa in questione dovrebbe riproporre in sede di avvalimento tutti quegli aspetti della sua organizzazione che hanno fatto sì che avesse il riconoscimento SOA. Ciò contrariamente a quanto si afferma nel Codice, ovvero che la sola certificazione SOA dovrebbe esonerare l'impresa dalla dichiarazione relativa alle risorse, o ai mezzi in possesso della stessa, e d'altro canto l'intervento legislativo con la L. n. 106/2011 ripropone la suddetta impostazione. Talché si afferma che l'impresa avvalsa, oltre che l'attestazione SOA, debba presentare:

- una dichiarazione attestante l'avvalimento dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara;
- una dichiarazione circa il possesso dei requisiti generali *ex art. 38*;

---

concorrente nei confronti della stazione appaltante, impegno che si connota, nella previsione normativa, non quale generico riferimento all'utilizzo dell'istituto, ma come concreta specificazione dei suoi contenuti, riferiti ai requisiti oggetto di esso ed alla impresa ausiliaria; trattasi, dunque, di atto con il quale il concorrente si connota e si qualifica nei confronti della stazione appaltante, documento essenziale di concreta identificazione del soggetto che intende contrarre con la amministrazione (TAR Campania Salerno, sez. I, 03 maggio 2011, n. 820).

- una dichiarazione sottoscritta circa il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento;
- una dichiarazione dell'impresa ausiliaria di mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie;
- una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui si dichiara che la stessa non partecipa alla gara, in proprio o associata o consorziata ai sensi dell'art. 34;
- mentre nel caso di avvalimento nei confronti di un'impresa appartenente al medesimo gruppo, l'impresa concorrente può presentare una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo.

In linea generale, valevole non solo per i lavori pubblici ma anche per i servizi, l'elemento centrale è dato dalla previsione dell'obbligo di indicare nel contratto di avvalimento l'oggetto, ovvero le risorse e i mezzi prestati, da elencare *in modo determinato e specifico*, così come letteralmente si legge all'art. 88, comma I, lett. a) del Regolamento<sup>30</sup>.

Qualche perplessità desta l'obbligo di indicare la **durata dell'avvalimento**, posto che è la **stessa disposizione contenuta nella normativa, ex. art. 49**, ad esigere che le risorse siano messe a disposizione per tutta la durata dell'appalto. Il tempo del contratto dell'avvalimento non è dunque nella disponibilità delle parti, con la conseguenza che la previsione contenuta nell'art. 88 del Regolamento, sul tempo del contratto, risulta ultronea.

---

<sup>30</sup> **Cons. Stato, sez. III, 18 aprile 2011, n. 2344** ove si legge, in tema di avvalimento, che è onere dell'impresa concorrente, ai sensi dell'art. 49, D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, dimostrare che l'impresa ausiliaria non si impegna semplicemente a prestare il requisito soggettivo richiesto, quale mero valore astratto, ma assume l'obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità e quindi, a seconda dei casi, mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti.

Non meno problematica appare la previsione dell'obbligo di indicare *in modo compiuto, esplicito ed esauriente, ogni altro utile elemento ai fini dell'avvalimento*, ciò in quanto non si comprendono le ragioni che hanno indotto il legislatore ad introdurre questa ulteriore specificazione, la quale non risulta coerente con quella che la giurisprudenza ha rintracciato come la caratteristica tipica dell'avvalimento, ovvero l'indifferenza, per la stazione appaltante, dei motivi che hanno indotto le imprese a fare ricorso all'istituto in esame<sup>31</sup>. Secondo la giurisprudenza più recente viene ribadita *“l'irrilevanza per la stazione appaltante dei rapporti sottostanti [...] essendo indispensabile unicamente che il primo dimostri di poter disporre dei mezzi del secondo, in adesione alla attuale normativa comunitaria”* in quanto la finalità dell'istituto è chiaramente quella di consentire *“la massima partecipazione alle gare ad evidenza pubblica, permettendo alle imprese non in possesso dei requisiti tecnici, di sommare, unicamente per la gara in espletamento, le proprie capacità tecniche ed economico-finanziarie a quelle di altre imprese”*<sup>32</sup>.

Si è rilevato come, così interpretato, l'istituto in esame, nel nostro ordinamento, sembra avere portata “restrittiva” rispetto alle corrispettive disposizioni comunitarie atteso che “emerge un impegno duplice dell'avvalso nei confronti non solo dell'avvalente ma anche della stazione appaltante, sino al punto da far nascere una

---

<sup>31</sup> In tema di avvalimento si è avuto un ampio dibattito dottrinale che non è possibile in questa sede richiamare. Ci si limiterà dunque a rinviare ad alcuni autori che hanno di recente analizzato tale istituto: R. NAPOLI, *Il principio comunitario di avvalimento dei requisiti di gara*, in *Urb. e app.* 2005 p. 681, C. ZUCHELLI, *L'avvalimento in contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, (a cura di) R. De Nictolis, Milano 2007, p.1490.

<sup>32</sup> *Cfr.* Cons. Stato, sez. V, 3 dicembre 2009, n. 7592; TAR Lombardia Milano, sez. I, 12 marzo 2010, n. 612.

responsabilità solidale dell'avvalso e dell'avvalente nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice"<sup>33</sup>.

Diventa onere del concorrente dimostrare che l'impresa ausiliaria non si impegna semplicemente a prestare il requisito soggettivo richiesto, quale mero valore astratto, ma assume l'obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione del contratto, le proprie risorse ed il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità. Da una parte della giurisprudenza si è ritenuto possibile, in quanto non vietato dalla disciplina comunitaria e dal diritto interno, anche la messa a disposizione, a favore del partecipante alla gara, di parte (e non già della totalità) delle risorse aziendali di cui è titolare l'impresa ausiliaria, compresi i requisiti immateriali, costituiti dal pregresso svolgimento di servizi analoghi a quelli posti in gara. Mentre si è ritenuto che il possesso integrale da parte dell'impresa dei requisiti di partecipazione previsti nel bando escluderebbe la possibilità di ricorrere all'istituto dell'avvalimento<sup>34</sup>.

Né ad eccepire la nullità della sottoscrizione del contratto di avvalimento può valere l'assenza di un corrispettivo, in quanto di per sé il dato non risulta significativo potendo il Giudice al riguardo provvedere in via sostitutiva. Partendo dalla assoluta "atipicità" del contratto di avvalimento, se ne deduce che lo stesso non debba contenere alcun vincolo in merito alla previsione del corrispettivo, *posto che la riconducibilità del contratto allo schema generale del mandato rende, ex se, irrilevante, ai fini della validità del vincolo instaurato tra le parti, l'avvenuta assunzione, da parte del mandante,*

---

<sup>33</sup> F. CIANCIO, *L'istituto dell'avvalimento e sua applicazione nell'ordinamento italiano*, in *Riv. Trim App.*, 3/2010, p. 934, nota n. 13. Rileva altresì l'autore come nell'impostazione comunitaria un eventuale inadempimento dell'avvalso non comporti alcuna sua responsabilità nei confronti della stazione appaltante, nel sistema italiano l'avvalso è responsabile solidalmente con l'appaltatore.

<sup>34</sup> **Cons. Stato, sez. VI, 18 settembre 2009, n. 5626.**

*dell'obbligo di corrispondere al mandatario un compenso per l'attività svolta, trattandosi di obbligo che ai sensi dell'art. 1709 c.c. è solo presunto.*

Il vero è che nel caso in cui l'avvalso non metta a disposizione le risorse che si era impegnato a prestare, come dichiarato, sia nella fase di qualificazione, che nella successiva fase esecutiva, ne deriverebbe la nullità del contratto d'appalto in applicazione del principio di obbligatorietà della qualificazione, considerata presupposto di ammissione alla gara, nonché di idoneità per l'aggiudicazione<sup>35</sup>. Un limite alla possibilità di utilizzare l'istituto dell'avvalimento viene ribadito dalla giurisprudenza per quanto attiene ai requisiti soggettivi dell'impresa, i quali, secondo un orientamento consolidato e ribadito da ultimo dalla legge di conversione del cd. decreto Sviluppo, non possono essere assunti come oggetto di avvalimento<sup>36</sup>.

Il comma X dell'art. 49 del Regolamento prescrive che il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, unitamente alla possibilità per l'impresa ausiliaria di assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati. Si rileva come, secondo alcuni, l'art. 49 del Codice si limiterebbe a disciplinare il contenuto generale del contratto senza fornire all'operatore alcuna indicazione in ordine alle tipologie contrattuali a cui deve farsi riferimento, né a questa obiezione si può opporre la dettagliata descrizione dei documenti necessari per l'avvalimento, introdotta dalla L. n. 106/2011 (legge di conversione del decreto Sviluppo).

---

<sup>35</sup> Cass., sez. I, 2 ottobre 2000, n. 13265; Cons. Stato, sez. III, 13 giugno 2000, n. 830.

<sup>36</sup> Di recente TAR Lazio Latina, sez. I, 5 novembre 2010, n. 1865; sui limiti dell'avvalimento in generale si rinvia a TAR Lazio Roma, sez. II bis, 15 giugno 2010, n. 17762; TAR Sardegna Cagliari, sez. I, 24 ottobre 2009, n. 1565.

Al riguardo, sotto la spinta della prevalente giurisprudenza, facendo leva sull'origine comunitaria dell'istituto, il Giudice Amministrativo<sup>37</sup> ha evidenziato, in particolare, come la *atipicità* del contratto di avvalimento consenta all'amministrazione l'ammissione di una prova libera, non essendo previsto uno schema o tipologia specifica di contratto di avvalimento tra le imprese, con la conseguenza della liberalità della forma, nonché delle modalità di prova circa la sua esistenza<sup>38</sup>. In ogni caso, l'eccessiva restrizione operata nella trasposizione della disciplina comunitaria nell'ordinamento nazionale ha comportato la modifica del comma VI e la contestuale abrogazione del comma VII dell'art. 49 del Codice.

In linea generale, guardando agli appalti di servizi, si osserva come la normativa vieti, a pena di esclusione, che in relazione a ciascuna gara l'impresa ausiliaria possa avvalersi di più di un concorrente o che partecipi alla gara sia l'impresa concorrente sia l'impresa ausiliaria. Per isoli lavori, il comma VI dell'art. 88 ammette che il concorrente si avvalga di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione. In ciò distinguendosi tra appalti di forniture e servizi e appalti di lavori. Solo per questi ultimi infatti, il bando di gara può ammettere l'avvalimento di più imprese ausiliarie in ragione dell'importo dell'appalto o delle peculiarità delle prestazioni, fermo restando il divieto di utilizzo frazionato, per il concorrente, dei singoli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi che hanno consentito il rilascio dell'attestazione Soa.

#### **4. Criteri di individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa negli appalti di servizi.**

---

<sup>37</sup> Cfr. TAR Lazio Roma, sez. II ter, 30 aprile 2009, n. 3637. La tesi adottata nella sentenza richiamata nel testo non è stata esente da critiche sia dal punto di vista dottrinario che dal punto di vista giurisprudenziale. Sul punto si rinvia a F. CIANCIO, *op. cit.*, p. 938.

<sup>38</sup> TAR Lazio, Roma, sez. I, 03 dicembre 2009 n. 12455.

Come emerge dall'impianto normativo delineato dal Codice dei Contratti, vi è una palese opzione verso il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per la scelta dell'aggiudicatario e, contestualmente, la volontà di limitare la discrezionalità della Commissione aggiudicatrice a favore del principio di trasparenza. Sotto questo profilo, la normativa nazionale apparentemente sembra allinearsi a quanto prescritto nel *Libro Verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici*, nonché nella Risoluzione adottata dal Parlamento Europeo il 25 ottobre 2011 sul tema (2011/2048 (INI)).

L'Unione Europea con le modifiche che si intendono introdurre viene ad imporre come unica opzione il sistema di selezione informato sul rapporto qualità/prezzo, rendendo del tutto eccezionali le ipotesi di ricorso all'offerta al prezzo più basso<sup>39</sup>. In questo quadro, il legislatore italiano disciplina, agli artt. **83 e 84**, il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, recependo le norme di cui all'art. 53 della direttiva 2004/18/CE, finalizzata a garantire, oltre all'individuazione dell'offerta che presenti il migliore rapporto qualità/prezzo, la trasparenza dell'attività amministrativa e la parità di trattamento dei concorrenti. A tal fine, l'art. 83, comma I, del Codice,

---

<sup>39</sup> Nella suddetta Risoluzione il Parlamento ritiene che, al fine di sviluppare la piena potenzialità degli appalti pubblici, il criterio del prezzo più basso non debba essere il criterio determinante per l'aggiudicazione degli appalti e che sia necessario sostituirlo in via generale con quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa in termini di benefici economici, sociali, ambientali, tenendo conto dei costi dell'intero ciclo di vita dei beni, servizi o lavori di cui trattasi. Sottolinea altresì il Parlamento Europeo che il criterio del prezzo più basso può essere utilizzato solo in casi di beni o servizi altamente standardizzati. Il Parlamento nella Determinazione citata in testo sollecita la Commissione ad elaborare in stretta cooperazione con gli Stati membri, una metodologia di massima e non obbligatoria per calcolare i costi del ciclo di vita dei beni, dei servizi o dei lavori. Ciò diventa tanto più rilevante in caso di contratti che abbiano un impatto sulla salute dei consumatori ed in cui la qualità ed i metodi produttivi svolgono un ruolo importante come nel settore alimentare, per servizi ospedalieri, case di riposo, scuole o asili, quando cioè ai fruitori del servizio devono essere garantiti un buon rapporto qualità/prezzo degli alimenti utilizzati.

stabilisce che debba essere il bando di gara a predeterminare i criteri di valutazione dell'offerta, richiamati nell'articolo solo in via esemplificativa<sup>40</sup>.

Così operando si è sortito un duplice effetto: da un lato, quello di superare il principio della tassatività nell'individuazione dei suddetti criteri (principio che aveva ispirato la *ratio* di fondo della legge Merloni in sede di disciplina dell'offerta economicamente più vantaggiosa); dall'altro, quello di configurare in capo alle stazioni appaltanti, in sede di concreta individuazione degli elementi e criteri di valutazione, il solo limite della *pertinenza con la natura, l'oggetto e le caratteristiche* del contratto da stipulare. Alle amministrazioni aggiudicatrici dovrà dunque essere riconosciuto un amplissimo margine di discrezionalità nell'individuazione dei criteri e dei parametri ritenuti maggiormente idonei a garantire la scelta dell'offerta più confacente alle specifiche esigenze dell'amministrazione.

Secondo i principi generali l'espansione di un tale ambito di discrezionalità incontrerebbe l'unico limite nella *non ragionevolezza* e nella *non manifesta abnormità* in relazione alla natura e all'oggetto del contratto da stipulare. Per questa via, si pone la questione relativa al valore ponderale che è possibile attribuire alla voce-prezzo. E' evidente, al riguardo, che laddove si consentisse alle amministrazioni aggiudicatrici di anettere un valore preminente alla componente prezzo (così vanificando il contributo apportato dalle altre componenti valutative – come accadeva nell'ambito del sistema delineato dal

---

<sup>40</sup> Si rinvia al nostro commento all'art. 83 in *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, (a cura di) A. Carullo e G. Iudica, Cedam, 2009, p. 632 ss., nel quale, si è rilevato come, concentrando l'attenzione sulla questione dell'individuazione degli elementi/criteri di valutazione nell'ambito dell'offerta economicamente più vantaggiosa, si fa osservare come la scelta del legislatore nazionale regionale (conformemente al pertinente paradigma comunitario) si è orientata nel senso di attribuire carattere *meramente indicativo ed esemplificativo* all'elenco di elementi/criteri normativamente fissati.



D.Lgs. 406 del 1991) verrebbe meno, in concreto, la *ratio* stessa dell'istituto dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ovvero sia l'individuazione dell'offerta che presenti per l'amministrazione il miglior rapporto qualità/prezzo. Ed infatti, l'evidente complessità ed eterogeneità degli elementi che contribuiscono alla valutazione dei caratteri qualitativi dell'offerta postula che agli elementi in questione debba necessariamente essere riconosciuto un valore ponderale adeguato e tendenzialmente preminente rispetto al mero dato quantitativo riferito all'elemento prezzo.

Sul punto, da un lato il Libro Verde chiede che venga inserito tra gli elementi qualitativi anche un punteggio, attribuito alle modalità di produzione dell'oggetto del contratto, relativamente all'impatto ambientale, all'innovazione, all'occupazione giovanile etc; dall'altro, nel nostro ordinamento, con il decreto Sviluppo si è stabilito che il costo del personale venga sottratto dalla valutazione, attraverso l'introduzione del comma 3 *bis* nell'art. 81, in base al quale i concorrenti ad una gara devono formulare l'offerta al netto del costo del lavoro e dei costi sostenuti in materia di sicurezza.

Tuttavia, tale disposizione, che ad avviso di chi scrive aveva una sua logica nell'adeguamento al *focus* comunitario circa gli elementi ponderali da utilizzare nella formula qualità/prezzo, è stata superata dal D.L. n. 201/2011 (cd. Decreto Salva Italia), in forza del quale è stato abrogato il comma 3 *bis* e dunque reinserito, nell'offerta, il costo del lavoro accanto ai costi sostenuti per la sicurezza dei lavoratori. In ogni caso rimane ferma la formulazione dell'art. 81, comma IV, novellato dal cosiddetto terzo correttivo, il quale dispone che: *“Il bando per ciascun criterio di valutazione prescelto prevede i sub-criteri e i sub-pesi o i sub-punteggi”*. La nuova formulazione dell'articolo in esame è stata originata da un procedimento di infrazione a carico dell'Italia, accusata dalla Commissione Europea di non aver correttamente trasposto nell'ordinamento nazionale quanto previsto dalle Direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE.

A tal proposito, si osservi come la Corte di Giustizia della Comunità Europea<sup>41</sup> abbia rilevato che i criteri di aggiudicazione debbano essere espressamente menzionati nel capitolato d'oneri o nel bando di gara e debbano rispettare i principi fondamentali di parità di trattamento e di trasparenza. In definitiva, con il recepimento dei consolidati principi comunitari, la scelta dei criteri di valutazione diventa un'operazione che, seppur discrezionale nel fine, è rigidamente disciplinata nel modo, in quanto la stazione appaltante è obbligata a dar conto con chiarezza delle proprie scelte nei documenti di gara, venendosi a ridurre il più possibile la discrezionalità della Commissione aggiudicatrice<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> Si rinvia a M. MATTALIA, *L'offerta economicamente più vantaggiosa e l'applicazione della formula matematica prevista dal disciplinare di gara* (nota a **Cons. Stato, sez. V, 9 aprile 2010, n. 2400**), in *Foro Amm.*, Vol. 11/ 2010, p. 2408.

<sup>42</sup> Sui poteri della Commissione aggiudicatrice, si rinvia a **Cons. Stato, sez. VI, 30 giugno 2011, n. 3902**. Sul punto si rimanda alla sentenza del **TAR Lazio, Roma, sez. I, 1 dicembre 2008, n. 10913**, nella quale i giudici di primo grado hanno rilevato che prima dell'approvazione del Codice dei contratti, che ha disciplinato la materia del sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nel silenzio della legge, era considerato principio giurisprudenziale pacifico quello in base al quale la Commissione di gara poteva introdurre eventuali specificazioni o integrazioni dei criteri di valutazione indicati nel bando di gara purché ciò avvenisse prima dell'apertura delle buste contenenti l'offerta. Si osservi inoltre che prima dell'intervento del terzo correttivo approvato con decreto legislativo 11 Settembre 2008, n. 152, era previsto che la Commissione aggiudicatrice potesse fissare prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte i criteri motivazionali per giustificare l'attribuzione dei punteggi. Secondo il TAR del Lazio nella sentenza sopra richiamata la Commissione illegittimamente ha proceduto a determinare i sotto-criteri per valutare le offerte. Va infatti considerato rilevante l'orientamento assunto sul punto dal Consiglio di Stato che testualmente rileva come l'art. 83, comma IV, Codice degli appalti, porti all'estremo la limitazione della discrezionalità della Commissione nella specificazione dei criteri escludendone ogni facoltà di integrare il bando e quindi facendo obbligo a quest'ultimo di prevedere e specificare gli eventuali sotto-criteri (**Cons. Stato, sez. IV, 12 maggio 2008, n. 2189**). Dunque il potere della Commissione giudicatrice di suddividere i criteri in dettagliati sotto-punteggi è precluso dalle disposizioni innovative dell'art. 83, Codice dei contratti, il quale prevede che sia il bando ad individuare i *sub-criteri*, i sub-pesi e i sub-punteggi, eliminando in proposito ogni margine di discrezionalità in capo alla

Con l'entrata in vigore dell'art. 83 il legislatore ha disposto che sia la *lex specialis* di gara a specificare i criteri di valutazione dell'offerta indicati a titolo esemplificativo nella norma stessa, precisando anche la ponderazione e cioè il valore o la rilevanza relativa attribuita a ciascuno di essi. La norma impone anche 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.

Così, mentre la legge Merloni non prevedeva l'obbligo per le stazioni appaltanti di determinare *ex ante* il peso relativo dei criteri e degli elementi di valutazione (limitandosi piuttosto a prescrivere che il bando indicasse l'ordine decrescente di importanza dei singoli elementi), nel Codice è fatto obbligo alle amministrazioni, già in sede di bando, di fissare il valore ponderale attribuito a ciascun elemento/criterio di valutazione<sup>43</sup>.

Questo principio è stato ripreso e specificato nel I comma dell'art. 120 del Regolamento ove, in base a quanto stabilito dall'art. 83 del Codice, si legge che *i pesi o sub-pesi indicati nel bando di gara devono essere globalmente pari a 100*. Il limite si abbassa per gli appalti di progettazione esecutiva e progettazione definitiva dei lavori ex art. 53, comma 2, lett. b) e c) del Codice, poiché i fattori ponderali da assegnare ai "pesi" o "punteggi" *attribuiti agli elementi riferiti alla qualità, al pregio tecnico, alle caratteristiche estetiche-funzionali e*

---

Commissione giudicatrice. La mancata specificazione, già nel bando di gara, di tutti i criteri e sub criteri di valutazione dell'offerta (e dei corrispondenti punteggi e sub-punteggi) deve considerarsi illegittima, potendosi pervenire all'annullamento nel caso di violazione della suddetta prescrizione, **Cons. Stato, sez. V, 1 ottobre 2010, n. 7256**; **TAR Emilia Romagna Bologna, sez. I, 7 giugno 2011, n. 506**; **TAR Abruzzo, sez. I, 7 aprile 2011, n. 182**.

<sup>43</sup> Sul punto si rinvia alla più recente giurisprudenza **TAR Friuli Venezia Giulia Trieste, sez. I, 1 luglio 2011, n. 331**; **TAR Potenza, sez. I, 11 marzo 2011 n. 132**; **TAR Lazio Latina, sez. I, 26 marzo 2010 n. 386**; **TAR Piemonte, sez. I, 29 gennaio 2010 n. 467**.

*alle caratteristiche ambientali, non devono essere complessivamente inferiori a 65.* La previsione in questione ipostatizza sotto un profilo regolamentare un orientamento applicativo largamente invalso nella pratica degli appalti, favorevole a conferire un rilievo del tutto preminente agli elementi qualitativi dell'offerta rispetto al dato quantitativo dell'offerta economica<sup>44</sup>. Da qui il corollario che alla Commissione aggiudicatrice non è più riconosciuto alcun margine di discrezionalità in sede di definizione dei criteri e dei parametri, contenuti nel bando e ritenuti maggiormente idonei a determinare la scelta dell'offerta<sup>45</sup>.

L'esigenza di garantire la *par condicio* dei concorrenti e il corretto espletamento della gara, impongono che la valutazione dell'offerta avvenga attraverso criteri tecnico-matematici, in perfetta aderenza alle scelte operate nel bando.

In questa prospettiva, ha preso piede via via la tesi che il meccanismo di selezione del contraente possa prevedere anche l'utilizzo di una formula matematica (c.d. **scoring rule**) che, sulla base degli obiettivi predeterminati dalla stazione appaltante, assegni un punteggio alla

---

<sup>44</sup> Appare meritevole di particolare attenzione la specificazione in sede regolamentare delle ipotesi in cui è consentito reclutare i membri delle Commissioni di valutazione al di fuori delle dotazioni organiche delle stazioni appaltanti; secondo quanto previsto dal comma 4 dell'art. 120 Regolamento «è possibile ricorrere alla nomina dei commissari, ai sensi dell'articolo 84, comma 8, secondo periodo, del codice dei contratti, nel caso di interventi complessi di cui all'articolo 3, comma 1, lettera l), ovvero nel caso di lavori di importo superiore a 25 milioni di euro nei quali le componenti architettonica e/o strutturale e/o impiantistica siano non usuali e di particolare rilevanza, ovvero in caso di affidamento ai sensi degli articoli 144, 153 e 176 del codice»; sul punto si rimanda a C. CONTESSA, *L'offerta economicamente più vantaggiosa: brevi note su un istituto ancora in cerca di equilibri*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), marzo 2010, p. 9.

<sup>45</sup> Sul punto si rinvia a M. MATTALIA, *L'offerta economicamente più vantaggiosa e l'applicazione della formula matematica prevista dal disciplinare di gara*, op. cit., p. 2400 e ss.; C. CONTESSA, *L'offerta economicamente più vantaggiosa: brevi note su un istituto in cerca di equilibri*, in [www.giusamm.it](http://www.giusamm.it), 2010.

componente economica e alle varie componenti tecniche considerate nel bando di gara<sup>46</sup>. Tutto ciò traducendosi nell'adozione del principio che la selezione possa essere effettuata attraverso un criterio talmente oggettivizzato da divenire matematico.

Il vero è che la necessità di ricorrere a metodi matematici deriva da due ordini di fattori:

- l'esigenza di rendere aggregabili valutazioni riferite a criteri espressi secondo scale e unità di misura diverse (tipico del settore dei servizi), e, nel contempo,
- l'esigenza di tener conto della diversa ponderazione del peso che ad essi ha attribuito la stazione appaltante.

Pur tuttavia occorrerà sempre che i vari fattori ponderali siano tali da non distorcere il principio generale del rapporto qualità/prezzo e

---

<sup>46</sup> La decisione del **Cons. Stato, sez. VI, 3 giugno 2009, n. 3404**, ha ribadito che la formula matematica ancorata alla media delle altre offerte, si presta a facili distorsioni e turbative, essendo sufficiente presentare una offerta di disturbo con prezzi molto elevati e che si scostano dalla media degli altri (agevolmente prevedibile *ex ante* sulla scorta della conoscenza dei prezzi di mercato) per far salire verso l'alto il prezzo medio ed appiattare dunque la valutazione delle offerte economiche. L'organo di appello ha altresì precisato che, mentre la valutazione degli elementi qualitativi dell'offerta consente margini di apprezzamento rimessi alla stazione appaltante, la valutazione del prezzo, sia nel criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sia nel criterio del prezzo più basso, è ancorata a semplice proporzionalità o progressività, sicchè al prezzo complessivamente più basso deve corrispondere necessariamente un punteggio complessivamente più alto. Tale previsione è un chiaro meccanismo imposto dal diritto comunitario che, *“non può essere inquinato con formule matematiche ancorate a medie variamente calcolate che introducano nella valutazione della singola offerta economica elementi ad essa estranei”* con la conseguenza che *la pur ampia discrezionalità della stazione appaltante nella fissazione dei criteri di valutazione delle offerte incontra un limite invalicabile* nel divieto di rendere complicato un meccanismo legale assolutamente semplice e univoco, attraverso formule matematiche non solo inutili ma addirittura dannose sia per la tutela della par condicio dei concorrenti, sia per l'efficienza ed economicità dell'azione amministrativa.

dunque che a valere non sia solo la variabile economica<sup>47</sup>. In questo ambito possono emergere **profili di criticità proprio nella combinazione tra criteri tecnico-qualitativi e prezzo**, attraverso anche l'utilizzo di formule di attribuzione di un punteggio al prezzo in grado di distanziare eccessivamente le offerte e, conseguentemente, di consentire ad offerte con prezzi molto bassi di recuperare il distacco determinato su un piano tecnico-qualitativo.

Pertanto l'uso di formule matematiche sembra soddisfare quel criterio di trasparenza e di oggettività a cui l'Unione Europea ha richiamato gli Stati membri, senza però che si imputi alla stessa alcuna opzione nella scelta dell'utilizzo di dette formule: in altri termini, l'Unione ha sottolineato l'importanza che i criteri di selezione debbano essere quanto più oggettivati, così come ha evidenziato che i criteri di selezione debbano essere contenuti nel bando, senza aver voluto con questo suggerire opzioni verso formule matematiche.

Il vero è che l'utilizzo delle stesse rende apparentemente più semplice il lavoro della Commissione, la cui composizione peraltro oggi è, secondo l'indicazione derivante sia dal testo legislativo sia dal relativo Regolamento di attuazione, formata da funzionari dell'Ente appaltante, che rinvergono nell'utilizzo di tale metodo una sorta di "tranquilla" gestione della procedura di gara<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> *Cfr. Cons. Stato, sez. V, 9 aprile 2010, n. 2004*, nella parte in cui si stabilisce che è possibile per le stazioni appaltanti introdurre correttivi alle formule matematiche previste dal disciplinare di gara quando si verificano difficoltà pratiche anche nella loro rigida applicazione, ma a condizione che il correttivo utilizzato risponda ad un criterio di proporzionalità e di ragionevolezza volto a salvaguardare gli interessi dell'amministrazione; *T.A.R. Toscana, sez. I, 6 aprile 2011, n. 596*, ove si sottolinea che la legittimità della formula matematica per l'assegnazione dei punteggi alle offerte economiche nelle gare di appalto può essere sindacata solo laddove preveda criteri illogici od irrazionali.

<sup>48</sup> Ai sensi dell'art. 84, comma 2, del Codice di contratti, nel caso di aggiudicazione col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa la Commissione aggiudicatrice deve essere composta da esperti nell'area di attività in cui ricade

Non deve essere però sottovalutato il fatto che la formula matematica, ancorata alla media delle offerte, possa prestarsi a facili distorsioni, essendo sufficiente presentare un'offerta "di disturbo" con prezzi molto elevati per far salire verso l'alto il "prezzo medio" e dunque appiattare la valutazione delle offerte economiche. Da qui la necessità che la stazione appaltante aggiorni i "prezzari" sulla scorta di quelli di mercato perché venga garantita la serietà delle offerte, e tutelata la concorrenza fra le imprese. Il mancato aggiornamento dei prezzi verrebbe a punire soprattutto le imprese più virtuose e che garantiscono una maggiore qualità del servizio<sup>49</sup>.

In questo quadro, il Giudice Amministrativo è intervenuto a precisare che la congruità del prezzo a base d'asta deve essere tale non solo al fine di tutelare la concorrenza tra le imprese, sì da assicurarne la serietà delle offerte, ma altresì per conseguire l'obiettivo dell'efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa che trae fondamento dall'art. 97 della Costituzione.

#### **4.a. (segue) nel servizio sostitutivo di mensa e nei servizi di pulizia.**

Si fa osservare come nel Regolamento, ad esempio in tema di servizi sostitutivi di mensa, disciplinati dall'art. 285, o di servizi di pulizia, ex art. 286, si prevede che gli stessi debbano essere affidati attraverso il

---

l'oggetto del contratto, ma non necessariamente in tutte. *Cfr. Cons. Stato, sez. III, 12 aprile 2011, n. 2265; Cons. Stato, sez. III, 12 aprile 2011, n.2263.*

<sup>49</sup> Sul punto si rinvia alle osservazioni di F. GARRI, *op. cit.*, p. 76. Si osservi altresì che la giurisprudenza ha evidenziato come l'effettiva concorrenza nel settore dei servizi sia determinata dal prezzo degli stessi. Per questa via, si è sostenuto che l'obbligo di aggiornare i prezzari è volto a garantire l'effettività delle offerte poiché il venir meno a tale obbligo porterebbe a sensibile alterazione della concorrenza tra le imprese, essendo penalizzate dai prezzi non aggiornati soprattutto quelle più competitive, le quali sopportano i maggiori oneri per l'aggiornamento del costo del lavoro, per l'investimento, la formazione e così via (**TAR Sicilia Catania, sez. I, 5 dicembre 2008, n. 2281; TAR Puglia Lecce, 11 ottobre 2008, n. 3468**).

criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, mentre rimane residuale, (peraltro con obbligo di motivazione), il ricorso al criterio del prezzo più basso, confermandosi, come detto, anche in tale settore, la preferenza per il criterio qualità/ prezzo<sup>50</sup>.

Ora, nel Regolamento, in tema di servizi di pulizia, art 286, comma VI, viene proposta, per l'individuazione dell'offerta, una formula matematica che dovrebbe garantire la scelta qualità / prezzo.

Il d.P.C.M. del 1999 si richiamava anch'esso ad una formula matematica volta a garantire un corretto rapporto qualità / prezzo; ma a parte questo formale parallelismo, la situazione appare totalmente differente, alla luce del fatto che nella formula inserita nel Regolamento il punteggio relativo al fattore prezzo viene determinato da un raffronto tra gli sconti offerti dagli operatori, in cui si privilegia il massimo ribasso a discapito della qualità.

Se si analizza la formula contenuta nel Regolamento, emerge che verrà "premiato" chi offre il prezzo più basso, atteso che la formula si basa **sul prezzo scontato** e non sul prezzo pieno offerto, così che il

---

<sup>50</sup> Si rammenti che per i servizi sostitutivi di mensa, già nel d.P.C.M. 18/07/2005 si affermava in materia di criteri per l'aggiudicazione delle gare che gli appalti non dovevano essere affidati in base al criterio del prezzo più basso, bensì sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, da valutarsi in base a quanto disposto nell'art. 53, comma 1, lett. a) della direttiva 2004/18/CE, dovendosi privilegiare la garanzia e la qualità della prestazione mediante la valutazione dell'aspetto tecnico ed economico. L'offerta deve essere valutata sulla base del prezzo, del rimborso dei buoni pasto agli esercizi convenzionati, della rete di esercizi, del progetto tecnico etc. In riferimento alla rete di esercizi, il Dipartimento delle Politiche Comunitarie, con circolare 27/04/2006, relativa alla procedura di infrazione della UE n. 2005/4065 nei confronti dell'Italia, ha sollecitato le stazioni appaltanti a non richiedere tra i requisiti per la partecipazione alle gare il numero degli esercizi di ristorazione situati nel territorio interessato che siano già convenzionati con il prestatore di servizi. Ciò per evitare di favorire le imprese con sedi in Italia, le quali prima della presentazione delle offerte, hanno già una rete di esercizi convenzionati.



fattore ponderale prezzo diventa determinante a tal punto che di fatto la gara viene ad essere trasformata in una procedura al massimo ribasso<sup>51</sup>.

<sup>51</sup> Esempificazione **METODO BASE (Art. 286, comma 6, Regolamento)**, dal quale si desume che, a fronte di 5 ditte che presentano offerte per l'aggiudicazione di un servizio di pulizia, un minimo scarto percentuale rende arduo, se non impossibile, un recupero attraverso la valutazione della qualità:

**Ipotesi:** n. 5 offerte; Base d'asta: 1.000.000,00 euro;Punti al prezzo: 40

PUNTEGGIO A	$Ci = \frac{(1.000.000 - 990.000)}{(1.000.000 - 950.000)} = \frac{10.000}{50.000} =$	<b>0,2</b>
PUNTEGGIO B	$Ci = \frac{(1.000.000 - 980.000)}{(1.000.000 - 950.000)} = \frac{20.000}{50.000} =$	<b>0,4</b>
PUNTEGGIO C	$Ci = \frac{(1.000.000 - 970.000)}{(1.000.000 - 950.000)} = \frac{30.000}{50.000} =$	<b>0,6</b>
PUNTEGGIO D	$Ci = \frac{(1.000.000 - 960.000)}{(1.000.000 - 950.000)} = \frac{40.000}{50.000} =$	<b>0,8</b>
PUNTEGGIO E	$Ci = \frac{(1.000.000 - 950.000)}{(1.000.000 - 950.000)} = \frac{50.000}{50.000} =$	<b>1</b>

**Da qui il seguente punteggio:**

A	$0,2 \times 40 =$	<b>8</b>
B	$0,4 \times 40 =$	<b>16</b>
C	$0,6 \times 40 =$	<b>24</b>
D	$0,8 \times 40 =$	<b>32</b>
E	$1 \times 40 =$	<b>40</b>

Se si tiene conto che tale formula matematica viene ritenuta applicabile in via analogica all'intero settore dei servizi, non solo a quello di pulizia, è di tutta evidenza che proprio in tale contesto si perviene a gare basate di fatto sul massimo ribasso e non sul rapporto qualità/prezzo<sup>52</sup>, con il conseguente accesso nel mercato dei servizi di imprese poco affidabili.

L'osservazione che precede trova riscontro altresì nell'art. 283 del Regolamento nella parte in cui si prevede che in caso di aggiudicazioni di servizi e forniture con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa la Commissione procederà all'assegnazione dei punteggi *“applicando i criteri e le formule indicati nel bando o nella lettera di invito secondo quanto previsto nell'allegato P”*. La formula utilizzata nell'allegato P, riferito peraltro anche al settore dei servizi e delle forniture, premia anch'essa, di fatto, l'offerta al prezzo più basso<sup>53</sup>.

<sup>52</sup> Interessante, sotto il profilo della complessità della gara, ove oggetto della stessa sia una pluralità di servizi, la sentenza del **Cons. Stato, sez. V, 30 giugno 2011, n. 3924**.

<sup>53</sup> Come per la nota n. 61, si ipotizzano cinque offerte, per una base d'asta di 1.000.000,00 euro, METODO ALLEGATO P (Regolamento di attuazione ed esecuzione del Codice dei contratti) PERCENTUALE APPLICATA: 0,85 (utilizzando sconti).

$$A \text{ soglia} = \frac{1+2+3+4+5}{5} = \frac{15}{5} = 3$$

OFFERTA A	$C_i = 0,85 \times \frac{1}{3} =$	$0,85 \times 0,33 =$	$0,28 \times 40 =$	11,2
OFFERTA B	$C_i = 0,85 \times \frac{2}{3} =$	$0,85 \times 0,66 =$	$0,56 \times 40 =$	22,4
OFFERTA C	$C_i = 0,85 \times \frac{3}{3} =$	$0,85 \times 1 =$	$0,85 \times 40 =$	34

Così, a fronte di un bando che preveda l'utilizzo di una formula matematica che premi in via fattuale l'offerta al ribasso, l'impresa "virtuosa" avrebbe scarsissima possibilità di tutelare la propria legittima aspettativa ad una corretta selezione delle offerte, in quanto l'impugnabilità della sola formula, in una fase antecedente all'aggiudicazione, non si traduce in una effettiva garanzia, atteso che il mero utilizzo della stessa non legittima l'impugnazione autonoma del bando in quanto non preclusiva dell'accesso stesso dell'impresa alla gara<sup>54</sup>. E' ancora infatti necessario per l'impugnativa del bando

OFFERTA D	$Ci = 0,85 + (1 - 0,85) \times [(4-3)/(5-3)] =$ $Ci = 0,85 + 0,15 \times \frac{1}{2} =$	0,85 + 0,075=	0,925 x 40 =	37
OFFERTA E	$Ci = 0,85 + (1 - 0,85) \times [(5-3)/(5-3)] =$ $Ci = 0,85 + 0,15 \times \frac{2}{2} =$	0,85 + 0,15 x 1=	1 x 40 =	40

<sup>54</sup> Sul punto si veda **TAR Basilicata, sez. I, 11 febbraio 2011, n. 67**, nella parte in cui si legge che nel procedimento per l'aggiudicazione di un appalto pubblico con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione comparativa delle offerte concorrenti è contenuta nell'analitica attribuzione dei punteggi predeterminati dalla Commissione di gara con riferimento alle specifiche singole voci e sottovoci comprese nel paradigma di valutazione, sicché con la stessa attribuzione dei punteggi analitici è assolto l'obbligo di motivazione; viceversa, in presenza di un bando recante criteri generali di valutazione delle offerte, senza l'individuazione di parametri di giudizio specifici, idonei a delimitare la valutazione della Commissione entro un ambito definito, la attribuzione di punteggi in forma soltanto numerica è insufficiente a soddisfare l'obbligo motivazionale, essendo necessario, in tale ipotesi, che il punteggio numerico sia corredato da una motivazione sintetica delle preferenze espresse per le singole offerte circa la maggiore o minore rispondenza dell'una o dell'altra agli elementi di prevalenza stabiliti dalla stessa amministrazione, onde conseguire il risultato più vantaggioso fra le soluzioni prospettate dai concorrenti. In dottrina, si rinvia a L. PERFETTI,

non solo la partecipazione dell'impresa alla gara in oggetto, ma che le clausole ivi previste, siano palesemente ragionevoli e preclusive della partecipazione della ricorrente alla gara<sup>55</sup>.

#### **4.b. (segue) nelle gare di progettazione di servizi.**

Ulteriore riflessione sull'applicazione del criterio qualità / prezzo è individuabile nelle gare di progettazione negli appalti di servizi per i quali il Regolamento, seguendo la disciplina del Codice, ha previsto, attraverso la nuova formula contenuta nell'Allegato M, i criteri di individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Per comprendere l'effettività della nuova impostazione relativa alla progettazione negli appalti di servizi, occorre tener presenti alcuni punti determinanti circa la suddetta fase.

Sembra opportuno infatti richiamare all'attenzione che in base alla nuova disciplina indicata nel Codice "la fase della progettazione" può trovare applicazione oltre che nei lavori pubblici anche nei settori dei servizi e delle forniture: tale principio viene esplicitato più volte nel D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, così come viene dettagliatamente disciplinato nel relativo Regolamento di esecuzione. Così viene a confermarsi, anche sotto questo profilo, la volontà del legislatore di applicare la disciplina procedimentale propria dei lavori pubblici anche ai contratti relativi ai servizi e forniture<sup>56</sup>.

---

*Sulla necessità della progettazione negli appalti di servizi e forniture*, in Riv. Urb. e App. 6/2010, p. 665 e ss.;

<sup>55</sup> Sul punto si veda l'**ordinanza n. 927** emessa dal **TAR Emilia Romagna, sez. I, 17 febbraio 2011, n. 1196**;

<sup>56</sup> L'art. 90 del Codice dei contratti distingue tra una progettazione interna della quale si occupano i tecnici inseriti nell'organico della stazione appaltante, ed una progettazione esterna affidata a professionisti esterni. La norma in questione individua altresì i soggetti legittimati all'espletamento della prestazione nonché tutte le altre attività di supporto tecnico-amministrativo per il responsabile del procedimento.

Nel caso in esame come altri già richiamati nel testo, la diversità di “struttura” non consente una fluida trasposizione di istituti da un settore all’altro: nella fattispecie in questione, la mancanza di un obbligo di programmazione nei servizi rende di difficile effettività la previsione di una progettazione nel settore in esame<sup>57</sup>.

L’art. 94 del Codice rinvia al Regolamento gli aspetti procedurali concernenti sia i livelli di progettazione sia per ciò che attiene ai requisiti dei progettisti<sup>58</sup>. La regola generale è che vi sia un solo livello di progettazione nel settore in oggetto, mentre, a fronte di una particolare complessità del servizio, la stessa progettazione può articolarsi su diversi livelli. Ipotesi dunque quest’ultima solo residuale.

L’affidamento degli incarichi avviene attraverso concorsi di progettazione finalizzati a fornire alla stazione appaltante una progettazione articolata in un unico livello il cui contenuto è

---

<sup>57</sup> L’effettività dell’applicazione di taluni istituti propri della contrattualistica dei lavori anche al settore dei servizi, in mancanza di una vera programmazione, sarà oggetto di analisi nella parte dedicata all’istituto della finanza di progetto all’interno del presente contributo. Si rinvia altresì a L. PERFETTI, *Sulla necessità della progettazione negli appalti di servizi e forniture*, in Urb. e App. 6/2010, p. 665 e ss. Merita accoglimento l’osservazione riportata dall’A., secondo il quale il progetto nella mente del legislatore sarebbe solo il documento grafico che rappresenta una costruzione o una macchina; non appena a dover essere acquisiti siano una fornitura o un servizio, per quanto complessi, “ricchi di profili tecnici che consentono la scelta tra alternative assai differenti, portatori di impatti notevoli sull’organizzazione dell’ente, e di significativo valore economico, la programmazione apparirà un’eventualità appena possibile e la progettazione semplicemente un evento futuribile”.

<sup>58</sup> Le disposizioni contenute nell’articolo 94 del Codice sono coerenti con quanto previsto nell’art. 5 del Codice stesso ove si dispone che il Regolamento “*detta le disposizioni di attuazione ed esecuzione del testo normativo quanto a progettazione dei lavori, servizi e forniture*” venendo così ad operarsi un ampio rinvio alla disciplina regolamentare.

individuato nel bando di concorso *ex art. 279 del Regolamento*<sup>59</sup>. Non essendo rinvenibile una definizione normativa del c.d. progetto definitivo (anche se in realtà la lacuna afferisce alla progettazione applicata ai servizi e forniture), secondo una parte della

---

<sup>59</sup> Il testo dell'art. 279 del Regolamento di attuazione così recita “1. La progettazione dei servizi e forniture di cui agli articoli 5, comma 5, lettera d), e 94 del codice, è articolata di regola in un unico livello. Al fine di identificare l'oggetto della prestazione del servizio o della fornitura di beni da acquisire il progetto contiene:

- a) la relazione tecnica- illustrativa con riferimento al contesto in cui è inserita la fornitura o il servizio;
- b) le indicazioni e le disposizioni per la stesura dei documenti inerenti la sicurezza di cui all'articolo 26, comma 3, del decreto legislativo 9 aprile 2008, n.81;
- c) il calcolo della spesa per l'acquisizione del bene o del servizio con indicazione degli oneri della sicurezza non soggetti a ribasso di cui alla lettera b);
- d) il prospetto economico degli oneri complessivi necessari per l'acquisizione del bene o del servizio;
- e) capitolato speciale descrittivo e prestazionale;
- f) lo schema di contratto.

2. La progettazione è predisposta dalle amministrazioni aggiudicatrici mediante propri dipendenti in servizio. Per i contratti di cui all'articolo 300, comma 2, lettera b), la progettazione di servizi o forniture può avvenire nell'ambito di gare per l'affidamento di servizi o di concorsi di progettazione concernenti servizi o forniture, finalizzati a fornire alla stazione appaltante la progettazione. Il bando di gara o di concorso può integrare o ridurre i contenuti del progetto di cui al comma 2.

3. In caso di concorso di progettazione, la stazione appaltante può prevedere che la progettazione sia suddivisa in due o più livelli di approfondimento di cui la stessa stazione appaltante individua requisiti e caratteristiche; in tale ipotesi, il concorso di progettazione si articola in due gradi secondo le modalità previste dall'articolo 109 del codice, intendendosi per progettazione preliminare il primo livello di progettazione individuato dal bando di concorso e per progettazione definitiva o esecutiva il restante o i restanti livelli di progettazione individuati dal predetto bando di concorso.

4. In attuazione di quanto previsto dagli articoli 94 e 101, comma 2, del codice, per i requisiti dei concorrenti si applicano le norme degli articoli 38, 39, 41, 42, 45 e 46 del codice, in quanto compatibili; si applica l'articolo 90, comma 8, del codice.

5. E' facoltà delle amministrazioni aggiudicatrici prevedere nel bando requisiti ulteriori in ragione della natura dei servizi e delle forniture prestate.

6. Ai concorsi di progettazione si applica l'articolo 260, comma 2, in quanto compatibile”.

giurisprudenza tale definizione potrebbe essere mutuata, sia pure con i necessari adattamenti, dalla materia dei lavori pubblici<sup>60</sup>.

Si osservi come i servizi di architettura e di ingegneria vengano trattati distintamente subito dopo la parte dedicata ai lavori, confermandosi, anche sotto il profilo sistematico, che la disciplina in parola si è ispirata *tout court* alle previsioni dedicate al settore dei lavori. Si rammenti come la direttiva n. 18/2004 prestasse particolare attenzione ai servizi intellettuali, in ragione della loro peculiarità e specificità, rispetto ai servizi in genere. Sul punto, occorre tenere presente che nel *considerando n. 47* si precisa il rispetto delle tariffe professionali, prevedendosi espressamente che *“negli appalti pubblici di servizi, i criteri di aggiudicazione non devono influire sull’applicazione delle disposizioni nazionali, relative alla remunerazione di taluni servizi, quali per esempio le prestazioni degli architetti, degli ingegneri o degli avvocati”*.

Per l’affidamento dei servizi di ingegneria e architettura si prevede una sola procedura di gara oltre i 100.000,00 euro, ammettendosi però gli affidamenti in via fiduciaria là dove l’importo del contratto sia inferiore ai 20.000,00 euro. In particolare il Regolamento, all’art. 266, comma I, lett. c), prevede per la prima ipotesi (gare di importo pari o superiore a 100.000,00 euro) che il professionista offerente presenti un’offerta economica costituita da un ribasso percentuale unico, in misura non superiore alla percentuale fissata nel bando; percentuale determinata quindi dalla stazione appaltante, coerentemente alla tipologia dell’intervento di cui trattasi. Poiché il ribasso viene indicato dalla stazione appaltante, e non possono i partecipanti presentare offerte al di sotto del ribasso indicato nel bando, posto che tale disposizione diventa elemento voluto dalla P.A. per disciplinare la gara, così ragionando il Regolamento non viene a violare il principio di inderogabilità dei minimi tariffari previsti dalle norme di settore,

---

<sup>60</sup> Si veda per tutti **TAR Puglia Bari, sez. II, 17 ottobre 2007, n. 2080**.

come evidenziato dal Consiglio di Stato nel parere del 24 Febbraio 2010.

Ad una prima lettura è evidente dunque l'intento "moralizzatore" del legislatore contro gli eccessivi ribassi offerti dai professionisti in questi ultimi anni, avvallati peraltro dalla abrogazione dei minimi tariffari<sup>61</sup>.

In linea di estrema sintesi si prevede che le offerte debbano essere selezionate secondo taluni criteri che così possono sintetizzarsi: l'adeguatezza dell'offerta, secondo quanto indicato all'art. 266, comma 1, lett. b, punto 1, del Regolamento; le caratteristiche metodologiche dell'offerta, desunte dall'illustrazione delle modalità di svolgimento della prestazione oggetto dell'incarico; il ribasso percentuale unico indicato nell'offerta economica, ed infine la riduzione percentuale indicata nell'offerta economica con riferimento al tempo.

Ora, tenuto presente che il ribasso in percentuale ammesso sull'offerta verrà stabilito fin dal bando dalla stazione appaltante, i primi due parametri ovvero l'adeguatezza dell'offerta e le caratteristiche metodologiche diventano determinanti per la selezione del vincitore. In questo caso, rispetto alle passate esperienze, vengono quindi ad assumere prevalenza criteri non oggettivati come la riduzione del prezzo e del tempo, bensì elementi diversi e, se si vuole, più discrezionali<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> Il Consiglio di Stato ha sottolineato tuttavia come il Codice dei contratti pubblici preveda che la scelta del contraente possa aver luogo anche attraverso il ricorso al "prezzo più basso". Tuttavia, si è quasi subito registrato, sul punto, l'orientamento negativo espresso dall'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici che, con la **Determinazione n. 5 del 27 Marzo 2002**, ha respinto la possibilità di ritenere applicabile, agli appalti di lavori pubblici, la direttiva 2000/35/CE.

<sup>62</sup> *Cfr. TAR Lombardia Brescia, sez. II, 04 novembre 2010, n. 4554* ove si legge "in presenza di criteri di giudizio incentrati sulla quantità oltre che sulla qualità degli interventi effettuati dai professionisti, è illogica la scelta di attribuire un punteggio



Preme sottolineare come il comma IV dell'art. 266 del Regolamento testualmente recita *“ai sensi dell'art. 81, comma 1, del Codice, le offerte sono valutate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, prendendo in considerazione i seguenti criteri [...]”*. Il Consiglio di Stato nel parere già citato aveva criticato il tenore letterale della disposizione regolamentare in esame, nella parte in cui lasciava intendere che l'unico criterio di valutazione fosse quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa; nonostante però tali critiche nella versione definitiva e pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale, rimane palese l'opzione verso l'offerta economicamente più vantaggiosa, sia pure in presenza di quanto disposto dall'art. 81 del Codice, che mantiene l'alternatività tra i due criteri di valutazione dell'offerta.

Appare opportuno sottolineare come la L. n. 106/2011 ha introdotto all'art. 81 del Codice il comma 3 bis precisando che *“l'offerta migliore è altresì determinata al netto delle spese relative al costo del personale, valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, e delle misure di adempimento delle disposizioni in materia di salute e di sicurezza dei luoghi di lavoro”*. E' evidente l'intenzione del legislatore di mantenere inalterato il costo del lavoro e gli oneri di sicurezza dei luoghi di lavoro, che non possono costituire oggetto di alcuna contrattazione in sede di gara.

---

inferiore per una quantità maggiore di incarichi svolti; un esito difforme, che sempre secondo logica potrebbe dipendere dall'altro parametro, quello della qualità, certo non è possibile, ma va giustificato, soprattutto quando, a semplice lettura dei *curricula* non appaiano sostanziali differenze qualitative fra le opere delle quali ciascuno dei due gruppi di professionisti si è nel pregresso occupato.

Per gli affidamenti di importo inferiore a 100.000,00 euro, l'art. 267 del Regolamento si richiama all'applicazione delle disposizioni previste nell'art. 91 del Codice. Il Regolamento prevede una disciplina dettagliata circa la procedura da seguire per l'indagine di mercato svolta dalla amministrazione, tesa ad individuare i nomi dei soggetti che si intendono invitare al confronto concorrenziale.

Il Regolamento prevede inoltre che venga assicurato, negli incarichi professionali, “*il rispetto del criterio di rotazione*”. Il che viene ad imporre, seppur non in modo cogente, all'Amministrazione l'opportunità, non di avvalersi di uno stesso professionista per più contratti, ma di scegliere tra una rosa di professionisti iscritti negli elenchi degli operatori economici dell'Amministrazione. Per la formazione del suddetto elenco, al fine di evitare sbarramenti all'entrata della domanda di partecipazione alle gare, si prevede che l'Amministrazione pubblichi l'avviso della formazione dell'elenco contenente altresì le classi e le categorie di appartenenza, le fasce di importo in cui si intende suddividerle, ed ogni altro elemento ritenuto idoneo a garantire la *par condicio* degli aspiranti contraenti.

Il comma 10, dell'art. 267 del Regolamento, in attuazione a quanto disposto dall'art. 125 del Codice dei contratti, contempla la possibilità per il responsabile del procedimento di procedere all'affidamento diretto per i servizi di importo inferiore ai 20.000,00 euro.

Per completezza occorre osservare come il monitoraggio effettuato dal Centro Studi del Consiglio Nazionale degli Ingegneri sui bandi di gara per l'affidamento di servizi di ingegneria nel corso del 2009, abbia rilevato una diffusa arbitrarietà da parte delle amministrazioni nella determinazione dei compensi da porre a base d'asta; d'altro canto i ribassi offerti dell'ordine del 50% ha implicato una crescente marginalizzazione dei professionisti nel mercato dei bandi pubblici di

progettazione<sup>63</sup>. In questa prospettiva il Regolamento di esecuzione ha cercato di porre rimedio, non solo favorendo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ma soprattutto reintroducendo limiti ai ribassi praticabili nelle gare per l'affidamento dei servizi di progettazione, stabilendo nel contempo nuove regole per la verifica dei progetti.

### **5. La finanza di progetto nei contratti di servizi.**

Anche al settore dei servizi, al tradizionale modello di affidamento in concessione sulla base di una proposta elaborata da parte dell'amministrazione, viene accostata l'ipotesi di concessione promossa da un soggetto privato. L'introduzione della norma contenuta nell'art. 278 del Regolamento di esecuzione del Codice ha definitivamente sciolto i dubbi circa l'ammissibilità dell'istituto del *project financing* anche al di fuori dell'ambito dei lavori pubblici, ovvero per i servizi suscettibili di sfruttamento economico.

Nel regolamento si prevedono il contenuto e le modalità attraverso le quali gli operatori privati possono formulare alla amministrazione aggiudicatrice proposte finalizzate all'affidamento in *project financing* degli appalti di servizio le quali devono contenere:

- uno studio di fattibilità;
- una bozza di convenzione;
- un piano economico – finanziario;
- una specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione;
- i criteri di valutazione dell'offerta, pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto;
- le garanzie offerte dal promotore all'amministrazione aggiudicatrice;

---

<sup>63</sup> AA. VV., *Monitoraggio sui bandi di progettazione*, Aprile-Giugno 2009, in Quaderni del Centro Studi del Consiglio Nazionale degli Ingegneri, 174, Roma, 2009.

- l'importo delle spese sostenute per la loro predisposizione, nel limite del 2,5% del valore dell'investimento.

In questa sede si vuole porre l'accento sul fatto che se da un lato annualmente l'amministrazione può predisporre, secondo i principi generali di economicità e di efficacia dell'azione amministrativa, un programma finalizzato all'acquisizione di beni e di servizi riguardanti l'esercizio successivo, dall'altro l'art. 271 del Regolamento riconosce al soggetto pubblico *“la possibilità di avviare procedimenti per l'acquisizione di beni e servizi non previsti in caso di urgenza risultante da eventi imprevisti o imprevedibili in sede di programmazione”*. Ove l'amministrazione si avvalsesse di quest'ultima facoltà, le imprese potrebbero presentare proposte relative all'esercizio di servizi non inseriti nel programma annuale. Nell'eventualità che pervengano una pluralità di proposte relative ad un determinato servizio, l'amministrazione aggiudicatrice, al fine di individuare il soggetto promotore, procede ad una valutazione comparativa delle stesse nel rispetto dei principi desumibili dal diritto comunitario nonché dei principi di trasparenza, pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento.

Sul punto, è appena il caso di far osservare come l'attività valutativa dell'amministrazione se per un verso costituisce espressione della discrezionalità amministrativa, per altro implica pur sempre la predeterminazione di adeguati parametri di valutazione e la puntuale motivazione della proposta scelta fra quelle ricevute.

Rispetto alla disciplina dei lavori, sono state adattate (sia pure in modo non esaustivo) alla specificità dei servizi il contenuto della proposta che viene presentata dal promotore e l'individuazione delle attività cui

è tenuta l'amministrazione in sede di valutazione della proposta medesima<sup>64</sup>.

In questa prospettiva, è di tutta evidenza la volontà di utilizzare la tecnica di finanziamento anche per il settore in esame, sì da coinvolgere l'imprenditoria privata sia sotto il profilo di reperimento delle risorse, sia sotto quello di ottenere soluzioni organizzative più innovative anche sotto il profilo tecnico<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> Si devono al riguardo esprimere alcune perplessità circa la scelta di prevedere lo svolgimento di una procedura informale per la selezione del concessionario, in luogo della gara disciplinata dall'art. 153 nel caso di realizzazione di opere pubbliche, in quanto meno garantista di una effettiva dinamica concorrenziale e apertura del mercato, cfr. *Il regolamento di attuazione del codice dei contratti pubblici. Il commento* di C. LACAVA e G. PASQUINI, in *Giornale di diritto amministrativo* n. 7/2011, p. 722.

<sup>65</sup> Nato come tecnica di finanziamento, il *project financing* si connotava, e ancora oggi si connota, per due fondamentali peculiarità: la prima è data dal fatto che le iniziative suscettibili di essere realizzate con tale tecnica sono quelle in grado di generare nel tempo flussi di cassa (c.d. *cash flow*), sufficienti a ripagare il finanziamento compiuto, nonché a produrre un guadagno certo per gli investitori. In questo senso il *project financing* è risultato essere lo strumento più idoneo nel quadro del partenariato pubblico-privato con cui realizzare sia le cosiddette "opere calde", ovverosia le opere dotate di un'intrinseca capacità di produrre reddito (opere per l'uso delle quali è prevista l'applicazione di tariffe d'utenza), sia le cosiddette "opere tiepide" (nelle quali, accanto ai ricavi da utenza, è necessario l'impiego di risorse pubbliche per la remunerazione degli investimenti privati iniziali). La tecnica del *project financing* è stata poi estesa alle cosiddette "opere fredde" (ad es. scuole, ospedali ed altre opere che in genere non producono ricavi da utenza). Nonché servizi capaci di essere suscettibili di attività imprenditoriale o meno.

La chiave di volta dell'istituto è costituita dal fatto che l'opera pubblica o il servizio pubblico deve essere idoneo a remunerare l'investimento del privato, al di là del modo impiegato per la produzione di flussi di cassa. Già in questo senso l'aspetto economico dell'istituto viene a travalicare lo schema giuridico relativo alle opere da realizzare attraverso tale forma di finanziamento, sicché la distinzione "opere calde" e "opere fredde" viene superata a favore di opere che creino flussi di cassa o servizi imprenditoriali. Pertanto, la fattibilità ed il successo dell'iniziativa sono legate non tanto alle capacità economico-finanziarie di coloro che intendano promuovere la realizzazione dell'opera pubblica o del servizio, quanto, piuttosto, alla capacità dell'opera o del servizio di produrre reddito.

Si osservi, in via di prima approssimazione, che l'estensione dell'istituto in questione ai servizi non dovrebbe avere difficoltà applicative alla luce del fatto che da anni ormai, attraverso lo schermo delle opere pubbliche, si è intervenuti anche nel settore dei servizi: a titolo esemplificativo si richiama la realizzazione di un centro cottura per il servizio di mensa, la realizzazione di un centro sportivo per i servizi legati allo sport, etc.

Così lì dove il servizio sia connesso alla realizzazione di un'opera pubblica l'estensione della tecnica di finanziamento ai servizi non ha

---

Seconda caratteristica dell'istituto in esame è costituita dalla c.d. "autonomia economico-finanziaria del progetto rispetto alle attività degli investitori" (c.d. *ring fence*), in ragione della quale viene ordinariamente costituita un'entità economica separata dai promotori (in genere una apposita società) denominata *social purpose vehicle* con l'unico scopo di realizzare e gestire l'opera o gestire il servizio. Ciò consente di rendere la realizzazione del progetto insensibile alle vicende economico-finanziarie del promotore, aumentando così il grado di affidabilità, e quindi di bancabilità<sup>65</sup>, del progetto stesso.

Se queste sono le coordinate retrostanti all'istituto in questione, nell'avvicinarsi allo studio della disciplina del *project financing* ciò che maggiormente colpisce è "l'instabilità" normativa che spicca persino nel contesto di un settore, quale quello dei contratti pubblici, già connotato di per sé da continue modifiche da parte del legislatore così nazionale come comunitario. Sulle ragioni di tale instabilità spesso la dottrina richiama gli interventi che la Commissione Europea ha imposto all'Italia nella modifica del procedimento *de quo*. Purtroppo pare potersi affermare che il motivo dominante di tale tendenza sia intrinseco: ad un istituto di natura squisitamente economica si vuole applicare la disciplina degli appalti pubblici che risponde a criteri di imparzialità e di formalismo, affinché non si crei un'alterazione del mercato. Principio peraltro ribadito dalla **Corte costituzionale** con la **sentenza n. 7/2011** nella quale il Giudice delle leggi, dichiarando illegittima la L. R. Liguria del 28/12/2009, n. 63, ribadisce che la scelta del promotore deve essere idoneamente pubblicizzata, ovvero deve essere pubblicizzata la programmazione triennale dei lavori pubblici, consentendo a tutti gli operatori che abbiano interesse a partecipare di aver conto delle opere realizzabili attraverso il *project*. "*Tutte le predette modalità di individuazione del contraente, ivi compresa quella ad iniziativa privata, presuppongono che la valutazione di pubblica utilità dell'opera sia già stata preventivamente effettuata dall'amministrazione aggiudicatrice a monte, in sede di programmazione triennale di cui all'art. 128 stesso del Codice dei Contratti*".

sortito evidenti patologie, trattandosi di un *modus operandi* utilizzato, segmentato, e sul quale si è formata una giurisprudenza consolidata che sicuramente aiuta l'operatore economico al ricorso a tale istituto<sup>66</sup>.

A ben vedere, nei casi summenzionati, l'utilizzo della tecnica della finanza di progetto di fatto ruotava, e ruota, intorno alla realizzazione dell'opera (centro di cottura pasti, impianto sportivo, etc.), laddove l'organizzazione dei servizi passava per ancillare a quest'ultima, nonostante la circostanza che gli importi economici delle voci "servizio" fossero tali da risultare più rilevanti rispetto ai lavori. Prova ne sia che l'applicabilità della finanza di progetto presupponeva una distinzione tra servizi caldi e servizi freddi, nel senso che la remunerazione dell'opera avveniva attraverso i servizi caldi, cioè capaci di creare il flusso di cassa, di remunerazione, dell'intervento<sup>67</sup>. Ora, l'applicazione della finanza di progetto ai soli servizi, in tanto rappresenta una novità in quanto l'oggetto della finanza è riferito esclusivamente alla gestione del servizio; purtuttavia si deve osservare, ancora una volta, come l'applicazione *tout court* della finanza di progetto al settore che rileva presenta molte criticità (legate

---

<sup>66</sup> Sotto alcuni profili si veda G. MANFREDI, *La finanza di progetto dopo il d.lgs. n. 152/2008* in Dir. Amm. 2009, p. 429. nel presente scritto l'autore mette in evidenza come due siano sostanzialmente i motivi della instabilità normativa: la prima è individuabile nell'esigenza di assicurare la compatibilità della disciplina della finanza di progetto ai principi e alle norme dell'ordinamento comunitario.; l'altra " *e ancora più importante ragione dell'instabilità di istituto consiste nel fatto che..... l'apertura alla collaborazione e al dialogo con gli operatori economici privati di cui s'è detto non comporta affatto un'integrale superamento del modello del decisore imparziale. In astratto, la soluzione ottimale per realizzare un dialogo siffatto sarebbe senz'altro un sistema di scelta del contraente impostato secondo gli schemi della trattativa privata c.d. pura, in cui l'Amministrazione si comporta come un soggetto privato, e, pertanto, si rapporta ai privati senza alcun formalismo*".

<sup>67</sup> Sul punto si veda G. MARCHIANO', *L'analisi economica del diritto e la finanza di progetto: un metodo alternativo di analisi*, in Rivista on line Osservatorio di diritto comunitario e nazionale sugli appalti pubblici, 2011.

anche alle continue modifiche cui si faceva riferimento in precedenza).

In primo luogo la manifestazione più evidente di tali rilievi è rappresentata dalla “facoltizzazione” della programmazione nel settore dei servizi, diversamente da quanto avviene nei lavori pubblici. Se si analizza l’art. 271 del Regolamento si legge che “*ciascuna amministrazione aggiudicatrice può approvare ogni anno un programma annuale per l’acquisizione di beni e servizi relativo all’esercizio successivo*”<sup>68</sup>. Si attenua in tal modo la portata innovativa della programmazione riconducibile in ultima analisi ad un mero vincolo già diffuso nella prassi, al quale molte amministrazioni si erano ispirate quale strumento di programmazione nella fornitura di beni e servizi<sup>69</sup> e d’altra parte si è già avuto modo di constatare la

---

<sup>68</sup> L’art. 271 del Regolamento Codice contratti “**Programmazione dell’attività contrattuale per l’acquisizione di beni e servizi**” così recita: “*1. Ciascuna amministrazione aggiudicatrice può approvare ogni anno un programma annuale per l’acquisizione di beni e servizi relativo all’esercizio successivo. Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui all’articolo 128, commi 2, ultimo periodo, 9, 10 e 11, del codice e all’articolo 13, commi 3, secondo e terzo periodo, e 4, del presente regolamento. 2. Il programma è predisposto nel rispetto dei principi generali di economicità e di efficacia dell’azione amministrativa, in conformità delle disposizioni del codice e sulla base del fabbisogno di beni e servizi definito dall’amministrazione aggiudicatrice tenendo conto dell’ordinamento della stessa e della normativa di settore ove vigente. 3. Il programma individua l’oggetto, l’importo presunto e la relativa forma di finanziamento. Con riferimento a ciascuna iniziativa in cui si articola il programma annuale, l’amministrazione provvede, nel corso dell’esercizio, alla verifica della fattibilità tecnica, economica ed amministrativa. 4. Qualora l’amministrazione aggiudicatrice abbia predisposto il programma di cui al presente articolo, rimane salva la possibilità di avviare procedimenti per l’acquisizione di beni e servizi non previsti in caso di urgenza risultante da eventi imprevisi o imprevedibili in sede di programmazione. 5. Le amministrazioni aggiudicatrici che non sono tenute a predisporre un bilancio preventivo possono approvare il programma annuale per l’acquisizione di beni e servizi con modalità compatibili con la regolamentazione dell’attività di programmazione vigente presso le stesse*”.

<sup>69</sup> Ciascuna amministrazione aggiudicatrice può approvare ogni anno un programma annuale per l’acquisizione di beni e servizi relativo all’anno successivo.



rilevanza della programmazione, a proposito del responsabile del procedimento. Per cui, in realtà, al di là del dato letterale, se si analizzano le norme relative al responsabile del procedimento nel settore dei servizi, si perviene alla logica conclusione che la programmazione, per quanto facoltizzata, sia pur sempre sollecitata dalle disposizioni previste nelle norme.

Pur tuttavia si dovrà tener conto che in materia di forniture e servizi la programmazione rimane “*meramente eventuale*”, dal momento che non vi è un obbligo dell’ente pubblico di disporre una previsione degli interventi nel settore *de quo*. Il punto di snodo risulta essere allora il seguente: se si vuole creare una disciplina uniforme tra appalti di lavori pubblici e appalti di servizi, la programmazione, come momento prodromico, deve necessariamente essere presente in entrambi i settori; al contrario, se proprio il momento prodromico (leggi programmazione) è differente tra i due settori, non si potrà poi applicare il singolo istituto al settore dei servizi che manca di tale fase. Infatti la mancanza di tale punto di riferimento fa sì che non si abbia una oggettiva e trasparente indicazione dei servizi che annualmente l’ente intende erogare alla collettività di base ricorrendo all’istituto della finanza di progetto.

Circa la “*mera eventualità*” della programmazione dell’attività contrattuale in oggetto, occorre richiamare il comma V dell’art. 271,

---

Il programma è predisposto nel rispetto generali di economicità e di efficacia dell’azione amministrativa, in conformità delle disposizioni del codice e sulla base del fabbisogno di beni e servizi definito dall’amministrazione aggiudicatrice tenendo conto dell’ordinamento della stessa e della normativa di settore ove vigente. Il programma individua l’oggetto, l’importo presunto e la relativa forma di finanziamento. Con riferimento a ciascuna iniziativa in cui si articola il programma annuale, l’amministrazione provvede, nel corso dell’esercizio, alla verifica della fattibilità tecnica. Rimane infatti salva la possibilità di avviare procedimenti per l’acquisizione di beni e servizi non previsti in caso di urgenza ed è data la facoltà alle amministrazioni che non sono tenute a predisporre un bilancio preventivo di approvare programmi annuali con modalità compatibili con le proprie regolamentazioni.

nella parte in cui si legge che *“le amministrazioni aggiudicatrici che non sono tenute a predisporre un bilancio preventivo **possono** approvare il programma annuale per l’acquisizione di beni e servizi con modalità compatibili con la regolamentazione dell’attività di programmazione vigente presso le stesse”*.

In secondo luogo, se è vero che la programmazione dei lavori pubblici deve necessariamente essere dettagliata, anche per i riflessi connessi all’utilizzo del territorio, è altrettanto vero che la stessa previsione deve sussistere anche per il settore dei servizi, quanto meno sotto il profilo delle risorse pubbliche da investire e della *par condicio* degli operatori che vogliono proporre una finanza di progetto.

Pertanto, occorre prendere atto, al di là del dato letterale contenuto nel Regolamento, della necessità/opportunità che l’Amministrazione predisponga una programmazione annuale e triennale anche per servizi (oltre che per le forniture). Ogni diversa interpretazione porterebbe ad una sorta di “assalto alla diligenza”, atteso che le imprese operanti in un determinato territorio potrebbero proporre all’amministrazione un *project financing*, con l’intento di radicare la propria presenza sul territorio, più che offrire un’ottimizzazione del servizio stesso.

Se non si ritenesse necessaria la programmazione, a nulla varrebbe la precisazione contenuta nel secondo comma dell’art. 271 che così recita *“il programma è predisposto nel rispetto dei principi generali di economicità e di efficacia dell’azione amministrativa”* che dunque apparirebbe, *ictu oculi*, una mera dichiarazione di principio priva di una reale portata.

Potrebbe la programmazione essere contraria ai principi di economicità ed efficienza dell’azione amministrativa? Certamente no,

ed in questo si evidenziano tutti i limiti insiti nella previsione di una programmazione facoltativa nel settore in esame<sup>70</sup>.

Permangono, in ogni caso, altre criticità nell'estensione dell'istituto in parola ai servizi.

Sulla scorta dei principi generali che informano la finanza di progetto nei servizi, vale la regola che i privati possano presentare proposte che contengono uno studio di fattibilità, una bozza di convenzione, un piano economico-finanziario asseverato dai soggetti, di cui all'art. 153, comma 9, del Codice, così come novellato dalla L. n. 106/2011, una specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione. La proposta ha una struttura "sostanzialmente" identica sia che si tratti di lavori sia che si tratti di servizi, pur permanendo le distinzioni di fondo.

Così è, ad esempio, per l'asseverazione bancaria, in base al novellato art. 153, comma 9, Codice dei contratti, si legge che *l'asseverazione di un istituto di credito o di società di servizi costituite dall'istituto di credito stesso ed iscritte nell'elenco generale degli intermediari finanziari ai sensi dell'art. 106 del 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 [...]* che avrebbe ad oggetto la dichiarazione che l'attivazione di quel servizio porterebbe ad un flusso

---

<sup>70</sup> Sul punto si rinvia a L. PERFETTI, *Sulla necessità della progettazione negli appalti di servizi e forniture*, in *Urbanistica e appalti*, n. 6/2010, p. 274, nt. 22; C. LACAVA e G. PASQUINI, *Il regolamento di attuazione del codice dei contratti pubblici*, op cit, ovi si legge "il regolamento prevede una disciplina della programmazione degli appalti e dei servizi (art. 271) al fine di garantire anche in tale settore una razionale ed adeguata organizzazione delle attività. Al riguardo, tuttavia, è stata adottata un'impostazione in termini di facoltà delle amministrazioni aggiudicatrici (anziché di obbligatorietà come avviene nei lavori pubblici) e sono state introdotte altre deroghe al vincolo che attenuano la portata innovativa della norma riconducibile in ultima analisi ad un vincolo, già diffuso nella prassi, autonomamente imposta dalle amministrazioni che intendono dotarsi di uno strumento di programmazione del fabbisogno di beni e servizi".

di cassa, di autofinanziamento, pur in assenza di idonea garanzia reale<sup>71</sup>.

A tutt'oggi, è ben noto che l'ente locale, nell'individuazione dei servizi che intende erogare alla collettività, non possa escludere quei servizi "*politicamente*" utili in quanto rispondenti ad un pubblico interesse, servizi che non sempre producono reddito, e quindi quel flusso di cassa proprio della finanza di progetto. Trattasi di quei servizi per i quali non è possibile adottare modelli gestionali tendenti al pareggio del bilancio, talvolta definiti genericamente "*servizi non economici*".

E' pur vero che per taluni di questi servizi l'ente pubblico può, esso stesso, concorrere al finanziamento del servizio; in ciò venendosi a realizzare quella commistione tra finanza di progetto e appalto, al centro del dibattito scientifico e giurisprudenziale degli ultimi anni. In definitiva è evidente la difficoltà in cui ci si imbatte nella materia dei servizi, per cui solo quelli che siano suscettibili di una remunerazione economica possono presentare quegli aspetti che giustifichino il ricorso alla finanza di progetto.

Nell'art. 278, comma I, del Regolamento si legge "*le proposte indicano, inoltre, l'importo delle spese sostenute per la loro predisposizione, nel limite di cui all'art. 153, del Codice*", il quale, oltre che prevedere che le offerte debbano contenere un progetto preliminare, una bozza di convenzione, un piano economico asseverato da una banca, nonché la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, precisa altresì che il piano economico-finanziario comprende "*l'importo delle spese sostenute per la*

---

<sup>71</sup> Si osservi come l'attuale disposizione dell'art. 153 del Codice dei contratti, relativamente al contenuto delle offerte, risulta modificato rispetto all'originaria formulazione della disciplina in parola che annoverava tra i documenti contenuti nella proposta anche lo studio di inquadramento territoriale ed ambientale, lo studio di fattibilità, nonché gli elementi necessari alla valutazione *ex art.* 83 del Codice.

*predisposizione delle offerte [...]. Tale importo non può superare il 2,5% del valore dell'investimento, come desumibile dallo studio di fattibilità posto a base di gara”.*

In base al secondo comma del precitato articolo, è possibile la presentazione di proposte anche con riferimento ai servizi non inseriti nell' "eventuale" programma annuale, e in questi casi le amministrazioni hanno tempo sei mesi per valutare la proposta ed adottare, nel quadro dei precitati programmi, gli studi di fattibilità ritenuti di pubblico interesse.

Detti studi possono essere presentati oltre che da quegli operatori economici dotati sia dei requisiti di ordine generale, di cui all'art. 38 del Codice, sia di quelli previsti dal Regolamento attuativo per il concessionario dei lavori pubblici, trattandosi dei medesimi requisiti in entrambe le ipotesi<sup>72</sup>, anche da altri soggetti, così come elencati nell'art. 34 del Codice, ossia gli imprenditori individuali, le società commerciali, le società cooperative di produzione e lavoro, i consorzi tra imprese artigiane, i consorzi stabili, le ATI, le società di ingegneria, eventuali enti consorziati o associati con enti finanziatori e gestori di servizi.

Col che si ritorna a quanto si diceva in precedenza, ovvero che se la programmazione per i servizi è meramente eventuale, le proposte formulate dai privati, che non rientrino nelle previsioni della programmazione, possono essere assunte dall'Amministrazione diventando esse stesse oggetto di programmazione. Ovvero, nel caso in cui l'ente pubblico non si sia avvalso di alcuna programmazione nel settore dei servizi, si potranno ugualmente assumere le proposte dei

---

<sup>72</sup> V. MACCOLINI – A. CARULLO, *La disciplina procedimentale della finanza di progetto come risultante dal terzo decreto correttivo del Codice dei contratti pubblici*, in Riv. Trim. App. n. 1/2009, p. 270.

privati, lì dove queste rispondano ad esigenze di pubblico interesse e siano corredate della documentazione necessaria<sup>73</sup>.

---

<sup>73</sup> Alla luce delle modifiche introdotte dal decreto Sviluppo, il comma 19 dell'art. 153, Codice dei contratti, oggi è stato così modificato: *“Gli operatori economici possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte relative alla realizzazione in concessione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità non presenti nella programmazione triennale di cui all'articolo 128 ovvero negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente.*

*La proposta contiene un progetto preliminare, una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato da una banca e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione.*

*Il piano economico-finanziario comprende l'importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno di cui all'articolo 2578 del codice civile.*

*La proposta è corredata dalle autodichiarazioni relative al possesso dei requisiti di cui al comma 20, dalla cauzione di cui all'articolo 75 e dall'impegno a prestare una cauzione nella misura dell'importo di cui al comma 9, terzo periodo, nel caso di indizione di gara.*

*L'amministrazione aggiudicatrice valuta, entro tre mesi, il pubblico interesse della proposta. A tal fine può invitare il proponente ad apportare al progetto preliminare le modifiche necessarie per la sua approvazione. Se il proponente non apporta le modifiche richieste, la proposta non può essere valutata di pubblico interesse.*

*Il progetto preliminare, eventualmente modificato, è inserito nella programmazione triennale di cui all'articolo 128 ovvero negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente ed è posto in approvazione con le modalità indicate all'articolo 97; il proponente è tenuto ad apportare le eventuali ulteriori modifiche chieste in sede di approvazione del progetto; in difetto, il progetto si intende non approvato. Il progetto preliminare approvato è posto a base di gara per l'affidamento di una concessione, alla quale è invitato il proponente, che assume la denominazione di promotore.*

*Nel bando l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere ai concorrenti, compreso il promotore, la presentazione di eventuali varianti al progetto. Nel bando è specificato che il promotore può esercitare il diritto di prelazione. I concorrenti, compreso il promotore, devono essere in possesso dei requisiti di cui al comma 8 e presentare un'offerta contenente una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato da una banca, la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, nonché le eventuali varianti al progetto preliminare; si applicano i commi 4, 5, 6, 7 e 13.*

*Se il promotore non risulta aggiudicatario, può esercitare, entro quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione definitiva, il diritto di prelazione e divenire aggiudicatario se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni*

L'adozione, nell'ambito degli strumenti di programmazione, degli studi di fattibilità ritenuti dall'amministrazione aggiudicatrice di pubblico interesse, è in verità una facoltà della stessa. *“Da ciò discende che, pur sussistendo in capo alla pubblica amministrazione titolare dei programmi un obbligo di provvedere sulla proposta, non sussiste un obbligo di adozione e, quindi, nemmeno l'impossibilità di acquisire, per il medesimo interventi e, tramite procedura concorsuale, soluzioni progettuali di altri operatori privati”*<sup>74</sup>.

La *ratio* dell'espressa previsione di una facoltà dell'amministrazione circa l'adozione degli studi di fattibilità trova fondamento nella volontà del legislatore di non sottrarre al soggetto pubblico la titolarità delle principali scelte programmatiche e di lasciare ai privati il solo ruolo di avanzare le proposte nel quadro di un percorso tracciato dai pubblici poteri.

Solo dopo una valutazione positiva da parte dell'Amministrazione, la proposta del privato, sia che si tratti di lavori, sia che si tratti di servizi, assume rilevanza esterna, dal momento che l'assenso della

---

*contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario. Se il promotore non risulta aggiudicatario e non esercita la prelazione ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta nei limiti indicati nel comma 9. Se il promotore esercita la prelazione, l'originario aggiudicatario ha diritto al pagamento, a carico del promotore, dell'importo delle spese per la predisposizione dell'offerta nei limiti cui al comma 9.*<sup>74</sup> Cfr. V. MACCOLINI – A. CARULLO, *op. cit.*, p. 271. Se gli autori si riferiscono in modo specifico ai lavori pubblici, a giudizio di chi scrive, nulla osta che tali principi generali siano applicabili anche al settore dei servizi, il cui schema di finanza di progetto trova estensione secondo le disposizioni contenute nel Regolamento. Parimenti si può estendere ai servizi il principio generale per cui occorre riconoscere all'amministrazione il compito di decidere quali siano i lavori pubblici o di pubblica utilità necessari per il perseguimento dell'interesse pubblico e delle esigenze collettive dalla stessa individuati, nonché i tempi per la loro esecuzione, al fine di convogliare le risorse pubbliche e private verso quelle opere ritenute necessarie in un determinato momento storico.

P.A. implica che la proposta sia traslata dal privato all'Amministrazione. Il progetto presentato dal privato diventa quindi rilevante ai fini pubblici solo quando, dopo averlo valutato, l'Amministrazione lo adotti attraverso un atto tipicamente discrezionale, per cui diventa estremamente difficoltoso ottemperare all'obbligo di specificare fin dall'avviso i criteri sulla base dei quali si procederà alla valutazione comparativa tra eventuali proposte diverse, e dunque alla scelta secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa<sup>75</sup>.

Quanto all' *iter* di selezione dell'offerta, nel settore dei servizi, diversamente dagli appalti di lavori, è prevista una sola procedura: i promotori *“provvedono all'elaborazione di una proposta costituita sostanzialmente da un progetto preliminare e da un piano economico-finanziario nonché dalle caratteristiche della funzionalità, della fruibilità del servizio, della accessibilità al pubblico, del rendimento, del costo di gestione e di manutenzione, della durata della concessione, delle tariffe da applicare, della metodologia di aggiornamento delle stesse, del valore economico del piano e del*

---

<sup>75</sup> Sul punto, si veda F. CARINGELLA - M. PROTTO, *La nuova disciplina dei lavori pubblici: dalla legge quadro alla Merloni-quater, le norme speciali e la nuova potestà regionale*, (a cura di) F. CARINGELLA, G. DE MARZO, M. BELLA, Milano, 2003, p. 1602; M. BALDI, G. DE MARZO, *Il project financing nei lavori pubblici*, Milano, 2004, p. 492, ove si rileva che il ricorso ad ulteriori forme di pubblicità, *ex art. 153*, nell'originaria formulazione integrative rispetto a quelle di cui si è detto, era lasciato alla discrezionalità dell'amministrazione, da esercitarsi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità. La disciplina in materia di pubblicità dell'avviso, come ritenuto dall' Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici, avrebbe dovuto essere interpretata come obbligo da parte delle amministrazioni aggiudicatrici di adottare comportamenti positivi, ossia misure concrete volte a instaurare procedure conformi ai principi fondamentali di trasparenza e libera concorrenza sanciti dal Trattato CE (A.V.L.P., **Deliberazione 21 marzo 2006, n. 18**). Il principio *de quo* viene ribadito dalla più recente giurisprudenza (si veda fra tutti **TAR Sicilia Catania, sez. III, 7 aprile 2011, n. 849**).



*contenuto della bozza di convenzione; è verificata altresì l'assenza di elementi ostativi alla loro realizzazione”.*

Come si legge nel Regolamento, anche i criteri di selezione sono “tarati” sui servizi, venendo ad esempio ad essere considerata determinante la fruibilità del servizio, il suo rendimento o il costo di gestione.

Una volta verificata la fattibilità delle proposte, le amministrazioni aggiudicatrici provvedono ad indire una gara informale, in cui viene invitato anche il promotore, ponendosi a base di gara la proposta dallo stesso presentata. Pur trattandosi di una gara informale, va però sottolineato che la stessa deve essere improntata sui principi cardine della contrattualistica pubblica<sup>76</sup>. Talché nell'ipotesi in cui l'Amministrazione non possa definire con certezza le caratteristiche della prestazione, il criterio selettivo che meglio risponde all'esigenza di consentire l'esperimento di procedure di affidamento è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in considerazione della flessibilità e del carattere non meccanico che la connotano rispetto al prezzo più basso.

---

<sup>76</sup> Sul piano giurisprudenziale si osservi come di recente il **Cons. Stato, sez. V, 8 febbraio 2011, n. 843**, ha ribadito, seguendo in questo la precedente giurisprudenza, che la scelta del *promotore* è caratterizzata da un altissimo livello di discrezionalità da parte dell'Amministrazione aggiudicatrice, che nel valutare le proposte tiene conto del carattere economico e tecnico non sindacabile in sede giurisdizionale se non sotto il profilo di manifesta illogicità, irrazionalità, contraddittorietà. Tale ultima pronuncia riprende sostanzialmente quanto già statuito nell'**adunanza plenaria del Cons. Stato del 15 ottobre 2010, n. 2155** dove i giudici amministrativi hanno sottolineato che occorre tener distinte le fasi preliminari dell'individuazione del promotore e la successiva fase selettiva finalizzata all'affidamento della concessione. Mentre quest'ultima presenta i caratteri di gara soggetta ai principi comunitari e nazionali dell'evidenza pubblica, la scelta del promotore, ancorché procedimentalizzata, “è connotata da un'amplissima discrezionalità amministrativa, essendo intesa non già alla scelta della migliore fra una pluralità di offerte sulla base dei criteri tecnici ed economici preordinati, ma alla valutazione stessa di un interesse pubblico che giustifichi, alla stregua della programmazione delle opere pubbliche, l'accoglimento della proposta formulata dall'aspirante promotore”.

I contenuti del bando sono disciplinati dall'art. 153, comma 3, tramite rinvio a quanto dettato in materia di concessioni di lavori pubblici dall'art. 144 del Codice dei contratti.

Al fine di consentire che le offerte siano presentate secondo presupposti omogenei, il successivo comma 7, nuova versione, dispone che il disciplinare di gara, da richiamarsi espressamente nel bando e del quale costituisce parte integrante, deve contenere l'indicazione dell'ubicazione dei lavori da eseguire, la descrizione dell'intervento, la destinazione urbanistica, la consistenza e le tipologie del servizio da gestire. Coerentemente a tale logica, l'art. 153, comma 4, del Codice, dispone che la valutazione delle proposte pervenute debba essere effettuata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di cui al precedente art. 83.

Dall'ampio richiamo operato a quest'ultima norma discende l'applicabilità di tutte le disposizioni ivi contenute e, quindi, non solo della individuazione, nel bando, degli elementi necessari alla valutazione comparativa delle offerte, ma anche della ponderazione relativa di ciascun elemento e della disciplina procedurale.

Sul contenuto del bando si sofferma anche l'art. 287 del Regolamento, il quale rileva che la fattibilità delle proposte è valutata sotto il profilo della funzionalità, della fruibilità del servizio, della accessibilità da parte del pubblico, del rendimento del costo di gestione, della manutenzione nonché delle tariffe.

In ogni caso, la disposizione del comma III dell'art. 278, nell'ipotesi di pluralità di proposte, statuisce che vengano valutate comparativamente, in base a quanto previsto dall'art. 30, comma III, del Codice degli appalti. In questa fase il promotore può adeguare la propria proposta a quella valutata dall'amministrazione come più conveniente.

## **6. La diversa disciplina nel settore dei lavori e nel settore dei servizi degli interessi moratori.**

Il tema del ritardo con cui la P.A. provvede al pagamento dei corrispettivi inerenti all'esecuzione dei contratti pubblici ha creato e crea non poche preoccupazioni nelle imprese che operano nel mercato "pubblico" italiano. Come si è potuto osservare i dati divulgati dall'Autorità di vigilanza sono in effetti quanto meno allarmanti, laddove tendono, in un periodo di crisi economica come quello attuale, ad indebolire le imprese che contrattano con la Pubblica Amministrazione<sup>77</sup>.

Proprio al fine di mitigare il fenomeno dei ritardi di pagamento nell'ordinamento italiano è stato introdotto, per i contratti pubblici di servizi e forniture il D.Lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 che ha dato attuazione all'art. 26 della legge comunitaria n. 39/2002 che, a sua volta, delegava il Governo italiano all'attuazione della direttiva n. 2000/2005<sup>78</sup>.

La disciplina del D. Lgs. 231/2002, nell'intento di arginare il fenomeno dei ritardati pagamenti prevede in sintesi: la decorrenza automatica degli interessi moratori dal giorno successivo alla scadenza del termine di pagamento, che è fissato, in assenza di un diverso accordo, in 30 giorni senza bisogno di un atto di messa in mora; la determinazione legale degli interessi moratori in misura pari al saggio di interesse del principale strumento di rifinanziamento della BCE, applicato alla sua più recente operazione di rifinanziamento principale, effettuata il primo giorno del calendario del semestre in questione maggiorato di sette punti percentuali, il risarcimento dei

---

<sup>77</sup> Si fa osservare che i tempi di pagamento oscillano tra i 92 giorni ed un massimo di 664 giorni, a fronte di una media di 128 giorni del resto d'Europa.

<sup>78</sup> La direttiva in parola è stata elaborata per la lotta ai ritardi nei pagamenti nelle transazioni commerciali ed oggi in via di sostituzione da parte di una nuova direttiva.

costi sostenuti per il recupero delle somme non tempestivamente corrisposte, salvo la prova del maggior danno, nonché la nullità di ogni accordo in deroga alle disposizioni del D.Lgs n. 231/2002 e conseguente potere del Giudice di dichiarare nullo l'accordo derogatorio a quanto prescritto<sup>79</sup>.

Sull'operatività della vigente normativa è intervenuta l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici che, con Determinazione n. 4 del 07 luglio 2010, ha ribadito che le stazioni appaltanti sono obbligate ad attenersi, nella redazione dei documenti di gara e dei documenti contrattuali relativi ai contratti pubblici di servizi e forniture, a quanto previsto nel D.Lgs. 231/2002. Deve osservarsi come la natura imperativa e non derogabile delle disposizioni in esame sia incontrovertibile<sup>80</sup>.

Nella precitata determinazione dell'Autorità di Vigilanza si legge espressamente che la direttiva 2000/35/CE e il suo conseguente decreto di attuazione contengono norme imperative dirette a riequilibrare la posizione di disuguaglianza tra le parti, prevedendo

---

<sup>79</sup> Si veda A. BONANNI, *Flussi e tempi di pagamento nella Pubblica Amministrazione: il recepimento della nuova normativa contro i ritardati pagamenti*, in [www.contratti-pubblici.it](http://www.contratti-pubblici.it).

<sup>80</sup> In particolare il **Cons. Stato, sez. IV**, con la **sentenza n. 469 del 2 febbraio 2010**, ha osservato che *“L'amministrazione pubblica, infatti, non ha il potere di stabilire unilateralmente le conseguenze del proprio stesso inadempimento contrattuale (come gli interessi moratori o le conseguenze del ritardato pagamento), né potrebbe subordinare la possibilità di partecipare alle gare alla accettazione di clausole aventi simili contenuti, se non a costo di ricadere sotto le sanzioni di invalidità, per iniquità, vessatorietà, mancanza di specifica approvazione a seguito di trattative, sanzioni sopra descritte”* (in tal senso, **Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2005, n. 3892**). Non può sostenersi la prevalenza di tali clausole rispetto a quanto previsto dal decreto legislativo di recepimento della direttiva comunitaria: a parte il valore di supremazia della disciplina di derivazione comunitaria, oltre che della normativa nazionale imperativa, vale il principio per cui il contratto obbliga le parti non solo alle regole previste dal medesimo, ma anche al rispetto delle regole imperative e a tutto ciò che deriva dalla legge, dagli usi o dalla equità (articoli 1339, 1419, 1418 e 1374 del codice civile). ”.

un'alterazione del sinallagma contrattuale. Si deve comunque considerare che il termine per il recepimento della direttiva risulta fissato in due anni dalla data di entrata in vigore della stessa; ne consegue dunque che l'obbligo per gli Stati membri di adeguare la propria normativa interna al dettato della direttiva scadrà il 16 marzo 2013<sup>81</sup>.

Osserva l'Autorità che la partecipazione ad una procedura di gara non può valere come accettazione tacita di condizioni di pagamento difformi da quelle predeterminate *ex lege*. Di conseguenza devono considerarsi illegittime le clausole di un bando di gara con cui la stazione appaltante stabilisca unilateralmente un termine di pagamento ed una decorrenza degli interessi moratori diverso da quanto previsto dall'art. 5 del Decreto precitato. *“Più in dettaglio l'impostazione della dilazione dei termini per il pagamento introdurrebbe un indebito vantaggio per l'amministrazione, considerata, in ragione dei poteri autoritativi di cui dispone nella fase pubblicistica dell'attività negoziale, alla stregua di parte contrattuale forte<sup>82</sup>”*.

L'interpretazione adottata dall'Autorità in parola rende di fatto inderogabili i termini e le condizioni previste nel D.Lgs. 231/2002, attesi gli obblighi di individuazione della controparte contrattuale all'esito di una procedura di evidenza pubblica, in cui siano predeterminati e conosciuti tutti gli elementi costitutivi del contratto compresi quelli che incidono sul termine di pagamento. In questo

---

<sup>81</sup> Deve evidenziarsi che la nuova direttiva reca norme attributive di posizioni di vantaggio sufficientemente puntuali e dettagliate da potersi ritenere autoapplicative; di conseguenza è possibile ritenere che le disposizioni in parola potranno trovare autonoma ed immediata applicazione nei confronti della P.A. anche ove il legislatore nazionale non dovesse attuarne il recepimento.

<sup>82</sup> Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, determinazione 7 luglio 2010, n. 4 in G.U. n. 174 del 28 luglio 2010; l'Autorità rileva che la contrarietà a norme imperative determina la nullità di tali clausole con integrazione legale del contratto mediante applicazione automatica di clausole di contenuto conforme a quelle illegittimamente derogate (artt. 1339 e 1419 c.c.).

quadro il Regolamento di attuazione del Codice dei contratti pubblici, all'art 307, comma II, sancisce che *“i pagamenti sono disposti nel termine indicato dal contratto... nel caso di ritardato pagamento resta fermo quanto previsto dal decreto legislativo 9 Ottobre 2002 n. 231”*.

Il rinvio operato dal Regolamento, ultroneo su un piano giuridico, deve essere inteso quale mera affermazione del divieto di imporre clausole derogatorie della disciplina comunitaria inserite nei bandi e nei contratti, volte a modificare il tenore della disposizione. Sul presupposto che le norme contenute nel D. Lgs. 231/2002 siano di stretta derivazione della direttiva comunitaria 2000/35/CE, il Consiglio di Stato ha ritenuto senz'altro invalide le clausole del bando che prevedono termini di pagamento, decorrenza degli interessi e relativo tasso, difformi rispetto a quanto previsto dagli articoli 4 e 5 del D. Lgs. 231/2002.

Come già richiamato in linea generale, l'art. 4, comma VI, della direttiva in parola, impone agli Stati membri di assicurare che *“il periodo di pagamento stabilito nel contratto non superi il termine di cui al paragrafo 3 (30 giorni), se non diversamente concordato espressamente nel contratto e purché ciò sia oggettivamente giustificato dalla natura particolare del contratto o da talune sue caratteristiche, e non superi comunque i 60 giorni di calendario”*. Viene in tal modo ad essere normativamente fissato un preciso limite numerico alla facoltà di estendere il termine di pagamento e viene prescritto che in nessun caso potrà risultare tempestivo un pagamento effettuato dalla P.A. decorso il sessantesimo giorno del *dies a quo* individuato dalla direttiva.

Ad ulteriore rafforzamento della tutela dell'appaltatore, la si prevede altresì l'aumento di un punto percentuale del tasso degli interessi moratori da riconoscere in caso di ritardato pagamento.

La normativa in questione, anche per espresso rinvio del Regolamento, trova applicazione per il pagamento dei corrispettivi nei contratti relativi al settore dei servizi e forniture, mentre taluni problemi sorgono in relazione all'estensione della suddetta normativa al settore dei contratti aventi ad oggetto i lavori.

Per quanto attiene ai contratti pubblici di lavori, le norme che impongono il tempestivo pagamento dei crediti, che l'impresa appaltatrice vanta nei confronti della stazione appaltante, dovrebbero essere individuate nel capitolato generale delle opere pubbliche, le cui disposizioni sono peraltro oggi in gran parte confluite nel Regolamento di attuazione del Codice dei contratti. In ogni caso si osserva che in base al Capitolato generale dei lavori pubblici, si prevede che a partire dalla maturazione di ogni stato di avanzamento dei lavori il termine per l'ammissione dei certificati di pagamento relativi agli acconti non possa superare i 45 giorni. Una volta emesso il suddetto certificato, il pagamento deve essere disposto mediante specifico mandato entro i 30 giorni successivi. Ove il certificato venga emesso oltre 45 giorni, vanno riconosciuti all'appaltatore gli interessi corrispettivi al tasso legale sulle somme dovute.

In definitiva, la disciplina in tema di ritardo nel pagamento nei lavori pubblici, così come prevista nel Regolamento, appare obiettivamente meno favorevole per l'appaltatore rispetto a quella contenuta nel D. Lgs. 231/2002, che trova applicazione per i servizi e le forniture. E' evidente infatti che i termini di decorrenza degli interessi moratori previsti per i lavori pubblici siano notevolmente più lunghi rispetto a quelli operanti nel settore dei servizi e delle forniture, senza peraltro che vi sia una specifica motivazione sul piano sostanziale oltre che giuridico. Tant'è che, a fronte di tale diversa regolamentazione, in dottrina si sono susseguiti tentativi per applicare, anche al settore dei lavori pubblici, la disciplina contenuta nella direttiva comunitaria sul ritardato pagamento da parte dell'Amministrazione.

Tuttavia si è quasi subito registrato, sul punto, l'orientamento negativo espresso dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici la quale, con la Determinazione n. 5 del 27 marzo 2002, ha respinto la possibilità di ritenere applicabile, agli appalti di lavori pubblici la direttiva 2000/35/CE, sulla base della considerazione che *“il suo ambito è limitato ai pagamenti effettuati a titolo di corrispettivo per le transazioni commerciali fra le imprese e fra imprese e Pubblica Amministrazione, là dove per transazioni commerciali si intendono i contratti che comportano la consegna di merci o prestazioni di servizi contro il pagamento di un prezzo”*.

Partendo da questo assunto, l'Autorità di vigilanza ha ritenuto che l'applicazione estensiva della direttiva agli artt. 29 e 30 del D.M. 145/2000 (Capitolato generale di lavori pubblici) non sia percorribile in quanto, *se da una lato per interpretazione estensiva si intende l'accoglimento di un significato che si spinge fino ai limiti massimi dell'interpretazione, dall'altro si rileva che si può ricorrere al procedimento analogico solo in caso di lacuna dell'ordinamento, lacuna che non sarebbe rinvenibile nella fattispecie in esame. Da qui la differente disciplina tra la tutela risarcitoria del creditore nel settore dei lavori pubblici rispetto alla più forte tutela operante nei servizi*.

Alla luce delle disposizioni contenute nel Regolamento e delle considerazioni fin qui svolte, è evidente, a parere di chi scrive, che non sia possibile mantenere il *“doppio binario”*, ovvero il distinguo tra settore dei lavori pubblici e settore dei servizi e forniture, perché ciò si porrebbe in contrasto con lo spirito generale di unità della disciplina contrattualistica per tutti i settori.

E' pur vero, tuttavia, che ove si dovesse ritenere che la disciplina delineata in sede comunitaria per i servizi investa anche il settore dei lavori, dovranno essere inevitabilmente modificati gli artt. 143 e 144



del Regolamento, in modo tale da adeguarli alla ratio, più favorevole per l'appaltatore, che impronta la direttiva.

Indubbiamente allora anche il tema del diverso regime dei tempi di pagamento rappresenta, come detto fin dall'inizio, uno dei tanti punti di criticità che si pone in contrasto con l'obiettivo dell'uniformità delle discipline relative a tutti i contratti ad evidenza pubblica.