



Unità Tecnica Finanza di Progetto

Prime riflessioni sul Dialogo Competitivo
ai sensi della Direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004
“Relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione
degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi”

A cura di
Rosalba Cori e Gianni Di Paolo

Giugno 2005

INDICE

1) Il dialogo competitivo nella Direttiva 18/2004/CE.	3
2) Presupposti per l'applicazione del dialogo competitivo.	6
3) Qualificazione giuridica del dialogo competitivo.	8
4) Le fasi del dialogo competitivo.	9
5) Applicabilità dell'istituto alle concessioni di costruzione e gestione	12
6) Sulla mancata previsione del dialogo competitivo nei settori c.d. "esclusi".	14
7) Compatibilità tra dialogo competitivo e concessioni di lavori pubblici ad iniziativa privata e ad iniziativa pubblica.	16
8) Alcune considerazioni finali.	19

**Prime riflessioni sul Dialogo Competitivo
ai sensi della Direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004**

*“Relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici
di lavori, di forniture e di servizi”*

1) Il dialogo competitivo nella Direttiva 18/2004/CE.

1.1 L'istituto del dialogo competitivo, previsto dalla Direttiva n. 2004/18/CE, sembra poter rappresentare, per le amministrazioni aggiudicatrici, un utile strumento volto a conciliare, attraverso una procedura sufficientemente flessibile, l'esperienza e la capacità innovativa degli operatori economici privati con l'esigenza di realizzazione di opere pubbliche complesse, nonché di prestazione di servizi pubblici.

A ben vedere, inoltre, qualora fosse recepito nel nostro ordinamento, il dialogo competitivo potrebbe essere applicato anche a forme di Partenariato Pubblico-Privato (v. *infra* par. 5, 7 e 8).

1.2 In base al considerando 31, che precede la Direttiva n. 2004/18/CE, il legislatore comunitario si è preoccupato di prevedere *“una procedura flessibile che salvaguardi sia la concorrenza tra operatori economici sia la necessità delle amministrazioni aggiudicatrici di discutere con ciascun candidato tutti gli aspetti dell'appalto”*. Può accadere, infatti, che *“le amministrazioni aggiudicatrici che realizzano progetti particolarmente complessi possono trovarsi nell'impossibilità oggettiva, non per carenze loro imputabili, di definire i mezzi atti a soddisfare le loro esigenze o di valutare ciò che il mercato può offrire in termini di soluzioni tecniche e/o di soluzioni giuridico/finanziarie”*.

In tali casi, le amministrazioni possono avvalersi del dialogo competitivo, definito dall'art. 1, paragrafo 11, lett. c) della Direttiva 2004/18/CE come *“una procedura alla quale qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare e nella quale l'amministrazione aggiudicatrice avvia un dialogo con i candidati ammessi a tale*

procedura al fine di elaborare una o più soluzioni atte a soddisfare le sue necessità e sulla base della quale o delle quali i candidati selezionati saranno invitati a presentare offerte". L'istituto è disciplinato nelle varie fasi dall'art. 29 della medesima Direttiva n. 2004/18/CE (da ora in poi "la Direttiva").

1.3 Occorre tener conto, tuttavia, che secondo il tenore del primo comma dell'art. 29 della Direttiva, *"gli Stati membri possono prevedere che l'amministrazione aggiudicatrice, qualora ritenga che il ricorso alla procedura aperta o ristretta non permetta l'aggiudicazione dell'appalto, possa avvalersi del dialogo competitivo"*.

La norma è dunque rivolta agli Stati membri, ai quali è lasciata la facoltà di prevedere l'istituto, ed in ciò differisce da altre norme della Direttiva che indicano le modalità di recepimento di una norma comunitaria (es: l'art. 63 della Direttiva recante disposizioni in materia di pubblicità), o che prescrivono puntualmente un dato comportamento da tenere (art. 62 della Direttiva in materia di disposizioni applicabili agli appalti aggiudicati dai concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici), o ancora che hanno come destinatarie le amministrazioni aggiudicatrici (art. 55 Direttiva in materia di offerte anormalmente basse).

Non sussiste, in altri termini, un obbligo in capo allo Stato membro di recepire l'istituto del dialogo competitivo.

Pertanto, gran parte delle considerazioni che stanno per essere svolte, sono ovviamente esposte alla decisione del legislatore italiano di recepire o meno l'istituto, oltre che, nella prima delle due ipotesi, alle modalità di recepimento.

1.4 È pur vero che, ai sensi dell'art. 80 della Direttiva *"gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva entro il 31 gennaio 2006"*.

Qualora entro tale data la Direttiva non sarà stata recepita dal legislatore italiano, considerato il carattere di autoesecutività che la contraddistingue, essa entrerà comunque a far parte dell'ordinamento giuridico statale.

Tuttavia, l'autoesecutività della Direttiva comunitaria non può riguardare la disciplina di istituti, quali quello del dialogo competitivo, la cui valutazione, in ordine al recepimento, è lasciata all' apprezzamento discrezionale dello Stato membro.

In tali casi, infatti, non è tanto in discussione il contenuto sufficientemente chiaro e preciso delle norme che caratterizzano le direttive c.d. dettagliate¹ - presupposto essenziale dell'autoesecutività delle direttive medesime - quanto la stessa facoltà dello Stato membro di recepire o meno l'istituto. Ciò a meno di non voler aderire alla tesi dell'acquiescenza, in base alla quale, l'infruttuosa scadenza del termine di recepimento costituirebbe implicita rinuncia all'esercizio del potere integrativo².

È evidente, in ogni caso, come il forte interesse suscitato negli operatori italiani dalla previsione del dialogo competitivo debba far ritenere prevedibile, oltre che auspicabile, il recepimento dell'istituto in esame.

1.5 Tale interesse, del resto, è confermato da una recente sentenza del T.A.R. Campania³ che, al fine di ritenere legittima una gara basata su elementi di valutazione quantitativi sul ribasso delle offerte, con esclusione di varianti progettuali, ha argomentato come tale gara sia *“raffrontabile al metodo del dialogo competitivo, introdotto dall'art. 29 della nuova direttiva quadro sulle procedure di aggiudicazione degli appalti 2004/18/CE, che risponde alla duplice esigenza di salvaguardare i termini essenziali del progetto di costruzione e gestione, come definiti nella fase del promotore e migliorati in quella di licitazione privata per la selezione dei competitori, e di definire un terreno comune chiaro e certo sul quale misurare la negoziazione, purchè non vi siano discriminazioni e lesioni effettive alla par condicio tra i concorrenti.”*

Tale pronuncia, pur non autorizzando le amministrazioni ad utilizzare immediatamente il dialogo competitivo, sembra quanto meno sottolineare come tale strumento possa essere considerato utile parametro, al fine di valutare la legittimità di una procedura non prevista dalla legge nazionale o dal bando di gara.

¹ Sull'efficacia diretta delle disposizioni comunitarie, Corte di Giustizia 4 marzo 1999, causa C-258/97, in *Foro it.*, 1999, IV, 175.

² La tesi è citata in CARINGELLA, *Corso di diritto Amministrativo, Tomo I*, Milano, 2003, Giuffrè Editore, pag. 22.

³ T.A.R. Campania - Napoli - sezione I - Sentenza 17 giugno 2004 n. 9571.

2) Presupposti per l'applicazione del dialogo competitivo.

2.1 Ai sensi del considerando n. 31 della Direttiva, sono due i presupposti indefettibili per l'applicazione della procedura del dialogo competitivo:

- che si tratti “*di appalti particolarmente complessi*”;
- che le amministrazioni aggiudicatrici che realizzano progetti particolarmente complessi debbono trovarsi “*nell'impossibilità oggettiva, non per carenze loro imputabili, di definire i mezzi atti a soddisfare le loro esigenze o di valutare ciò che il mercato può offrire in termini di soluzioni tecniche e/o di soluzioni giuridico/finanziarie*”.

2.2 Vero è che la nozione comunitaria di “complessità” non può che essere una nozione mediata, nella misura in cui essa deve tener conto della legislazione di Stati membri profondamente diversi tra loro.

Tuttavia, per quanto generica possa essere considerata la definizione di “appalti particolarmente complessi”, data all'art. 1, paragrafo 11, lett. c) della Direttiva⁴, non vi è dubbio che essa non possa essere estesa a tal punto da ricomprendere qualsiasi ipotesi di reale o presunta complessità.

2.3 Ne è la conferma il fatto che il considerando 31 della Direttiva 2004/18/CE prevede che le amministrazioni debbano trovarsi nell'impossibilità oggettiva, non per carenze loro imputabili⁵, di definire i mezzi atti a soddisfare le loro esigenze.

⁴ Secondo l'art. 1, paragrafo 11, lett. c. della Direttiva “Il “dialogo competitivo” è una procedura alla quale qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare e nella quale l'amministrazione aggiudicatrice avvia un dialogo con i candidati ammessi a tale procedura al fine di elaborare una o più soluzioni atte a soddisfare le sue necessità e sulla base della quale o delle quali i candidati selezionati saranno invitati a presentare le offerte.

Ai fini del ricorso alla procedura di cui al primo comma, un appalto pubblico è considerato “particolarmente complesso” quando l'amministrazione aggiudicatrice

- non è oggettivamente in grado di definire, conformemente all'articolo 23, paragrafo 3, lettere b), c) o d), i mezzi tecnici atti a soddisfare le sue necessità o i suoi obiettivi, e/o
- non è oggettivamente in grado di specificare l'impostazione giuridica e/o finanziaria di un progetto.”

⁵ La traduzione del considerando 31 non appare peraltro fedele alla Direttiva nella versione in lingua francese, laddove, alla più vaga previsione in lingua italiana “*non per carenze loro non imputabili*”, se ne sostituisce una ben più restrittiva “*sans qu'une critique puisse leur être adressé à cet égard*”.

Tale previsione sembra introdurre un obbligo di diligenza in capo alle amministrazioni, che non possono ricorrere al dialogo competitivo qualora sia possibile definire, attraverso strumenti ragionevolmente identificabili, i mezzi atti a soddisfare le loro esigenze.

Il richiamo all'impossibilità oggettiva, sembra costituire, in altri termini, un reale ostacolo all'utilizzabilità dello strumento del dialogo competitivo, inducendo a ritenere che l'amministrazione debba dar conto, qualora vi faccia ricorso, di come abbia adempiuto a tale obbligo di diligenza e in base a quali elementi abbia ritenuto oggettivamente impossibile definire i mezzi atti a soddisfare le proprie esigenze.

2.4 In altre parole, dall'esame delle norme descritte, non vi è dubbio che l'istituto rappresenti un'eccezione rispetto agli strumenti normalmente utilizzati dalle amministrazioni aggiudicatrici, in cui i confini appaiono rigidi e non agevolmente valicabili.

Di conseguenza, almeno nelle intenzioni del legislatore comunitario, sembrerebbero destinati a fallire i tentativi di allargare le maglie della nozione di appalto particolarmente complesso, sebbene tale concetto dovrà essere diversamente valutato a seconda del contesto normativo nazionale in cui l'istituto sarà recepito.

Ciò non ha impedito, ad esempio, al legislatore francese - che ha già recepito le Direttive comunitarie in materia di appalti pubblici - nel nuovo Codice degli appalti pubblici⁶, di prevedere, accanto alla nozione di "*appalto particolarmente complesso*", quella di "*appalto complesso*", utilizzabile per gli appalti sotto soglia comunitaria, per i quali è ugualmente consentito il ricorso allo strumento del dialogo competitivo.

2.5 Non è così escluso che, in un contesto giuridico come quello italiano, avvezzo ad operazioni giuridiche complesse, la nozione comunitaria di "*appalto particolarmente complesso*" possa essere ulteriormente circoscritta dal legislatore nazionale, il che comporterebbe una limitata applicazione di tale istituto.

⁶ Il Decreto n. 15 del 7 gennaio 2004, recante "*Code de marchés publics*" ha, per così dire, pre-recepito la Direttiva comunitaria 2004/18/CE, prima della sua definitiva approvazione.

Non si può parimenti escludere a priori, d'altra parte, che proprio la dimestichezza degli operatori italiani, sovente alle prese con appalti particolarmente complessi, non possa suggerire l'opportunità di utilizzare in maniera massiccia lo strumento del dialogo competitivo, per risolvere situazioni di cronica *impasse* nella realizzazione di infrastrutture o di opere pubbliche.

3) Qualificazione giuridica del dialogo competitivo.

3.1 Il dialogo competitivo è, fondamentalmente, un sistema di scelta del contraente e, più precisamente, una procedura per aggiudicare gli appalti pubblici (art. 28 della Direttiva), oltre che uno strumento volto alla definizione – attraverso interlocuzioni con il mercato - del progetto da porre a base di gara.

Ai sensi dell'art. 29 della Direttiva *“gli Stati membri possono prevedere che l'amministrazione aggiudicatrice, qualora ritenga che il ricorso alla procedura aperta o ristretta non permetta l'aggiudicazione dell'appalto, possa avvalersi del dialogo competitivo”*.

L'istituto costituisce, quindi, per l'amministrazione aggiudicatrice, l'unica alternativa alle procedure aperte o ristrette.

Se è vero che il dialogo competitivo culmina con un'aggiudicazione, è altrettanto vero che rappresenta una procedura più complessa di un mero sistema di scelta del contraente.

La particolarità del dialogo competitivo risiede, infatti, nel tentativo di redigere il capitolato d'oneri definitivo, che la stazione appaltante non è in grado di determinare, in quanto oggettivamente impossibilitata a definire i mezzi atti a soddisfare le proprie esigenze o a valutare ciò che il mercato può offrire in termini di soluzioni tecniche e/o di soluzioni giuridiche e finanziarie.

3.2 È chiaro, tuttavia, che almeno le esigenze e le finalità che si vogliono raggiungere devono essere chiare alla stazione appaltante. Non a caso, il paragrafo 2 dell'art 29 della Direttiva prevede che *“le amministrazioni aggiudicatrici pubblicano un bando di gara*

in cui rendono noti le loro necessità e le loro esigenze, che definiscono nel bando stesso e/o in un documento descrittivo”.

Il dialogo competitivo, in altri termini, è volto a definire i mezzi atti a soddisfare le esigenze espresse dalla stazione appaltante in un bando di gara.

4) Le fasi del dialogo competitivo.

4.1 Il dialogo competitivo, come già detto, costituisce una procedura complessa, volta da un lato ad individuare e definire i mezzi più idonei a soddisfare le necessità dell'amministrazione o a valutare ciò che il mercato può offrire in termini di soluzioni tecniche e/o di soluzioni giuridiche e finanziarie, dall'altro ad aggiudicare l'appalto pubblico.

Tale procedimento può essere distinto in due fasi principali (art. 29 della Direttiva):

- fase del dialogo;
- fase dell'aggiudicazione.

4.2 Fase del dialogo.

La Direttiva non regola, nel dettaglio, l'*iter* del dialogo. Secondo l'articolo 29, paragrafo 3, tale fase può essere distinta nelle seguenti sottofasi:

- a) pubblicazione del bando di gara e/o di un documento descrittivo in cui vengono rese note le necessità e le esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice;
- b) selezione dei candidati secondo le disposizioni degli articoli da 44 a 52 della Direttiva, relative alla qualificazione dei candidati;
- c) dialogo – inteso in senso stretto - con i candidati selezionati nel corso del quale possono essere discussi tutti gli aspetti dell'appalto. Tale fase, a sua volta, può svolgersi in fasi successive – qualora ciò sia indicato nel bando o nel documento descrittivo - in modo da ridurre il numero di soluzioni da discutere durante la fase di dialogo, applicando i criteri di aggiudicazione precisati nel bando di gara o nel documento descrittivo. Al fine di impedire che l'amministrazione aggiudicatrice combini singoli profili delle diverse proposte, sfruttando lo sforzo di inventiva dei candidati (fenomeno

c.d del “*cherry-picking*”), oltre che allo scopo di preservare la riservatezza delle proposte stesse, l’art 29 detta una serie di cautele che impongono, tranne rare eccezioni, che il dialogo avvenga di volta in volta tra amministrazione e singolo candidato. Così, ai sensi dell’art. 29, paragrafo 3 Direttiva “*durante il dialogo le amministrazioni aggiudicatrici garantiscono la parità di trattamento di tutti gli offerenti. In particolare esse non forniscono, in modo discriminatorio, informazioni che possano favorire alcuni offerenti rispetto ad altri*”. Inoltre “*le amministrazioni aggiudicatrici non possono rivelare agli altri partecipanti le soluzioni proposte né altre informazioni riservate comunicate dal candidato partecipante al dialogo senza l'accordo di quest'ultimo*”;

d) dichiarazione, da parte dell’amministrazione, della conclusione del dialogo, dopo aver individuato, anche successivamente a confronto, la o le soluzioni che possano soddisfare le sue necessità. Con la chiusura della fase del dialogo, sembrerebbe che le possibilità di negoziato tra l’amministrazione ed i privati cessino di esistere.

4.3 Fase dell’aggiudicazione.

Ai sensi dell’articolo 29, paragrafo 6 e seguenti, la fase dell’aggiudicazione può essere distinta nelle seguenti sottofasi:

a) invito a presentare le offerte finali in base alla o alle soluzioni presentate e specificate nella fase del dialogo;

b) presentazione delle offerte finali. Dopo aver dichiarato concluso il dialogo e averne informato i partecipanti, “*le amministrazioni aggiudicatrici li invitano a presentare le loro offerte finali in base alla o alle soluzioni presentate e specificate nella fase del dialogo. Tali offerte devono contenere tutti gli elementi richiesti e necessari per l'esecuzione del progetto. Su richiesta dell'amministrazione aggiudicatrice le offerte possono essere chiarite, precisate e perfezionate. Tuttavia tali precisazioni, chiarimenti, perfezionamenti o complementi non possono avere l'effetto di modificare gli elementi fondamentali dell'offerta o dell'appalto quale posto in gara la cui variazione rischi di falsare la concorrenza o di avere un effetto discriminatorio*” (art. 29, paragrafo 6 Direttiva).

Il riferimento alla possibilità di precisare le proposte deve essere inteso in senso restrittivo, dovendosi escludere l'eventualità di poter snaturare o modificare la proposta accolta dalla stazione appaltante. Questa disposizione, peraltro, conferma come in tale fase debba essere circoscritta la possibilità di negoziato tra l'amministrazione ed i privati;

c) successiva valutazione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice e scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base dei criteri di aggiudicazione fissati nel bando di gara o nel documento descrittivo. Anche in questo caso, l'amministrazione aggiudicatrice può richiedere all'offerente che risulta aver presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa *“che vengano precisati gli aspetti della sua offerta o a confermare gli impegni in essa figuranti, a condizione che ciò non abbia l'effetto di modificare elementi fondamentali dell'offerta o dell'appalto quale posto in gara, falsare la concorrenza o comportare discriminazioni”* (art. 29, paragrafo 6 Direttiva).

4.4 L'ultimo paragrafo dell'art. 29 stabilisce, infine, la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di *“prevedere premi o pagamenti ai partecipanti al dialogo”*.

Tale disposizione, se da un lato vuole costituire un incentivo alla partecipazione al dialogo, dall'altro evidenzia paradossalmente il rischio del ricorso ad una procedura così complessa: la tendenza dei partecipanti a “non scoprire troppo le carte” e a presentare delle proposte poco circostanziate, al fine di scongiurare il pericolo che la propria idea innovativa venga utilizzata dalla stazione appaltante ma che l'appalto sia aggiudicato ad un altro partecipante.

Il limite dell'istituto sembra, inoltre, essere costituito da un'eccessiva procedimentalizzazione delle fasi e dall'assenza di una tempistica certa. Limite consistente, se si pensa che, nelle intenzioni, il dialogo competitivo voleva essere uno strumento flessibile a beneficio sia delle amministrazioni aggiudicatrici, sia degli operatori privati.

5) Applicabilità dell'istituto alle concessioni di costruzione e gestione.

5.1 Ci si chiede se il dialogo competitivo possa essere applicato alle ipotesi di concessioni di lavori pubblici e, quindi, possa essere applicato al Partenariato Pubblico Privato⁷.

A tal riguardo, è bene sottolineare che la normativa comunitaria disciplina l'istituto nei soli casi di *“appalti particolarmente complessi”*, non anche nei casi di concessioni di lavori pubblici.

Secondo la definizione data all'art. 1, comma 3, paragrafo 3 della Direttiva, la concessione di lavori pubblici *“è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo”*.

Si potrebbe, dunque, ritenere che, se la concessione di lavori è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto di lavori, non vi è motivo per non applicare l'istituto del dialogo competitivo anche alle concessioni.

In realtà il problema sembra debba essere impostato in altri termini.

5.2 È noto come la normativa comunitaria, in materia di affidamento delle concessioni di lavori, sia sostanzialmente meno vincolante di quella prevista per l'aggiudicazione di appalti pubblici.

Nella Comunicazione Interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario del 30.04.2000 è, infatti, stabilito espressamente che: *“per quanto riguarda le concessioni di lavori, il concedente è libero di scegliere la procedura più appropriata e, in particolare, di esperire una procedura negoziata”*⁸.

⁷ Nel Rapporto pubblicato dalla Commissione Europea il 03.05.2005, contenente le risposte e i contributi degli Stati membri in ordine al Libro Verde sul Partenariato Pubblico Privato, è emersa, tra le altre, una critica, riguardante la mancata previsione del dialogo competitivo nel PPP c.d. istituzionalizzato.

⁸ Par. 3.2.1.2. della Comunicazione Interpretativa della Commissione Europea sulle concessioni nel diritto comunitario, del 30.04.2000. Tale affermazione è stata ribadita, peraltro, in un comunicato stampa dal Commissario europeo per il mercato interno, Mc Creevy, in occasione della pubblicazione del Rapporto redatto dalla Commissione Europea a Bruxelles il 3.5.2005, a seguito delle risposte e dei contributi sul Libro Verde sul PPP. In tale occasione il McCreevy ha avuto modo di ribadire come *“le concessioni di*

In altre parole, in tali casi, il concedente deve soltanto assicurare, attraverso la pubblicità, che si realizzi la concorrenza.

5.3 Il dialogo competitivo costituisce un sistema di scelta del contraente più regolamentato e più rigido rispetto alla libertà di scelta che caratterizza gli affidamenti di concessioni di lavori pubblici secondo le disposizioni della normativa comunitaria.

Ciò non toglie, tuttavia, che le amministrazioni concedenti possano legittimamente decidere di utilizzare la procedura del dialogo competitivo nei casi in cui si tratti di concessioni di lavori particolarmente complesse, o nei casi in cui sia difficoltoso valutare preliminarmente l'opportunità di qualificare un'operazione giuridica come appalto, piuttosto che come concessione.

Considerato, infatti, che la complessità di un progetto può riguardare non soltanto l'aspetto tecnico, ma anche quello economico-finanziario e quello giuridico (v. Considerando 31 della Direttiva), qualora l'amministrazione aggiudicatrice non abbia gli elementi sufficienti per scegliere a priori la costruzione giuridica o finanziaria da dare all'operazione, potrebbe avvalersi del dialogo competitivo.

Ad esempio, nel caso di progetti complessi che richiederebbero la partecipazione di capitali privati, è possibile che l'Amministrazione procedente non sia in grado di prevedere se il mercato sia pronto ad accettare il rischio economico di gestione, caratteristico del contratto di concessione di lavori pubblici, oppure, viceversa, si trasformi semplicemente in un appalto di opere pubbliche. In tali ipotesi, il dialogo competitivo consentirebbe di contemperare, in un unico procedimento, le esigenze procedurali sia nel caso in cui il contratto risulti essere effettivamente una concessione di costruzione e gestione, sia che si riveli, più semplicemente, un appalto di opere pubbliche di tipo tradizionale.

lavori non sono attualmente sottoposte alle regole dettagliate dell'Unione Europea in materia di appalti pubblici”.

5.4 È pur vero, tuttavia, che nel sistema normativo italiano, che ha equiparato, da un punto di vista procedurale, le ipotesi di affidamento di appalti di lavori a quelle di concessioni di lavori, non è consentita la possibilità di esperire una procedura negoziata per l'affidamento di concessioni.

Nel nostro sistema, dunque, il dialogo competitivo potrebbe rappresentare un utile strumento volto ad evitare il rigido articolato normativo che il legislatore nazionale ha sinora deciso di adottare.

Tale decisione, in ogni caso, è riservata al legislatore, il quale, in sede di recepimento delle direttive comunitarie, valuterà, non solo se prevedere il dialogo competitivo, ma anche se estendere tale procedura alle concessioni di lavori pubblici.

6) Sulla mancata previsione del dialogo competitivo nei settori c.d. “esclusi”.

6.1 Il dialogo competitivo non è previsto dalla Direttiva n. 2004/17/CE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori operanti nell'ambito dei settori tradizionalmente noti come “esclusi”.

In ordine al significato della mancata previsione si è sostenuto che, nell'ambito dei settori esclusi, essendovi meno spazio per la concorrenza, mostrandosi il mercato come non sufficientemente sviluppato e aperto, lo strumento del dialogo competitivo non sarebbe utilizzabile⁹.

6.2 In realtà, pur condividendosi le perplessità in ordine alla mancata previsione, si ritiene che essa sia dovuta ad altre ragioni.

Nell'ambito dei settori c.d esclusi lo strumento del dialogo competitivo costituirebbe un sistema troppo vincolante, data la natura per così dire “leggera”, che caratterizza gli affidamenti di appalti degli enti che operano specificamente nell'ambito dei suddetti settori.

In altre parole, la necessità di prevedere espressamente un siffatto istituto, nasce solo rispetto ai settori c.d. classici, disciplinati dalla Direttiva n. 2004/18/CE, laddove la

⁹ Lucia CARROZZA Fabrizio FRACCHIA, “Il difficile equilibrio tra flessibilità e concorrenza nel dialogo competitivo disciplinato dalla direttiva 2004/18/CE”; www.giustamm.it; *Articoli e note*, pag. 20.

natura flessibile del dialogo competitivo rende indispensabile una previsione normativa puntuale.

6.3 A conferma di tale assunto, si consideri come, nell'ambito della Comunicazione Interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario del 30.04.2000, diramata dalla Commissione Europea, sia stato ribadito che, per gli *enti che operano specificamente* nell'ambito dei c.d. settori esclusi, qualora affidino attività per l'esecuzione dei lavori a terzi, sia sufficiente il rispetto dei principi previsti dal Trattato istitutivo CEE.

Costituendo, dunque, quello appena ricordato, almeno per quanto riguarda le concessioni di lavori, l'unico limite imposto, non si vede perché l'amministrazione, qualora ritenga opportuno utilizzare uno strumento quale il dialogo competitivo, seppure meno flessibile rispetto alle ordinarie ipotesi di affidamento di lavori, non possa utilizzarlo liberamente¹⁰.

È certamente consentito, tuttavia, che un'amministrazione aggiudicatrice, reputando confacente alle proprie esigenze uno strumento giuridico più restrittivo, decida di adottarlo, tanto più se esso si traduce, come nel caso di specie, in una maggiore tutela della *par condicio* tra gli operatori economici, che costituisce uno dei principi cardine dell'ordinamento comunitario.

6.4 In ogni caso, anche qualora non si ammettesse la possibilità di utilizzare lo strumento del dialogo competitivo nell'ambito dei settori "esclusi", è bene sottolineare come questa esclusione debba essere limitata ai soli casi di *enti che operano specificamente* nell'ambito di tali settori (ad esempio esclusivamente nel settore delle ferrovie, dei settori idrici ecc.).

Tale conclusione può desumersi, per via interpretativa, dalle conclusioni tratte dalla Commissione Europea nella più volte citata Comunicazione Interpretativa sulle concessioni¹¹, laddove è previsto che, *per lo Stato e gli enti pubblici che non operano*

¹⁰ D'altra parte, l'art. 30 della Direttiva 2004/17/CE prevede una procedura per stabilire se una determinata attività è direttamente esposta alla concorrenza, con la conseguenza per cui se l'esito è negativo, gli appalti destinati a permettere la prestazione di attività ricomprese nell'ambito dei settori esclusi non sono soggetti alla disciplina della Direttiva 2004/17/CE

¹¹ Par. 3.3. della Comunicazione Interpretativa della Commissione Europea sulle concessioni nel diritto comunitario, del 30.04.2000.

specificamente nei settori c.d. “esclusi”, qualora affidino concessioni di lavori, si applicano le Direttive comunitarie che disciplinano gli appalti di lavori nei settori c.d. “classici”.

Tale previsione, infatti, seppure limitata alle sole concessioni di lavori pubblici, sembra valere, a maggior ragione, in materia di appalti pubblici, laddove l’esigenza del rispetto dell’intera normativa prevista dalle Direttive stesse è maggiormente avvertita.

7) Compatibilità tra dialogo competitivo e concessioni di lavori pubblici ad iniziativa privata e ad iniziativa pubblica.

7.1 Il problema della compatibilità tra la procedura del dialogo competitivo e la procedura prevista dagli artt. 37- *bis* e segg. della legge 109/94 si pone, per ora, solo in termini eventuali.

Intanto, non è ancora chiaro se il dialogo competitivo possa applicarsi anche alle ipotesi di concessioni di lavori pubblici. Qualora, infatti, la risposta al quesito fosse negativa, la compatibilità tra le due procedure sarebbe indiscutibile.

Nel caso in cui, al contrario, si ritenesse applicabile il dialogo competitivo alle concessioni, in taluni casi, molto probabilmente, l’amministrazione potrebbe essere portata a scegliere la nuova procedura piuttosto che “aprirsi” all’iniziativa privata.

7.2 È bene, tuttavia, sottolineare che il dialogo competitivo costituirebbe un’ipotesi di concessione ad iniziativa pubblica, ipotesi concettualmente diversa dall’istituto del promotore, che disciplina un caso di concessione ad iniziativa privata.

Ad ogni modo, né la concessione ad iniziativa pubblica, né la concessione ad iniziativa privata prevedono la fase – tipica e caratteristica soltanto del dialogo competitivo – di interlocuzione libera tra amministrazione pubblica e mercato per l’individuazione e la definizione dei mezzi più idonei a soddisfare le necessità pubbliche per la realizzazione del progetto.

7.3 Nella concessione ad iniziativa pubblica *ex* articolo 19, comma 2, della legge 109/1994 e ss.mm.ii, infatti, è la stessa amministrazione che predispone la

documentazione da porre a base di gara per l'affidamento della concessione di costruzione e gestione, indipendentemente da qualsivoglia scambio interlocutorio con gli operatori privati.

7.4 Nella concessione ad iniziativa privata, ovvero nel procedimento del promotore *ex art. 37-bis* e ss. della medesima legge 109/1994, invece, è il privato che, sulla base di alcune indicazioni dell'amministrazione, pubblicate nell'avviso di sollecitazione a proporre, predispone la proposta. Vero è che, nella fase di valutazione della proposta, l'amministrazione aggiudicatrice può interloquire con il promotore e richiedere, d'intesa con quest'ultimo, modifiche ed integrazioni alla proposta, ma tali richieste non possono stravolgerne il contenuto, al fine di non falsare la concorrenza o avere un effetto discriminatorio¹². In altri termini, nella fase di valutazione della proposta, la facoltà dell'amministrazione di interloquire con il privato è limitata alla richiesta di chiarimenti relativi al progetto e all'introduzione di alcune modifiche e/o integrazioni del progetto medesimo. Nel dialogo competitivo, invece, la prima fase di dialogo dell'amministrazione è volta a "sondare il mercato" relativamente a tutti gli aspetti del progetto, al fine di costruire con il privato stesso la proposta, in maniera flessibile ed elastica.

Inoltre, mentre il dialogo competitivo, una volta avviato, non può che concludersi con un'aggiudicazione dell'appalto o della concessione, tanto che, ai sensi dell'art. 29 comma 5 Direttiva 2004/18/CE "*l'amministrazione aggiudicatrice prosegue il dialogo finché non è in grado di individuare, se del caso dopo averle confrontate, la o le soluzioni che possano soddisfare le sue necessità*", le concessioni ad iniziativa privata sono sottoposte al "filtro" della fase di valutazione e dichiarazione discrezionale del pubblico interesse della proposta da parte dell'amministrazione aggiudicatrice (art. 37-ter della legge 109/1994). Tale fase potrebbe concludere il procedimento con l'emanazione di un provvedimento che dichiari la non sussistenza del pubblico interesse della proposta.

¹² In tal senso, tra le varie, v. Tar Puglia, Sez. I Bari – Sentenza 9 settembre 2004, n. 3877

7.5 Occorre ribadire, inoltre, che il dialogo competitivo sarebbe utilizzabile solo nelle ipotesi di “*concessioni particolarmente complesse*”, mentre il procedimento ad iniziativa del promotore non risentirebbe di tale limitazione e potrebbe essere utilizzato per la realizzazione di tutte le altre tipologie di opere.

Non è azzardato prevedere, infine, che, almeno in una prima fase, qualora l’istituto fosse recepito nel nostro ordinamento ed esteso alle concessioni, le amministrazioni aggiudicatrici sarebbero indotte a considerare maggiormente le ipotesi di concessioni ad iniziativa privata, anche a causa della scarsa dimestichezza delle amministrazioni aggiudicatrici con il dialogo competitivo, così come è avvenuto in Francia, dove, non a caso, l’istituto è rimasto, ad oggi, pressoché inutilizzato.

Da quanto sin qui precisato, appare chiaro che il dialogo competitivo non sia in conflitto, né costituisca una duplicazione della concessione di lavori pubblici ad iniziativa privata, né della concessione ad iniziativa pubblica. Il dialogo competitivo, quindi, ben potrebbe coesistere con gli istituti citati, essendo applicabile a fattispecie peculiari, per le quali potrebbero non essere idonei gli strumenti giuridici presenti nel nostro ordinamento giuridico.

7.6 Vale, infine, evidenziare i limiti e le possibili difficoltà attuative del dialogo competitivo.

Innanzitutto, l’attuazione di tale istituto presuppone un’amministrazione pubblica che abbia sufficientemente chiari i propri obiettivi, che sappia negoziare con il privato, che sia affidabile ed in grado di circoscrivere uno dei classici problemi dell’affidamento dei contratti pubblici: *l’asimmetria informativa* tra il settore pubblico ed il settore privato.

Appare di fondamentale rilievo, infatti, che l’amministrazione aggiudicatrice chiarisca da subito le proprie esigenze al fine di ridurre i costi di partecipazione delle imprese e definisca gli elementi tecnici del progetto in modo che le offerte siano più facilmente comparabili.

Un’amministrazione, inoltre, che sia in grado di rispettare la parità di trattamento di tutti gli offerenti ed il diritto di riservatezza delle soluzioni proposte nella fase di dialogo e che spetta ad ogni contraente privato. In altre parole un’amministrazione che sia *project manager* del progetto da affidare.

In secondo luogo, soprattutto qualora l'amministrazione non sia autorevole, potrebbe verificarsi il rischio di reticenza del privato circa le soluzioni innovative da proporre all'amministrazione per il timore di non vedere valorizzate le proprie idee o di veder vanificato il proprio lavoro.

Vero è che le amministrazioni aggiudicatrici possono prevedere premi o pagamenti ai partecipanti al dialogo, ma ciò potrebbe non costituire elemento sufficiente a compensare il lavoro creativo e l'interesse specifico dei privati.

8) Alcune considerazioni finali.

Alla luce di quanto esposto nei paragrafi che precedono, il dialogo competitivo, se recepito dal nostro legislatore, potrebbe essere applicato anche a forme di Partenariato Pubblico-Privato, potendo determinare alcuni effetti positivi:

- *riduzione del c.d. rischio amministrativo*: ferme restando le concrete modalità di recepimento della Direttiva n. 2004/18/CE nell'ordinamento giuridico italiano, l'istituto del dialogo competitivo, non essendo rigidamente proceduralizzato – come è, ad esempio, il procedimento del promotore *ex art. 37-bis* e ss. della legge 109/1994 e ss.mm.ii, - potrebbe ridurre il rischio di ritardi, inefficienze, revoca di atti, mancanza di coordinamento tra amministrazioni interessate al progetto, che caratterizzano il c.d. rischio amministrativo. Inoltre, il fatto che i soggetti che vi partecipano possano autorizzare la divulgazione dei dati contenuti nelle loro proposte, ribadisce la concezione nuova dell'azione amministrativa, caratterizzata dalla partecipazione e responsabilizzazione degli operatori economici privati. Ciò dovrebbe condurre, almeno in linea di principio, ad una riduzione delle ipotesi di contestazione dell'operato della pubblica amministrazione (c.d. rischio ricorsi giurisdizionali);
- *ruolo dinamico e propulsivo della pubblica amministrazione*: il dialogo competitivo consente all'amministrazione di condurre un dialogo con il mercato diretto non soltanto ad identificare soluzioni tecniche, economico-finanziarie e giuridiche adeguate ed innovative per progetti particolarmente complessi, ma anche ad ottenere una migliore definizione del progetto posto a base di gara. Ciò

determinando non solo il superamento di una concezione classica che prevede, in ordine alla realizzazione del progetto, di doverlo alternativamente affidare al privato o alla pubblica amministrazione, ma anche di far sì che quest'ultima possa "condurre" il dialogo tra i soggetti, avendo come punto di riferimento le proprie esigenze e scegliendo la soluzione che maggiormente le soddisfa;

- *possibilità, per la pubblica amministrazione, di combinare i migliori elementi delle proposte, in caso di assenso dei soggetti alla divulgazione dei dati contenuti nelle proposte stesse*: tale possibilità, seppur condizionata al requisito del preventivo assenso dei partecipanti, rappresenta un forte incentivo all'utilizzo di tale procedura. L'amministrazione, infatti, qualora si trovi nelle condizioni di poter scegliere gli aspetti più qualificanti delle varie proposte, potrà ottenere un progetto migliore rispetto a quanto avrebbe potuto avere affidando il progetto ad un unico soggetto privato o provvedendovi direttamente.