

Il dialogo competitivo

In arrivo una nuova procedura che cambierà la gestione degli appalti pubblici complessi

Andrea Mascolini

L'istituto del dialogo competitivo rappresenta una delle principali novità introdotte nel settore degli appalti pubblici dal legislatore comunitario e dal nostro legislatore con il decreto 163/2006 (Codice degli appalti pubblici).

Ancorché si tratti di un istituto che rimarrà sospeso nella sua applicazione fino al 1° agosto 2007, qualche considerazione che aiuti a "familiarizzare" con questa innovativa disciplina procedurale, può essere utile.

Intanto, per inquadrarne l'origine e la finalità, va premesso che si tratta di una procedura di gara contemplata dalla direttiva 2004/18/CE e che rappresenta un utile strumento in mano alle stazioni appaltanti, che potranno impiegare apprezzandone i caratteri di flessibilità operativa e la capacità di stimolare e fare emergere l'esperienza dei concorrenti che si candidano alla realizzazione di lavori pubblici complessi.

Per chiarire bene la natura e le finalità di questo istituto può essere opportuno riprendere alcuni passaggi della direttiva comunitaria.

In particolare, con il "considerando"

numero 31, che introduce le disposizioni della direttiva n. 2004/18/CE, il legislatore comunitario si è preoccupato di prevedere, "per appalti particolarmente complessi", "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".

Il legislatore comunitario ha infatti ben presente come "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

Il "dialogo competitivo" è una procedura con la quale l'amministrazione aggiudicatrice avvia un dialogo con i candidati. L'obiettivo è quello di valutare soluzioni tecniche, giuridiche e finanziarie che soddisfino le esigenze dell'ente appaltante

mercato può offrire in termini di soluzioni tecniche e/o di soluzioni giuridico/finanziarie".

Sono quindi queste le situazioni di fatto all'interno delle quali può maturare l'esigenza di utilizzare questa procedura.

Va segnalato, a tale proposito, che l'impossibilità di definizione dei profili essenziali dell'appalto deve essere "oggettiva", cioè non può essere causata da comportamenti imputabili alla stazione appaltante; devono essere effettivamente le condizioni di fatto a determinare l'impossibilità di mettere a punto l'oggetto del contratto, le sue caratteristiche tecniche.

Soltanto in presenza di una situazione del genere, i committenti pubblici potranno utilizzare il dialogo competitivo.

Con tutta probabilità c'è anche da ritenere che l'amministrazione sia in qualche modo obbligata, qualora vi faccia ricorso, a dimostrare di avere provato attraverso strumenti ragionevolmente identificabili, ad individuare i mezzi atti a soddisfare le loro esigenze.

Per quel che riguarda la complessità dell'opera, appare evidente come questa circostanza faccia emergere il carattere eccezionale della procedura, rispetto agli strumenti normalmente utilizzati (procedura aperta, ristretta, negoziata con bando).

Dal punto di vista definitorio la direttiva 2004/18, all'articolo 1, paragrafo 11, lett. c) chiarisce che

per dialogo competitivo si deve intendere “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”.

Emerge quindi, già in questa sede una netta distinzione in due della procedura: dapprima la messa a punto, attraverso il confronto fra stazione appaltante e candidati, di una o più proposte; successivamente si passa alla vera e propria fase di selezione della migliore offerta.

La procedura viene poi disciplinata nelle varie fasi dall'art. 29 della stessa direttiva 2004/18/CE, disposizione che è servita al legislatore nazionale per mettere a punto la norma del Codice dei contratti.

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”.

Venendo, ora, alla disciplina nazionale, il nostro legislatore poteva scegliere se prevedere o non prevedere il ricorso al dialogo competitivo, trattandosi di un istituto a recepimento cosiddetto facoltativo.

Non sussisteva, in altri termini, un obbligo in capo allo Stato membro di recepire l'istituto del dialogo competitivo normato dalla direttiva europea.

Con il Codice dei contratti pubblici, invece, si è scelto di rendere applicabile questo istituto anche nel nostro ordinamento, senza alcun

Il cantiere si può definire “complesso” nel caso in cui l'ente che indice l'appalto non abbia a disposizione gli strumenti e gli studi per definire le caratteristiche dell'intervento

limite di importo, ma con una serie di precondizioni, mutate dalla norma comunitaria e adattate alle nostre esigenze.

In questo senso anche l'articolo 58 del d. lgs. 163/2006, così come l'articolo 29 della direttiva 2004/18/CE, può essere considerato come una delle disposizioni maggiormente innovative.

Il dialogo competitivo è una procedura di aggiudicazione limitata ai soli appalti “particolarmente complessi”, ma –curiosamente – non è prevista nel caso delle opere della Legge Obiettivo.

Il legislatore nazionale si è premurato di chiarire quando un “appalto” deve essere considerato particolarmente complesso.

Questa condizione sussiste quando la stazione appaltante non è in grado di stabilire con quali mezzi tecnici realizzare l'intervento o quando non è in condizione di specificare l'impostazione giuridica o finanziaria di un progetto.

La complessità viene inoltre prevista quando la stazione appaltante non abbia a disposizione studi che siano in grado di quantificare i bisogni e definire le diverse caratteristiche dell'intervento.

Sono queste le condizioni (che dovranno essere adeguatamente motivate dalla stazione appaltante) in presenza delle quali il legislatore giustifica la “anomalia” di questa procedura che, diversamente dalle altre in cui è l'amministrazione a

definire gli aspetti tecnici dell'intervento sui quali i concorrenti devono confrontarsi, prevede che siano i candidati a concorrere alla messa a punto dei profili tecnici dell'intervento.

Il dato caratteristico di questa procedura, come già accennato in precedenza, risiede quindi proprio nella impossibilità per l'amministrazione di definire i mezzi tecnici per soddisfare le sue necessità e nella incapacità di impostare gli aspetti giuridici o finanziari del progetto.

Oltre alla presenza di particolare complessità dell'intervento occorre anche verificare una seconda condizione: se il ricorso alla procedura ristretta o alla procedura aperta non permetta effettivamente l'aggiudicazione dell'appalto.

Fra gli aspetti di particolare interesse dell'istituto vi è da un lato l'obbligo in capo alle amministrazioni aggiudicatrici di fornire specifica motivazione circa la sussistenza dei presupposti per ricorrere al dialogo competitivo e dall'altro l'introduzione di una disciplina di raccordo con l'istituto della finanza di progetto di cui agli artt. 37-bis e segg. della 'Legge Merloni' (ora: articoli 153 e seguenti del 'Codice'), volta a consentire alle amministrazioni che non siano state in condizione di individuare una proposta progettuale come di interesse pubblico di far ricorso alla procedura per dialogo competitivo, invitando al dialogo i soggetti che si siano fatti promotori delle diverse iniziative progettuali.

Nella procedura di gara, si richiede la massima trasparenza da parte della stazione appaltante nella disciplina dei criteri di selezione e dei criteri di aggiudicazione, anche in considerazione della mancanza del capitolato tecnico.

Si mette anche in risalto l'obbligo di rispettare la parità di trattamento fra tutti gli offerenti, con un'espres-

so divieto di rivelare agli altri partecipanti le soluzioni proposte o le informazioni riservate del candidato che, solo lui, può autorizzare l'amministrazione a divulgarle.

In particolare, è chiarita la netta separazione tra la fase del dialogo, in cui avviene una vera e propria messa a punto, anche per fasi successive, della soluzione o delle soluzioni ritenute idonee dall'amministrazione, e la successiva fase in cui l'amministrazione riceve e valuta le offerte.

Se l'amministrazione, "per ridurre il numero delle soluzioni da discutere", sceglie di svolgere la procedura in più fasi successive (e deve prevederlo nel bando di gara o nel "documento descrittivo"), è tenuta ad applicare i criteri di aggiudicazione previsti nel bando di gara.

Al riguardo è interessante notare come, nel 41° considerando della direttiva, si precisi che "Nel dialogo competitivo e nelle procedure negoziate con pubblicazione di un bando di gara, tenuto conto della flessibilità che può essere necessaria nonché dei costi troppo elevati connessi a tali metodi di aggiudicazione degli appalti, occorre consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di prevedere uno svolgimento della procedura in fasi successive in modo da ridurre progressivamente, in base a criteri di attribuzione preliminarmente indicati, il numero di offerte che continueranno a discutere o a negoziare.

Tale riduzione dovrebbe assicurare, purché il numero di soluzioni o di candidati appropriati lo consenta, una reale concorrenza".

Il dialogo può anche durare molto dal momento che è previsto che prosegua finché l'amministrazione non sia in grado di individuare, "se

Netta è la separazione tra la fase di dialogo, in cui avviene una vera e propria messa a punto delle soluzioni ritenute idonee, e la successiva fase in cui l'amministrazione riceve e valuta le offerte

del caso dopo averle confrontate", la o le soluzioni che essa ritiene idonee e soddisfacenti.

Può anche darsi che la stazione appaltante decida che nessuna delle soluzioni proposte sia idonea a rispondere alle proprie esigenze; in questo caso deve informare i partecipanti al dialogo che non avranno diritto a percepire alcun compenso (né premi, né incentivi).

Se, invece, tutto è andato per il verso giusto e sono state individuate una o più soluzioni, si avvia la fase finale del dialogo nel corso della quale le offerte presentate dai partecipanti possono anche essere successivamente precisate, chiarite e perfezionate.

Ricevute le offerte la stazione appaltante le valuta utilizzando il criterio dell'offerta economicamen-

te più vantaggiosa.

Una volta individuata l'offerta economicamente più vantaggiosa, si prevede ancora la possibilità per la stazione appaltante di chiedere al migliore offerente di precisare alcuni aspetti dell'offerta e di confermare gli impegni che derivano dall'offerta presentata. E' infine prevista la facoltà per l'amministrazione di stabilire "premi o incentivi" per i partecipanti al dialogo.

Infine la norma si chiude con un divieto: il dialogo competitivo non può essere utilizzato dalle stazioni appaltanti per limitare o distorcere la concorrenza.

In ragione delle caratteristiche che sono state delineate, il dialogo competitivo è procedura dotata di un grado di flessibilità maggiore rispetto a quello delle procedure utilizzate finora per l'aggiudicazione di appalti a contraente generale e per la procedura negoziata prevista nella legislazione sul promotore.

Il che, peraltro, deve anche fare riflettere sulle condizioni cui sono sottoposti gli imprenditori che partecipano al dialogo competitivo.

Andrea Mascolini, avvocato, dir. uff. legale e legislativo OICE

Il dialogo competitivo:

- Previsto per appalti particolarmente complessi, ma non per l'affidamento delle opere della Legge Obiettivo;
- Le stazioni appaltanti pubblicano un bando di gara, eventualmente integrato da un documento descrittivo, con le esigenze che i partecipanti devono soddisfare;
- I partecipanti al dialogo, sviluppano una o più soluzioni tecniche e/o finanziarie;
- La stazione appaltante ne individua una o più e su queste chiede di formulare le offerte economiche;
- L'aggiudicazione avviene con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa