

“Il Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture”

25 - 26 maggio 2006 - (OSIMO – AN)

IL DIALOGO COMPETITIVO: LUCI ED OMBRE

(Stefano Villamena*)

Premessa - La derivazione del dialogo competitivo - Il recepimento del dialogo competitivo nel codice dei contratti pubblici

PREMESSA

La recentissima approvazione del *Codice dei contratti pubblici*¹ ha introdotto nel nostro ordinamento una particolare procedura per la scelta del contraente rappresentata dal *dialogo competitivo*². L'attivazione del *dialogo competitivo* - come specificheremo successivamente - è subordinata al verificarsi di tre *circostanze*, vale a dire: che l'appalto sia particolarmente complesso; che l'appaltante sia nell'impossibilità oggettiva di definire gli strumenti per il soddisfacimento delle proprie esigenze; ed infine che tale oggettiva impossibilità non sia ascrivibile a carenze dell'appaltante medesimo.

Questo nuovo modulo organizzatorio, è appena il caso di rilevare, sembra aggiungere - soprattutto attraverso l'ingresso dei privati nelle scelte che dovrebbero spettare alla Pubblica Amministrazione³ - nuovi ed ulteriori elementi in ordine al dibattito sulla c.d. *liberalizzazione* dell'attività amministrativa. Tendenza che, a partire dagli inizi degli anni novanta del secolo scorso⁴, è andata progressivamente accentuandosi, interessando buona parte dell'attività amministrativa, con la sola eccezione probabilmente del settore degli appalti, rimasto inizialmente *ingessato* a regole legislative più stringenti a causa dei fenomeni di *cattiva* amministrazione coevi alle riforme segnalate.

A tale evidenza, tuttavia, se ne ricollega un'altra che risulta, si consenta il gioco di parole, meno evidente. Quella cioè di utilizzare con la stessa frequenza alcuni strumenti tipici della *potestas amministrativa*⁵ (come i provvedimenti di secondo grado), nonché, di elaborare disposizioni normative ricorrendo ai c.d. concetti giuridici indeterminati⁶, al fine di accrescere il potere discrezionale della pubblica amministrazione anche in presenza di attività caratterizzate da valutazioni di natura tecnica.

* Professore aggregato di Diritto amministrativo presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Macerata.

¹ Avvenuta con il d. lgs. n.163 del 2006 relativo a lavori, servizi e forniture, in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (in GU n. 100 del 2-5-2006 - Suppl. Ordinario n.107 - che entrerà in vigore il primo luglio 2006). Il decreto cit. costituisce esercizio della delega legislativa conferita dal Parlamento all'esecutivo con l'art. 25 della legge comunitaria del 2004 (l. n. 62/2005).

² Riguardo al caso specifico del *dialogo competitivo* la direttiva da considerare è soltanto la n. 18. In merito al recentissimo *recepimento* del dialogo competitivo nel nostro ordinamento, si veda: C. CONTESSA, *Oggetto del contratto, procedure di scelta del contraente e selezione delle offerte nel nuovo “Codice dei contratti pubblici”*, in sito web *giustamm.it*; M. CLARICH, L. FIORENTINO, *Appalti e concessioni: regole e prassi per il mercato*, in sito *astrid-online.it*; A. SERINO, *Il Codice degli appalti in dirittura d'arrivo apre a un maggior dialogo nella fase progettuale*, in *Guida normativa, Sole 24 ore*, 18 marzo 2006.

³ Cioè ad una sorta *co-amministrazione* con il privato

⁴ A partire cioè dalla approvazione della legge n. 241/1990.

⁵ Come, ad esempio, nella DIA e nel silenzio-assenso alla luce delle modifiche introdotte nel 2005.

⁶ Con riguardo ai profili ricostruttivi della discrezionalità amministrativa anche con riferimento specifico alla categoria dei “concetti giuridici indeterminati”, si veda: S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1993, *passim*.

Spinte contrapposte e disomogenee che appaiono preordinate a condizionare il sistema per il soddisfacimento di esigenze che tra loro risultano diverse e in continua tensione, e che con riguardo al settore degli appalti pubblici, tendono a far coesistere la tutela della concorrenza degli operatori economici⁷, con la capacità di scelta riconosciuta alle amministrazioni pubbliche nella provvista dei beni e servizi. Nel *dialogo competitivo* tale rapporto - proprio a causa delle peculiari premesse che determinano l'esercizio di potere, come la "*particolare complessità*" dell'oggetto dell'appalto⁸ - emerge significativamente, riguardo soprattutto la individuazione degli operatori economici che possono presentare offerte per l'affidamento di un contratto pubblico⁹. Quasi, è appena il caso di rilevare, a costituire una sorta di banco di prova per saggiare se, e in che misura, sia possibile un temperamento tra il potere discrezionale della stazione appaltante e la tutela della concorrenza imposta dall'ordinamento comunitario.

Accennato al presupposto *oggettivo* del *dialogo competitivo*, passiamo ora attraverso successive specificazioni ad indicarne più compiutamente la nozione sostanziale e le relative problematiche. Preliminarmente accenneremo al suo sviluppo nell'ordinamento comunitario, poi passeremo a considerare le sue modalità di *recepimento* a livello interno¹⁰, ed infine tenteremo di abbozzare alcune conclusioni.

- LA DERIVAZIONE DEL DIALOGO COMPETITIVO

Il dialogo competitivo rappresenta uno strumento procedurale per la scelta del contraente negli appalti pubblici introdotto nel nostro ordinamento sulla *spinta* (o meglio *sospinto*) da una direttiva comunitaria del 2004¹¹.

Si è utilizzata questa terminologia atecnica e approssimativa perchè la fonte comunitaria cit. non obbligava gli Stati membri (tra cui ovviamente l'Italia) ad attuare a livello interno questa (*nuova*) modalità¹².

Dalla lettura del *considerando 16* (e in termini mediati dal tenore testuale del primo comma dell'art. 29¹³ della direttiva cit.) si chiarisce che: "*Al fine di tener conto delle diversità esistenti negli Stati membri, occorre lasciare a questi ultimi la facoltà di prevedere la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere ... al dialogo competitivo*". La

⁷ Con la più ampia apertura possibile delle *gare* al settore imprenditoriale attraverso la predeterminazione di criteri che assicurino la *par condicio* nello svolgimento delle procedure concorsuali. Cfr. M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore: gare e servizi locali*, Milano 2001, 169.

⁸ Ai sensi dell'art. 58 del Codice cit.

⁹ Ai sensi dell'art. 54, comma 1 del Codice "*Per l'individuazione degli operatori economici che possono presentare offerte per l'affidamento di un contratto pubblico, le stazioni appaltanti utilizzano le procedure aperte, ristrette, negoziate, ovvero il dialogo competitivo ...*".

¹⁰ Specialmente attraverso l'art. 58 del Codice

¹¹ Con riguardo al versante comunitario si veda: R. GAROFOLI, M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, Milano 2005; M.S. SABBATICI, *Le direttive CE 2004/17 e 2004/18 in tema di appalti pubblici, concessioni e «grandi opere»: un riordino «in itinere»*, in *Dir. comm. internaz.*, 2004, 2, 335 ss.; M. BALDI, *I requisiti del concessionario e le modalità di selezione del promotore*, in *Urb. appalti*, 2005, fasc. 4 pag. 436 ss.; C. VITALE, *La nuova disciplina comunitaria degli appalti pubblici*, in *Riv. trim. appalti*, 2004, fasc. 4 pag. 1128 ss.; R. GAROFOLI, *Il nuovo testo unico europeo degli appalti pubblici (direttiva 2004/18/ce del 31 marzo 2004). Le principali novità e le persistenti lacune regolamentari*, in *Serv. pub. e appalti*, 2004, fasc. 3, 653 ss.; G. MARCHIANÒ, *Prime osservazioni in merito alle direttive di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici*, in *Riv. trim. appalti*, 2004, fasc. 3, 854 ss.; U. REALFONZO, *Le procedure di gara rivisitate dalla nuova direttiva comunitaria n. 2004/18*, in *Nuova rass.*, 2004, fasc. 15, 1743 ss.; M. BALDINATO, *Le nuove direttive europee in materia di appalti*, in *Dir. reg.*, 2004, fasc. 1-2, 23 ss.; F. DALLARI, *Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, di servizi e di lavori*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2003, fasc. 5, 1333 ss.

¹² Si veda il tenore testuale del primo comma dell'art. 29 della direttiva cit.

¹³ Che recita (comma 1): "*Nel caso di appalti particolarmente complessi gli Stati membri possono prevedere che l'amministrazione aggiudicatrice ... possa avvalersi del dialogo competitivo*"

fonte comunitaria in esame, vale la pena rilevare, è stata utilizzata probabilmente per concretizzare alcuni *valori* di matrice comunitaria rappresentati dalla sussidiarietà (nella sua componente verticale e *discendente*) e dalla differenziazione. Non a caso, per disciplinare questa materia, si è fatto ricorso alla direttiva nel suo significativo forse più classico (cioè di atto non immediatamente precettivo che lascia agli Stati membri destinatari *spazi di manovra* in termini di applicazione concreta), che, per le sue peculiarità, rappresenta indubbiamente il principale strumento dell'ordinamento comunitario¹⁴ per favorire il decentramento e la *prossimità* con riguardo alla allocazione dei compiti e funzioni tra i diversi livelli di governo territoriale¹⁵.

Una breve considerazione sulle *origini* del dialogo competitivo appaiono significative perché costituiscono un esempio paradigmatico di come si congegni il processo di formazione di molti istituti procedurali europei (e lo stesso si può dire anche in merito ai principi comunitari). Il dialogo competitivo, infatti, era già esistente in alcuni Paesi dell'Unione Europea (come Regno Unito, Paesi Bassi e nei Paesi Scandinavi)¹⁶ ed è stato *assorbito* a livello comunitario direttamente dalle esperienze nazionali citate.

Le prime proposte di disciplina comunitaria in materia (che risalgono agli inizi degli anni duemila) risultavano fortemente debitorie delle osservazioni e dei contributi derivanti dal Libro Verde sugli appalti pubblici nell'Unione Europea del 1996, a loro volta influenzate dai risultati delle esperienze nazionali appena richiamate. Volendo utilizzare una rappresentazione geometrica, il processo che ne ha condotto alla acquisizione può essere descritto immaginando un *percorso circolare*. Il *dialogo competitivo* è nato in ambito nazionale, è stato assunto dall'ordinamento comunitario, e successivamente è stato *restituito* nei singoli ambiti nazionali. Naturalmente può essersi verificato (ma ciò esula dal campo della presente indagine) che in tale sviluppo l'istituto sia stato modificato in sede europea e sia stato ulteriormente modificato in sede nazionale (come, per altro, è accaduto nel caso italiano).

L'assunzione a livello comunitario del dialogo competitivo è intervenuta con la direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio n. 2004/18/CE (del 31 marzo 2004) relativa al "*Coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi*". Questa fonte ne disciplina taluni elementi in una serie di norme sparse, cioè: nel *Considerando 31*; nell'art. 1, comma 11, lett. c; ed infine nell'art. 29.

Ordito normativo da cui si desume una disciplina parziale e non certamente completa, dalla quale sono scaturite talune precisazioni (finanche vere e proprie *aggiunte* in termini sostanziali) da parte del Legislatore delegato del 2006 nell'ambito della approvazione del Codice, e delle quali successivamente daremo conto.

Nel *Considerando 31* della direttiva cit. - più che i possibili contenuti definitivi - si tentano di precisare i presupposti di attivazione del dialogo competitivo. Questi presupposti, come specificheremo successivamente, risultano essenziali proprio alla luce del carattere *eccezionale* dell'istituto, il quale di volta in volta richiede una specifica e motivata giustificazione¹⁷ da parte della stazione appaltante che decidesse di avvalersene. I *rischi* per

¹⁴ Perché (a prescindere dalle c.d. direttive *self executing*) le direttive per il loro contenuto per un verso obbligatorio solo nei fini ma non nei mezzi e per altro verso per il loro contenuto *facoltizzante* consentono ai singoli Stati di "adattare" la normativa comunitaria alle singole esigenze nazionali.

¹⁵ Valori che l'ordinamento comunitario ha assunto come prioritari della propria missione istituzionale soprattutto a partire dal Trattato di Maastricht (e da ultimo con la recente approvazione, non ancora ratificata da alcuni Stati membri della Comunità, del Trattato Costituzione per l'Europa che dedica una parte specifica al principio di sussidiarietà).

¹⁶ Cfr. R. SCREPANTI, G. PASQUINI, *Le procedure: i nuovi strumenti di flessibilità*, in L. FIORENTINO, C. LACAVA (a cura di) *Le nuove direttive europee sugli appalti pubblici*, *Quaderni del Giornale di diritto amministrativo*, 9, Milano 2004, 74-75; V.M. LEONE, *Le procedure di gara rivisitate*, in G.A. BENACCHIO, D. DE PRETIS, *Appalti pubblici e servizi di interesse generale*, Trento 2005, 295-296.

¹⁷ E cioè una motivazione estremamente puntuale.

la tutela della concorrenza e della *par condicio* tra i diversi operatori economici che partecipano alla gara, infatti, risultano in qualche modo aggravati dal ricorso ad una procedura di *gara* che non appare ordinata agli stilemi classici della predeterminazione dei requisiti, i quali come noto rappresentano presidio essenziale al fine di scongiurare atteggiamenti discriminatori della stazione appaltante.

A questo riguardo, dalla lettura del *Considerando 31*, l'interprete rimane un pò deluso. Anzitutto non si accenna (almeno testualmente) al dialogo competitivo, preferendosi l'utilizzo di una espressione generale ma ciononostante significativa: "*procedura flessibile*". Ma, soprattutto, l'elemento di maggiore criticità rispetto alla possibile definizione dei presupposti, è il fatto che i presupposti medesimi (che ne legittimano l'utilizzo) riguardano "*progetti particolarmente complessi*"¹⁸) in cui cioè le stazioni appaltanti potrebbero trovarsi nella impossibilità (per carenze loro non imputabili) di definire i mezzi atti a soddisfare le proprie esigenze o di valutare ciò che il mercato può offrire in termini di soluzioni tecniche, giuridiche o finanziarie.

A tali caratteristiche, la disposizione cit., ne aggiunge un'altra che si lega intimamente a quelle appena indicate, vale a dire la *eccezionalità* del dialogo competitivo rispetto alle altre (ordinarie) procedure di scelta del contraente negli appalti pubblici¹⁹. La stazione appaltante deve cioè dimostrare di avere prima considerato l'opportunità di ricorrere alle procedure "*aperte*" o "*ristrette*" e che le abbia successivamente rigettate perché non consentivano di aggiudicare l'appalto proprio a causa della sua oggettiva complessità²⁰.

La seconda disposizione della direttiva cit. che si occupa del dialogo competitivo è l'art. 1, comma 11, lett. c.. In questa, si tenta di precisare (ma in fondo si ricalcano le formule già utilizzate nel *Considerando 31* cit.) cosa debba intendersi per appalto pubblico "*particolarmente complesso*", riconducendo la fattispecie indeterminata a: difficoltà oggettive legate alla definizione dei "*mezzi tecnici*" atti a soddisfare le necessità o gli obiettivi della stazione appaltante; ovvero alla oggettiva difficoltà della stazione appaltante medesima di specificare "*l'impostazione giuridica*" e "*finanziaria*" di un progetto.

Nell'art. 1 cit. assume, invece, sicuro rilievo il tentativo di definire, non i presupposti, ma la *struttura* del dialogo competitivo, da cui emerge, seppur in termini ancora approssimativi, la *doppia anima* della procedura medesima²¹: costituita cioè da due fasi distinte di cui la prima è il presupposto della seconda. In altre parole il *dialogo competitivo* viene rappresentato come una procedura aperta a qualsiasi operatore economico, nella quale l'amministrazione aggiudicatrice avvia un confronto (un dialogo appunto) con i candidati al fine di elaborare una o più soluzioni atte a soddisfare le proprie necessità. Soltanto al termine di questa prima fase *partecipativa*²², la stazione appaltante *tirerà le somme* e selezionerà tra i diversi partecipanti i candidati che saranno invitati alla fase successiva, quella cioè di presentazione dell'offerta.

¹⁸ Cfr. *Considerando 31*, secondo periodo, della direttiva cit., che parla di: realizzazione di infrastruttura di trasporti integrati; di grandi reti informatiche; di progetti che comportino un finanziamento complesso e strutturato.

¹⁹ Cfr. *Considerando 31*, terzo periodo, della direttiva cit.

²⁰ In generale le «procedure aperte» sono le procedure in cui ogni operatore economico interessato può presentare un'offerta. Le «procedure ristrette» sono le procedure alle quali ogni operatore economico può chiedere di partecipare e in cui possono presentare un'offerta soltanto gli operatori economici invitati dalle stazioni appaltanti, con le modalità stabilite dal presente codice. V., ad esempio, art. 3, p.ti 37 e 38 del *Codice dei contratti pubblici*.

²¹ In termini sostanzialmente analoghi è stato sostenuto che tale procedura sarebbe "bifasica". Sul p.to si veda: R. INVERNIZZI, *Il dialogo competitivo e tecnico*, cit.

²² Che riecheggia a livello interno la tendenza *collaborativa* propria principalmente anche se non esclusivamente della fase istruttoria procedimentale disegnata nella legge generale sul procedimento amministrativo.

L'art. 29 della direttiva del 2004 cit., infine, rappresenta per certi versi l'omologo comunitario dell'art. 58 del *Codice dei contratti* approvato a livello nazionale (anche se come specificheremo con qualche *aggiustamento* di carattere non meramente formale). Questa disposizione in parte recepisce e sistematizza alcune indicazioni già contenute nelle norme ricordate in precedenza, in parte introduce alcune indicazioni procedurali (per la verità alquanto scarse) in merito allo *sviluppo del dialogo*²³.

L'attivazione del *dialogo competitivo*, come già accennato, è subordinata al verificarsi di tre requisiti concorrenti, cioè: che l'appalto sia particolarmente complesso; che l'appaltante sia nell'impossibilità oggettiva di definire gli strumenti per il soddisfacimento delle proprie esigenze; ed infine che tale oggettiva impossibilità non sia ascrivibile a carenze dell'appaltante medesimo. In primissima battuta i tre requisiti indicati devono necessariamente coesistere. Anzi, si potrebbe dire, che il primo presupposto (cioè, la particolare complessità dell'appalto, *rectius* dell'oggetto dello stesso) costituisca il *fatto* genetico dal quale eventualmente possono conseguire gli altri due, legittimando, ma solo in questo caso, la scelta della stazione appaltante di attivare il dialogo competitivo. E' ovvio che le difficoltà principali derivino dalla natura indeterminata dei presupposti che legittimano l'attivazione della procedura *de qua*. L'utilizzo di concetti giuridici indeterminati rappresentati dalle formule "*particolare complessità*" o "*impossibilità oggettiva*", dilatano eccessivamente la capacità di scelta dell'Amministrazione appaltante, qualora non si declinassero in qualcosa di più preciso²⁴. Di talchè, diventa assai arduo verificare quando l'ignoranza della stazione appaltante rispetto alla definizione dell'oggetto dell'appalto (nonché degli obiettivi dell'appalto medesimo), sia *scusabile* perché risulti oggettivamente impossibile definire l'oggetto dell'appalto - legittimando la deroga alle procedure ordinarie di gara per accedere al modulo del *dialogo competitivo* - e quando al contrario tale ignoranza sia inammissibile. Se si guarda alle diversità esistenti tra le Amministrazioni all'interno di ciascun ordinamento nazionale (prescindendo dalle diversità tra Amministrazioni di Stati differenti), al carattere eterogeneo dei propri canali informativi, alla situazione cioè di sostanziale asimmetria informativa tra le diverse amministrazioni pubbliche, si potranno cogliere probabilmente i rischi insiti nell'utilizzo di tali presupposti indeterminati. Di fatto, sembrerebbe consentirsi alle Amministrazioni *poco virtuose*, di accedere con maggiore facilità ad una procedura particolarmente *flessibile* - da cui consegue, per la stazione appaltante, ampia discrezionalità in tutte le sue fasi - che potrebbe prestarsi a deviazioni non rispondenti alle finalità che ne consentono l'utilizzo. A tale riguardo, risulterà probabilmente fondamentale l'opera dei Giudici nazionali e della Corte di Giustizia. Tali organi, dinnanzi alle accennate ipotesi di *sviamento* da parte delle stazioni appaltanti, dovranno progressivamente elaborare una serie di parametri (di *standard*), utili a costituire un punto di riferimento per le altre amministrazioni pubbliche. Ma, soprattutto, che consentiranno un controllo giurisdizionale sul dialogo competitivo (attraverso cioè degli *indicatori sintomatici* utili per sindacare gli apprezzamenti tecnici della stazione appaltante²⁵).

²³ Ciò che rileva in questa sede è segnalare la disciplina dei presupposti applicativi contenuti nell'art. 29 cit., tenuto conto che successivamente - passando cioè alla trattazione del versante nazionale interno - si forniranno alcune indicazioni utili per la ricostruzione del quadro che emerge dal dato normativo.

²⁴ Seppur la direttiva contenga alcune non risolutive indicazioni circa la specificazione della *complessità dell'appalto*. Rispetto a ciò la direttiva cit. nell'art. 1, comma 11, lett. c precisa che "*un appalto pubblico è considerato particolarmente complesso quando l'amministrazione aggiudicatrice: non è oggettivamente in grado di definire, conformemente all'art. 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*". Cfr. R. INVERNIZZI, *Il dialogo competitivo*, cit., 302 ss.

²⁵ Soprattutto rispetto al momento iniziale del dialogo competitivo, nel momento cioè in cui si rileva la necessità di attivare la procedura in esame (che come detto a carattere *eccezionale*).

Infine, sul piano più squisitamente procedurale, il dialogo competitivo si apre con la pubblicazione di un bando in cui la stazione appaltante definisce (seppur nei limiti di specificità già indicati) le proprie esigenze ed i parametri in base ai quali verrà assegnato l'appalto. Successivamente gli operatori economici interessati possono chiedere di essere invitati a partecipare al *dialogo* con la stazione appaltante che, è bene ricordarlo, può riguardare ogni aspetto della prestazione oggetto dell'appalto. Al termine del *dialogo* si presuppone che la stazione appaltante si sia *chiarite le idee* e sia dunque in grado di individuare la soluzione che possa soddisfare le proprie necessità. A questo punto, conclusa la fase del *dialogo*, gli operatori economici che vi hanno partecipato sono invitati a presentare le offerte specifiche per la realizzazione della prestazione oggetto dell'appalto, sulla base ovviamente delle risultanze e degli esiti emersi nella fase del dialogo competitivo. L'aggiudicazione, infine, avviene in base ai parametri fissati nel bando e, analogamente a quanto avviene nelle ordinarie procedure d'appalto, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

- IL RECEPIMENTO DEL DIALOGO COMPETITIVO NEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

Il *Codice dei contratti pubblici* si occupa del *dialogo competitivo* nell'art. 58²⁶ dettandone una disciplina più completa e puntuale rispetto a quella improntata a livello comunitario. Questo sforzo, tuttavia, non consente (o consente solo in parte) di superare i dubbi ermeneutici derivanti da una disciplina che in buona parte si regge su presupposti generici. A tale quadro, per altro, si deve aggiungere che il Legislatore delegato del 2006 ha introdotto modifiche non marginali alla disciplina comunitaria che – lungi da risolvere gli aspetti più controversi già segnalati – aumenteranno probabilmente il livello di conflittualità tra stazione appaltante ed operatori economici.

A titolo introduttivo sembra utile richiamare il contenuto del parere²⁷ reso dal Consiglio di Stato in merito alla disciplina del dialogo competitivo (nell'ambito ovviamente dell'apporto consultivo del supremo Consesso amministrativo sullo schema di decreto legislativo recante il *Codice dei contratti pubblici*).

Il dialogo competitivo (si legge nel parere medesimo) “*sembra rappresentare uno strumento interessante ai fini dell'esecuzione delle opere pubbliche. Il meccanismo sembra per altro ancora da affinare*”. Parere succinto, ma significativo, soprattutto per tentare di cogliere l'orientamento del supremo consesso amministrativo riguardo a questo nuovo strumento di scelta del contraente nelle procedure di appalto. Prescindendo dalla prima parte, il parere *de qua* tende a segnalare la necessità di precisare in termini più adeguati (di *affinare* cioè) la disciplina del dialogo competitivo. Il Legislatore delegato del 2006 consapevole di questo fatto ha cercato di completare la disciplina comunitaria²⁸, e - ad un primo e sommario bilancio - sembrano palesarsi *luci ed ombre*.

Riguardo al primo profilo, merita considerazione positiva la specificazione (contenuta nell'art. 58, comma 2, del *Codice*) delle possibili *circostanze* fattuali che contribuiscono a

²⁶ E' bene subito precisare che l'articolo cit. contiene la disciplina generale del dialogo competitivo, ma anche altre disposizioni del Codice dettano talune norme in materia, quali partitamente: art. 3, comma 39 (in materia di definizioni); art. 54 (in materia di procedure per l'individuazione degli offerenti); art. 56 (riguardo la procedura negoziata); art. 62 (riguardo al numero minimo dei candidati da invitare al dialogo competitivo); art. 64 (riguardo al bando di gara); art. 67 (riguardo agli inviti a partecipare al dialogo competitivo); art. 70 (riguardo ai termini di ricezione delle offerte); art. 72 (in materia di elementi dell'invito ai candidati); art. 78 (riguardo ai verbali).

²⁷ *Consiglio di Stato – Sezione consultiva per gli atti normativi – Adunanza del 6 febbraio 2006* (che può leggersi nel sito *web giustamm.it*)

²⁸ Basti considerare un dato: l'art. 29 della direttiva 18 cit. dedica alla disciplina del dialogo competitivo otto commi mentre l'art. 58 del Codice (che come detto ne rappresenta l'omologo a livello interno) ne contiene ben diciotto.

determinare la definizione della nozione di appalto di “*particolare complessità*”. Ricalcando lo schema elaborato dalla direttiva su questo punto specifico, il Legislatore delegato ha infatti aggiunto (e dunque specificato sul piano sostanziale) nuovi ed ulteriori presupposti che tendono a circoscrivere la capacità discrezionale della stazione appaltante nella determinazione di procedere attraverso il *dialogo competitivo*. Ciò premesso, taluni elementi ricalcano quelli indicati dalla direttiva del 2004²⁹, ma, in aggiunta ad essi, si guarda anche a situazioni in cui la stazione appaltante non disponga (a causa di fattori oggettivi ad essa non imputabili) di analisi e studi in merito allo: “*stato di fatto e di diritto di ogni intervento nelle sue eventuali componenti storico-artistiche, architettoniche, paesaggistiche, nonché sulle componenti di sostenibilità ambientale, socio-economiche, amministrative e tecniche*”.

Sulla questione non sembra necessario soffermarsi oltre. Degna di menzione positiva, analogamente alla disposizione appena trattata (con la quale si salda in modo molto stretto), appare anche la previsione contenuta nel comma 3 (dell’art. 58 cit.) volta ad obbligare la stazione appaltante all’onere di “*specifica motivazione*” rispetto alla sussistenza dei presupposti che legittimano il ricorso al dialogo competitivo. Anche in questo caso la disciplina comunitaria non prevedeva espressamente un onere di motivazione in capo alla stazione appaltante, onere che tuttavia poteva desumersi agevolmente dall’art. 29, comma 1, della direttiva del 2004 cit. nella parte in cui - immaginando il dialogo competitivo come procedura eccezionale rispetto alle normali procedure *aperte o ristrette* - richiedeva logicamente un apposito corredo motivazione per giustificare la relativa deroga.

Proseguendo nello schema indicato all’inizio del paragrafo occorre considerare, infine, alcuni profili della disciplina in esame che destano qualche perplessità, perché sembrano costituire il preludio ad una serie di conseguenze negative, specialmente in ordine al problema della conflittualità tra amministrazione e privati (*rectius* tra stazione appaltante e candidati ammessi alla procedura).

Il riferimento riguarda la previsione contenuta nell’art. 58, comma 11 del Codice, in base al quale: le stazioni appaltanti possono interrompere il *dialogo competitivo* (vale a dire l’iter procedurale)³⁰ nel caso in cui ritengano che nessuna delle soluzioni emerse in sede di *dialogo* soddisfi le proprie esigenze, senza che ai partecipanti spetti alcun indennizzo o risarcimento³¹. La disposizione cit. merita approfondimento. La *rinuncia* della stazione appaltante, cioè la possibilità di interrompere la prosecuzione del *dialogo*, non era prevista nella direttiva del 2004 cit. che regolava (seppur con i limiti accennati) il *dialogo competitivo*³². A prescindere dalle ragioni che hanno condotto il Legislatore comunitario del 2004 a non disciplinare questo specifico potere, sembrano comunque necessarie alcune brevi considerazioni sui possibili risvolti applicativi dello stesso. Si potrebbe argomentare, in fondo, che la medesima circostanza di fatto che fin dalla sua origine aveva giustificato il ricorso al dialogo competitivo, potrebbe successivamente determinarne la *cessazione*. In altri termini la “*particolare complessità*” dell’appalto costituisce il momento iniziale, ma, in taluni casi anche il momento finale, del dialogo competitivo. E ciò nel senso che le soluzioni

²⁹ Cfr. art. 1, comma 11, lett. c della direttiva n. 18 cit.

³⁰ Non si capisce bene, per altro, in quale specifico momento possa essere interrotto il *dialogo competitivo* cioè se al termine della prima fase di dialogo (cioè quella che precede l’invito alla presentazione delle offerte da parte della stazione appaltante) o quella successiva in cui a seguito dell’invito medesimo la stazione appaltante ritiene che nessun offerta soddisfi le proprie necessità e dunque non procede con l’aggiudicazione. Anche se - dal combinato disposto del comma 11 e del comma 12 dell’art. 58 del Codice - il dubbio prospettato dovrebbe essere fugato a favore della prima opzione, cioè quella in base a cui la rinuncia da parte della stazione appaltante di dar seguito alle fasi successive del dialogo competitivo si colloca nella fase conclusiva del dialogo.

³¹ Salvo l’eventuale corresponsione di “premi o incentivi” per i partecipanti al dialogo, di cui al successivo comma 17, dell’art. in esame.

³² Ciononostante, tale prerogativa veniva implicitamente desunta dall’art. 29, comma 5 della direttiva del 2004. Cfr. in questo senso, R. INVERNIZZI, *Il dialogo competitivo*, cit., 311-312.

prospettate dagli operatori economici al termine del *dialogo*, non appaiono sufficienti o comunque adeguate rispetto al soddisfacimento dei bisogni manifestati dalla stazione appaltante a causa dell'irriducibile complessità dell'appalto. La previsione in esame, da questo punto di vista, risulta ragionevole. Infatti, sarebbe contraddittorio poter immaginare una sorta di vincolo per la stazione appaltante di *concludere comunque e in ogni caso il dialogo* con l'aggiudicazione dell'appalto. Ciò premesso, però, occorre riflettere anche sui possibili pregiudizi che gli operatori economici potrebbero subire per il fatto di avere partecipato ad un *dialogo*, o meglio, ad un procedimento, poi rivelatosi privo di risultati apprezzabili. I privati-partecipanti, infatti, sopportano una serie di *costi di partecipazione* estremamente onerosi, che sono riconducibili alla elaborazione di soluzioni ad elevato contenuto tecnico. Con il rischio, per altro, che il proprio *know how* (acquisito alla disponibilità della stazione appaltante) possa venire utilizzato in modo inappropriato, fino a violare i diritti derivanti dalla proprietà intellettuale degli operatori privati³³. Non è questa la sede per tentare di precisare termini, modalità e condizioni riguardo le possibili ipotesi di responsabilità a carico della stazione appaltante. Più modestamente ci limitiamo a segnalare alcune suggestioni. Ad esempio, rispetto alla ipotesi in cui la stazione appaltante pubblichi un bando illegittimo (perché magari eccessivamente complesso³⁴ ovvero financo oggettivamente *impossibile* rispetto ad una successiva aggiudicazione) e, nonostante ciò, *celebri* una procedura (un *dialogo*) che ingeneri nelle imprese partecipanti un qualcosa che - ma, si ripete il profilo è tutto da verificare - possa configurarsi come "*legittimo affidamento*" sulla validità della procedura. In questo caso, la responsabilità della pubblica amministrazione potrebbe ricondursi alla cosiddetta responsabilità da "*contatto sociale*"³⁵. Allo stesso modo e con le stesse cautele prima accennate, la responsabilità precontrattuale *de qua* potrebbe palesarsi allorché la stazione appaltante esercitasse in modo illegittimo il proprio potere di *rinuncia*. Anche se, in questa ipotesi, per come risulta configurato il dialogo competitivo, appare difficile (almeno in astratto) immaginare *un grado di maturazione* delle soluzioni prospettate, tale da ingenerare nelle parti private coinvolte una aspettativa ragionevole nell'aggiudicazione dell'appalto.

Ma a prescindere da ciò, l'*istituto della rinuncia* sembra comunque rappresentare un limite significativo al concreto sviluppo nel nostro ordinamento del *dialogo competitivo*. Dal punto di vista dell'imprenditore privato, infatti, costituisce un disincentivo a prendere parte ad una procedura che, già di per se stessa, appare estremamente incerta negli esiti finali e dispendiosa in termini di risorse umane e finanziarie. Ma, soprattutto, rischiosa rispetto a deprecabili (ma oggettivamente possibili) *fughe* di informazioni riservate (studi, invenzioni,

³³ Sul p.to, tuttavia, l'art. 58 del Codice si preoccupa di indicare alcune limitazioni, nel comma 7 dell'art. cit. si stabilisce infatti: "*Durante il dialogo le stazioni appaltanti garantiscono la parità di trattamento di tutti i partecipanti, in particolare non forniscono, in modo discriminatorio, informazioni che possano favorire alcuni partecipanti rispetto ad altri*". Nel comma 8 si afferma altresì che: "*Le stazioni appaltanti non possono rivelare agli altri partecipanti le soluzioni proposte nè altre informazioni riservate comunicate dal candidato partecipante al dialogo senza l'accordo di quest'ultimo*". Infine, anche l'ultimo comma dell'art. 58 cit. potrebbe costituire un limite di carattere generale rispetto la divulgazione di informazioni di carattere riservato da parte della stazione appaltante specialmente nella parte in cui afferma che le stazioni medesime "*non possono ricorrere al dialogo competitivo in modo abusivo o in modo da ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza*".

³⁴ Il che, forse, potrebbe apparire paradossale alla luce dei presupposti che conducono all'attivazione del dialogo competitivo.

³⁵ Cfr. da ultimo, Consiglio di Stato, *ad. plen.*, 5 settembre 2005, n. 6. (Su cui si veda: A. VACCA, *La responsabilità precontrattuale della p.a. nell'ambito dei procedimenti ad evidenza pubblica di scelta del contraente: una fattispecie oscillante fra l'illegittimo esercizio del potere pubblico e l'illecita violazione dei canoni di buona fede e diligenza*, in *Contr. Stato enti pub.*, 1, 2006). Ma v. anche Consiglio di Stato - sezione V - sentenza 2 settembre 2005 n. 4461; Consiglio di Giustizia Amministrativa - sezione giurisdizionale - ordinanza 8 maggio 2002 n. 267; Consiglio di Stato - sezione V - sentenza, 6 agosto 2001, n. 4239.

esperimenti) a vantaggio di *competitor* che potrebbero giovare sul mercato (a quel punto non più concorrenziale).