

La “*valutazione della proposta*”
ex art. 37-ter della
“*Legge quadro in materia di lavori pubblici*”
(L. n. 109/1994 e ss.mm.ii.)

Indice

1. Premessa
2. L'*iter* di valutazione delle proposte *ex art. 37 ter* della Legge
3. Valutazione della fattibilità della proposta
 - 3.1. Criteri di valutazione
 - 3.2. Criteri di valutazione e fattibilità della proposta
 - 3.3. Criteri di valutazione e pubblico interesse
4. Verifica dell'assenza di elementi ostativi alla realizzazione delle proposte
5. Esame comparativo delle proposte
 - 5.1. Modalità di espletamento del contraddittorio
6. Interlocazione tra amministrazione aggiudicatrice e promotori
7. Individuazione delle proposte di pubblico interesse
 - 7.1. Il pubblico interesse
 - 7.2. Rapporto tra pubblico interesse e programmazione triennale
 - 7.3. Rapporto tra valutazione di fattibilità e valutazione di pubblico interesse
 - 7.4. La valutazione delle proposte di finanziamento: differenze con la gara per la scelta del concessionario
 - 7.5. La rilevanza della motivazione
 - 7.6. Procedimento di valutazione delle proposte e controllo giurisdizionale per vizi di legittimità
8. Conclusioni

1. Premessa

La proposta presentata dai promotori *ex art. 37 bis* della legge n. 109/1994 e ss. mm. (la “Legge”) viene valutata dalle amministrazioni aggiudicatrici secondo l’*iter* indicato dall’art. 37 *ter* della Legge.

Vale premettere, come si dirà meglio in seguito, che l’*iter* di valutazione delle proposte differisce dalla procedura di gara vera e propria, di cui al successivo art. 37 *quater* della Legge, avente ad oggetto la valutazione delle offerte presentate in sede di licitazione privata. Nella scelta del concessionario, infatti, l’interesse pubblico è soddisfatto con l’individuazione del soggetto economicamente e tecnicamente più idoneo ad eseguire e gestire l’opera. Nell’*iter* di valutazione della proposta, invece, l’amministrazione dovrà effettuare tutte quelle valutazioni di ordine tecnico, economico-finanziario e gestionale, che giustificano la scelta finale in relazione all’interesse pubblico.

Pur non trovandoci, dunque, nel caso in esame, dinanzi ad un “procedimento di gara” in senso stretto, tuttavia anche questo *iter* di valutazione dell’amministrazione si articola in varie “fasi”, tra le quali la prima, di carattere preliminare, è volta ad una valutazione dei requisiti dei promotori e ad una oggettiva verifica della completezza della documentazione, allegata alla proposta del promotore.

Più precisamente, l’amministrazione dovrà verificare:

- a) l’esistenza di tutti i requisiti richiesti ai promotori ai sensi dell’art. 37 *bis* della Legge e dagli artt. 98-99 del D.P.R. n. 554/1999 (“il Regolamento”), dal documento di programmazione, nonché dall’avviso di sollecitazione (ove esistano);
- b) la presenza di tutti i requisiti, anche formali, che deve contenere la proposta e la documentazione allegata alla luce dell’art. 37 *bis* della Legge, del documento di programmazione e avviso di sollecitazione (ove esistano).

In questa fase preliminare, di verifica formale dei requisiti di qualificazione del promotore e di completezza della documentazione presentata, l’amministrazione potrà richiedere al promotore di integrare le eventuali carenze di documentazione, così come previsto dall’art. 37-*bis*, comma 2-*ter*, introdotto dall’art. 7 della L. n. 166/2002. Ciò anche al fine di garantire la partecipazione, alla fase di valutazione vera e propria, di tutti i promotori (*level playing field*).

2. L'iter di valutazione delle proposte ex art. 37 ter della Legge

L'iter di valutazione delle proposte, previsto dall'art. 37 bis della Legge, può essere così articolato:

- 1) valutazione della *fattibilità* della proposta
- 2) verifica dell'*assenza di elementi ostativi alla realizzazione* della proposta
- 3) esame *comparativo* della proposta
 - a. proposte relative alla medesima opera pubblica
 - b. proposte relative ad opere pubbliche diverse
- 4) interlocuzione tra promotori ed amministrazione aggiudicatrice
- 5) individuazione delle proposte di **pubblico interesse**.

Il promotore presenta - entro il 30 giugno di ogni anno oppure, nel caso in cui entro tale scadenza non siano state presentate proposte per il medesimo intervento entro il 31 dicembre - la proposta, corredata da tutta la documentazione richiesta dall'art. 37 bis della Legge, proposta relativa ad opera pubblica o di pubblica utilità, inserita nella programmazione triennale, ovvero negli ordinari strumenti di pianificazione territoriale.

La valutazione della proposta segue un *iter* articolato e complesso che si conclude con una valutazione, insindacabile nel merito, sulla base del *criterio del pubblico interesse*.

Le suddette "fasi", nelle quali si articola la valutazione della proposta, concorrono alla valutazione finale della medesima, tant'è che non tutte le proposte giungeranno alla fase finale della valutazione in quanto non in grado di soddisfare il bisogno collettivo.

In altre parole, la valutazione finale della proposta, in relazione al pubblico interesse, è posta a conclusione di un "procedimento" dell'amministrazione, in cui l'ambito di discrezionalità delle P.A. è ridotto ed è funzionale all'individuazione della proposta da porre successivamente a base di gara.

Formalizzare il procedimento di valutazione delle proposte significa, ad avviso della scrivente Unità, rendere più trasparente il processo di valutazione in ottemperanza ai principi comunitari e nazionali sottesi alla corretta applicazione della Legge per i promotori, che si trovano ad affrontare un procedimento chiaro e trasparente. Tale attività, inoltre, circoscrive il margine di discrezionalità della medesima amministrazione in funzione dello specifico contenuto dell'interesse pubblico nella procedura in corso, con il vantaggio di offrire maggiori tutele da eventuali impugnazioni degli atti del procedimento.

3. Valutazione della fattibilità della proposta

3.1. Criteri di valutazione

La valutazione della fattibilità della proposta deve essere effettuata tenendo conto di una serie di criteri, specificatamente indicati nell'articolo in esame. Tali criteri sono:

- *criterio* costruttivo
- “ urbanistico
- “ ambientale
- “ di qualità progettuale
- “ “ funzionalità
- “ “ fruibilità dell'opera
- “ “ accessibilità al pubblico
- “ “ rendimento
- “ “ costo di gestione e manutenzione
- “ “ durata della concessione
- “ “ tempi di ultimazione dei lavori della concessione
- “ “ tariffe da applicare
- “ “ metodologia di aggiornamento delle tariffe
- “ “ valore economico e finanziario del piano
- “ “ contenuto della bozza di convenzione.

3.2. Criteri di valutazione e fattibilità della proposta

Sulla base di tali criteri, gli esiti, relativi alla valutazione della fattibilità della proposta, possono essere:

- i) *proposta* fattibile
- ii) “ fattibile con modifiche
- iii) “ non fattibile.

Nell'ipotesi *sub* i), si procederà alle fasi successive del procedimento di valutazione; nell'ipotesi *sub* ii), la proposta verrà discussa dall'amministrazione con il promotore, al quale si richiederanno modifiche e/o integrazioni, che verranno successivamente valutate dall'amministrazione; nell'ipotesi *sub* iii), previo contraddittorio con il promotore ed adeguata motivazione, non si proseguirà alle ulteriori fasi di valutazione della proposta e l'amministrazione dovrà dichiarare fallita la procedura di realizzazione di opere pubbliche o di pubblico interesse attraverso il ricorso, parziale o totale, di risorse private.

3.3. Criteri di valutazione e interesse pubblico

I sopra elencati elementi di valutazione sono parametrati, in questa prima fase del procedimento, alla fattibilità dell'opera. Mentre, nella fase finale del procedimento di valutazione, saranno parametrati, prioritariamente, al pubblico interesse, al cui soddisfacimento l'opera ed il servizio sono destinati.

In questo caso, poiché i criteri di valutazione sono generali ed astratti dovranno essere esplicitati per trovare una rispondenza concreta al caso specifico. Ciò implica la necessità di tradurre i singoli criteri individuando *sub-criteri* in relazione ai quali poter attribuire dei “pesi” predeterminati, al fine di valutare la proposta migliore che sarà quella che ha realizzato la *ottimale combinazione degli elementi*: cioè quella che avrà ottenuto il punteggio maggiore.

4. Verifica dell’assenza di elementi ostativi alla realizzazione delle proposte

Si prevede, poi, che l’amministrazione rilevi l’assenza di “elementi ostativi” alla realizzazione della proposta. La norma sembra far rientrare nella valutazione della proposta la c.d. cantierabilità del progetto, cioè l’idoneità alla sua realizzazione sotto il profilo non solo tecnico-operativo, ma anche giuridico-amministrativo, relativamente agli atti autorizzatori, eventualmente necessari per la realizzazione dell’opera. Si tratta, in altre parole, di una sorta di *audit* tecnico-normativo.

5. Esame comparativo delle proposte

Nel caso di presentazione di più proposte l’amministrazione aggiudicatrice è tenuta ad effettuare una valutazione comparativa.

Tale comparazione dovrà essere anzitutto effettuata nel caso in cui siano state presentate più proposte relative alla medesima opera pubblica, al fine di individuare quella che - da una valutazione complessiva di tutti i profili coinvolti ed *in contraddittorio* con i promotori - risulti preferibile.

Tale comparazione deve essere effettuata anche nel caso di più proposte relative ad opere diverse: in tale ipotesi, peraltro, non verrà necessariamente prescelta una sola proposta, ma piuttosto stilata una graduatoria.

5.1. Modalità di espletamento del contraddittorio

Nella fase di contraddittorio tra l’amministrazione ed il promotore, l’amministrazione potrà convocare il promotore e richiedere tutti i chiarimenti, le spiegazioni ed integrazioni utili per la scelta della proposta valutata di pubblico interesse.

In tale fase l’amministrazione dovrà assicurare ai promotori l’osservanza di quei principi che sono stati sanciti nella Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 ottobre 1997, n. 97/52/CE “*che modifica le direttive 92/50/CEE, 93/36/CEE e 93/37/CEE relative al coordinamento delle procedure di aggiudicazione rispettivamente degli appalti pubblici di servizi, degli appalti pubblici di forniture e degli appalti pubblici di lavori*”, recepita dal D.Lgs. n. 402/1998. Tali direttive hanno realizzato un coordinamento delle procedure nazionali applicabili in materia di appalti

pubblici rispettivamente di servizi, di forniture e di lavori, al fine di instaurare *pari condizioni di partecipazione* a detti appalti in tutti gli Stati membri.

I principi qui rilevanti prevedono che, nel caso la proposta di un promotore sia stata respinta, l'amministrazione ha l'obbligo di comunicare i motivi che hanno giustificato la scelta di una differente proposta, eccetto per quelle informazioni la cui diffusione:

- ostacoli l'applicazione della legge;
- sia contraria al pubblico interesse;
- pregiudichi i legittimi interessi commerciali di particolari imprese, pubbliche o private;
- possa compromettere la concorrenza leale tra gli imprenditori.

6. Interlocuzione tra amministrazione aggiudicatrice e promotori

Precisato che l'amministrazione aggiudicatrice può convocare il promotore in ogni momento della procedura in esame, anche il contraddittorio tra amministrazione aggiudicatrice e promotori può essere attivato - su richiesta dell'interessato - nel corso di ogni fase, e non solo in caso della suddetta valutazione comparativa.

E' principio generale, codificato nella legge 241/1990, il diritto dell'interessato ad intervenire nel procedimento amministrativo che lo riguarda. Tale principio vale, a maggior ragione nel caso *de quo*, ove l'esame della proposta presuppone un notevole approfondimento su complessi documenti predisposti da professionisti incaricati dal promotore.

L'amministrazione può, inoltre, come già detto, richiedere al promotore modificazioni e/o integrazioni della proposta, sulla base delle specifiche esigenze dell'amministrazione richiedente, la quale si riserverà, successivamente, di valutare le variazioni apportate alla proposta (v. art. 37 *quater*, comma 1, lett. a).

7. Individuazione delle proposte di *pubblico interesse*

7.1. Il pubblico interesse

Il *pubblico interesse* non è un concetto definito e definibile astrattamente. E', invece, un concetto generale, una sorta di contenitore da riempire di volta in volta, a seconda della situazione concreta, degli elementi peculiari che la caratterizzano, della legislazione di settore, della comunità esponentiale dell'interesse pubblico, della tipologia di opera da realizzare, ecc.. Interesse pubblico, dunque, è concetto mutevole, frutto di considerazioni puntuali da effettuare di volta in volta, in quanto estrinsecazione di una valutazione discrezionale. Discrezionalità parametrata, nel singolo caso di specie, a criteri che indicano i limiti entro i quali deve essere effettuata la valutazione. Come osservato al paragrafo *sub* 3.3, infatti, l'art. 37^{ter} della Legge, elenca i criteri in relazione ai quali definire, non soltanto la fattibilità della proposta, ma anche, in un momento logicamente e temporalmente successivo, se l'opera da realizzare è manifestazione di un pubblico interesse.

7.2 Rapporto tra pubblico interesse e programmazione triennale

Si potrebbe sostenere che, se un'opera è inserita nella programmazione triennale è già di per sé di pubblico interesse e che sarebbe sufficiente il mero inserimento nella programmazione triennale affinché l'opera sia automaticamente ritenuta di pubblico interesse. In realtà, affinché un'opera da realizzare, anche con capitali privati, sia inserita nel piano triennale è sufficiente lo studio di fattibilità: l'esistenza del progetto preliminare, infatti, non è più condizione per l'inclusione di un'opera all'interno del programma triennale, bensì lo è solo ai fini della sua inclusione nell'elenco annuale. Sarà il promotore a presentare tutta la documentazione necessaria per la realizzazione dell'opera: dallo studio di fattibilità ambientale, al progetto preliminare, al piano economico-finanziario, alla bozza di convenzione, ecc. (v. art. 37bis, comma 1). La proposta presentata dal promotore potrebbe, dunque, non soddisfare l'interesse pubblico sotto vari profili: urbanistico-ambientale, della funzionalità e fruibilità dell'opera, ecc. (v. criteri *sub* 3.1)

Nel corso del procedimento di valutazione delle proposte, l'amministrazione procede, discrezionalmente, alla individuazione di quei lavori strumentali alla soddisfazione dei bisogni pubblici che sono stati indicati in sede di programmazione triennale, come suscettibili di essere realizzati con *capitali privati* (v. art. 14, comma 2, della Legge). Stabiliti in sede di programmazione i bisogni che possono essere soddisfatti tramite la realizzazione di lavori finanziabili con capitali privati, l'individuazione dei lavori strumentali al soddisfacimento di tali bisogni avviene proprio nel procedimento di valutazione delle proposte, con il *concorso determinante* del promotore.

7.3. Rapporto tra valutazione di fattibilità e valutazione di pubblico interesse

La valutazione della fattibilità del progetto presentato dal promotore, non coincide, necessariamente, con l'interesse pubblico: una proposta può risultare tecnicamente, economicamente, giuridicamente fattibile ma non essere di pubblico interesse, poiché, ad esempio, ve n'è un'altra, relativa al medesimo settore di opere pubbliche, che risulta di maggiore interesse per l'amministrazione aggiudicatrice e per i cittadini-utenti. Oppure tale proposta può risultare di minore interesse pubblico relativamente ad una proposta, presentata da altro promotore relativamente alla realizzazione della medesima opera pubblica.

Una volta valutata la fattibilità della proposta, occorre dunque procedere, anche attraverso una valutazione comparativa dell'opera, alla rilevazione dell'interesse pubblico.

Nel caso di eventuale *unica proposta* relativa ad un'opera programmata, questa potrà essere respinta solo se il promotore abbia rifiutato le modifiche tecniche richieste dall'amministrazione aggiudicatrice e se, comunque, le condizioni proposte siano tali da escludere che, anche dopo aver introdotto tali modifiche, l'opera risulti di pubblico interesse.

7.4. La valutazione delle proposte di finanziamento: differenze con la gara per la scelta del concessionario

Quanto sin qui considerato, circa il contenuto della valutazione delle proposte di finanziamento, è avvalorato dal numero e dalla tipologia dei criteri che devono presiedere la valutazione stessa, criteri che solo in parte coincidono con quelli in base ai quali si procede all'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, *ex art. 21, comma 2, lett. b)*, richiamato nel successivo *art. 37quater*.

Alcuni di tali criteri concernono la valutazione relativamente alla rispondenza dell'opera o del servizio all'interesse pubblico (funzionalità, fruibilità dell'opera, accessibilità al pubblico, costo di gestione e di manutenzione), mentre i criteri coincidenti con quelli indicati nell'*art. 21, comma 2, lett. b)* (fattibilità sotto il profilo costruttivo, urbanistico ed ambientale, nonché della qualità progettuale, rendimento, durata della concessione, tempi di ultimazione dei lavori della concessione, tariffe da applicare, metodologia di aggiornamento delle stesse, valore economico e finanziario del piano e del contenuto della bozza di convenzione) non costituiscono, in tale fase, la base del confronto concorrenziale tra i partecipanti alla gara (come nella successiva fase disciplinata dall'*art. 37quater*), ma assurgono a parametri di riferimento nell'apprezzamento dell'interesse pubblico, al cui soddisfacimento l'opera e il servizio sono destinati.

L'attività valutativa cui l'amministrazione è chiamata in sede di selezione delle offerte, alla luce del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dipende essenzialmente dalla discrezionalità tecnica alla quale è estranea ogni valutazione dell'interesse pubblico (soprattutto quando le scelte discrezionali sono state compiute in sede di programmazione). Pertanto, sotto il profilo contenutistico, la valutazione che l'*art. 37ter* attribuisce all'amministrazione in virtù del richiamo all'*interesse pubblico* risulta essere più ampia e articolata.

7.5. La rilevanza della motivazione

In relazione all'ampia discrezionalità della decisione ed agli interessi coinvolti, l'amministrazione è tenuta a *motivare adeguatamente* la scelta, ed in particolare ad indicare con precisione e concretezza i motivi per cui una o più proposte non sono state ritenute portatrici di interesse pubblico pari a quelle prescelte, o comunque di interesse pubblico adeguato.

Una puntuale motivazione tecnica tutela maggiormente la scelta dell'amministrazione da eventuali impugnazioni - per eccesso di potere - dell'atto con il quale viene formalizzata la scelta.

7.6. Procedimento di valutazione delle proposte e controllo giurisdizionale per vizi di legittimità

La valutazione discrezionale dell'amministrazione nella cernita delle proposte, sebbene insindacabile nel merito, non sfugge al controllo giurisdizionale per gli ordinari vizi di legittimità, in particolare sotto il profilo della *motivazione* e del rispetto delle *garanzie procedurali*. Sebbene, infatti, tale fase non rivesta tutti i caratteri della pubblica gara, l'art. 37ter contiene una *struttura procedimentale minima*. Come si è visto nei paragrafi che precedono, infatti, è previsto che la valutazione delle proposte avvenga "comparativamente", che siano sentiti i promotori che ne facciano richiesta, ecc..

La motivazione dovrà, quindi, dare congruamente conto delle ragioni della scelta in esito alla valutazione comparativa e dei motivi che hanno determinato la reiezione delle osservazioni e/o integrazioni presentate dai promotori.

8. Conclusioni

L'*iter* di valutazione delle proposte da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, è assai delicato per l'amministrazione, poiché vengono svolte funzioni pubbliche di notevole rilievo:

- a) valutazione della fattibilità delle proposte di finanziamento di opere pubbliche, inserite nella programmazione triennale;
- b) valutazione dell'interesse pubblico alla realizzazione di quella determinata opera;
- c) individuazione dell'opera da realizzare in *project financing*.

L'amministrazione compie, dunque, nel corso di tale procedimento, in contraddittorio con i promotori, valutazioni tecniche, giuridico-amministrative, economico-finanziarie, nonché di utilità sociale. Valutazione, quest'ultima, che non è squisitamente politica, bensì discrezionale, parametrata a quei criteri, predeterminati dalla norma, sulla base dei quali viene elaborata la motivazione che giustifica la scelta finale.