

- ¹ Direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, in GUUE L 134 del 30 aprile 2004, e direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, in GUUE L 134 del 30 aprile 2004.
- ² E' utile sottolineare che la procedura in esame si distingue nettamente dal dialogo tecnico, istituto richiamato nel solo considerando 8, della direttiva 2004/18, che costituisce uno strumento limitato alla fase preparatoria del capitolato d'oneri. In tal senso, CORI R., DI PAOLO G. (a cura di), *Prime riflessioni sul Dialogo Competitivo ai sensi della direttiva 2004/18/CE*, 2005, CIPE – Unità Tecnica Finanza di Progetto, giugno 2005, in www.utfp.it/docs/documenti/dialogo_competitivo.pdf. In proposito, si veda, fra i primi commenti in materia, FRACCHIA F. e CARROZZA L., *Il difficile equilibrio tra flessibilità e concorrenza nel dialogo competitivo disciplinato dalla direttiva 2004/18/CE*, 2004, in www.giustamm.it; SAMBRI S., *Il dialogo competitivo: ambito di applicazione e portata innovativa nel sistema normativo degli appalti pubblici*, Convegno IGI, 13 luglio 2004; PALLOTTINO M., *La concessione nelle nuove direttive sugli appalti*, Convegno IGI 13 luglio 2004; CLARICH M., *Il dialogo competitivo come forma di collaborazione tra pubblico e privato*, Seminario Comitato 4P, Roma 27 settembre 2005.
- ³ Il considerando 16 recita, infatti, che: «[a] 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 ad accordi quadro, a centrali di committenza, ai sistemi dinamici di acquisizione ad aste elettroniche e al dialogo competitivo, quali sono definiti e disciplinati dalla presente direttiva». L'art. 29, primo paragrafo, prevede quindi che gli Stati membri «possono prevedere che l'amministrazione aggiudicatrice [...] possa avvalersi del dialogo competitivo conformemente al presente articolo».
- ⁴ Analogo significato ha l'ultimo inciso del considerando 16, sopra riportato. Sul punto, si veda ASTUDILLO J.M., *Los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios en la Unión Europea - La nueva Directiva reguladora de los contratos públicos*, Barcelona, 2005, pag. 160.
- ⁵ D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*, GU 2 maggio 2006, n. 100, S.O. n. 107. Ai sensi dell'art. 253, comma 1-*quater* del D.Lgs. 163/2006 (come da ultimo modificato dal D.Lgs. 113/2007), l'art. 58 potrà trovare applicazione con riferimento alle procedure i cui bandi o avvisi saranno pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del regolamento di attuazione del Codice dei contratti pubblici (cfr. art. 5 del D.Lgs. 163/2006). Il regolamento non è stato ancora pubblicato. Sul punto, può essere altresì ricordato che il Codice dei contratti pubblici è entrato in vigore - dappprincipio nella sua interezza - il 1° luglio 2006. In seguito alla “sospensione selettiva” di talune disposizioni, l'entrata in vigore dell'art. 58 è stata fatta slittare, inizialmente, al 1° febbraio 2007 (cfr. art. 1-*octies* del D.L. 173/2006, come modificato dalla Legge 12 luglio 2006, n. 228, in GU 12 luglio 2006, n. 160) e, quindi, al 1° agosto 2007 (cfr. D.Lgs. 26 gennaio 2007, n. 6, in GU 31 gennaio 2007, n. 256). In occasione della prima proroga selettiva, il legislatore ha precisato, tuttavia, che la sospensione non avrebbe avuto effetto per le gare iniziate nel periodo tra il 1° luglio ed il 12 luglio 2006, per le quali il Codice si applica integralmente. Con riferimento a dette gare, pertanto, avrebbe potuto trovare applicazione anche il dialogo competitivo, ai sensi del citato art. 58.
- ⁶ Direttiva 92/50/CEE del 18 giugno 1992, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, in GUCE L 209 del 24 luglio 1992; direttiva 93/36/CEE del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, in GUCE L 199 del 9 agosto 1993, direttiva 93/37/CEE del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, in GUCE L 199 del 9 agosto 1993. Analoga, difficoltà veniva invero registrata anche nella disciplina propria dei cd. settori ex esclusi: direttiva 93/38/CEE del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, in GUCE L 199 del 9 agosto 1993. Per una raccolta della normativa comunitaria e nazionale in materia di appalti pubblici, sia consentito rinviare a SCIAUDONE F., *Codice degli appalti pubblici*, Giappichelli, 2005.
- ⁷ Si veda, sull'argomento, il punto 3.2 della *Relazione illustrativa alla 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*, COM(2000) 275 def., in GUCE C 29 E del 30 gennaio 2001: «[v]a infatti osservato come in virtù della giurisprudenza della Corte di giustizia un siffatto dialogo non sia permesso nel quadro delle attuali procedure aperte e ristrette. Inoltre le attuali disposizioni in merito al ricorso alla procedura negoziata preceduta dalla pubblicazione di un bando sono limitate a situazioni eccezionali e devono, secondo una costante giurisprudenza della Corte, essere interpretate restrittivamente. Di conseguenza le attuali norme non prendono in considerazione tale possibilità».

- 8 In proposito, si veda FARLEY M, *Directive 2004/18/EC and the Competitive Dialogue Procedure: A case study on the application of the competitive dialogue procedure to NHS LIFT*, in EPPPL, 2007, pag. 60-70.
- 9 Informazioni circa il contenuto della procedura di infrazione relative al *Pimlico School case* sono rinvenibili presso <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/00/869>.
- 10 V. Office for Government and Commerce, *Competitive dialogue procedure – OCG guidance on the competitive dialogue procedure in the new Procurement Regulations*, gennaio 2006, in http://www.ogc.gov.uk/documents/competitive_dialogue.pdf.
- 11 In proposito, si veda il documento del HM Treasury, *Value for money – Assessment guidance*, novembre 2006, disponibile sul sito <http://www.hm-treasury.gov.uk>. Al punto 1.19, si legge precisamente che: «*Competitive Dialogue is a procurement procedure introduced through the EU Public Sector Procurement directive and incorporated into English law by the Public Contract Regulations 2006, which came into force on 31 January 2006. It is considered that the Competitive Dialogue Procedure will be the relevant procurement procedure for the majority of PFI procurement*».
- 12 In particolare, il considerando 31 della direttiva chiarisce che l'obiettivo perseguito dal legislatore comunitario è stato quello 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».
- 13 Si veda, in particolare, il punto 1.2 della *Relazione illustrativa alla proposta di direttiva*, cit. L'introduzione della nuova procedura *lato sensu* negoziata, prevista (come si dirà ampiamente in seguito) per l'ipotesi di appalti particolarmente complessi, viene giustificata al fine di permettere un dialogo tra le amministrazioni aggiudicatrici e i vari candidati, «pur garantendo la lealtà della concorrenza e il rispetto della parità di trattamento».
- 14 In più occasioni, infatti, la Corte di giustizia ha chiarito che l'obiettivo sotteso alla normativa sugli appalti consiste nell'apertura del settore ad una concorrenza effettiva, al fine di garantire la parità di trattamento tra gli operatori degli Stati membri. Si vedano, *ex multis*, le sentenze della Corte di Giustizia del 18 gennaio 2007, *Auroux e altri*, C-220/05, non ancora pubbl. in Racc., punto 52; 11 maggio 2006, *Carbotermo e Consorzio Alisei*, C-340/04, non ancora pubbl. in Racc., punto 58; 3 marzo 2005, *Fabricom*, cause riunite C-21/03 e C-34/03, in Racc. 2005, p. I-1559, punto 26; 11 gennaio 2005, *Stadt Halle and RPL Lochau*, causa C-26/03, in Racc. 2005, p. I-1, punto 36; 7 ottobre 2004, *Sintesi*, causa C-247/02, in Racc. 2004, p. I-9215, punti 35 e ss.; 4 dicembre 2003, *EVN and Wienstrom*, causa C-448/01, in Racc. 2003, p. I-14527, punto 69; 12 dicembre 2002, *Universale-Bau AG*, causa C-470/99, in Racc. 2002, p. I-11617, punto 89; 17 settembre 2002, *Concordia Bus Finland*, C-513/99, in Racc. 2002, p. I-7213, punto 81; 27 novembre 2001, *Lombardini e Mantovani*, cause riunite C-285/99 e C-286/99, in Racc. 2001, p. I-9233, punto 34.
- 15 È dubbio se tale procedura possa essere considerata addirittura eccezionale e se, conseguentemente, i suoi presupposti applicativi debbano essere oggetto di un'interpretazione restrittiva, tale da limitare lo spazio per il ricorso al dialogo competitivo. Si veda, al riguardo, ARROWSMITH S., *An assessment of the new legislative package on public procurement*, in *Common Market Law Review*, 41/2004, pag. 1283.
- 16 Si tratta, in buona sostanza, dell'ipotesi in cui l'amministrazione aggiudicatrice non è in grado di formulare le specifiche tecniche mediante riferimento a «prestazioni o requisiti funzionali, che possono includere caratteristiche ambientali».
- 17 Conformemente sul punto, ARROWSMITH S., op. cit., pag. 1283. Si veda altresì la nota esplicativa *Fiche explicative – dialogue competitive – directive classique* pubblicata dalla Commissione, pag. 2, disponibile in lingua francese al link http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/explan-notes/classic-dir-dialogue_fr.pdf. Al riguardo, cfr. le *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”*, presentate nel giugno 2005 dalla Unità Tecnica Finanza di Progetto del CIPE. In particolare, a proposito dell'impossibilità oggettiva, si legge al punto 2.3 che «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».
- 18 Va ricordato, peraltro, che taluni emendamenti proposti nel corso dell'*iter* legislativo che ha portato all'adozione della direttiva erano diretti a limitare ulteriormente il ricorso al dialogo competitivo. Le ipotesi previste si riferivano, in particolare, ai soli casi in cui l'organizzazione preventiva di un concorso o l'aggiudicazione di un appalto di servizi non avrebbero consentito all'amministrazione aggiudicatrice di affidare il contratto di appalto

principale - relativo alla realizzazione di un progetto particolarmente complesso - con una procedura aperta o ristretta. Tuttavia, in sede di adozione della direttiva, tali proposte non sono state accolte. Si veda il *Parere della Commissione* sugli emendamenti del Parlamento europeo alla posizione comune del Consiglio riguardante la proposta di direttiva, recante modifica alla proposta stessa (COM(2003) 503 def., 14 agosto 2003), al punto 4.3: «[g]li emendamenti 18 e 87 modificano l'art. 1 con l'aggiunta di un paragrafo 15 bis, che contiene una definizione di appalto eccezionalmente complesso basata sull'impossibilità di definire i mezzi tecnici o altri in grado di soddisfare le necessità dell'amministrazione aggiudicatrice a seguito dell'insuccesso di un concorso di progettazione o di un'altra procedura anteriormente utilizzata. Le condizioni alle quali un appalto può essere considerato come "eccezionalmente complesso" sono già definite all'art. 29. La prescrizione di una procedura anteriore al ricorso al dialogo comporterebbe perdite di tempo e di denaro non trascurabili - sia per i committenti pubblici che per gli attori economici - in contrasto con l'obiettivo di flessibilità perseguito dall'emendamento». Tali procedure sarebbero risultate piuttosto gravose, sia in ragione del tempo necessario per la realizzazione di due procedure di aggiudicazione, sia per l'esecuzione del primo appalto. Al riguardo, si veda *Fiche explicative - dialogue compétitif - directive classique*, cit., a pag. 2. È qui ipotizzata la possibilità che la prima procedura vada deserta o che la partecipazione al primo appalto risulti insufficiente qualora il prestatore di servizi, affidatario del primo contratto, debba essere escluso dalla partecipazione al secondo, in virtù del rispetto del principio di parità di trattamento o della previsione in tema di dialogo tecnico.

- ¹⁹ L'importanza della nuova previsione in materia di specifiche tecniche è sottolineata da ASTUDILLO J.M., op. cit., pag. 162.
- ²⁰ Vedi *Fiche explicative - dialogue compétitif - directive classique*, cit., pag. 3.
- ²¹ Su tale questione, gli stessi operatori richiedevano infatti un chiarimento da parte della Commissione: si veda, in tal senso, il punto 4.1.5 del *Rapporto sulla consultazione pubblica sul Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, documento di lavoro della Commissione del 3 maggio 2005, SEC(2005) 629.
- ²² L'amministrazione aggiudicatrice, infatti, dovrebbe a quel punto annullare la procedura per applicare una delle ordinarie procedure per l'aggiudicazione degli appalti pubblici, con evidenti conseguenze in termini di dilatazione dei tempi e di aggravio dei costi. D'altronde, qualora decidesse di concludere comunque il contratto, essa commetterebbe una violazione del diritto comunitario, esponendosi a ricorsi amministrativi o procedure d'infrazione comunitaria. Cfr. *Fiche explicative - dialogue compétitif - directive classique*, cit., pag. 3.
- ²³ *Ibid.*, pag. 3.
- ²⁴ *Risoluzione del Parlamento europeo sui partenariati pubblico-privati e il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, doc. 2006/2043(INI) del 26 ottobre 2006, in <http://www.europarl.europa.eu/sidesSearch/sipadeMapUrl.do?PROG=TA&language=IT&startValue=250>.
- ²⁵ L'idea di una procedura suddivisibile, dal punto di vista logico, in più fasi, trova conferma nella *Relazione illustrativa alla proposta di direttiva*, cit., punto 3.5: «sembrerebbe opportuno introdurre disposizioni che consentano lo svolgimento di un dialogo in una procedura d'aggiudicazione unica destinata a permettere la realizzazione dell'appalto: questa dovrebbe comprendere una fase nella quale le specifiche vengano fissate sulla base di un dialogo con i partecipanti selezionati, cui fanno seguito la presentazione delle offerte da parte dei partecipanti al dialogo e la successiva aggiudicazione dell'appalto alla migliore offerta».
- ²⁶ Cfr. art. 29, paragrafo 6, secondo alinea, in fine e art. 29, paragrafo 7, secondo alinea, in fine.
- ²⁷ Vedi art. 29, paragrafo 3. Il rinvio ivi contenuto è, segnatamente, alle disposizioni in materia di accertamento dell'idoneità e scelta dei partecipanti, e aggiudicazione; criteri di selezione qualitativa; situazione personale del candidato o dell'offerente; abilitazione all'esercizio dell'attività professionale; capacità economica e finanziaria; capacità tecniche e professionali; norme di garanzia della qualità; norme di gestione ambientale; documenti e informazioni complementari; elenchi ufficiali di operatori economici riconosciuti e certificazione da parte di organismi di diritto pubblico o privato.
- ²⁸ Vedi art. 44, paragrafo 2.
- ²⁹ Vedi art. 44, paragrafo 3. Al terzo alinea, tale disposizione precisa che «se il numero di candidati che soddisfano i criteri di selezione e i livelli minimi è inferiore al numero minimo, l'amministrazione aggiudicatrice può proseguire la procedura invitando il candidato o i candidati in possesso delle capacità richieste. L'amministrazione aggiudicatrice non può includere in tale procedura altri operatori economici che non abbiano chiesto di partecipare o candidati che non abbiano le capacità richieste».

- 30 Vedi art. 29, paragrafo 4. Come si dirà di seguito, la riduzione del numero delle soluzioni deve rimanere entro i limiti previsti dall'art. 44, paragrafo 4.
- 31 Con riferimento alla prima ipotesi, l'art. 44, paragrafo 3, prevede infatti l'invito di almeno tre candidati, «purché vi sia un numero sufficiente di candidati idonei». Cfr. *Relazione illustrativa alla proposta di direttiva*, cit., punto 3.8: «[a]llorché invita i partecipanti al dialogo a presentare un'offerta, l'amministrazione aggiudicatrice non può - a condizione che il numero di candidati ottemperanti ai criteri di selezione qualitativa sia sufficiente - invitarne meno di tre. L'eventuale limitazione del numero avviene sulla base dei criteri di selezione qualitativa». Anche con riguardo alla seconda ipotesi, ai sensi dell'art. 44, paragrafo 4, va sottolineata l'esigenza di «garantire una concorrenza effettiva, purché vi sia un numero sufficiente di soluzioni o di candidati idonei». A questo proposito, giova ricordare che, nel contesto della riduzione del numero di partecipanti a una procedura di aggiudicazione, la nozione di «concorrenza effettiva» è stata tradizionalmente interpretata attribuendole il significato di almeno tre. Si veda, con riferimento alle «vecchie» direttive appalti, il punto 6.1.2 della *Guida sulle norme comunitarie in materia di appalti pubblici di forniture*: «si può ritenere garantita una concorrenza effettiva quando il numero dei candidati invitati a presentare offerte è pari almeno a tre, se e in quanto vi sia stato un numero sufficiente di domande di partecipazione da parte di fornitori qualificati». Questa interpretazione è confermata anche nella *Guida sulle norme comunitarie in materia di appalti pubblici di servizi* e nella *Guida sulle norme comunitarie in materia di appalti pubblici di lavori*. Si tratta, peraltro, di documenti di servizio della Commissione (disponibili sul sito http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/guidelines_en.htm), che non riflettono necessariamente la posizione ufficiale di tale istituzione.
- 32 Vedi art. 29, paragrafo 1, secondo alinea. E ciò sebbene l'Allegato VII A preveda, al punto 23, che il bando stesso dovrà menzionare i «criteri di cui all'art. 53 che verranno utilizzati per l'aggiudicazione dell'appalto: "prezzo più basso" o "offerta economicamente più vantaggiosa"». Si tratta di una imprecisione, che deve essere risolta alla luce del chiaro disposto di cui all'art. 29.
- 33 In proposito, SCIAUDONE F., *Criteri di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici: la tutela della concorrenza e la "nuova" discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici*, in *Foro Amm. TAR*, 2005, I, 20.
- 34 Sentenza 7 ottobre 2004, *Sintesi*, causa C-247/02, cit., punto 42.
- 35 Si tratta dei criteri menzionati, a titolo esemplificativo, all'art. 53, par. 1, lett. a), ovvero: la qualità, il prezzo, il pregio tecnico, le caratteristiche estetiche e funzionali, le caratteristiche ambientali, il costo d'utilizzazione, la redditività, il servizio successivo alla vendita e l'assistenza tecnica, la data di consegna e il termine di consegna o di esecuzione.
- 36 Vedi art. 53, paragrafo 2, e art. 40, paragrafo 5, lettera e), relativo al contenuto minimo dell'invito a partecipare al dialogo.
- 37 L'art. 53, paragrafo 2, terzo alinea, dispone infatti che «[l]amministrazione aggiudicatrice, qualora ritenga impossibile la ponderazione per ragioni dimostrabili, indica nel bando di gara o nel capitolato d'onere o, in caso di dialogo competitivo, nel documento descrittivo l'ordine decrescente d'importanza dei criteri». Questa disposizione deve essere applicata alla luce delle indicazioni fornite dal considerando 46, secondo alinea, terzo periodo: «[l]e amministrazioni aggiudicatrici possono derogare all'indicazione della ponderazione dei criteri di aggiudicazione in casi debitamente motivati, che devono essere in grado di giustificare, quando detta ponderazione non può essere stabilita preliminarmente, in particolare a causa della complessità dell'appalto [...]».
- 38 Conformemente all'art. 38, paragrafo 3, lett. a), nel dialogo competitivo «il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione è di 37 giorni dalla data di trasmissione del bando di gara». Fatto salvo tale termine minimo, comunque, il primo paragrafo dell'art. 38 dispone che «[n]el fissare i termini per la ricezione delle offerte e delle domande di partecipazione le amministrazioni aggiudicatrici tengono conto, in particolare, della complessità dell'appalto e del tempo necessario per preparare le offerte [...]». È di tutta evidenza la rilevanza di tale disposizione nel caso del dialogo competitivo.
- 39 In particolare, ai sensi dell'art. 40, lettera b), il termine per la ricezione delle offerte, l'indirizzo al quale esse devono essere trasmesse e la lingua o le lingue in cui devono essere redatte «non figurano nell'invito a partecipare al dialogo, bensì nell'invito a presentare un'offerta».
- 40 La Commissione ha rilevato che «[n]ella misura in cui l'emendamento intende effettivamente limitare gli argomenti trattabili durante la fase del dialogo ai soli aspetti non economici, tale sua parte non è accettabile. La Commissione ritiene infatti che, per essere utile, la procedura deve consentire la discussione di tutti gli aspetti del progetto durante la fase del dialogo». Vedi *Proposta modificata di direttiva*, cit., punto 3.2, «emendamenti accettati dalla Commissione con riformulazione, parziale o sostanziale».
- 41 Art. 29, paragrafo 3.

- 42 *Ibid.*, secondo alinea.
- 43 *Ibid.*, terzo alinea.
- 44 I lavori preparatori della direttiva consentivano, originariamente, all'amministrazione aggiudicatrice di decidere che i documenti presentati dagli interessati fossero accompagnati, sin dal primo momento, da una bozza di soluzione. Si trattava, in particolare, di «una prima indicazione della soluzione che il candidato intende proporre per soddisfare le esigenze e ottemperare ai criteri dell'amministrazione aggiudicatrice» (*Relazione illustrativa alla proposta di direttiva*, cit., punto 3.8). In una fase successiva dell'*iter* legislativo, la Commissione ha respinto un emendamento del Parlamento europeo, volto a rendere obbligatoria la bozza di soluzione. Alla base di tale posizione ci sono, in particolare, ragioni di prudenza a tutela della proprietà intellettuale. Si veda la *Proposta modificata di direttiva* del 6 maggio 2002, COM(2002) 236 def., punto 3.2: «[l]emendamento 137 intende principalmente [...] rendere obbligatoria la bozza di soluzione. La Commissione, dopo aver consultato le categorie interessate, ritiene che l'obbligo di richiedere bozze di soluzione costituirebbe una fonte di complicazioni legislative e di rischi di "cherry picking" («furti» intellettuali contro i quali non vi può essere protezione). Di conseguenza la Commissione non accetta tale obbligo». Considerazioni analoghe, sempre nel contesto della *Proposta modificata di direttiva* (cit., punto 3.2) hanno portato la Commissione ad affermare che «per tenere conto dei timori ampiamente diffusi di "cherry picking" e per agevolare l'adozione da parte dei colegislatori [i.e. Parlamento europeo e Consiglio], bisogna rinunciare all'idea che il capitolato d'oneri possa essere elaborato in modo definitivo al termine della fase di dialogo sulla base, eventualmente, di un insieme di varie soluzioni. Di conseguenza, la possibilità di modificare i criteri di aggiudicazione durante la procedura creerebbe seri rischi di manipolazione».
- 45 Questo era, in particolare, l'intento perseguito dall'emendamento 137 del Parlamento europeo, quale risulta dalla *Proposta modificata di direttiva*, cit., punto 3.2. Del resto, il dovere, incombente sull'amministrazione aggiudicatrice, di «agire nel rispetto della legislazione in materia di tutela della proprietà intellettuale», è già sottolineato nella *Relazione illustrativa alla proposta di direttiva*, cit., punto 3.8.
- 46 Secondo l'art. 6: «[f]atte salve le disposizioni della presente direttiva, in particolare quelle relative agli obblighi in materia di pubblicità sugli appalti aggiudicati e di informazione dei candidati e degli offerenti, previsti rispettivamente all'art. 35, paragrafo 4, e all'art. 41, e conformemente alla legislazione nazionale cui è soggetta l'amministrazione aggiudicatrice, quest'ultima non rivela informazioni comunicate dagli operatori economici e da essi considerate riservate; tali informazioni comprendono in particolare segreti tecnici o commerciali, nonché gli aspetti riservati delle offerte». Si consideri che il Parlamento europeo aveva approvato un emendamento volto a modificare il menzionato testo, nell'intento di rafforzare l'obbligo dell'amministrazione aggiudicatrice di rispettare il carattere riservato dei dati comunicati dagli operatori economici, imponendo il rispetto di tali obblighi durante e dopo la procedura d'appalto. Tuttavia, la Commissione ha respinto l'emendamento, rilevando che «[i]l carattere assoluto della disposizione "durante e dopo la procedura di appalto" potrebbe avere l'effetto di ostacolare la concorrenza: di fatto un'impresa che avesse eventualmente elaborato un progetto nel quadro di un appalto di servizi sarebbe l'unica a poter realizzare tale progetto, dato che i piani non potrebbero essere comunicati a nessun altro candidato o offerente. D'altro canto potrebbe emergere una contraddizione tra gli obblighi di trasparenza, ad esempio nei confronti degli organismi di controllo, e gli obblighi di riservatezza». Vedi *Parere della Commissione*, cit., punto 4.3.
- 47 Naturalmente, qualora ne ricorressero i presupposti, i partecipanti potrebbero beneficiare anche della protezione garantita dalla legislazione, comunitaria o nazionale, in materia di proprietà industriale o intellettuale.
- 48 Cfr. il *Rapporto sulla consultazione pubblica sul Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati*, cit., punto 4.1.2, ove si legge che «[l]a maggior parte dei partecipanti esprime preoccupazione circa la possibilità per i protagonisti del Dialogo Competitivo di avere accesso a dati confidenziali. Questi partecipanti sottolineano il fatto che, in base all'Art. 29(6), parte prima, della Direttiva 2004/18/CE relativa al coordinamento delle procedure per l'aggiudicazione di appalti di lavori pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici chiederanno ai partecipanti al dialogo di presentare le loro offerte finali sulla base della soluzione o delle soluzioni presentate e specificate durante il dialogo. Si afferma che questo potrebbe causare un trasferimento non autorizzato di dati costituenti proprietà intellettuale, comprese le idee innovative, da un offerente ai propri concorrenti. Le conseguenze di una tale pratica comportano la perdita di benefici per i pubblici servizi indotti dall'innovazione. Molti partecipanti temono, inoltre, che le amministrazioni aggiudicatrici possano ricavare indebito profitto da tale know-how, senza alcun compenso per i candidati non prescelti». Sul punto, si veda, inoltre, il documento *Procédure du dialogue compétitif*, realizzato nel maggio 2005 dal Servizio d'informazione del Governo francese e approvato dalla direzione Affari giuridici del Ministero dell'Economia, della Finanza e dell'Industria. In particolare, a pag. 4 si rileva che: « *Le caractère novateur de cette procédure entraîne parfois des difficultés de mise en œuvre du côté de l'acheteur public et des inquiétudes du côté des prestataires notamment en ce qui concerne la confidentialité de leurs offres et le respect de la propriété intellectuelle. C'est la raison pour laquelle une réflexion collective a été*

conduite sur les conditions de mise en œuvre de cette procédure, dans l'objectif de [...] rassurer les agences de communication sur la transparence de la consultation, l'égalité de traitement et la confidentialité des offres».

- 49 Si noti che, nel corso dei lavori preparatori, il Parlamento europeo aveva proposto un emendamento volto a introdurre una retribuzione obbligatoria (non superiore, globalmente, al 15% del valore stimato dell'appalto) in favore dei partecipanti. La Commissione, sul punto, ha osservato che «[i]l principio di una retribuzione obbligatoria dei partecipanti può essere ammesso, tanto più che i costi relativi allo svolgimento di un dialogo possono indurre le amministrazioni aggiudicatrici a riservare tale nuova procedura agli appalti particolarmente complessi. Dall'altro lato però, e per motivi di sussidiarietà, è opportuno non legiferare in merito agli importi da versare». Vedi la *Proposta modificata di direttiva*, cit., punto 3.2.
- 50 Sulla configurabilità di tale ipotesi, nel senso di non poterla escludere *a priori*, si veda il contributo di R. INVERNIZZI, *Il dialogo competitivo e tecnico*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/05*, a cura di R. Garofali e M. A. Sandulli, Milano, 2005, pag. 312: «[s]e si accetta l'idea di un dialogo tecnico come di una procedura da utilizzare in casi di elevata complessità tecnica, non sembra potersi escludere che, nonostante il dibattito tecnico, risulti oggettivamente impossibile approdare a soluzioni tali da soddisfare le necessità dell'appaltante. In questi casi, un ben condotto dialogo competitivo avrà prodotto almeno l'effetto di giungere a questa constatazione».
- 51 Come si dirà più avanti, il D.Lgs. 163/2006 ha previsto, per l'ipotesi in cui nessuna delle soluzioni proposte soddisfi l'amministrazione aggiudicatrice, che ai partecipanti non spetti, in linea di principio, alcun indennizzo.
- 52 Vedi art. 29, paragrafo 5.
- 53 Vedi art. 29, paragrafo 6.
- 54 A questo proposito, si consideri che il Parlamento europeo aveva proposto un emendamento volto a consentire adeguamenti delle offerte finali dopo la conclusione della fase di dialogo, purché tali da non modificare "radicalmente" le offerte. La Commissione ha respinto l'emendamento, rilevando che «modifiche di questo tipo alle soluzioni proposte si possono apportare durante la fase del dialogo, ma non al momento delle offerte finali, in quanto potrebbero avvantaggiare alcuni offerenti rispetto ad altri riaprendo la fase del dialogo. L'emendamento è pertanto inaccettabile, anche perché compromette la salvaguardia prevista dalla posizione comune, secondo la quale non si possono modificare gli elementi fondamentali delle offerte». Vedi il *Parere della Commissione*, cit., punto 4.3. Sul punto, ha prevalso dunque la posizione bene espressa nella dichiarazione al processo verbale del Consiglio, con cui si chiariva che «nelle procedure aperte e ristrette, è esclusa ogni negoziazione con i candidati o gli offerenti in materia di elementi fondamentali dell'appalto la cui variazione sia suscettibile di falsare il gioco della concorrenza, e in particolare in materia di prezzo; tuttavia, possono tenersi delle discussioni con i candidati o gli offerenti al solo scopo di far precisare o completare il tenore delle offerte, ovvero le esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice, purché ciò non abbia un effetto discriminatorio». Questa dichiarazione (pubblicata in GUCE L 210 del 21 luglio 1989, pag. 22) accompagnava la direttiva 89/440/CEE del 18 luglio 1989, che modifica la direttiva 71/305/CEE in materia di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, e riguardava l'art. 5, paragrafo 4, della direttiva 71/305/CEE. In generale sulle dichiarazioni a processo verbale delle direttive in materia di appalti pubblici v. SCIAUDONE F. (a cura di), *Diritto comunitario degli appalti pubblici*, Cedam, 1999, pag. 368 ss.
- 55 Vedi l'art. 29, paragrafo 7, secondo alinea.
- 56 Direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, cit.
- 57 Va segnalata una proposta di emendamento del Parlamento europeo diretta a inserire nella direttiva settori speciali il seguente considerando: «[t]aluni appalti particolarmente complessi possono comportare che gli enti aggiudicatori si trovino obiettivamente nell'impossibilità di precisare i mezzi idonei a soddisfare i loro bisogni o di valutare quel che il mercato può offrire in termini di soluzioni tecniche o finanziarie, senza che ciò possa essere imputato a una mancanza di informazioni o a carenze da parte di tali enti. Occorre pertanto prevedere il ricorso a una procedura negoziata che consenta un confronto competitivo, dotata della flessibilità necessaria a ovviare a tali situazioni. In questi casi la trattativa ha il solo scopo di consentire agli enti aggiudicatori, tramite il dialogo con i candidati, di mettere a fuoco i loro bisogni e di definirli con la necessaria precisione affinché le offerte possano essere formulate e oggettivamente valutate sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Essa è quindi limitata alla fase della procedura che si conclude con la fine delle consultazioni e, di conseguenza, le offerte redatte sulla base del capitolato d'oneri non possono essere oggetto di trattativa. Tale flessibilità è concessa nel rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza». L'emendamento in questione, accompagnato dalla motivazione «emendamento adottato in prima lettura per la direttiva "classica"», è stato tuttavia respinto dall'Assemblea. Si veda la *Raccomandazione per la seconda lettura* relativa alla posizione comune del Consiglio in vista dell'adozione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che coordina le

procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, 19 giugno 2003, PE 332.525/DEF.

- 58 Si veda in questo senso il documento dell'Unità Tecnica Finanza di Progetto del CIPE, cit., ove si ritiene decisivo, al riguardo, il fatto che «nell'ambito dei settori cd. 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».
- 59 Direttiva 93/38/CEE del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di appalto degli enti operanti nei settori dell'acqua, dell'energia, del trasporto e delle telecomunicazioni, in GUCE L 199 del 9 agosto 1993.
- 60 Sul punto, si veda quanto detto *infra* al par. 6, in merito all'art. 220 del Codice dei contratti pubblici.
- 61 Décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant code des marchés publics, J.O n° 6 du 8 janvier 2004 p. 37003.
- 62 Décret n° 2006-975 du 1er août 2006 portant code des marchés publics, .O n° 179 du 4 août 2006 page 11627.
- 63 Soglia in vigore dal 3 marzo 2008.
- 64 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Juli 2005 (BGBl. I S. 2114), zuletzt geändert durch Artikel 1a des Gesetzes vom 18. Dezember 2007 (BGBl. I S. 2966).
- 65 L'art. 2 delle *Regulations* definisce il dialogo competitivo come una procedura nella quale «*any economic operator may make a request to participate*» e «*whereby a contracting authority conducts a dialogue with the economic operators admitted to that procedure with the aim of developing one or more suitable alternative solutions capable of meeting its requirements and on the basis of which the economic operators chosen by the contracting authority are invited to tender*».
- 66 GASPARI F., op. cit.
- 67 V. Office for Government and Commerce, *Competitive dialogue procedure – OCG guidance on the competitive dialogue procedure in the new Procurement Regulations*, cit.
- 68 Pertanto, come chiarito nella premessa del presente contributo, gli Stati membri godono di discrezionalità solo sull'*an* del recepimento, non sul *quomodo* che risulta determinato dal legislatore comunitario. In proposito, FIORENTINO L., LA CAVA C., (a cura di), *Le nuove direttive europee sugli appalti pubblici*, in *Giornale di Dir. Amm.*, Quaderni n. 9, Ed. IPSOA, 2004, pag. 272; GAROFOLI R., SANDULLI M. A. (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella Direttiva 2004/18/CE e nella Legge Comunitaria 62/2005*, Giuffrè, 2005.
- 69 L'art. 58, comma 2, prevede infatti che «ai fini del ricorso al dialogo competitivo un appalto pubblico è considerato "particolarmente complesso" quando la stazione appaltante non è oggettivamente in grado di definire, conformemente all'art. 68, comma 3, lettere b), c) o d), i mezzi tecnici atti a soddisfare le sue necessità o i suoi obiettivi, o non è oggettivamente in grado di specificare l'impostazione giuridica o finanziaria di un progetto». L'impiego della congiunzione "o" in luogo dell'alternativa "e/o" prevista dall'art. 29 della direttiva non sembra avere alcuna conseguenza pratica quanto all'ambito di applicabilità della procedura. Tra i commenti sul punto, è possibile rinviare a SANDULLI M.A., DE NICTOLIS R., GAROFOLI R., *Trattato dei contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2008; GAROFOLI R., FERRARI G., *Codice degli appalti pubblici*, Codici del Professionista diretti da DE LISE P. e GAROFOLI R., Ed. Nel Diritto, 2007; GRECO M., MASSARI A., *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, Ed. Maggioli, 2006.
- 70 Art. 58, comma 2.
- 71 L'art. 58, comma 3, dispone, infatti, che «il provvedimento con cui la stazione appaltante decide di ricorrere al dialogo competitivo deve contenere specifica motivazione in merito alla sussistenza dei presupposti previsti dal comma 2».
- 72 D.Lgs. 31 luglio 2007, n. 113, in G.U. 31 luglio 2007, n. 173. Tale fase consultiva è descritta al comma 1 dell'art. 58.
- 73 A questo proposito, si consideri che l'Adunanza Generale del Consiglio di Stato con il parere n. 1750 del 6 giugno 2007, aveva espresso «*forti perplessità*» sulla esclusione del parere relativamente alle opere strategiche. L'Adunanza Generale aveva ritenuto il parere di un organo tecnico «*quanto mai opportuno per le opere più importanti per l'economia del paese e quando l'amministrazione non abbia ancora maturato un disegno compiuto*».

su come affrontare l'opera.». Tale esclusione non può essere giustificata, secondo il Consiglio di Stato, da esigenze di speditezza, anche in considerazione del breve termine previsto (30 giorni).

- 74 Quest'ultimo inciso che consente alle stazioni appaltanti di procedere comunque, trascorsi 30 giorni, esclude chiaramente l'applicabilità della disciplina generale dell'attività consultiva nel procedimento amministrativo di cui all'art. 16 della L. 241/90.
- 75 Art. 58, comma 5.
- 76 *Ibid.*, comma 7.
- 77 *Ibid.*, comma 8.
- 78 *Ibid.*, comma 9.
- 79 *Ibid.*, comma 6.
- 80 *Ibid.*, comma 11. In sostanza, dal combinato disposto dei commi 11 e 17 (che ammette la previsione di premi o incentivi per i partecipanti al dialogo, anche nell'ipotesi prevista dal comma 11) del Codice si desume che in questa materia, la discrezionalità delle stazioni appaltanti è assai ampia.
- 81 *Ibid.*, comma 12.
- 82 *Ibid.*, comma 13. Come si dirà, tale disposizione è oggetto di una procedura di infrazione comunitaria (sulla quale, si veda *infra* al par.8.1).
- 83 *Ibid.*, comma 14.
- 84 *Ibid.*, comma 16.
- 85 Si veda quanto indicato in proposito *supra*, par. 5.
- 86 In proposito, MARZARI F., *Il dialogo competitivo parte dallo studio di fattibilità*, in *Edilizia e territorio*, 2008, p. 16.
- 87 Al riguardo, l'art. 113 chiarisce che il rinvio all'art. 3 non pregiudica la definizione di particolare complessità rinvenibile nell'art. 58, co. 2 del D.Lgs. 163/2006.
- 88 Art. 113, co. 2.
- 89 Art. 113, co. 3.
- 90 Art. 58, co. 17 del D.Lgs. 163/2006.
- 91 Art. 113, co. 7.
- 92 V. *supra* par. 7.3.
- 93 Art. 58, co. 13 del D.Lgs. 163/2006.
- 94 *Ibidem.*
- 95 Decisioni della Commissione del 31 gennaio 2008, procedura di infrazione 2007/2309.
- 96 In tal senso, CORI R. e DI PAOLO G., op. cit.
- 97 In tal senso, CORI R. e DI PAOLO G., op. cit.
- 98 In senso contrario, nel senso di non poter escludere l'applicazione del dialogo competitivo alle concessioni, si veda il contributo di CONTESSA C., *La procedura di dialogo competitivo fra partenariato pubblico/privato e tutela della concorrenza*, in *Urbanistica e Appalti* n. 5/2006, pag. 508: «[I]n primo luogo si osserva che, laddove il dialogo competitivo viene definito quale supporto ai processi decisionali delle amministrazioni aggiudicatrici (anche al fine di risolvere problematiche connesse all'impostazione finanziaria e giuridica dell'appalto), non si individua alcun ostacolo di rilievo a che la procedura in questione possa risultare strumentale anche alla definizione di un'opera da affidare in concessione. In secondo luogo, si osserva che è ben possibile che un dialogo competitivo

avviato al fine di individuare la modalità più adeguata per la gestione economico-finanziaria dell'opera si concluda, appunto, individuando la concessione di lavori come la soluzione complessivamente più corretta».

- ⁹⁹ Si veda, in particolare, il comma 7 dell'art. 30.
- ¹⁰⁰ La previsione di cui all'art. 144 costituisce, evidentemente, disposizione di carattere speciale rispetto alla disciplina generale contenuta nel Codice dei contratti pubblici. All'art. 144 è, dunque, possibile riferire il disposto dell'art. 143, comma 3 del D.Lgs. 163/2006, il quale dispone che: «[a]lle concessioni di lavori pubblici, nonché agli appalti di lavori pubblici affidati dai concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici, si applicano, salvo che non siano derogate nel presente capo, le disposizioni del presente codice».
- ¹⁰¹ *Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, GUCE C 121 del 29 aprile 2000, pag. 2, spec. punto 3.2.1.2.
- ¹⁰² Cfr. *Risoluzione del Parlamento europeo sui partenariati pubblico-privati e il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, cit.
- ¹⁰³ Si veda il *Libro verde della Commissione relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni* del 30 aprile 2004, COM(2004) 327, al punto 27: «[s]econdo la Commissione, il recepimento nel diritto nazionale della procedura di dialogo competitivo permetterà alle parti interessate di disporre di una procedura particolarmente adeguata all'aggiudicazione dei contratti qualificati come appalti pubblici in occasione dell'attuazione di un PPP di tipo puramente contrattuale, pur preservando i diritti fondamentali degli operatori economici». Sui profili di compatibilità tra *project financing* e dialogo competitivo, vedi anche SCREPANI R. e PASQUINI G., *Le procedure: i nuovi strumenti di flessibilità*, in *Quaderni - Giornale di diritto amministrativo*, 9/2004, *Le nuove direttive europee sugli appalti pubblici*, a cura di FIORENTINO L. e LACAVA C., pag. 80. Tale linea è stata seguita nell'ordinamento britannico, ove, come si è detto, il dialogo competitivo è considerato la procedura deputata all'assegnazione dei PFI.
- ¹⁰⁴ Comunicazione interpretativa della Commissione europea sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblici-privati istituzionalizzati (PPPI) del 5 febbraio 2008, C (2007) 6661 in http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/ppp/comm_2007_6661_en.pdf.
- ¹⁰⁵ Fra i vantaggi offerti a tal proposito dal dialogo competitivo, la Commissione cita espressamente quello concernente la documentazione messa a base di gara, relativa alla *governance* della costituenda società pubblico-privata: nella nuova procedura, infatti, le regole di *governance* possono essere individuate e definite nel corso del dialogo con i candidati. In proposito, Comunicazione ult. cit., punti 2.3.2 e 2.3.5.
- ¹⁰⁶ Sentenza del TAR Campania n. 9571 del 17 giugno 2004, in *Foro amm.-Tar*, 2004, 1779. In particolare, il Collegio ha ritenuto che «il sistema seguito dalla commissione pare raffrontabile al metodo del “dialogo competitivo” introdotto dall'art. 29 della nuova direttiva quadro sulle procedure di aggiudicazione degli appalti 2004/18/CE del 31 marzo 2004 per il caso di “appalti particolarmente complessi”. La condivisione risponde alla duplice esigenza logica e razionale di salvaguardare i termini essenziali del progetto di costruzione e gestione [...] e di definire un terreno comune chiaro e certo sul quale misurare la negoziazione». Particolarmente rilevante appare l'affermazione posta a conclusione della motivazione: «[q]uel che conta, alla fine, come insegna il menzionato art. 29 della direttiva quadro 2004/18 sopra richiamata, è che non vi siano state discriminazioni e lesioni effettive alla *par condicio* tra i concorrenti».
- ¹⁰⁷ Al fine di determinare la portata del combinato disposto degli artt. 58 e 152 del D.Lgs. 163/2006, è utile ricordare che, in una versione precedente a quella definitivamente approvata, l'art. 58 conteneva una clausola di raccordo con la disciplina della finanza di progetto. Ai sensi di questa clausola, la stazione appaltante avrebbe potuto ricorrere al dialogo competitivo qualora nessuna delle proposte corrispondesse all'interesse pubblico ai sensi dell'art. 154. Da tale previsione si desumeva, quindi, una posizione quantomeno subordinata del dialogo competitivo rispetto alla procedura di promotore finanziario. In proposito, GASPARI F., *Il dialogo competitivo come nuovo strumento negoziale e la sua (asserita) compatibilità con la finanza di progetto*, in http://www.ernalizzazioni.it/public/File/AAPP/StudiRicerche/Gaspari_dialogo%20competitivoProject_01032007.pdf.
- ¹⁰⁸ GASPARI F., op. cit. In tal senso vedi anche CONTESSA C., *La procedura di dialogo competitivo fra partenariato pubblico/privato e tutela della concorrenza*, in *Urbanistica e Appalti* n. 5/2006, pag. 508. L'autore sostiene che laddove la norma prevede la pubblicazione da parte dell'amministrazione di un bando di gara indicante le necessità e le esigenze sottese all'avvio della procedura, essa sembra presupporre che l'amministrazione abbia già sciolto il nodo di fondo circa l'an stesso della realizzazione dell'opera e si muova unicamente al fine di determinare il *quomodo* della sua traduzione in concreto.

¹⁰⁹ CLARICH M., op. cit., pagg. 40-41.

¹¹⁰ Si veda *supra*, par. 2.

¹¹¹ Si segnala il *Rapporto sulla consultazione pubblica sul Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati*, cit., punto 4.1: «[u]n'ampia maggioranza di partecipanti segnala problemi legati all'applicazione pratica della procedura, in particolare per quanto riguarda il suo ambito applicativo, la sua complessità, le implicazioni di costo e la necessità di garantire la riservatezza della proprietà intellettuale. La maggior parte dei partecipanti chiede alla Commissione di fornire chiarimenti su vari aspetti del Dialogo Competitivo». Con riferimento all'asserita mancanza di sufficiente flessibilità, si veda il punto 4.1.3: «[m]olti partecipanti lamentano che il Dialogo Competitivo non fornisca il grado di flessibilità richiesto per negoziare grandi progetti complessi. Il Dialogo Competitivo è percepito come una procedura particolarmente costosa per i concorrenti. Alcuni partecipanti giudicano il costo talmente alto da impedire una vera concorrenza, dato che solo un numero limitato di concorrenti - escluse le PMI - possono permetterselo».

¹¹² V. *supra* al par. 8.1.

¹¹³ Si veda *supra*, par. 5 nonché l'art. 220 del Codice dei contratti.

¹¹⁴ Come noto, l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (già Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici) è stata istituita ai sensi dell'art. 4 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 ed è investita delle competenze di cui all'art. 6 del Codice dei contratti.

¹¹⁵ In proposito, CORI R. e DI PAOLO G., op. cit., pag. 18.