

Nuova procedura dall'8 giugno. Per gli appalti complessi debutta il confronto con i concorrenti

L'entrata in vigore del regolamento (Dpr 207/2010) rende operative le norme sul dialogo competitivo utilizzabili quando (in caso di appalti particolarmente complessi) il committente non è in grado di definire i mezzi tecnici necessari a soddisfare le sue necessità.

DI ROBERTO MANGANI

Con l'entrata in vigore del regolamento di attuazione del codice dei contratti pubblici sono divenute applicabili le disposizioni sul dialogo competitivo contenute nell'articolo 58 del Dlgs 163/2006.

Si tratta di una procedura di gara che presenta delle significative peculiarità rispetto a quelle più tradizionali in quanto si contraddistingue, in linea generale, per una flessibilità che è ignota alle ordinarie forme di contrattazione.

Elemento caratterizzante della procedura è che non si ha l'usuale contrapposizione tra un ente committente che bandisce la gara e il privato che formula la sua offerta sulla base di quanto specificato dal primo nel bando e nel capitolato prestazionale. Nel caso del dialogo competitivo i concorrenti, partecipando alla procedura, contribuiscono essi stessi alla definizione dell'oggetto del contratto, fornendo all'ente committente gli elementi necessari e supplendo a un deficit di conoscenza dell'amministrazione.

In questo senso si può affermare che nella procedura di dialogo competitivo viene meno il tradizio-

nale principio di incomunicabilità tra stazione appaltante e concorrenti che, nelle procedure ordinarie, caratterizza lo svolgimento della gara. Qui, al contrario, ciò che contraddistingue la procedura è proprio il continuo flusso di comunicazioni che, prima di arrivare alla vera e propria presentazione delle

cognizione unicamente delle sue esigenze ma non delle forme e delle modalità attraverso cui queste possono essere soddisfatte.

Ci troviamo di fronte, in sostanza, a una forma atipica di partenariato pubblico-privato, che non si svolge su un piano istituzionale ma piuttosto sul piano contrattuale e della negoziazione.

Esclusi gli interventi infrastrutturali connessi alla realizzazione delle grandi opere (legge obiettivo)

offerte, è indirizzato a definire l'oggetto della prestazione in relazione al quale le offerte andranno formulate.

L'ente committente, attraverso il contributo dei concorrenti, riesce a individuare con precisione l'oggetto del contratto rispetto a una situazione di partenza in cui aveva

I presupposti

I caratteri del dialogo competitivo sommariamente descritti offrono una adeguata chiave di lettura per analizzare i presupposti del ricorso all'istituto.

La condizione imprescindibile è che ci si trovi di fronte ad appalti particolarmente complessi, per i quali, proprio in virtù di tale complessità, è ritenuto non idoneo il ricorso alla procedura aperta o ristretta.

È evidente, infatti, che solo una accentuata complessità dell'appalto può dare ragione della circostanza che l'ente appaltante non sia in grado di definire con sufficiente precisione le modalità attraverso cui soddisfare le proprie esigenze.

In linea generale il carattere



della particolare complessità può riguardare indistintamente gli appalti di lavori, di forniture o di servizi. Nella realtà, sembra ragionevole ritenere che il suddetto carattere possa sussistere più facilmente nel settore dei lavori e, in misura minore, per qualche servizio, mentre più difficilmente appare configurabile in relazione alle forniture.

Va peraltro sottolineato come, nonostante la norma faccia formale riferimento alla categoria dell'appalto, il dialogo competitivo possa essere finalizzato anche all'affidamento di una concessione di lavori pubblici. Ciò si ricava sia dalla disciplina complessiva dell'istituto, che ben si adatta a essere applicata a interventi che, anche dal punto di vista economico-finanziario, presentano una certa complessità, come è tipico delle concessioni; sia da un esplicito richiamo contenuto nel comma 15 dell'articolo 58, secondo cui la procedura di dialogo competitivo si può concludere con l'affidamento di una concessione.

Relativamente ai lavori il comma 1 dell'articolo 58 individua alcune ulteriori condizioni per il ricorso al dialogo competitivo. È infatti necessario il preventivo parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici nonché, nel caso si tratti di lavori relativi a beni culturali, l'ulteriore parere del Consiglio superiore dei beni culturali. Entrambi i pareri devono essere rilasciati entro trenta giorni dalla richiesta, fermo restando che trascorso inutilmente tale termine l'ente appaltante può comunque procedere.

Vi è poi una condizione limitativa dell'utilizzo dell'istituto. È infatti stabilito che non si può ricorrere al dialogo competitivo per i lavori relativi agli interventi infrastrutturali relativi alle grandi opere (c.d. opere di legge obiettivo). Si tratta di una limitazione che per alcuni versi appare contraddittoria, posto che i lavori relativi alle grandi infrastrutture possono più facilmente presentare quei caratteri di complessità che il legislatore ha individuato

■ MOTIVAZIONE SEMPRE NECESSARIA

Il comma 3 dell'articolo 58 prevede che il provvedimento con il quale la stazione appaltante decide di ricorrere al dialogo competitivo deve contenere una specifica motivazione in merito alla sussistenza dei presupposti che legittimano il ricorso alla procedura. In linea generale, ogni provvedimento amministrativo deve essere fornito di motivazione, che deve essere adeguata in relazione alle caratteristiche del provvedimento assunto. Anche senza questa specifica previsione, quindi, si deve ritenere che l'ente appaltante avrebbe dovuto indicare le ragioni che legittimavano il ricorso a questa particolare procedura.

La previsione legislativa, quindi, ha la sola finalità di dare maggiore enfasi a un adempimento che comunque l'ente appaltante avrebbe dovuto assolvere, inducendolo a esplicitare in maniera puntale la sussistenza dei presupposti che legittimano il ricorso all'istituto. Il tutto, evidentemente, in una logica che mira a evitare possibili abusi in relazione a una procedura che presenta indubbiamente un più ampio grado di discrezionalità rispetto alle ordinarie procedure di gara.

Naturalmente l'onere di motivazione espone la stazione appaltante a un penetrante sindacato giurisdizionale, nel senso che chiunque abbia interesse potrà contestare in sede giudiziaria l'insussistenza dei presupposti per il ricorso al dialogo competitivo e il giudice amministrativo avrà ampio spazio per sindacare l'operato dell'ente appaltante. In questo senso, si deve ritenere che l'interesse a ricorrere faccia capo a qualunque operatore del settore cui si riferisce l'appalto, che in quanto tale avrà titolo ad affermare il suo diritto a partecipare a una procedura ordinaria in luogo di quella che egli ritiene l'amministrazione abbia illegittimamente adottato.

come condizione imprescindibile per il ricorso all'istituto.

Il legislatore, peraltro, offre anche una definizione di appalto particolarmente complesso. Lo stesso articolo 58, al comma 2, individua due ipotesi in cui si deve ritenere che ricorra questa condizione.

La prima ipotesi è quella in cui la stazione appaltante non sia in grado di definire i mezzi tecnici idonei a soddisfare le sue necessità o i suoi obiettivi. Si tratta quindi di una carenza di competenze sotto il profilo strettamente tecnico, nel senso che l'ente committente non è in grado di individuare attraverso quali soluzioni tecniche sia possibile soddisfare le esigenze che esso ha individuato.

La seconda ipotesi è quella in cui l'ente committente non sia in grado di specificare l'impostazione giuridica o finanziaria di un progetto. In questo caso si tratta quindi di un deficit di conoscenze su come

deve essere strutturata l'operazione sotto il profilo giuridico o finanziario.

A questo punto, tuttavia, lo stesso legislatore introduce una variabile che innesta qualche elemento di confusione nel quadro complessivo. Infatti, nell'offrire una esemplificazione di quando in concreto un appalto possa essere considerato particolarmente complesso, il comma 3 dell'articolo 58 parla, tra l'altro, di appalti per i quali la stazione appaltante non dispone di studi in merito alla identificazione e quantificazione dei propri bisogni, a causa di fattori oggettivi a essa non imputabili. In questo modo tuttavia, più che fornire una esemplificazione delle ipotesi precedenti, si va a delineare una terza ipotesi che si affianca alle altre due.

Infatti, nei primi due casi presi in considerazione la stazione appaltante non aveva cognizione o delle

soluzioni tecniche da adottare o della costruzione giuridica o finanziaria dell'operazione, ma si deve ritenere fosse pienamente consapevole dei bisogni che intendeva soddisfare. Al contrario, nell'esempio portato dal legislatore l'ente appaltante è in una fase addirittura precedente, in quanto non sa neanche identificare e quantificare i propri bisogni.

Detto altrimenti, nei primi due casi l'amministrazione sa ciò che vuole ma non sa come arrivarci; nel terzo caso non ha invece le idee chiare neanche su cosa vuole.

Si deve peraltro ritenere che quest'ultima ipotesi costituisca una forzatura del legislatore, posto che se l'ente appaltante non fosse neanche consapevole dei propri bisogni difficilmente avrebbe quegli elementi minimi che sono comunque necessari per avviare la procedura. In questo senso sembra più logico rimanere ancorati alle prime due ipotesi, che appaiono quelle maggiormente coerenti con le caratteristiche strutturali dell'istituto.

Il bando

Una volta assunta la determinazione di procedere al dialogo competitivo, l'ente appaltante deve far luogo alla pubblicazione del relativo bando di gara. I contenuti essenziali di tale bando sono indicati al comma 5 dell'articolo 58.

In primo luogo esso deve esplicitare, anche attraverso un documento descrittivo che ne costituisca un allegato, le necessità o gli obiettivi che l'ente appaltante intende soddisfare. Come si vede emerge in maniera significativa come nel bando devono comunque già essere individuate, anche se in via embrionale, le esigenze/bisogni a cui l'intervento che si intende attuare con il dialogo competitivo è finalizzato. Il che conferma quanto si è affermato più sopra in merito all'impossibilità che l'ente appaltante dia corso alla procedura non sapendo neanche ciò che vuole in termini di bisogni o esigenze da soddisfare.

In secondo luogo il bando deve contenere i requisiti di ammissione al dialogo competitivo, che devono essere posseduti dai concorrenti per partecipare alla procedura. La norma precisa che tali requisiti sono individuati tra quelli pertinenti previsti dagli articoli da 34 a 46. Questa formulazione sembra comportare che non dovranno necessariamente essere indicati tutti i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi previsti per le ordinarie procedure di gara ma, a scelta dell'ente appaltante, anche solo alcuni di essi.

Va peraltro evidenziato che l'articolo 113 del regolamento di attuazione stabilisce che nel bando debbano essere indicati i requisiti di qualificazione di cui all'articolo

L'unico criterio di aggiudicazione utilizzabile è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa

40 del codice – relativi alla qualificazione Soa – nonché i requisiti prescritti per i progettisti che i concorrenti devono necessariamente possedere, in proprio o attraverso associazione con soggetti che ne siano dotati.

Questa specifica, peraltro, non sembra tener conto che il dialogo competitivo può essere utilizzato in relazione non solo a un appalto di lavori, ma anche di servizi o di forniture. Con la conseguenza che, nonostante la formulazione utilizzata nel regolamento sembri imporre queste prescrizioni sui requisiti in via generalizzata, in realtà esse andranno introdotte solo nei casi in cui si tratti di un appalto di lavori.

Il bando deve infine contenere l'indicazione del criterio di aggiudicazione – che per espressa previsione del comma 4 dell'articolo 58 potrà essere solo l'offerta economicamente più vantaggiosa – nonché degli elementi che lo compongono tra quelli indicati dalla relativa norma legislativa.

Va peraltro evidenziato che imporre la definizione degli elementi in questa fase può comportare significative difficoltà per l'ente appaltante. Esso è infatti tenuto a operare delle scelte in merito agli elementi oggetto di valutazione in un momento in cui non ha ancora definito compiutamente l'oggetto dell'appalto, il che costituisce un'oggettiva forzatura. Tanto più che con il terzo decreto correttivo è stata eliminata la possibilità, già prevista dal comma 13 dell'articolo 58 ora soppresso, di specificare i criteri di valutazione al termine della prima fase del dialogo competitivo. ■

© RIPRODUZIONE RISERVATA