

(testo provvisorio e parziale)

Marcello M. Fracanzani

Ordinario di Diritto pubblico nell'Università degli Studi di Udine

Il nuovo codice dei contratti pubblici: fra concorrenza e turbata libertà degli incanti¹

PREMESSA – .I. PRIMO CASO: SEGRETEZZA VS CONCORRENZA, OVVERO IL DIALOGO COMPETITIVO (ART. 58) – .II. ... SEGUE: LE RADICI EUROPEE DEL DIALOGO COMPETITIVO NELLA DIRETTIVA N.III. PRESUPPOSTI E QUALIFICAZIONE GIURIDICA – .IV. PROCEDURA – .V. ... SEGUE: PECULIARITÀ DEI SETTORI ESCLUSI E NEL RECEPIMENTO STATALE – .VI. ... SEGUE: E A LIVELLO REGIONALE – .VII. LA TURBATA LIBERTÀ DEGLI INCANTI – .VIII. RIFLESSIONI SUL COMMA XII DELL'ART. 37 – .IX. SECONDO CASO: CONCORRENZA VS. AFFIDABILITÀ, OVVERO LE CONDIZIONI A PARTECIPARE (ART. 38) – CONCLUSIONE: IL FETICCIO DELLA CONCORRENZA, TRA PARITÀ DI TRATTAMENTO E STIMOLO ALLA COMPETIZIONE.

.I. Dobbiamo all'intelligenza dei nostri maestri la consapevolezza che il diritto porta con sé l'idea di ordine, anzi che tende naturalmente ad ordinarsi a sistema. E ciò non foss'altro perché un funzionamento ordinato è più efficace, più penetrante, più equilibrato e, quindi, tendenzialmente più giusto.

Con particolare cautela il giurista deve muoversi fra le sinapsi, fra le giunture del meccanismo, tanto più delicate quanto più vi interagiscono norme eterogenee, portarci di interessi –certo tutti meritevoli- ma spesso non univoci, per non dire contrapposti. Sicché l'ossequio ad un precetto rischia di essere il presupposto per la violazione di un altro, magari di natura penale, ingenerando così un conflitto fra norme, reale o apparente, ma certo avviluppato e difficilmente risolvibile, anche perché sono chiamati a confrontarsi diversi soggetti, addirittura diversi poteri –quello amministrativo e quello giurisdizionale- che rispondono a principi costituzionali diversi e, all'interno del terzo potere, diverse giurisdizioni, quella amministrativa e quella penale, anch'esse con principi e tradizioni diverse, sempre meno collegate, dacché se forte è il dibattito sulla lacrimevole situazione della pregiudiziale amministrativa in rapporto al processo civile, il nesso con il processo penale è ovattato da un silenzio non certo aureo, quanto piuttosto indicativo del torpore pastorale che sembra pervadere dottrina e giurisprudenza, con la rara eccezione –e per ciò stesso tanto più lodevole- di questo convegno.

Mi rendo conto che la relazione rischia di prendere una piega troppo teorica, specie trattandosi della prima relazione del mattino. Ed è utile rimedio allora guardare all'esperienza giuridica, prendendo le mosse da un caso pratico realmente accaduto, non senza aver esposto fin da subito e con la massima chiarezza le tesi che intendo sostenere.

- 1) Emerge una tendenza nella recente legislazione a rendere sempre meno preciso il momento in cui inizia la gara, in cui (anche sotto il profilo penale) si assume la qualifica di concorrente, unita alla tendenza a definire

¹ Relazione tenuta al convegno *Diritto penale degli appalti pubblici*, Aula Magna dell'Università di Padova, 29 settembre 2008. Il testo è destinato agli *Scritti in onore di Vincenzo Atripaldi*. L'autore è largamente debitore degli scritti di Filippetti, Ricchi, Fiorentino e Lacava, citati in prosieguito, sulla cui analisi ha innestato le proprie osservazioni.

l'oggetto della gara a fasi successive. Vaghezza, quindi, nel *quando* e nel *quo*.

- 2) La prassi sembra gradire, fra i diversi offerti, il paradigma di iniziare la affinando in fasi successive oggetto e concorrenti, discostandosi così dalla tradizione nazionale che vuole certezza nei tempi e nelle offerte.
- 3) Queste tendenze sono ben incarnate dall'istituto del dialogo competitivo.
- 4) L'inserimento dell'istituto nel nostro ordinamento incontra difficoltà per l'estraneità alla nostra tradizione giuridica dei principi cui si informa.
- 5) La radice della difficoltà si annida nel diverso modo di concepire la concorrenza, sempre più intesa come strenua competizione, anziché parità nella partecipazione ad una gara.

Ma avevamo promesso un caso pratico.

.II. In un comune di media grandezza si sta celebrando la gara per un servizio di pulizia con la formula dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Dopo l'apertura delle buste con l'offerta tecnica ed avervi assegnato un punteggio in base a cosa ciascun concorrente prometteva di fare, la commissione giudicatrice ha aperto la busta con l'offerta economica apprendendo quanto ciascun concorrente chiedeva per fare ciò che aveva promesso. Seguiva una fase di chiarimenti fra la stazione appaltante con ciascun concorrente. È un momento invero fisiologico nella procedura di gara, teso a definire meglio quanto offerto. Per la verità, i chiarimenti avrebbero dovuto farsi sull'offerta tecnica, ottenendo precisazioni su quello che poteva ritenersi o meno compreso nella prestazione; ma tant'è. In verità, vista la discrepanza di prezzo, la commissione voleva accertare cosa effettivamente ciascun concorrente avrebbe fatto, onde procedere all'aggiudicazione. E già qui si esce da quegli automatismi che il legislatore ha posto a garanzia di imparzialità dell'azione amministrativa. Ma non basta, la commissione giudicatrice, con i chiarimenti, si è spinta fino a chiedere indirettamente proposte migliorative, sotto forma di domanda: "è solo questo o c'è anche quest'altro?" Cui la risposta era, di solito: "sì, c'è anche quest'altro". Tuttavia, così procedendo, la commissione non si chiariva le idee, poiché l'accertamento della nuova prestazione, imponeva egual domanda ad altro concorrente, con una serie di rilanci che giungevano a modificare significativamente quanto poteva evincersi tramite un'esegesi, tutt'altro che algida, dell'offerta contenuta in busta. In termini giuridici, la commissione di gara aveva introdotto una sorta di dialogo competitivo *ante litteram*, invitando cioè le parti singolarmente ad effettuare rilanci sull'offerta ritualmente presentata, mettendole a conoscenza di volta in volta dell'offerta o del rilancio effettuato dall'altra concorrente.

Come si è conclusa la vicenda. L'aggiudicazione è stata impugnata ed il T.A.R. ha annullato, stigmatizzandola, l'irrituale procedura, accorda risarcimento per equivalente alla ricorrente graduata seconda e pone a carico della P.A. le spese di procedura, ma respinge l'accollo della lite temeraria, di cui all'art. 96 c.p.c. Non è finita, perché spicca azione di responsabilità la Procura regionale presso la Corte dei conti, richiedendo quanto versato dalla P.A. alla ricorrente, unito alla spese di lite, pari all'onorario del legale della P.A. resistente oltre alle spese del patrono avversario accollate dal T.A.R. A chi subentra nella difesa del malcapitato, ed ingenuo, presidente della commissione non resta che indicare l'interruzione del nesso di causalità operato dalla delibera di G.M. di resistenza in giudizio, da cui consegue una voce di danno erariale non riconducibile all'operato del presidente

della commissione di gara, a meno di non voler ritenere che egli potesse influire sulle decisioni della giunta comunale. E su questo il collegio ha seguito il difensore. Altro corno, che a noi interessa, il riferimento al momento soggettivo, poiché, in fondo, il presidente della commissione ha operato secondo un paradigma, quello del dialogo competitivo, già presente in sede comunitaria in forma compiuta almeno dal 2004 (anno della direttiva recepita con il D.lgs. n. 163/06) e comunque già noto in Veneto perché introdotto dalla L.R.V. n. 27/03, la legge regionale sugli appalti. Fortuna volle che il momento penale venne ritenuto fin da subito insussistente, ma –si badi bene– solo perché fin da subito era emerso palese come nessun beneficio aveva lucrato lo zelante presidente di commissione, mosso solo dal far spendere il meno possibile la sua P.A. per il servizio di pulizia. Resta quindi tutto il problema della frizione fra tutela della concorrenza data dalla segretezza e parità di trattamento a fronte della tutela della concorrenza data dallo stimolo ad ottenere sempre migliore offerta.

.III. Qui dobbiamo allora accentrare la nostra attenzione, sia come stazioni appaltanti, sia come imprenditori, sia come consiglieri del legislatore.

Perché è rischioso il dialogo competitivo?

Il dialogo competitivo così come l'accordo quadro, le aste elettroniche costituiscono novità di rilievo in materia di appalti nell'intento prioritario di ricercare nuove modalità di gestione dei servizi e delle forniture e di realizzazione delle opere pubbliche. Lo troviamo disciplinato all'art 29 della direttiva 18/2004/CE e all'art 58 del Codice degli appalti, di cui secondo molti vorrebbe costituire la più avanzata forma di aggiudicazione in cui discrezionalità amministrativa strategica e strumentale trovano la loro massima espressione². È il risultato della combinazione tra alcuni caratteri della procedura ristretta ed alcuni della procedura negoziata. L'elemento sostanziale del nuovo strumento consiste nella possibilità per l'amministrazione di porre, a base della gara di appalto, un capitolato tecnico il cui oggetto in termini di prestazioni, al contrario di quanto accade nelle altre procedure, non viene predeterminato dall'amministrazione appaltante, ma è il frutto di una negoziazione propiziata in precedenza con le stesse imprese che partecipano alla gara. Si tratta di un istituto nuovo voluto dal legislatore comunitario, su stimolo anglosassone ed assieme agli altri strumenti di flessibilità, solamente come facoltativo e diretto a introdurre nella procedura di scelta del contraente momenti di discrezionalità per

² La *discrezionalità strategica* emerge quando la pubblica amministrazione si muove nel mercato in qualità di *buyer* relazionandosi con gli altri attori ed è sincronica con la stessa attività della pubblica amministrazione.

Questa discrezionalità presiede la scelta dei procedimenti per l'individuazione del contraente privato e caratterizza un negoziatore capace di definire i termini di un rapporto che deve durare a lungo. La discrezionalità tecnica infatti si installa nella PA determinandone l'agire, con una dinamica di apprendimento circolare che assimila lo sviluppo degli eventi per aggiustare continuamente la scelta e il rapporto a seguito delle dichiarazioni dei concorrenti, del dialogo con gli stessi, della diversa pressione concorrenziale, delle nuove tecnologie intervenute, delle prescrizioni imposte dagli enti, dell'evoluzione degli interessi pubblici.

Accanto alla *discrezionalità strategica* si pone quella *strumentale*. Quest'ultima è sempre disciplinata da quella *strategica* e il suo esercizio è disciplinato dalle prescrizioni contenute nella *lex specialis* pubblicate nei bandi. Quindi la *discrezionalità strumentale* è vincolata e il suo esercizio è sottoposto al sindacato giurisdizionale ed emerge nei momenti di qualificazione dei concorrenti, nella loro esclusione e nell'attività di selezione delle offerte con l'offerta economicamente più vantaggiosa per l'aggiudicazione dei contratti.

In breve, la discrezionalità strumentale, definisce un set di regole auto vincolanti ma allo stesso tempo costituisce una strategia di negoziazione della pubblica amministrazione che costringe i concorrenti a presentare offerte di gara per massimizzare il benessere collettivo. M. RICCHI, *Negoauction discrezionalità e dialogo competitivo*, Documento discusso alla conferenza SIDE tenutasi a Milano, Università Commerciale "L. Bocconi" il 9-10 novembre 2007, in http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/Ricchi_NEGOAUCTION.htm

l'amministrazione, accanto ad elementi di ritenuta modernizzazione. Peraltro, proprio la sua fisiologica "elastica imprecisione" lo ha reso subito appetibile a molte stazioni appaltanti, anche al di fuori di quello che doveva essere il suo naturale ambiente.

Inoltre l'introduzione di questo istituto nell'arsenale degli strumenti posti a disposizione dell'amministrazione pubblica per l'affidamento degli appalti è fondata essenzialmente sulla constatazione dell'esistenza emergente e continuativa della molteplicità, delle esigenze e dei bisogni nutriti quotidianamente dalla società nel corso della vita contemporanea. La necessità di soddisfare queste nuove e crescenti esigenze emerge proprio dall'evoluzione della società industrializzata con la parallela necessità dell'operatore pubblico di reperire oltre a beni nuovi, anche strumenti e metodologie innovative.

Tale contesto spinge le stazioni appaltanti a immaginare soluzioni spesso fantasiose, duttili e congrue per far fronte a tutti i bisogni che emergono.

La novità più importante consiste proprio nella possibilità di instaurare un rapporto dialogico tra la pubblica amministrazione e gli operatori del mercato intessendo un dialogo orientato a ricercare e inventare soluzioni per far fronte a domande alle quali l'amministrazione non è in grado di fornire delle soluzioni adeguate con le sue sole forze. Su questa si intesse una seconda novità, cioè una nuova concezione della competitività tra le imprese durante la fase del dialogo che è finalizzata a chiarire all'amministrazione alcune tra le possibili soluzioni (cui aveva solo pensato o, addirittura, che non si era nemmeno prefigurata) utili a soddisfare le esigenze della collettività; e solo a questo punto -molto dopo che la procedura si è avviata- ovvero quando gli operatori sono invitati a presentare le proprie offerte l'amministrazione diviene "stazione appaltante".

Oltre alle motivazioni fornite da tale contesto economico-sociale, la scelta del codice di voler introdurre questo istituto è anche un chiaro segnale di voler superare sia la disciplina derivante dalla legge Merloni che cercava di ridurre la discrezionalità della pubblica amministrazione e sia di abbandonare l'idea dell'amministrazione come incontrastata *domina* dell'idea e del progetto³.

È senz'altro lo strumento più innovativo e ciò è sottolineato dal fatto che per l'entrata in vigore si è fatto un differimento dal primo febbraio 2007 al primo agosto 2007⁴.

Resta tuttavia ancora molto discusso in sede comunitaria ove si ritiene serva per la scelta del contraente in appalti piuttosto complessi laddove la pubblica amministrazione non ha un chiaro quadro di riferimento sulle offerte economiche e sulle soluzioni tecniche che sono presenti nel mercato. Infatti a differenza delle procedure ristrette e aperte, il contenuto dei capitolati tecnici non è

³ Con l'introduzione di queste innovazioni "si è avuto il coraggio di rompere l'assioma secondo cui la flessibilità significa necessariamente illegittimità". Così A. CATRICALA', *Introduzione*, in T. Tessaro (a cura di) *Il nuovo codice dei contratti di lavori, servizi e forniture. Atti del convegno in onore di Alberto de Roberto (Venezia, 2-3 dicembre 2006)*, Rimini, Maggioli, 2007, p. 67

⁴ Tale rinvio dimostra che l'applicazione *tout court* in ambito nazionale di istituti e meccanismi giuridico amministrativi di matrice europea può rappresentare alcune difficoltà di assimilazione e di adeguamento. Infatti non bisogna dimenticare che ogni ordinamento nazionale è costituito da fattispecie giuridiche e normative di complessa strutturazione, di lunga sedimentazione e espressione di un dato contesto storico, ambientale e sociale. Inoltre accanto a tutto ciò si è sviluppata una fitta rete di procedure, regole, meccanismi operativi che alla luce della normativa europea costringe a ripensare e adeguare sia le fonti normative che le regole applicative.

Pertanto il rinvio dell'applicazione dell'istituto del dialogo competitivo appare opportuno e condivisibile al fine di considerare e ponderare la portata innovativa e preparare il terreno per una più approfondita conoscenza dello stesso e se occorre per la creazione di un nuovo assetto normativo e amministrativo che consenta una pacifica, regolare e formalmente ineccepibile sua applicazione.

preventivamente deciso dall'amministrazione, ma è oggetto di negoziazione in sede di gara, attraverso un dialogo tra l'amministrazione e le imprese concorrenti: c'è gara, quindi, prima ancora che sia definito l'oggetto del bando e, anzi, proprio per individuarlo; c'è gara prima dell'invito *ad offerendum* in cui si riteneva concretarsi il bando. In un secondo tempo si svolgerà la più tradizionale fase di aggiudicazione con la presentazione e la selezione delle offerte⁵.

La stessa direttiva comunitaria 18 del 2004 aveva segnalato alcuni ambiti in cui poteva essere applicato lo strumento del dialogo competitivo, ad esempio per i progetti di trasporti integrati, nelle grandi reti informatiche e perciò in tutti quei progetti che richiedevano un finanziamento complesso e strutturato di cui non era possibile stabilirne preventivamente la natura. Sono esempi in cui è fortemente necessario il dialogo tra la pubblica amministrazione e le imprese, servendosi di quest'ultime per ricercare soluzioni originali e creative, con lo scopo non secondario di incrementare così la competitività tra le imprese stesse⁶.

Il dialogo competitivo⁷ è un istituto che può porsi all'interno della procedura nominata come *Negoaction*, l'ideale formulazione del percorso di affidamento per l'assegnazione dei contratti di opere pubbliche che prevedono la compresenza di due tecniche di aggiudicazione.

La prima fase di *Negotiation* deve consentire al mercato di esprimere le proposte innovative di cui è capace, ove la PA guarda ad assicurare al mercato dei tempi di riflessione adeguati per presentare proposte veramente innovative e deve garantire una remunerazione al gruppo innovatore per gli sforzi compiuti sia in termini economico-compensativi che tramite riconoscimento di un eventuale privilegio sull'assegnazione del contratto. Come si vede, il concetto di segretezza e di parità ai nastri di partenza viene sostituito con un sistema ad *handicap* e corsie preferenziali estranei alla consolidata tradizione giuridica degli appalti in Italia, ma soprattutto estranea a quell'idea di algida parità, unità di momento, oggetto ed offerta su cui è plasmato il sistema di tutela penale degli appalti, sostanzialmente immutato dal 1930.

Dopo la *Negotiation*, in un secondo e distinto momento quando ormai la volontà della P.A. comincia a prendere forma, deve "assolutamente" susseguirsi una fase di *Auction*, fase che deve permettere ai partecipanti un confronto concorrenziale sia sui prezzi che sugli aspetti in variante progettuale. Certo, ciascuno parte da diversi punti della pista per giungere al medesimo traguardo: chi ha ideato la soluzione di base messa a gara dalla P.A. parte avvantaggiato perché si concorre per la fornitura di un bene o di una soluzione "sua"; ma anche gli altri concorrenti possono trarne profitto, dacché sono già a conoscenza delle

⁵ "Il dialogo competitivo segna il superamento di un'antica *factio*, quella della onniscienza delle amministrazioni appaltanti che- in quanto perfettamente in grado di definire ogni profilo della prestazione- non avrebbero alcun bisogno di dialogare con le imprese e potrebbero di conseguenza avvalersi con ottimi risultati del criterio del prezzo più basso. Anche se tale impostazione era già stata in parte superata con l'introduzione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Il dialogo competitivo fa un passo in più". Così, M. FILIPPI, *Il dialogo competitivo* in T. Tessaro (a cura di) *Il nuovo codice dei contratti di lavori, servizi e forniture. Atti del convegno in onore di Alberto de Roberto (Venezia, 2-3 dicembre 2006)*, Rimini, Maggioli, 2007, p. 184.

⁶ Tale aspetto del bisogno di competitività era già stato evidenziato da Libro Verde della Commissione europea sugli appalti pubblici del 1996 e ancor più nel 2004 sul Libro Verde sui partenariati pubblico-privati in cui già era segnalato il dialogo competitivo quale strumento per creare una cooperazione tra imprese e amministrazione.

⁷ " Il dialogo competitivo rappresenta un'efficace leva per incentivare il mercato ad elaborare soluzioni innovative e tecnologicamente avanzate, stimolando attraverso il confronto con il soggetto pubblico beneficiario di quelle soluzioni una più ampia modernizzazione del *public procurement* ": L. FIORENTINO e C. LACAVA, *Le procedure di scelta del contraente*, in "Giornale di diritto amministrativo", quaderni a cura di Sabino Cassese, n. 15 del 2007.

condizioni proposte da un loro concorrente, dacché l'autore della soluzione prescelta ha perduto contestualmente la segretezza della sua offerta.

In entrambe le fasi, che devono sempre susseguirsi nello stesso ordine *Negotiation-Auction* è necessario adottare degli accorgimenti e dei comportamenti tali da evitare la violazione della *par condicio* e della libera concorrenza⁸.

Questo percorso di affidamento per l'assegnazione delle opere pubbliche che prevede la compresenza di due tecniche diverse di aggiudicazione consente alla pubblica amministrazione di cogliere l'elemento innovativo dotandosi di un metodo flessibile per rispondere attivamente al mutare delle esigenze sfruttando i vantaggi che emergono dal confronto concorrenziale. Il dialogo competitivo quindi, dovrà rispettare quei principi generali già noti e costituiti specificatamente dalla libera prestazione di servizi, dalla parità di trattamento, di non discriminazione, di trasparenza.

Infatti, in primo luogo il dialogo competitivo deve mirare a consentire l'effettiva partecipazione degli operatori del mercato alla prestazione di beni, servizi e lavori per la pubblica amministrazione: in tale ottica si pone la possibilità per l'amministrazione di instaurare prima dell'aggiudicazione dell'appalto un "dialogo tecnico" finalizzato a sollecitare o accettare consulenze che possono essere utilizzate nella preparazione del capitolato d'onere a condizione che tali consulenze non ostacolino la concorrenza⁹.

La direttiva inoltre sembra cogliere un problema particolarmente delicato che si presenta nel corso dell'azione amministrativa, che si trova quotidianamente a dover soddisfare bisogni in continua evoluzione, di pari passo con lo sviluppo sociale e non sempre di facile soluzione poiché la pubblica amministrazione può trovarsi nella materiale impossibilità di stabilire in anticipo i mezzi più idonei a realizzare le esigenze collettive oppure l'impostazione finanziaria - giuridica. Ma se da un lato è chiaro l'intento del legislatore comunitario di fornire un contributo prezioso alle stazioni appaltanti, la direttiva si premura di sottolineare agli Stati membri che il dialogo competitivo non deve essere utilizzato in modo tale che provochi una distorsione o una limitazione della concorrenza¹⁰.

Ci sono altri modi suggeriti dal legislatore per evitare distorsioni della concorrenza come la possibilità che dopo il dialogo possano essere introdotte modifiche di elementi delle offerte o elementi nuovi all'offerente scelto, ovvero venga coinvolto qualsiasi altro offerente che non sia quello che ha presentato l'offerta giuridicamente più vantaggiosa.

⁸ Se la pubblica amministrazione dovesse scegliere un'alternativa tra *Auction* e *Negotiation* non sarebbe in grado di cogliere le innovazioni che sono alla base dell'evoluzione degli interessi collettivi.

Infatti la *Negotiation* fallisce questi obiettivi sia per i ristretti ambiti di applicazione concessi dall'ordinamento nazionale, sia perché nel migliore dei casi eccedeva l'innovazione prescelta e nel peggiore dei casi coglie solo l'innovazione producibile dal solo concorrente pronto sul mercato. Di fatto non ha la capacità di sollecitare nuove aggregazioni imprenditoriali che possono generare l'innovazione diffusamente presente nel mercato.

L'*Auction*, invece, fallisce perché la gara deve avere un progetto predefinito dalla stessa PA sul quale si confrontano i concorrenti mediante la presentazione delle offerte valutate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ma proprio per questo motivo l'innovazione se è presente, è limitata a quella che la pubblica amministrazione può autonomamente concepire. Cfr. M. RICCHI, *op. cit.*

⁹ Se da un lato è evidente l'orientamento del legislatore comunitario all'esaltazione del principio della libera ed effettiva concorrenzialità nel mercato, dall'altro è evidente che la necessità di introdurre il dialogo tecnico è sorta dalla constatazione per cui sovente si è venuta a manifestare la prassi dell'informale assegnazione ad una ditta del compito di predisporre il capitolato sul quale verranno poi fittiziamente invitati a concorrere altri operatori del mercato. Il dialogo competitivo mira ad eliminare tali pessime prassi attraverso uno smascheramento di realtà oscure ma purtroppo ampiamente diffuse.

¹⁰ È evidente lo sforzo del legislatore di evitare che l'attività del dialogo contenga già *in nuce* alcuni elementi talmente specifici da condizionare inevitabilmente la scelta dell'offerta cui aggiudicare la gara. Cfr. I. FILIPPETTI, *Appalti pubblici: alle radici del dialogo competitivo*, in "Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza", n. 3/2006.

Sul tema della predisposizione di criteri oggettivi, espressi prima della fase di preselezione, la direttiva ammette che la pubblica amministrazione determini una serie disarticolata ma chiara di fasi procedurali finalizzati a ridurre progressivamente il numero di candidati alla gara finale. In poche parole si auspica una sorta di selezione naturale che conduca da una moltitudine di candidati a dialogare ad un numero più stretto di concorrenti ammessi alla presentazione delle offerte di gara.

La direttiva invita le amministrazioni ad uno sforzo di apertura alla flessibilità che vada di pari passo con il mondo della tecnologia e dell'economia, uno sforzo duplice se si considera il bilanciamento tra l'esigenza di elasticità dei metodi e dell'azione con il rispetto di principi stabili e onnivaleenti.

Inoltre occorre sottolineare che una volta assicurata la "parità di trattamento", la pubblica amministrazione può utilizzare criteri di aggiudicazione volti al soddisfacimento dei bisogni sociali pur che consentano un serio raffronto ed una valutazione oggettiva delle offerte¹¹. Tutto ciò rappresenta una chance in più rispetto ai tradizionali sistemi di aggiudicazione, poiché fondato sulla valutazione del miglior rapporto qualità-prezzo, consente all'amministrazione appaltante di tener conto delle nuove esigenze quali la protezione dell'ambiente e la necessità di dare adeguate risposte ai bisogni delle categorie socialmente ed economicamente meno forti. È la stessa Commissione europea a ritenere nella recente Comunicazione interpretativa 2006/C 179/02 che : "al fine di garantire condizioni di concorrenza eque all'insieme degli operatori economici interessati " all' appalto è necessario garantire, tra l'altro, "un approccio trasparente e oggettivo", sulla base del quale "tutti i partecipanti devono poter conoscere in anticipo le regole applicabili ed avere la certezza che tali regole saranno applicate nello stesso modo a tutti gli operatori". "Le negoziazioni" sottolinea la Commissione "devono essere organizzate in modo tale che tutti gli offerenti abbiano accesso allo stesso volume di informazioni e in modo da escludere vantaggi ingiustificati per uno specifico offerente".

Infatti l'apertura al mercato assegnato dall'art 58 del Codice alla stazione appaltante, è bilanciato dal comma 18 che prevede che in ogni caso il ricorso al dialogo competitivo non può comunque avvenire in modo abusivo o da ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza¹².

Ma procediamo con ordine, muovendo dai presupposti del dialogo competitivo.

Come si diceva, il dialogo competitivo è una procedura di origine anglosassone, già nota in quel mondo, ove è assurto a paradigma del sistema delle commesse non solo pubbliche. Tuttavia viene disciplinato per la prima volta in ambito europeo nella direttiva 2004/18/CE¹³, da non dimenticare per poter analizzare

¹¹ " L'accento della direttiva non è posto solo sulla predisposizione di criteri certi in termini di qualità tecnologica e di economicità dell'agire amministrativo, ma anche in termini di rispondenza degli effettivi bisogni della società di cui la pubblica amministrazione ne è un ente esponenziale. Anzi, la direttiva esprime anche la necessità che nell'aggiudicazione degli appalti si possa tener conto anche di fattori tipici del più avanzato welfare, quali la tutela dell'ecosistema e dell'ambiente, nonché la protezione delle categorie di popolazione particolarmente svantaggiate": Così, I. FILIPPETTI, *op. cit.*.

¹² La disposizione appare interessante perché esprime il costatante tentativo di mediare l'esigenza di garantire flessibilità e trasparenza al sistema con quella di non facilitare, tramite quegli stessi strumenti, distorsioni del principio di concorrenza, principio fondamentale in ambito comunitario. Tale norma inoltre è un'applicazione del principio generale espresso all'art. 2 comma 1 del Codice secondo cui: " l'affidamento deve altresì rispettare i principi di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice ".

¹³ Com'è noto la direttiva modifica e semplifica attraverso la riunificazione in un unico testo la direttiva 92/50/CE E sugli appalti di servizi, la direttiva 93/36/CEE sugli appalti pubblici di forniture e la direttiva 93/37/CEE sugli appalti pubblici di lavori secondo una logica che persegue l'innovazione, per tener conto delle nuove tecnologie e delle modifiche che

tale strumento al fine di individuare le principali questioni interpretative e applicative implicate dal regime europeo della procedura e di scrutinarne, poi la traduzione nell'ordinamento italiano.

La direttiva comunitaria ha previsto un metodo del tutto inedito per la selezione del contraente, anche se per alcuni aspetti può essere assimilato alla procedura negoziata e all'appalto concorso. Si è già detto trattarsi di una procedura connotata da un alto grado di flessibilità poiché è indirizzata ad assicurare con una certa duttilità l'equilibrio tra l'esigenza pubblica di realizzare lavori e l'acquisizione del contributo di esperienza e capacità offerto dagli operatori economici privati. Tuttavia la flessibilità di questo procedimento non dovrebbe pregiudicare la tutela della concorrenza e della *par condicio* delle imprese partecipanti. Il dialogo competitivo inoltre non esaurisce la sua funzione nell'individuazione dell'appaltatore, ma si estende fino a ricomprendere l'essenziale finalità della determinazione del contenuto del capitolato d'onori e cioè dell'oggetto del contratto d'appalto.

Per utilizzare la procedura del dialogo competitivo sono necessari due presupposti: innanzitutto che gli appalti posti in gara siano "particolarmente complessi", inoltre le amministrazioni aggiudicatrici devono trovarsi nell'"impossibilità oggettiva", non per carenze a loro imputabili, di definire i mezzi atti a soddisfare le loro esigenze o di valutare ciò che il mercato può offrire in termini di soluzioni tecniche e di soluzioni giuridico finanziarie. Sorge subito il sospetto che riferire alla stessa stazione appaltante il giudizio sulla particolare complessità e sull'impossibilità oggettiva di cui sopra, porti a vanificare il limite imposto dalla norma per esperire la procedura.

Si pone in un primo momento il problema dell'individuazione di quali elementi possano caratterizzare un appalto come *particolarmente complesso*¹⁴.

Inoltre sono due le ipotesi individuate dalla direttiva¹⁵. La prima situazione prevede che l'amministrazione non sia oggettivamente in grado di definire i mezzi tecnici atti a soddisfare le sue necessità o i suoi obiettivi; la seconda situazione invece si verifica quando l'amministrazione non sia oggettivamente in grado di specificare l'impostazione giuridica e finanziaria del progetto. La definizione della complessità dell'appalto consentirebbe quindi di individuare delle fattispecie concrete in cui la pubblica amministrazione si troverebbe in difficoltà nell'esercitare il proprio potere discrezionale poiché sarebbe in mancanza di alcuni elementi informativi di base che non siano quelli corrispondenti all'interesse collettivo da soddisfare.

Questa situazione può verificarsi per l'esecuzione di importanti progetti di infrastrutture, trasporti integrati, grandi reti informatiche e progetti che

intervengono nel contesto economico, la semplificazione per alleggerire le procedure troppo complesse e la flessibilità per stemperare rigidità procedurali dannose per le esigenze della committenza pubblica.

¹⁴ Infatti la definizione fornita dalla stessa direttiva 2004/18/CE all'art 1, par. 11, lett. c) appare piuttosto generica e insufficiente. Infatti tale norma definisce il dialogo come "una procedura alla quale qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare e nella quale l'amministrazione aggiudicatrice avvia un dialogo con i candidati ammessi a tale procedura al fine di elaborare una o più soluzioni atte a soddisfare le sue necessità e sulla base della quale o delle quali i candidati selezionati saranno invitati a presentare offerte".

¹⁵ Art. 23 paragrafo 3, lettere b), c) e d) della direttiva 2004/18/CE. Inoltre nell' *Explanatory note* del dialogo competitivo la Commissione europea distingue molto chiaramente le due ipotesi in *technical complexity* e *legal or financial complexity*. (www.europa.eu)

comportano un finanziamento complesso e strutturato di cui non è possibile stabilire in anticipo l'impostazione finanziaria e giuridica ¹⁶.

Le due ipotesi definite specificatamente dalla Commissione europea come “*technical and legal or financial complexity*”, fanno riferimento, nel primo caso, alla circostanza in cui l'amministrazione non sia in grado di definire i mezzi tecnici per raggiungere gli obiettivi prospettati, oppure non sia in grado di determinare la soluzione più adatta per la necessità da soddisfare. Nel secondo caso invece si fa riferimento alla circostanza in cui lo sviluppo del progetto sia così complesso da non permettere alla stazione appaltante di stabilire primariamente eventuali complicazioni giuridiche o quali siano i costi da sostenere¹⁷.

Inoltre sorge un'ulteriore problema relativo a come i singoli Stati membri qualificheranno la nozione di “particolare complessità” dell'appalto¹⁸.

Per quel che riguarda il legislatore italiano, esso ha sostanzialmente ribadito quanto espresso nella direttiva d'origine.

Infatti il dialogo competitivo viene definito al punto 39 dell'art 3 del Nuovo codice degli appalti¹⁹. La definizione del codice dimostra come il ricorso al dialogo competitivo sia giustificato da una particolare complessità sotto il profilo tecnico o giuridico-finanziario che non si basa su una possibile ignoranza dell'amministrazione, ma su una effettiva impossibilità di individuare la soluzione migliore. Un esempio può essere fatto nell'ambito dei settori in cui c'è un veloce sviluppo tecnologico a cui la pubblica amministrazione non è in grado di stare al passo.

Tuttavia è evidente da parte del legislatore italiano uno sforzo definitorio nell'individuare i caratteri della particolare complessità dell'appalto che conduce a individuare come punto di partenza logico-fattuale per l'adozione dell'istituto l'impossibilità per le amministrazioni aggiudicatrici, dovuta a cause non a loro imputabili, di definire i mezzi per il soddisfacimento dell'interesse in questione e di valutare ciò che il mercato può offrire in termini di soluzioni tecniche o giuridico, finanziarie.

Con questi presupposti, individuare quale sia la qualificazione giuridica del dialogo competitivo è estremamente complicato.

È complesso altresì perché nemmeno dall'individuazione dei presupposti di applicazione non si possono cogliere dei punti fermi che determinino con

¹⁶ Ciò dimostra come l'ipotesi della “particolare complessità” si realizza non solo quando vi siano problemi tecnico progettuali, ma anche qualora si presentassero situazioni al finanziamento del progetto o all'impostazione tecnico-giuridica dell'iniziativa.

¹⁷ La Commissione europea nella “Explanatory note” del dialogo competitivo (www.europa.eu) riporta alcuni esempi di appalto particolarmente complesso.

Si parla di *technical complexity* qualora una amministrazione appaltante che debba creare un collegamento tra le rive di un fiume, non sappia se la soluzione migliore sia quella di costruire un ponte oppure un tunnel e a sua volta non sia in grado di definire gli aspetti tecnici del ponte (la sospensione, il tipo di materiale, se deve essere in calcestruzzo pre compresso) e del tunnel (quanti tubi occorrono, se dev'essere realizzato sopra o sotto il letto del fiume...).

Un esempio di *legal or financial complexity* si presenta qualora l'amministrazione appaltante non è in grado di prevedere se gli operatori economici saranno preparati ad accettare il rischio economico con il contratto di concessione oppure se all'ultimo resisteranno al tradizionale contratto pubblico.

¹⁸ La Francia è stato il primo Stato a recepire in anticipo la direttiva 2004/18/CE con il decreto n. 15 del 7 gennaio 2004 recante “*Nouveau code de marchés publics*” e accanto alla nozione di appalto “particolarmente complesso ha introdotto” quella di “appalto complesso” che viene utilizzata per gli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria, per i quali si può ugualmente ricorrere al dialogo competitivo.

¹⁹ Art 3, punto 39: Il «dialogo competitivo» è una procedura nella quale la stazione appaltante, in caso di appalti particolarmente complessi, avvia un dialogo con i candidati ammessi a tale procedura, al fine di elaborare una o più soluzioni atte a soddisfare le sue necessità e sulla base della quale o delle quali i candidati selezionati saranno invitati a presentare le offerte; a tale procedura qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare.

precisione l'ambito di applicazione e la natura di tale istituto infatti, le stesse definizioni di appalto "particolarmente complesso" e di "impossibilità oggettiva" della P.A. possono dar luogo ad equivoci e ad interpretazioni che portano ad attribuire sfumature diverse al dialogo competitivo.

Inoltre se viene collocato all'interno di quel nuovo metodo procedurale chiamato *Negoauction*, tale istituto ne rappresenta sì la massima espressione, ma si possono anche cogliere e teorizzare tre possibili soluzioni procedurali.

La prima procedura viene definita "*Chinese Walls*" e prevede che i concorrenti dopo aver presentato una proposta eleggibile o dichiarabile di pubblico interesse presentino ciascuno una *best and final offer*. In questa circostanza ogni concorrente presenta un'offerta separata e diversa dagli altri per cui ogni partecipante è monopolista della propria offerta e nessuno sarà incentivato a migliorarne in modo consistente il profilo economico e progettuale.

In questo caso la pubblica amministrazione ha il vantaggio di gestire tranquillamente la condotta di gara perché si evitano i nodi del miglioramento di una proposta da parte degli altri concorrenti e quella relativa la cessione dei diritti sulle opere d'ingegno qualora l'aggiudicatario sia un partecipante diverso da quello che ha presentato la proposta.

I limiti emergono poiché la proposta scelta non può essere migliorata adeguatamente utilizzando la leva della pressione concorrenziale né dal punto di vista tecnico, né da quello economico.

La seconda soluzione procedurale è chiamata "*Promoter*". In questa circostanza i concorrenti selezionati presentano ugualmente ciascuno la propria proposta, ma durante la fase del dialogo la pubblica amministrazione ne elegge una sola di pubblico interesse dichiarando "*promotore*" il suo titolare.

La proposta dichiarata di pubblico interesse viene utilizzata come base di gara nella fase finale quando viene chiesto a tutti i concorrenti di presentare la migliore offerta valutata secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Si dovranno prevedere degli incentivi sia per il promotore sia per coloro che saranno chiamati a presentare l'ultima e migliore offerta. Inoltre va riconosciuta una compensazione per i soggetti non aggiudicatari sia per aver partecipato alla gara finale sia per aver comunque predisposto dei progetti la cui valutazione ha condotto la pubblica amministrazione ad eleggere una proposta "*promoter*".

L'incentivo deve essere anche misurato in modo da remunerare adeguatamente la proposta del promotore non aggiudicatario che sia tenuto a cedere la proprietà intellettuale ed eventualmente a remunerare le varianti progettuali qualitative che siano state offerte dagli altri concorrenti.

Infine, la terza soluzione, tipo "*Patchwork*" si caratterizza per essere una condotta di gara estremamente flessibile e per tale motivo permette di coniugare il risultato di cogliere una proposta che incorpora l'innovazione delle idee migliori dei concorrenti al costo più conveniente. Dopo aver dichiarato di pubblico interesse la proposta su queste basi, la pubblica amministrazione chiederà a ciascun aspirante aggiudicatario di presentare la *best and final offer* per migliorarne il profilo economico in regime di concorrenza.

Gli incentivi in questo caso devono essere pensati cercando di evitare il fenomeno dello *cherry picking* causato dalla consapevolezza che le proprie idee possono essere messe in comune nella proposta *Patchwork*²⁰.

²⁰ Cfr. M. RICCHI, *op cit.*

Dall'analisi delle tre soluzioni, l'attenzione può essere di volta in volta spostata su aspetti diversi del dialogo competitivo, e soprattutto per il fatto di essere considerato un istituto che incarna perfettamente il metodo della *Negouaction*, insieme e successione delle procedure di *Negotiation* e *Auction*, molto diverse tra loro, è ancora più complicato individuare quale sia la natura giuridica del dialogo competitivo.

In tale operazione non è inoltre per niente d'aiuto la definizione di dialogo competitivo che ci viene fornita dalla direttiva comunitaria.

Essa che da un lato annovera il dialogo competitivo fra le procedure di scelta del contraente, individuando in esse una nuova figura nell'ambito del *genus*, dall'altro distingue espressamente il dialogo competitivo dalle procedure aperte, da quelle ristrette e da quelle negoziate, anche se appare improbabile che si possa concretamente operare una distinzione della procedura del dialogo dalla negoziazione delle condizioni di appalto.

Inoltre l'art 29 della direttiva più volte citata prevede che le amministrazioni aggiudicatrici possano ricorrere al dialogo competitivo qualora il ricorso alla procedura ristretta o aperta non permettano l'aggiudicazione dell'appalto. Ciò rende evidente che il nuovo istituto non è posto su un piano di equiordinazione rispetto alle altre procedure di scelta del contraente nel senso che l'amministrazione può adottarlo in alternativa alle altre procedure.

Al contrario sembra che il dialogo competitivo costituisca un'opzione "residuale" poiché l'amministrazione potrebbe farvi ricorso motivando adeguatamente le ragioni per cui non sia possibile adottare le altre procedure.

Tuttavia nel Codice dei contratti il legislatore appare consapevole che la pubblica amministrazione possa ricorrere al dialogo competitivo in caso di appalti "particolarmente complessi", qualora non sia possibile l'aggiudicazione con le procedure ristrette e aperte, prescrivendo che il provvedimento di adozione del dialogo competitivo debba contenere una specifica motivazione dei presupposti del dialogo competitivo. E non è un caso che la tendenza sia quella di "far lavorare" i futuri concorrenti fin da subito, affrancando la stazione appaltante da tutti i lavori preliminari, dando anche soddisfazione alle tradizionali pulsioni di urgenza della componente politica e così avviando una gara su una sorta di "semilavorato", che sarà affinato in corso d'opera.

.IV. Per venire a capo delle aporie emerse trattando dei presupposti d'applicazione e qualificazione giuridica del dialogo competitivo appare opportuno analizzarne la procedura per permettere di inquadrare più dettagliatamente tutti gli aspetti dell'istituto in questione.

Il dialogo competitivo può essere considerato una procedura complessa in cui attraverso fasi distinte la pubblica amministrazione individua innanzitutto le soluzioni tecniche, giuridiche e finanziarie più idonee a soddisfare le esigenze in questione, dopo di che provvede all'aggiudicazione dell'appalto.

Sappiamo che il primo momento è quindi fatto coincidere con la fase del dialogo in cui l'amministrazione discute tutti gli aspetti tecnico-organizzativi per la realizzazione dell'opera con la collaborazione dei soggetti privati, mentre il momento successivo è caratterizzato dalla fase competitiva in senso stretto tipica dell'aggiudicazione dell'appalto.

La procedura si apre con la pubblicazione di un bando di gara in cui l'amministrazione rende note quali siano le proprie esigenze e necessità

relativamente alla realizzazione dell'opera²¹, contenute nello stesso bando, oppure in un documento descrittivo²².

In tal caso il bando di gara stabilisce i criteri di valutazione dell'offerta come ad esempio il prezzo, la qualità, il pregio tecnico, le caratteristiche estetiche, funzionali e ambientali, il costo di utilizzazione e manutenzione, la redditività ed altro. Il bando o il documento descrittivo elencano altresì i criteri di valutazione e precisano la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi anche mediante una soglia espressa con un valore numerico determinato, in cui lo scarto tra il punteggio della soglia e quello massimo relativo all'elemento cui si riferisce la soglia deve essere appropriato.

Si svolge quindi una fase preselettiva in cui le amministrazioni aggiudicatrici scelgono i candidati in base a criteri qualitativi contenuti nelle disposizioni generali della direttiva a cui segue l'avvio ad un dialogo finalizzato all'individuazione e alla definizione dei mezzi più idonei a soddisfare le proprie necessità, di cui –peraltro- non ha contezza.

Il colloquio tra l'amministrazione e i candidati si avvia su di un crinale pericoloso: alla discrezionalità dell'amministrazione, non fa seguito altrettanta competenza tecnica per cui risulta essere molto condizionata dalle proposte offerte dai candidati e allo stesso tempo esposta agli eventuali ricorsi proposti da coloro che saranno esclusi dalla gara²³.

Questo tipo di situazione viene definita “selezione avversa” poiché l'operatore pubblico deve individuare la soluzione migliore che corrisponda maggiormente alle esigenze in questione, non disponendo però di un quadro informativo sufficiente e di un'adeguata preparazione tecnica. Proprio per questa ragione, quindi l'amministrazione rischia di essere ostaggio dei soggetti privati rischiando di non incorrere nella scelta ottimale²⁴.

Da tutto ciò deriva la diffidenza (del tutto comprensibile) con cui le amministrazioni affronteranno almeno per i primi tempi lo strumento del dialogo competitivo, istituto che invece punterebbe a risolvere i problemi di asimmetria informativa.

Inoltre bisogna considerare un ulteriore problema: più ampia è la discrezionalità della pubblica amministrazione, più si manifesta il pericolo di un suo comportamento “scorretto”. Nella stessa direttiva ci sono richiami alla parità di trattamento, secondo cui le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero cooperare in modo non discriminatorio con tutti i concorrenti, evitando di divulgare quelle informazioni che potrebbero favorire alcuni candidati rispetto ad altri²⁵.

²¹ A differenza delle altre procedure, nel bando non vengono descritti l'oggetto della prestazione dovuta, né le condizioni economiche del contratto.

²² Non è specificato se tale documento debba essere allegato al bando, anche se l'opinione dominante propende per l'ipotesi affermativa, secondo uno schema assimilabile a quello dei capitolati tecnici. Tale tesi è confermata anche dall'art. 58 comma 5 del Codice degli appalti secondo cui il documento descrittivo costituisce parte integrante del bando.

²³ L'amministrazione si viene a trovare in questo caso in una posizione di *asimmetria informativa* poiché si trova a far fronte ad un soggetto privato che dispone di molta più competenza tecnica ed è in grado di fornire svariate soluzioni

²⁴ Questo rappresenta uno dei profili ancora da chiarire del dialogo competitivo, poiché un tale comportamento in assenza di disposizioni di legge ben definiti potrebbe tradursi in una condotta scorretta tale da integrare il reato di turbativa d'asta.

²⁵ È evidente che nel dialogo competitivo vi è un notevole sforzo nella ricerca di equilibri. Infatti da un lato vi è l'interesse che il dialogo si svolga in maniera completa per cui ogni candidato dovrebbe essere messo nella condizione di conoscere anche le proposte dei suoi avversari. Dall'altro però vi è l'esigenza che il portatore di una determinata soluzione non veda disperso il proprio patrimonio di *know how* per evitare che venga utilizzato dai concorrenti che non hanno sostenuto gli stessi costi di progettazione. Anche l'amministrazione deve fronteggiare delle situazioni antagoniste poiché è garante dell'imparzialità durante l'intero procedimento, ma allo stesso tempo ha interesse che il progetto finale costituisca la sintesi delle soluzioni progettuali migliori proposte durante la fase del dialogo.

Le amministrazioni pertanto, non possono rivelare agli altri partecipanti le soluzioni proposte o altre informazioni senza il consenso dei concorrenti, ma si tratta di preoccupazione vana ove si pensi al meccanismo del rilancio in un'ottica di competizione. Oltretutto le cautele proposte dalla direttiva comunitaria e ora dal Nuovo codice degli appalti all'art. 58, mirano ad evitare che si verifichi il fenomeno dello " *cherry picking* " (scelta delle ciliegie) con cui l'amministrazione tende ad enucleare e accorpare le parti migliori delle singole proposte ottenendo un progetto nuovo²⁶.

La direttiva all'art 29 (corrispondente ora all'art 58 del Codice), prevede poi che attraverso delle fasi successive si giunga ad una scrematura delle soluzioni proposte, selezionate in base a dei criteri indicati nel bando di indizione o nel documento descrittivo. Ma, si badi bene, tale opzione però può essere esercitata solo se espressamente indicata nello stesso bando di gara o nel documento descrittivo.

Il dialogo prosegue finché l'amministrazione scelga la soluzione o il ventaglio di soluzioni idonee a soddisfare le proprie esigenze, dopo di che dichiarerà chiusa la fase del dialogo informando i partecipanti.

Qualche perplessità ingenera il modo di dialogare non chiarito nel codice, poiché non si comprende se il dialogo sia "orale" oppure "scritto", "individuale" o "collettivo", "riservato" o "pubblico".

Tuttavia stando alla lettera della legge parte della dottrina sarebbe incline a sostenere che la procedura del dialogo si possa suddividere in varie fasi e sottofasi in cui sarebbe prevalente la componente orale rispetto a quella scritta²⁷.

Ciò non escluderebbero la necessità di formalizzare i contenuti del dialogo che dovrebbe trovare collocazione in un verbale nel quale sono riportate tutte le discussioni, proposte, soluzioni e quant'altro verificatosi nel corso dello stesso. Pertanto, secondo una possibile interpretazione il dialogo potrebbe svolgersi attraverso un tavolo di trattative, prevalentemente orali, magari sintetizzate per sommi capi in schede proposte dai candidati e fatte quindi oggetto di discussione in seduta pubblica e collettiva e puntualmente verbalizzate nei modi di legge²⁸.

Un'importante questione sorgerà nel momento in cui vengano scelte più di una soluzione e vengano ammesse alla successiva procedura di gara: sarà difficile individuare dei criteri di aggiudicazione adeguati per scegliere l'offerta economicamente più vantaggiosa in virtù della prevedibile eterogeneità dei progetti selezionati al termine del dialogo e alla difficoltà di procedere ad effettive comparazioni valoriali.

La seconda parte della procedura riguarda l'aggiudicazione dell'appalto. In questa fase i partecipanti selezionati sono invitati a presentare la loro ultima offerta relativa alla o alle soluzioni presentate e scelte al termine della fase del dialogo. Per questo motivo non è possibile applicare il criterio del prezzo più basso, ma solo quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

²⁶ Da questo punto di vista è rilevante la distinzione con altre procedure di evidenza pubblica che prevedono un confronto effettivo tra i vari proponenti e l'amministrazione su di un unico testo progettuale già redatto.

²⁷ A confermare il profilo orale della procedura sarebbero le dizioni: "Nella fase del dialogo le stazioni appaltanti possono discutere con i candidati ammessi tutti gli aspetti dell'appalto" (art. 58, comma 6 decreto legislativo 163 del 2006); "Durante il dialogo le stazioni appaltanti garantiscono la parità di trattamento" (art. 58 comma 7); "Le stazioni appaltanti non possono rivelare agli altri le soluzioni proposte" (art 58, comma 8); "Le stazioni appaltanti possono prevedere che la procedura si svolga in fasi successive in modo da ridurre il numero delle soluzioni da discutere durante la fase del dialogo" (art. 58, comma 9); "Le stazioni appaltanti proseguono il dialogo finché non sono in grado di individuare la soluzione o le soluzioni" (art 58, comma 10). V. REALE, *Il Nuovo Codice degli appalti di lavori, servizi e forniture : prime considerazioni*, in "Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza", n.1/2007.

²⁸ Tale è l'interpretazione fornita da V. REALE, *op. cit.*.

Inoltre è previsto che le offerte contengano tutti gli elementi richiesti e necessari per l'esecuzione del progetto al fine di superare la difficoltà di comparazione tra le proposte e di individuare i criteri di aggiudicazione adeguati. Di conseguenza il livello di dettaglio delle proposte che si apprestano alla gara coinciderà con quello della progettazione esecutiva.

Le offerte, se richiesto dalle amministrazioni aggiudicatrici, possono anche essere chiarite, precisate e perfezionate. Tuttavia gli elementi aggiuntivi non possono stravolgere l'assetto fondamentale dell'offerta sia per garantire la tutela della concorrenza, sia per evitare che si creino effetti discriminatori.

La scelta operata dall'amministrazione viene fatta sulla base dei criteri di aggiudicazione presenti nel bando di gara o nel documento descrittivo e di quelli più generali inerenti alla qualità, al pregio tecnico, alle caratteristiche ambientali, estetiche e funzionali, al costo per l'utilizzo, all'eventuale redditività, all'assistenza tecnica e ai termini per la consegna e l'esecuzione.

Su richiesta dell'amministrazione il soggetto che abbia presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa può essere chiamato a precisare gli elementi che la caratterizzano e a confermare gli impegni assunti senza modificarne la struttura fondamentale²⁹.

È infine di notevole rilievo la previsione indicata nell'art 29 della direttiva e ora riportata all'art. 58 comma 17 del Nuovo codice degli appalti, secondo cui le "amministrazioni aggiudicatrici possono prevedere premi o pagamenti ai partecipanti del dialogo". Tale previsione è finalizzata a evitare il rischio che i partecipanti, dissuasi dalla prospettiva di veder frustrata la propria proposta da una mancata aggiudicazione, siano indotti a presentare proposte non ben definite per il timore che gli altri concorrenti possano appropriarsi della loro ideazione e veder realizzarsi l'aggiudicazione a loro favore³⁰. E qui si impone una precisazione poiché il dialogo competitivo è un istituto che si distingue principalmente dalle altre procedure ad evidenza pubblica poiché la negoziazione e il dialogo riguardano tutti gli aspetti del contratto e non solo il prezzo come di solito avviene, in quanto gli altri elementi del contratto sono già preventivamente definiti dall'amministrazione appaltante nel bando di gara, e sono concentrate in una fase apposita³¹. La Sezione consultiva del Consiglio di Stato si è limitata a riconoscere che il dialogo competitivo "sembra rappresentare uno strumento interessante ai fini dell'esecuzione delle opere pubbliche" e che "il meccanismo sembra ancora da affinare", e non ha aggiunto nessuna considerazione in merito alla procedura.

.V. L'omessa previsione del dialogo competitivo dalla direttiva 2004/17/CE che coordina le procedure di aggiudicazione da parte degli enti operanti nell'ambito dei cosiddetti settori esclusi pone un duplice problema: quello della *ratio* di tale esclusione e quello della applicabilità, anche in via analogica, del metodo di

²⁹ L'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici evidenzia che tale aspetto dimostra che al legislatore comunitario oltre che alla buona riuscita del dialogo, stanno a cuore i principi cardine della concorrenza, *par condicio* e non discriminazione. Tuttavia è un'operazione che si deve svolgere nel modo più chiaro e trasparente possibile e forse sarebbe il caso di definire anche dei criteri precisi poiché può dar luogo a comportamenti scorretti o accordi collusivi che vanno a ledere proprio quei principi che si vogliono tutelare.

³⁰ A tal proposito si osserva il rischio che la corresponsione di premi, solo eventuale, possa produrre un effetto deterrente con la conseguenza che la procedura nazionale sul dialogo competitivo possa essere tra gli operatori economici meno appetibile rispetto a quanto previsto in tema di finanza di progetto dal combinato disposto degli art 37 *bis* e 37 *quater* della legge Merloni (ora art. 154 e 155 del Nuovo codice).

³¹ Tutto ciò risulta molto chiaramente dalla "Explanatory note" del dialogo competitivo effettuata dalla Commissione europea al momento dell'adozione della direttiva 2004/18/CE. (www.europa.eu)

aggiudicazione in questione agli appalti soggetti all'ambito applicativo, soggettivo ed oggettivo della suddetta direttiva.³²

Relativamente alla prima questione due sono le interpretazioni.

Secondo la prima ricostruzione, l'omissione sarebbe giustificata dal rilievo che i minori spazi concorrenziali ravvisabili nei settori esclusi renderebbero del tutto infruttuosa ed inutile la procedura del dialogo competitivo, che esige, per la sua struttura, un mercato sufficientemente aperto alla competizione tra una pluralità di operatori economici.

Secondo una diversa chiave di lettura, l'esclusione del dialogo competitivo sarebbe giustificata dal fatto di non voler vincolare gli enti che operano nei relativi ambiti all'applicazione di una procedura che resta comunque caratterizzata, nonostante la sua segnalata flessibilità, dal rispetto di adempimenti rigidi e di sequenze procedurali inderogabili.

Ma a prescindere dal significato di tale esclusione, è importante capire se il dialogo competitivo sia o meno applicabile nei settori esclusi.

Infatti la sua mancata previsione nella direttiva 2004/17/CE, non impedisce agli Stati membri di estendere tale sistema anche ai settori esclusi poiché non vi è un specifico divieto e neppure incompatibilità tra il dialogo competitivo e i settori esclusi, anzi la flessibilità offerta da tale sistema di aggiudicazione sembra adatto a soddisfare le esigenze proprie degli enti che opera nell'ambito dei settori esclusi. Il legislatore italiano ha risolto la questione dell'applicabilità dell'istituto ai "settori esclusi" con gli art. 31 e 32 del Nuovo codice. Tali disposizioni specificano che il dialogo competitivo si applica agli appalti aggiudicati dagli enti che operano nei settori cosiddetti esclusi, ma che non riguardano direttamente le attività da essi gestite (gas, energia, trasporti, acqua, ecc.), con la conseguenza che per i contratti relativi alle finalità istituzionali degli enti, l'istituto non si applica, mentre per quelli che non presentano una connessione con l'attività non appare dubbio l'utilizzo del modulo procedurale in questione.

Rispetto all'originaria disciplina comunitaria sono state introdotte dal Codice degli appalti alcune novità relativamente il dialogo competitivo.

Innanzitutto il requisito della "particolare complessità" dell'appalto è espressa in modo meno generico e ciò risulta chiaro dal riferimento fatto dall'art. 58 del Codice sulla difficoltà dell'amministrazione nel valutare i presupposti di fatto e di diritto di tale complessità³³.

Un'ulteriore novità costituisce nell'aver introdotto l'onere di motivazione da parte dell'amministrazioni dei presupposti di ricorrere al dialogo e dell'impossibilità di redigere un progetto preventivo. Mentre per quel che riguarda i criteri, il Codice ritiene più logico che siano specificati una volta selezionata l'offerta.

³² Sul punto sia consentito rinviare a M. M. Fracanzani, *Analogia ed interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Milano, 2003.

³³ Art 58 comma 2 :

" 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'articolo 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. Possono, secondo le circostanze concrete, essere considerati particolarmente complessi gli appalti per i quali la stazione appaltante non dispone, a causa di fattori oggettivi ad essa non imputabili, di studi in merito alla identificazione e quantificazione dei propri bisogni o all'individuazione dei mezzi strumentali al soddisfacimento dei predetti bisogni, alle caratteristiche funzionali, tecniche, gestionali ed economico-finanziarie degli stessi e all'analisi dello 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."

Viene altresì prevista l'esclusione di qualsiasi responsabilità in capo alle amministrazioni aggiudicatrici nell'ipotesi in cui nessuna delle soluzioni proposte soddisfi le proprie necessità e obiettivi. In questo caso, esse sono tenute ad avvisare tempestivamente i partecipanti ai quali non spetta alcun risarcimento.

Il Codice introduce anche la possibilità per le imprese partecipanti alla procedura di precisare i criteri di valutazione delle offerte in relazione alle particolarità delle soluzioni prospettate, inoltre viene introdotta una disciplina di raccordo con la finanza di progetto, volta a consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere al dialogo competitivo quando nessuna delle proposte corrisponde all'interesse pubblico ai sensi dell'art. 154 con la previsione che i soggetti che hanno presentato le proposte sono ammessi a partecipare al dialogo.

Il Codice si preoccupa anche di disciplinare il cosiddetto arresto procedimentale, cioè di regolare il caso in cui dal dialogo non si raggiunga nessuna soluzione soddisfacente e quindi dalla possibilità per l'amministrazione di chiudere la procedura. Un problema potrebbe sorgere in relazione alla tutelabilità dell'affidamento per le imprese che hanno partecipato al dialogo, ma è esclusa ogni responsabilità dell'amministrazione e alle imprese partecipanti non è dovuto alcun indennizzo. Rimane, tuttavia aperta la questione delle informazioni che sono emerse dal dialogo e rimangono in mano dell'amministrazione.

All'interno di questo quadro disciplinare sono rimaste aperte alcune questioni: *in primis* come evitare che l'impresa che abbia offerto la soluzione più soddisfacente non sia favorita al momento della scelta del contraente. Tuttavia sono ben chiari sia al legislatore comunitario che a quello interno i principi fondamentali in materia di appalti pubblici e cioè quello della tutela della concorrenza e della *par condicio* tra tutti i partecipanti alla gara.

Pertanto questo strumento che permette all'amministrazione di rivolgersi al mercato con maggiore flessibilità e libertà di azione deve essere integrato con i principi guida della materia degli appalti. La natura del dialogo si ritrova proprio in questo punto, nella capacità di bilanciare le due esigenze contrapposte e da ciò dipende anche lo sviluppo dell'istituto in questione, ossia dall'abilità con cui le amministrazioni sapranno mantenere l'equilibrio tra informazione e riservatezza, tra flessibilità e concorrenza e dalla capacità con cui sapranno coinvolgere le imprese in un processo in cui non ci sono garanzie per l'aggiudicazione, ma anzi c'è il rischio che le proprie idee vengano sfruttate da altri partecipanti.

E' lo stesso codice a ribadire che il ricorso allo strumento non deve avvenire in modo abusivo o tale da ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza.

Inoltre è rilevante ricordare che il dialogo competitivo è un istituto che ha origini anglosassoni e fin dalle prime fasi rappresenta la sua estraneità con la nostra tradizione. Questa estraneità si manifesta come un problema nel momento in cui viene violato il principio della segretezza, fondamento della libera concorrenza e della *par condicio*. Infatti a differenza delle altre procedure di scelta del contraente, nel dialogo competitivo, l'amministrazione non giudica su offerte che provengono dai concorrenti effettuate in base ad un progetto già pienamente definito e predisposto dalla stessa pubblica amministrazione nel bando di gara, ma su offerte che la stessa ha contribuito a formare e che solo la stazione appaltante decide quando formalizzare.

In questo modo l'amministrazione non è più soggetto terzo. Qui si pone come logica conseguenza anche il problema del potere discrezionale della pubblica amministrazione. Infatti l'istituto del dialogo competitivo conferisce all'amministrazione maggiori poteri discrezionali rispetto ad una consueta

procedura ad evidenza pubblica per cui può prestarsi ad abusi e rivelarsi dannoso per la libera concorrenza³⁴.

Già dalla lettura della direttiva d'origine emergono delle perplessità cui dovranno confrontarsi gli Stati membri e in modo particolare l'Italia che ha recepito l'istituto nel Nuovo Codice degli appalti.

La prima questione emerge proprio dalla definizione dei fabbisogni. Infatti i fabbisogni in una società complessa e soprattutto in continua evoluzione non sono più individuati solamente dalla politica pubblica, ma richiedono l'intervento degli operatori del sistema produttivo chiamati ad interagire con la pubblica amministrazione non solo per la concreta realizzazione degli appalti, ma anche per lo studio dei fabbisogni e per la definizione progettuale dei migliori sistemi di soddisfacimento di tali bisogni. In altri termini il privato non è più chiamato solo ad eseguire appalti pubblici, ma è invitato a riflettere sulle esigenze della collettività e a proporre possibili soluzioni finalizzate a soddisfare tali bisogni³⁵.

Un altro fattore di criticità emerge dalla necessità di consentire a tutti gli operatori invitati a dialogare con la pubblica amministrazione di poter disporre di una parità sostanziale di informazione al fine di poter competere efficacemente con gli altri candidati. La direttiva sottolinea l'importanza della garanzia della *par condicio* tra tutti i concorrenti soprattutto in questa fase per cui è ammesso che le soluzioni prospettate da un operatore possa essere divulgato agli altri con il suo esplicito consenso. Proprio quest'ultima disposizione però desta alcune perplessità per la tutela della concorrenza e della competitività: ovvero se un candidato si rifiuta di rendere nota la soluzione da esso prospettata si potrebbe verificare una sorta di dialogo "tra sordi"³⁶. Una perplessità sorge nella possibilità per la pubblica amministrazione di prefissare una serie di stati di avanzamento che corrispondono ad una sorta di preselezione poiché non è chiaro quali siano i criteri adottati per individuare queste fasi. Anche perché ogni superamento della fase potrebbe già rappresentare una valutazione del candidato in relazione alla sua idoneità, pertanto il passaggio ad ogni successivo stato di avanzamento dovrebbe essere vagliato in base a criteri prestabiliti e ciò implica l'inserzione di un forte momento valutativo il cui intrecciarsi con il metodo dialogico non emerge dalla direttiva.

Resta inoltre dubbiosa la portata esatta della disposizione che ammette la possibilità di perfezionare o completare l'offerta di gara. E le perplessità aumentano poiché la direttiva stessa specifica che la possibilità di

³⁴ Quella della discrezionalità è una questione delicata anche perché il dialogo competitivo si presenta come uno strumento dotato di flessibilità e duttilità caratteristiche a cui l'amministrazione deve conformarsi. Il potere discrezionale della pubblica amministrazione pertanto è un elemento fondamentale del dialogo competitivo per cui sta alla stessa amministrazione dosare il proprio potere e utilizzarlo cercando di non sconfinare i limiti e giungere così alla violazione del principio della concorrenza e della *par condicio*.

Forse bisognerebbe considerare la discrezionalità nei suoi aspetti positivi e non solo da un punto di vista negativo. A questo proposito è interessante l'affermazione riportata da A. Carzaniga (Coordinatore Unità tecnica Finanza di progetto nel 2005). Infatti, Carzaniga affronta le questioni del delicato equilibrio tra "regole" e "discrezionalità", affrontandola dal punto di vista logico e filosofico, prima ancora che istituzionale e giurisdizionale. Richiamando il pensiero di un matematico, Goedel, ne riporta un'espressione molto significativa in tema di discrezionalità: *la "discrezionalità" lungi dall'essere connotazione negativa di ogni scelta, ne è connotazione necessaria.*

<http://www.utfp.it/docs/agenda/eventi/Carzaniga-Intervento%20Eminario%20dialogo%20competitivo%2027=.pdf>

³⁵ "L'ammettere il dialogo competitivo può insomma equivalere ad una sostanziale abdicazione rispetto all'attività di elaborazione delle politiche pubbliche, relegate in tal modo alla sola e scarna area di definizione degli obiettivi generalissimi, attuabili con modalità molteplici, vastissime e quindi sostanzialmente indefinite". Così, I. FILIPPETTI, *Appalti pubblici: alle radici del dialogo competitivo*, in Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza, n. 3/ 2006.

³⁶ Anche se è chiaro che laddove prevalgano le esigenze di privativa industriale il dialogo che viene intessuto si rivolge unidirezionalmente dall'amministrazione verso ciascuno dei candidati singolarmente considerati.

perfezionamento e completamento dell'offerta di gara non deve avere l'effetto di modificare gli elementi fondamentali dell'offerta stessa andando a falsare la concorrenza o di avere un effetto discriminatorio.

L'ultimo profilo di criticità di cui vogliamo occuparci concerne la valutazione delle offerte operata dalla pubblica amministrazione dopo che ha collaborato strettamente con i concorrenti alla gara per il soddisfacimento dei bisogni della collettività e delle specifiche tecniche raccolte poi nel capitolato d'onere. Infatti, visto che l'amministrazione appaltante ha dovuto ricorrere al dialogo competitivo poiché non era in grado di definire la soluzione migliore con le proprie capacità, fa riflettere su come l'Amministrazione stessa potrà formulare una scelta finale in dissonanza, anche parziale rispetto all'offerta del candidato che aveva fornito il proprio contributo per l'individuazione della soluzione più idonea. E' inevitabile infatti che la pubblica amministrazione sia indirizzata già nella fase del dialogo verso una soluzione prospettata da uno dei candidati.

Le questioni non sono tuttavia sopite, poiché sull'applicazione del dialogo competitivo sorgono inoltre alcuni dubbi in ragione del al Codice degli appalti, ovvero il decreto legislativo 31 luglio 2007, n. 113, che introduce alcuni aggiustamenti non sempre fecondi per il "nostro" istituto.

Innanzitutto modifica in modo sostanziale l'istituto poiché da un lato lo esclude per le infrastrutture strategiche, dall'altro lo subordina al previo parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici e, per i beni culturali a quello del Consiglio superiore dei beni culturali. Tale limitazione dell'ambito di applicazione del dialogo competitivo suscita dei dubbi di compatibilità con le direttive comunitarie. Il correttivo contiene inoltre l'ulteriore differimento dell'entrata in vigore del regolamento e il che non trova giustificazione sul piano tecnico, come sottolineato dal Consiglio di Stato, che ha espresso il suo parere negativo poiché si tratta di una norma *self executing* che non rinvia per la sua operatività al regolamento.

Infatti lo schema del regolamento di attuazione detta poche disposizioni di carattere esecutivo sul dialogo competitivo che peraltro non giustificano il differimento della sua entrata in vigore.

Inoltre il parere del Consiglio di Stato chiedeva di chiarire se il dialogo competitivo fosse ammesso per le infrastrutture strategiche³⁷, mentre il parere al Senato aveva posta condizione che il dialogo competitivo fosse ammesso per le infrastrutture strategiche. Tuttavia la scelta del Governo è stata quella di escludere l'applicazione dell'istituto per le grandi opere.

Molti sono ancora i problemi aperti sul dialogo competitivo e anche se rappresenta uno strumento fortemente innovativo ed estremamente utile all'amministrazione per provvedere là dove non abbia le nozioni necessarie per la realizzazione di un progetto, almeno nel nostro ordinamento la sua applicazione non è molto sentita³⁸.

La stessa collocazione che il dialogo competitivo ha nel Codice fa pensare sull'importanza che viene attribuita a questo istituto che non occupa una posizione rilevante.

³⁷ Mentre per la realizzazione delle infrastrutture strategiche si presuppone un livello di definizione preventivo delle esigenze dell'amministrazione ben delineato al fine di consentire di potere esperire le procedure di aggiudicazione previste al riguardo, al contrario il dialogo competitivo presuppone che l'amministrazione non sia oggettivamente in grado di definire i mezzi tecnici atti a soddisfare le sue necessità o i suoi obiettivi, nonché non sia in grado di specificare l'impostazione giuridica e finanziaria del progetto.

³⁸ Nonostante vi siano alcuni casi, come la Regione Veneto, in cui c'è stata una embrionale applicazione del dialogo competitivo ancor prima che tale istituto fosse recepito dal Codice degli appalti.

Pertanto i numerosi dubbi che ci sono ancora a riguardo e le questioni aperte, lo scarso interesse dimostrato dallo stesso De Lise e la sua collocazione nel Codice fanno dedurre che il dialogo competitivo ha un carattere di residualità ed è probabilmente stato recepito attraverso il Codice solo perché previsto in una direttiva comunitaria.

Del resto si tratta di un istituto estraneo alla tradizione italiana, sviluppatosi più che altro in ambito anglosassone e prima di trovare una concreta applicazione dovrà sicuramente essere ancora studiato e analizzato nei minimi dettagli in modo tale da chiarire tutti i punti oscuri che ancora sussistono e per creare uno zoccolo di garanzie soprattutto nello svolgimento delle fasi procedurali per tutelare i principi di libera concorrenza e, parità di trattamento, non discriminazione e *par condicio*.

.VI. Come già precedentemente analizzato, fra gli aspetti più critici del Nuovo codice degli appalti, ricopre un posto rilevante la questione del riparto di competenze tra Stato e Regioni.

L'intervento del Consiglio di Stato, oltre ad aver ribadito la competenza esclusiva del legislatore statale in materia di appalto di lavori pubblici, servizi e forniture " statali ", relativamente al dialogo competitivo ha valutato:

- 1) la possibilità per le regioni di recepire direttamente tale istituto;
- 2) la facoltà di disciplinarlo in modo difforme da quanto previsto dal legislatore statale.

Tuttavia alcune regioni, in particolare il Veneto hanno introdotto l'istituto a livello regionale ben prima dell'emanazione del codice e addirittura delle direttive comunitarie.

La prima questione è stata in realtà risolta con l'entrata in vigore del codice, anche se non sono trascurabili gli interrogativi che la dottrina si era posta e a cui sono state date varie risposte.

Innanzitutto sono state fatte tre constatazioni: in primo luogo, l'art 117 comma 5 della Costituzione assegna alle Regioni il compito di dare attuazione agli atti dell'Unione europea e l'art 16 della legge n.11 del 2005³⁹, prevede che gli atti di competenza legislativa delle regioni siano attuati direttamente; in secondo luogo le regioni potrebbero essere titolate a recepire le direttive " nelle materie di loro competenza e quindi introdurre la procedura del dialogo competitivo sia per i contratti sopra soglia che per quelli sotto soglia. In terzo luogo, poiché il recepimento del dialogo competitivo è solo facoltativo, lo Stato italiano avrebbe potuto scegliere di non introdurlo nell'ordinamento interno, lasciando spazio all'intervento del legislatore regionale.

L'adozione del Nuovo codice ha risposto a questi interrogativi, mettendo in luce come alcuni di questi fossero posti in maniera impropria. Tuttavia, l'introduzione diretta di un istituto di carattere eccezionale da parte delle regioni è da escludere se si assume una visione rigida dei rapporti tra l'ordinamento nazionale e quello comunitario⁴⁰. Oltretutto l'introduzione del dialogo competitivo con legge

³⁹ Legge che reca le " Norme generali della partecipazione dell'Italia al processo normativo dell'Unione europea e sull'esecuzione degli obblighi comunitari ".

⁴⁰ Infatti così come sostiene il giovane LUCA FASCIO (cultore di diritto amministrativo all'Università di Torino) nell'articolo *Appalti pubblici, dialogo competitivo e disciplina regionale* (in www.federalismi.it) "la previsione della direttiva, in quanto meramente facoltizzante, non è in grado di obbligare alla modifica della disciplina statale in vigore, giacché questa, pur non sfruttando gli spazi aperti della norma comunitaria, non si presenta neanche in contrasto con essa. Di conseguenza le regioni non potrebbero recepire il nuovo istituto, in quanto la normativa statale da un lato non cede innanzi a quella comunitaria, dall'altro è idonea a porsi con forza vincolante nei loro confronti".

regionale incontrerebbe i limiti della normativa statale in tema di concorrenza, e prestandosi facilmente tale istituto a restringerla o limitarla, si correrebbe il di avere una tutela differenziata della concorrenza da regione a regione.

Tuttavia l'introduzione del dialogo competitivo a livello nazionale è positiva, nonostante la necessità che il legislatore statale tenga continuamente sotto controllo questo istituto per evitare possibili violazioni della concorrenza e della *par condicio*.

Non sembrano invece convincenti le tesi prospettate da una parte della dottrina basate su una interpretazione estensiva dell'art 16 della legge n. 11 del 2005 che attribuiva alle regioni la facoltà di un'attuazione diretta⁴¹.

In conclusione, gli spazi attribuiti all'intervento delle regioni in tema di dialogo competitivo sono piuttosto ristretti anche perché vi sono due limiti essenziali da rispettare: la tutela della concorrenza che lo Stato deve uniformemente garantire in tutto il territorio, e la previsione del codice secondo cui il legislatore regionale non può emanare una disciplina differente da quanto stabilito nel d. lgs. n. 163 del 2006 in tema di selezione dei concorrenti, criteri di aggiudicazione e principi in materia di concorrenza.

D'altro canto resta salva la possibilità per le regioni di migliorare la normativa statale in materia di appalti e concorrenza. Quindi in virtù di quanto affermato in precedenza, è ragionevole affermare che saranno passabili di ricorso alla Corte Costituzionale le leggi regionali che recepiranno il dialogo competitivo senza far riferimento al codice dei contratti pubblici; e alla stessa sorte saranno destinate le leggi regionali entrate in vigore prima del decreto legislativo 163 del 2006 che si porranno in contrasto con la disciplina statale.

In quest'ultima situazione potrebbe collocarsi la legge regionale del Veneto 7 novembre 2003, n. 27 “ *Disposizioni generali in materia di lavori pubblici di interesse regionale e per le costruzioni in zone classificate sismiche* ”, che introduce all'art. 64 il dialogo competitivo.

È doveroso premettere che la Regione Veneto è stata la prima regione a legiferare in materia di appalti pubblici dopo la legge costituzionale 3/2001, e infatti si inserisce negli ambiti di intervento riconosciuti al legislatore regionale dopo la riforma del Titolo V della Costituzione⁴².

Per quel che attiene ai caratteri fondamentali della legge, il legislatore non si è discostato dall'impianto della legge Merloni e regolamenti attuativi, ma si è mantenuto nell'ambito dei principi da quest'ultima espressi. Si è discostato solo per introdurre alcune forme di semplificazione e flessibilità delle procedure per soddisfare le esigenze di un territorio regionale caratterizzato dalla frantumazione amministrativa in numerosi Comuni anche di piccole dimensioni e dalla presenza di un tessuto economico costituito per una gran parte da imprese di modeste dimensioni, senza venir meno al perseguimento degli obiettivi di trasparenza amministrativa e qualità di progetti e opere.

⁴¹ Possibilità che semmai si sarebbe prospettata solo nel caso in cui vi fosse stata un'inerzia da parte dello Stato nel recepimento della direttiva.

⁴² Bisogna precisare che con la sentenza n. 303 del 2003 che conclude il suo iter contemporaneamente a quello che porta all'adozione della legge regionale, la Corte Costituzionale aveva ritenuto priva di fondamento la tesi della potestà esclusiva delle regioni in materia di “*lavori pubblici di interesse regionale*” per il solo motivo della mancata inclusione nel nuovo elenco delle materie di potestà legislativa concorrente al terzo comma dell'art 117 Cost.

La stessa legge regionale non è stata impugnata in virtù dell'art 127 Cost. se non per aspetti marginali, e per questa ragione ha generato un generale affidamento di costituzionalità trovando un riscontro positivo presso gli addetti ai lavori pubblici e ciò è dimostrato dai risultati ottenuti durante i primi anni di applicazione della legge.

Inoltre si caratterizza per la flessibilità che presenta poiché sono dettate norme solo di carattere generale, mentre l'attuazione è rinviata ad una serie di provvedimenti di varia natura giuridica⁴³ che vanno a rappresentare un valido supporto per le stazioni appaltanti, soprattutto quelle dei Comuni di piccole dimensioni.

La mancata impugnazione della legge e tutta la serie di provvedimenti attuativi che hanno fatto da cornice alla legge regionale, hanno fatto sì che la Regione Veneto diventasse un importante punto di riferimento per tutti quegli enti che operano nel settore dei lavori pubblici.

Tuttavia il Veneto così come hanno fatto altre Regioni italiane (Lazio, Toscana, Piemonte, Abruzzo, nonché la Provincia di Trento) hanno impugnato il codice dei contratti per difendere le proprie prerogative costituzionali. Infatti la Giunta regionale del Veneto con il provvedimento n. 1885 del 13 giugno 2006, ha deliberato l'autorizzazione a proporre un ricorso innanzi alla Corte Costituzionale contro il decreto legislativo 163 del 2006 ai sensi dell'art 127 della Costituzione, per la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art 4, comma 2, 3 e 5 del decreto in questione. Con la successiva deliberazione n. 2065 del 27 giugno 2006, inoltre ha integrato il ricorso mirando ad ottenere una pronuncia della Corte Costituzionale sulle singole disposizioni del codice da cui, in relazione al riparto di competenze operato dall'art 4, potrebbe derivare una lesione delle attribuzioni legislative regionali.

Tuttavia, consapevole della presenza nella legge di disposizioni contrastanti con il quadro normativo comunitario, la Regione, già nel 2004 si era attivata presso gli uffici della Direzione Generale Mercato Interno e Servizi della Commissione europea per individuare potenziali punti critici e proporre delle correzioni alla legge 27/2003. Le modifiche concordate fanno ora parte del P.D.L. 178/2006 e sono state adottate dalla Giunta nell'agosto 2006.

Per quanto riguardano comunque i problemi con Il Nuovo codice, la Regione Veneto sostiene che vi sarebbero confini di incostituzionalità innanzitutto in ordine alla delimitazione operata dall'art 4, comma 2, del d. lgs. 163/2006 degli oggetti ritenuti dallo Stato di potestà concorrente nelle materie di "programmazione dei lavori", "organizzazione amministrativa" e "compiti e requisiti del responsabile unico di procedimento", per cui ritiene che vi sia competenza legislativa esclusiva delle Regioni.

Fanno riflettere inoltre anche le materie ritenute di competenza esclusiva dello Stato, in ragione della identità con gli oggetti al contempo regolati dalla legislazione del Veneto in materia di lavori pubblici. Infatti, si è constatato che "il collegamento con la tutela della concorrenza è così labile che se fosse sufficiente ad attrarne la disciplina alla competenza statale, determinerebbe un'espansione abnorme della stessa "tutela", poiché in quanto alle relazioni economico-contrattuali non vi è elemento che non possa in astratto essere riguardato sotto il profilo concorrenziale. Il subappalto appartiene piuttosto alle modalità attraverso le quali viene raggiunto il risultato "economico" al quale è preordinato il contratto"⁴⁴.

⁴³ Sin'ora ne sono stati approvati circa una trentina, alcuni sono in fase di perfezionamento, mentre altri sono in fase di revisione in virtù delle nuove normative sopravvenute, tra cui il nuovo codice dei contratti.

⁴⁴ M. CARRARO, M. BORTOLIN, *Rapporti del codice dei contratti con la legge regionale* in in T. Tessaro (a cura di) *Il nuovo codice dei contratti di lavori, servizi e forniture. Atti del convegno in onore di Alberto de Roberto (Venezia, 2-3 dicembre 2006)*, Rimini, Maggioli, 2007, p. 116.

Anche la materia “attività di progettazione” dovrebbe rientrare nella funzione legislativa concorrente poiché è attinente al “governo del territorio”.

Appare inoltre discutibile l’inclusione dei “piani di sicurezza” nella potestà esclusiva dello Stato, distinguendoli dalla sicurezza nei luoghi di lavoro per cui è prevista la legislazione concorrente.

Per quel che concerne l’ istituto del “collaudo” che fa parte dell’ambito oggettivo dell’esecuzione del contratto non esisterebbe nessun titolo che giustifichi il condizionamento statale su una disciplina regionale che, regolando la materia, preveda l’adozione di atti finalizzati ad assicurare comportamenti uniformi alle stazioni appaltanti nella realizzazione dei lavori pubblici di interesse regionale.

Infine con riguardo all’ultimo periodo del comma 3 art. 4, non appare giustificabile la compressione di tutti i poteri regionali in ragione all’attribuzione allo Stato della competenza esclusiva in materia di “tutela dei beni culturali”.

L’entrata in vigore dell’art 4 ha determinato una situazione di incertezza del quadro normativo di riferimento, ponendo il delicato problema dell’impatto del codice dei contratti sulla previgente legislazione regionale, in particolare in relazione alle materie definite di competenza esclusiva dello Stato.

La Regione ha dovuto far fronte anche alle more della definizione del giudizio pendente in capo alla Corte costituzionale poiché è sorta l’esigenza di dettare una serie di criteri oggettivi e interpretativi per supportare le stazioni appaltanti qualora la medesima disciplina fosse disciplinata in modo difforme sia nella legge regionale sia nel codice dei contratti.

Infatti è intervenuta con un atto di indirizzo D.G.R. n. 2155 del 4 luglio 2006 in cui fornisce delle indicazioni di carattere generale alle stazioni appaltanti invitandole ad applicare la legge regionale. Nel provvedimento viene effettuata un’attività di interpretazione per cercare di attribuire il significato dell’art. 4 del Nuovo codice e di correlarlo con la già esistente legge regionale⁴⁵.

La Regione anche un anno dopo, con la D.G.R. n. 310 del 13 febbraio 2007 ha adottato ulteriori linee guida, integrative di quelle a suo tempo adottate con la D.G.R. 2155 del 2006 per confermare le indicazioni fornite in quest’ultimo provvedimento ed elencare alcuni criteri spiccatamente operativi per il coordinamento della previgente normativa regionale.

Tuttavia la questione è stata risolta dalla Corte Costituzionale il 23 novembre 2007 con la sentenza n. 401. In tale occasione la Corte si è pronunciata sui ricorsi presentati dalle Regioni Veneto, Toscana, Piemonte, Lazio, Abruzzo e della provincia autonoma di Trento, facendo salvo il Codice degli appalti⁴⁶.

Infatti il Codice degli appalti ha passato il vaglio della Corte e i ricorsi dei governatori sono stati respinti, pertanto le regioni non potranno legiferare in maniera difforme dal Codice sulle materie che riguardano la concorrenza, il subappalto, i piani di sicurezza, la progettazione e il contratto, mentre hanno la competenza esclusiva sull’organizzazione amministrativa.

⁴⁵ Ad esempio in relazione alla “ tutela della concorrenza ”, la Regione Veneto, così come ha ampiamente argomentato nel ricorso presentato alla Corte costituzionale, ha ribadito che neppure il richiamo alla “ tutela della concorrenza ” spettante allo Stato può vincolare le regioni con un insieme di norme dettagliate ed eterogenee, tutte indiscriminatamente accomunate dal vincolo della inderogabilità. Infatti ha richiamato le sentenze n. 14 del 2004 e n. 272 del 2004 in cui la Corte Costituzionale sottolineava che gli interventi statali in materia di concorrenza devono essere “ disposti in una relazione ragionevole e proporzionata rispetto agli obiettivi attesi ” e “ rispettare i principi di proporzionalità e adeguatezza, ritenendo censurabili disposizioni statali tanto dettagliate da risultare ingiustificate e non proporzionate rispetto all’obiettivo della tutela della concorrenza con conseguente illegittima compressione dell’autonomia regionale ”.

⁴⁶ Significativo al riguardo è l’articolo di A. MASCOLINI, *Promosso il Codice degli appalti*, pubblicato in *Italia Oggi* il 24 novembre 2007, pag. 40 (www.cortecostituzionale.it)

Il punto più critico sollevato dai ricorsi, riguardava la legittimità costituzionale del comma 3 dell'art 4 del Codice che prescrive che le regioni non possano adottare una disciplina diversa da quella espressa nel Codice stesso in una serie di ambiti che vanno dalla qualificazione e selezione dei concorrenti, alle procedure di affidamento, al subappalto, all'attività di progettazione e ai piani di sicurezza, al contenzioso e ai contratti in cui sono compresi la direzione dell'esecuzione dei lavori, la contabilità e il collaudo ad eccezione dei profili di organizzazione e contabilità amministrative.

La Corte costituzionale dichiara legittima tale norma dichiarando infondate le motivazioni portate dalle regioni nei ricorsi.

Giustifica la sua posizione mettendo in evidenza la " sussistenza di un titolo di legittimazione dello Stato a disciplinare, in via esclusiva, i profili di attività indicati dalla norma impugnata e consente allo Stato l'adozione di una normativa non soltanto di principio, ma anche di dettaglio, avente carattere esaustivo ".

Per la Corte in queste materie lo Stato ha una competenza esclusiva che rende effettivo lo svuotamento della potestà legislativa regionale su profili centrali della materia⁴⁷.

Tuttavia è condivisibile la posizione della Corte costituzionale poiché se fosse possibile che le regioni di legiferassero in maniera difforme da quella del Codice, anche se venissero posti dei punti fermi si verrebbe a creare una situazione di confusione tale da permettere la violazione dei principi di par condicio e parità di trattamento in virtù del fatto che lo stesso istituto in questione pone delle problematiche basilare che devono essere innanzitutto risolte a livello statale.

D'altro canto vengono dichiarate inammissibili le norme del Codice sulla composizione delle commissioni giudicatrici e la nomina dei commissari in quanto attengono alla materia dell'organizzazione amministrativa e deve avere quindi avere carattere recessivo rispetto alle norme regionali laddove siano previste e difformi da quelle statali. Anche l'art. 98 comma 1 è stato dichiarato incostituzionale perché disponendo che l'approvazione del progetto definitivo da parte del consiglio comunale costituisce variante urbanistica a tutti gli effetti, pone una tale inderogabilità da parte delle regioni che non è legittima sotto il profilo costituzionale.

Alla luce di tale sentenza⁴⁸, alle regioni non rimane altro che una rivisitazione delle normative regionali tenendo conto dei principi statali, in quanto ad esse rimane una competenza normativa solo per le materie riguardanti l'organizzazione amministrativa.

Per quel che attiene invece, la definizione dei caratteri procedurali del dialogo competitivo, la legge regionale veneta rappresenta un precedente interessante.

Essa ha addirittura anticipato la direttiva comunitaria fornendo una propria disciplina del dialogo competitivo.

⁴⁷ Per fare un esempio, la Corte Costituzionale, ritiene che " le procedure di affidamento " rientrino nell'ambito della " tutela della concorrenza " da intendersi come " concorrenza per il mercato " per cui emerge l'esigenza di adottare procedure uniformi nella scelta del contraente idonee a garantire e a rispettare i principi di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità.

⁴⁸ Questi sono i punti chiave della sentenza 401 del 2007:

- Il codice e il suo regolamento di attuazione vincolano al regioni nelle materie di competenza esclusiva dello Stato
- Sono riconducibili alla tutela della concorrenza e quindi vincolano le regioni, le norme del Codice in materia di qualificazione e selezione dei concorrenti, procedure di affidamento, criteri di aggiudicazione, subappalto, attività di progettazione e piani di sicurezza.
- Le regioni hanno potestà legislativa nelle materie attinenti l'organizzazione amministrativa.
- Sono incostituzionali le norme del codice sulla composizione delle Commissioni giudicatrici, sulla nomina dei commissari e sull'approvazione dei progetti.

Tale precedenza solleva ovviamente alcuni dubbi sulla congruenza della legge regionale con la normativa comunitaria poi recepita dal codice dei contratti pubblici.

Da una prima analisi è evidente che la disciplina riportata all'art 64⁴⁹ della legge regionale è più scarna rispetto a quella che si ritrova all'art 29 della direttiva 2004/18/CE⁵⁰ anche se vi sono alcuni elementi che si assomigliano e che condurrebbero *in prima facie* ad affermare la validità della legge regionale.

Innanzitutto ci sono dei profili di affinità nella nozione di “ appalto particolarmente complesso ” che si discosta solo minimamente da quella comunitaria, non considerando l'impossibilità di definire l'impostazione giuridica di un appalto fra quelle ascrivibili alla oggettiva e non colpevole “ ignoranza ” delle stazioni appaltanti: in questo caso il legislatore regionale ha optato per un'impostazione più ragionevole della nozione “ appalto particolarmente complesso ”, essendo improbabile che un'amministrazione non conosca la legge che è tenuta a rispettare e applicare nel proprio svolgimento di funzioni.

È in linea con la disciplina presentata dalla direttiva anche l'unico criterio di aggiudicazione previsto, ovvero quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Maggiori incongruenze si verificano invece nella descrizione della procedura per l'applicazione del dialogo competitivo.

Infatti sebbene anche nella legge regionale la procedura sia configurata bifasicamente, diversa ne è la portata generale e la funzione della prima fase. Mentre nella direttiva è finalizzata a individuare le soluzioni idonee e a risolvere un “problema amministrativo” dopo aver selezionato i candidati e aver con loro dialogato, nella legge regionale veneta la fase si trasforma in una gara per la selezione dei concorrenti con cui, espletata la gara si cercano di individuare successivamente i mezzi e le soluzioni più idonee a realizzare l'intervento. Al contrario, secondo la normativa comunitaria la selezione dei concorrenti avviene secondo criteri espressi agli art 45-52 a cui seguirà l'avvio del dialogo.

In poche parole nella legge regionale del Veneto mancherebbe un'attenzione particolare al momento caratterizzante la procedura e cioè quello in cui si svolge il dialogo vero e proprio.

Un'ulteriore incongruenza si avverte nella previsione della facoltà da parte dell'amministrazione di ridurre il numero di concorrenti abilitati a presentare un'offerta finale. Mentre nella direttiva questa possibilità è concessa nella fase del dialogo, nella legge regionale è espressa in quella dell'aggiudicazione e ciò comporterebbe una violazione della *par condicio* perché alcuni candidati pur

⁴⁹ Art 64 della legge regionale 27 del 2003:

- 1) In caso di progettazione, affidamento e realizzazione di interventi particolarmente complessi, è ammesso il ricorso alla procedura di aggiudicazione dell'appalto attraverso il dialogo competitivo, a condizione che il criterio di assegnazione del relativo contratto sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.
- 2) Ai fini di cui al comma 1 un intervento è considerato particolarmente complesso allorché rispetto al medesimo l'amministrazione aggiudicatrice non è oggettivamente nelle condizioni di definire i mezzi tecnici o finanziari necessari alla sua realizzazione.
- 3) Per l'espletamento della procedura dell'appalto attraverso il dialogo competitivo le amministrazioni aggiudicatrici indicano una gara per la selezione dei candidati con i quali individuare i mezzi e le soluzioni idonee alla realizzazione dell'intervento. Le amministrazioni aggiudicatrici, sulla base degli elementi informativi acquisiti all'esito della gara invitano tutti i partecipanti candidati o un numero ristretto di questi a presentare un'offerta al fine di determinare quella economicamente più vantaggiosa.
- 4) Un apposito regolamento definisce le regole e i criteri per l'espletamento della procedura di aggiudicazione dell'appalto attraverso dialogo competitivo.

⁵⁰ Come punto di riferimento per la comparazione viene adottata la direttiva comunitaria poiché il Nuovo codice degli appalti riproduce pressoché pedissequamente buona parte della normativa comunitaria in tema di dialogo competitivo.

avendo partecipato alla fase del dialogo e aver prodotto uno sforzo elaborativo progettuale non sarebbero ammessi alla fase successiva.

Inoltre nella legge regionale in questione non sarebbe prevista la possibilità di richiedere precisazioni o chiarimenti sulle offerte, non chiarisce che le stesse offerte devono essere basate sulle proposte avanzate da ciascun candidato nel corso del confronto col soggetto pubblico per evitare il fenomeno dello “*cherry picking*” e non c’è un espresso divieto in carico alle stazioni appaltanti di rivelare agli altri concorrenti le informazioni privilegiate comunicate da uno di essi.

Per tutte queste ragioni sorgono numerosi dubbi in merito alla effettiva concorrenzialità e trasparenza della procedura così come descritta dalla legge regionale. Manca infatti un livello minimo di garanzie che possa tutelare ogni singolo concorrente durante la procedura, ma soprattutto manca quel nucleo fondamentale di principi, sempre ribaditi a livello europeo della concorrenza, *par condicio* e non discriminazione.

Tuttavia l’istituto così come previsto nelle legge regionale, oltre che sulla base della normativa comunitaria, dovrà essere rivisitato alla luce di quanto esposto nella sentenza della Corte costituzionale 401 del 2007, tenendo conto dei limiti entro cui la Regione può esercitare la propria competenza legislativa.

.VII. Alla luce di quanto fin’ora analizzato in tema di dialogo competitivo, risulta evidente che tale istituto ha introdotto nel nostro ordinamento moltissimi aspetti di novità che, se da un lato permettono alla pubblica amministrazione di mantenersi al passo con l’evoluzione tecnologica e sociale, dall’altro nascondono delle pieghe in cui si possono verificare quelle problematiche e quelle difficoltà che hanno da sempre interessato la materia degli appalti, tra cui il reato di turbata libertà degli incanti.

L’art. 353⁵¹ del codice penale punisce infatti, il reato di turbata libertà degli incanti.

Secondo la prevalente dottrina l’oggetto giuridico si identificherebbe con la tutela della libertà e del regime di concorrenza nello svolgimento degli incanti, improntata a massima trasparenza delle procedure che realizzi un risultato equo e conveniente per la pubblica amministrazione.

Una diversa impostazione invece, ritiene che tali oggetti siano solo potenzialmente ed eventualmente tutelati dalla norma, che avrebbe riguardo alla protezione del solo regolare svolgimento della procedura.

La giurisprudenza tuttavia, tende a coniugare entrambe le impostazioni configurando nell’oggetto giuridico sia l’interesse della pubblica amministrazione alla regolarità della gara, sia l’interesse delle imprese concorrenti alla tutela della concorrenza, alle libere condizioni di accesso alla procedura e all’imparzialità nella scelta del concorrente aggiudicatario.

Il reato di turbata libertà degli incanti si estende anche alle gare che si svolgono in forme diverse da quelle prescritte dalla legislazione in materia di pubblici

⁵¹ Art. 353 del codice penale: “ Chiunque, con violenza o minaccia, o con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, impedisce o turba la gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private per conto di pubbliche amministrazioni, ovvero ne allontana gli offerenti, è punito con la reclusione fino a due anni e con la multa da 103 euro a 1032 euro.

Se il colpevole è persona preposta dalla legge o dall’Autorità agli incanti o alle licitazioni suddette, la reclusione è da uno a cinque anni e la multa da 516 euro a 2.065 euro.

Le pene stabilite in questo articolo si applicano anche nel caso di licitazioni private per conto di privati, dirette da un pubblico ufficiale o da persona legalmente autorizzata; ma sono ridotte alla metà.

incanti o di licitazioni private⁵² e la nozione di “ persona preposta ” non è limitata a colui che presiede o dirige la gara, ma comprende tutti coloro che svolgono funzioni essenziali nel procedimento amministrativo relativo, essendo rilevante al riguardo solo il fatto che il comportamento posto in essere provochi una lesione del principio della libera concorrenza che la norma intende tutelare a garanzia degli interessi della pubblica amministrazione.

Per quel che concerne l'elemento oggettivo, la Corte di Cassazione⁵³ ha voluto chiarire la portata della condotta che integra la fattispecie di reato sottolineando che “ la condotta di turbamento si verifica quando si altera il normale svolgimento della gara attraverso l'impiego di mezzi tassativamente previsti dalla norma incriminatrice ”, esplica inoltre quali siano tali mezzi chiarendo che “ la *collusione* va intesa come ogni accordo clandestino diretto ad influire sul normale svolgimento delle offerte, mentre il mezzo fraudolento consiste in qualsiasi artificio, inganno o menzogna concretamente idoneo a conseguire l'evento del reato, che si configura non soltanto in un danno immediato ed effettivo, ma anche in un danno mediato e potenziale, dato che la fattispecie prevista dall'art 353 Cod. pen. si qualifica come reato di pericolo⁵⁴.

Al di là di quanto previsto all'art 353 del codice penale, a chiarire la definizione, i soggetti attivi l'applicazione e le condotte che provocano il reato sono stati gli interventi della Corte di cassazione che ha spesso dato una lettura estensiva alla norma in questione.

Ciò permette di estendere una possibile configurabilità del reato della turbativa d'asta anche a istituti quali il dialogo competitivo che non sono menzionati nell'art 353 del codice penale ma che per loro natura si prestano a comportamenti che possono integrare la fattispecie di reato.

Innanzitutto è stata la stessa Cassazione che nella sentenza n. 79552 del 1995, ha esteso l'applicazione del reato ad altre procedure oltre che ai pubblici incanti e alla licitazione privata⁵⁵. Pertanto anche durante il dialogo competitivo si potrebbe verificare tale reato sia perché la norma non lo esclude sia perché la Cassazione ne ha dato questa interpretazione estensiva.

⁵² Il reato è configurabile anche nelle *gare informali* in cui la pubblica amministrazione pur non essendovi tenuta procede alla consultazione di imprese private tra loro in concorrenza, decidendo così di porre un limite alla propria attività, limite che non è previsto legislativamente, ma che essa deve comunque rispettare.

Tale estensione, permette di aprire una prima strada verso una possibile configurabilità del reato di turbata libertà degli incanti anche alla nuova procedura del dialogo competitivo.

⁵³ Cassazione penale, Sez. VI 17 luglio 1998 n. 8443 in www.cassazione.net

⁵⁴ Infatti ciò che ha importanza non è la ricerca dell'evento effettivo, ma la semplice esposizione a pericolo del bene tutelato. ” Il reato di turbata libertà degli incanti è reato di pericolo, che si realizza, indipendentemente dal risultato della gara, quando questa sia fuorviata dal suo normale svolgimento, attraverso le condotte tipiche descritte dalla norma, le quali alterino il gioco della concorrenza, che deve liberamente svolgersi sia a tutela dell'interesse dei privati partecipanti, sia a garanzia dell'interesse della Pubblica Amministrazione all'aggiudicazione al miglior offerente. Non è necessario, perché il reato si verifichi, anche nella forma aggravata prevista dal capoverso dell'art. 353 cod. pen., che siano posti in essere atti concretanti violazioni di legge, essendo sufficiente qualsiasi irregolarità che impedisca o alteri il confronto delle offerte, purché compiuta attraverso le condotte tipiche descritte dalla norma. (Fattispecie nella quale la commissione alla quale era affidato il compito di giudicare, sulla base di parametri predeterminati, le varie offerte per l'aggiudicazione dell'appalto, dapprima scelse la ditta vincitrice e solo in seguito passò all'attribuzione dei punteggi).” Cass. pen. Sez. VI, sent. n. 11984 del 22-12-1997 in www.ricercagiuridica.com

⁵⁵ Cassazione Penale Sezione VI sentenza n. 79552 del 18.07.1995 in www.ricercagiuridica.com “ La previsione di cui all'art. 353 cp (turbata libertà degli incanti) si estende anche alle gare che si svolgono in forme diverse da quelle prescritte dalla legislazione in materia di pubblici incanti o di licitazioni private e la nozione di persona preposta non è limitata a colui che presiede o dirige la gara, ma comprende tutti coloro che svolgono funzioni essenziali nel procedimento amministrativo relativo, rilevante essendo al riguardo solo il fatto che il comportamento posto in essere provochi la lesione del principio della libera concorrenza, che la norma intende tutelare a garanzia degli interessi della Pubblica Amministrazione ”.

Per quel che riguarda gli elementi oggettivi, sono prescritti dall'art 353 del codice penale, tuttavia anche in questo caso la Cassazione si è più volte espressa.

Innanzitutto specifica che oltre che attraverso le condotte tipizzate nella norma, il reato si può commettere attraverso altri mezzi fraudolenti⁵⁶ che non sono individuati dal legislatore. Nomina anche il mendacio che costituisce un mezzo fraudolento qualora provenga dagli organi addetti alle procedure di evidenza pubblica.

Prevede che possano ritenersi mezzi fraudolenti tutti quei mezzi che sono concretamente idonei a conseguire l'effetto e devono essere individuati in ogni artificio, inganno, menzogna usati per alterare il regolare funzionamento e la libera partecipazione alla gara. Quindi anche un'offerta al ribasso assolutamente anomala ed economicamente ingiustificata, effettuata nella consapevolezza che essa concorra in modo del tutto prevalente a determinare a livello minimo la cosiddetta offerta media, idonea ad identificare l'aggiudicatario della gara, può integrare l'artificio sufficiente ad impedire o turbare il regolare gioco della concorrenza⁵⁷.

In una sentenza del 2001 la Suprema Corte dichiara che tra le condotte incriminatrici vi rientrano l'accordo collusivo tra gli interessati diretto a influenzare la libera concorrenza nella gara, pure attraverso il comportamento omissivo di taluno dei partecipanti.

Oltre a ciò occorre sottolineare che il reato può commettersi non solo nel momento preciso in cui si svolge la gara ma anche nel complesso del procedimento, purché il comportamento posto in essere provochi una violazione della libera concorrenza⁵⁸.

Alla luce di queste letture interpretative dell'art 353 del codice penale offerte dalla Corte di Cassazione è chiaro che anche nel dialogo competitivo si possono dar luogo a comportamenti che conducono alla commissione del reato di turbata libertà degli incanti.

Più specificatamente appare opportuno ritenere che vi sono alcune disposizioni in merito al dialogo competitivo che se non sono chiarite o interpretate nella giusta direzione potrebbero dar luogo a comportamenti ambigui tali da integrare e in alcuni casi "quasi ad ammettere" il reato di turbata libertà degli incanti.

In particolare viene messo in discussione il comma 14 dell'art 58 del Codice degli appalti⁵⁹ là dove è previsto che dopo che le offerte siano state presentate da parte dei concorrenti, la Pubblica amministrazione possa richiedere delle informazioni e dei chiarimenti in merito alle offerte stesse.

Tale comportamento potrebbe spingere la Pubblica amministrazione a favorire un'impresa privata rispetto un'altra, indirizzandola attraverso la richiesta di

⁵⁶ "Il reato di perturbata libertà degli incanti può commettersi oltre che nei modi specificatamente tipizzati in detta norma (violenza, minaccia, doni, promesse, collusioni), anche con mezzi fraudolenti diversi dalla collusione e non individuati nominativamente dal legislatore. Anche il mendacio può costituire mezzo fraudolento quando provenga dagli organi addetti ai pubblici incanti o preposti a una fase qualsiasi dell' iter formativo del relativo procedimento concorsuale". Cfr. Cassazione penale, Sez. VI, sent. N. 8259 del 30/08/1993 in www.ricercagiuridica.com

⁵⁷ Cassazione penale, Sez. VI, sent. N. 9062 del 15/07/1999 in www.ricercagiuridica.com

⁵⁸ "In materia di turbata libertà degli incanti, la turbativa può essere non soltanto nel momento preciso in cui la gara si svolge, ma anche nel complesso procedimento che porta alla gara o fuori di questa: ciò che ha rilievo è solo il fatto che il comportamento posto in essere provochi quella lesione del principio della libera concorrenza che la norma penale intende tutelare a garanzia degli interessi della Pubblica Amministrazione". Cfr. Cassazione penale, Sez. VI, sent. N. 9845 del 20/09/1991 in www.ricercagiuridica.com

⁵⁹ Art 58 comma 14 del decreto legislativo 163 del 2006 : "Su richiesta delle stazioni appaltanti le offerte possono essere chiarite, precisate e perfezionate. Tuttavia tali precisazioni, chiarimenti, perfezionamenti o complementi non possono avere l'effetto di modificare gli elementi fondamentali dell'offerta o dell'appalto quale posto in gara la cui variazione rischi di falsare la concorrenza o di avere un effetto discriminatorio".

informazioni e di chiarimenti a modificare l'offerta inserendo degli elementi prescelti dalla stessa amministrazione, magari in virtù di un accordo prestabilito tra quest'ultima e il concorrente favorito⁶⁰.

Sarebbe evidente in questo caso la lesione del principio della libera concorrenza che provocherebbe una vera e propria turbativa d'asta e la condotta della pubblica amministrazione sarebbe niente meno che uno dei mezzi fraudolenti, consistente in qualsiasi artificio, inganno o menzogna idonei a conseguire l'evento del reato.

In poche parole la "richiesta di informazioni e chiarimenti" potrebbe rappresentare un artificio attraverso cui la pubblica amministrazione raggiungerebbe il proprio scopo, quello di ottenere una offerta con delle caratteristiche da essa predeterminate favorendo da un lato un'impresa e turbando dall'altro la libera concorrenza che la norma penale intende tutelare.

Il problema però è che una tale condotta è consentita dalla legge perché è l'art 58 al comma 14 a prevedere tale possibilità per la pubblica amministrazione, anche se si preoccupa di sottolineare che le precisazioni e i chiarimenti non possono modificare gli elementi fondamentali dell'offerta in modo tale da sfalsare la concorrenza o avere un effetto discriminatorio.

Tuttavia il confine tra la legalità e la realizzazione del reato in questo caso è fortemente labile e a mio parere in una procedura come il dialogo competitivo che prevede l'aggiudicazione in base all'offerta economicamente vantaggiosa un siffatto reato è facilmente occultabile. Infatti l'offerta economicamente più vantaggiosa rispetto a quella del prezzo al ribasso è soggetta a maggiori valutazioni discrezionali che possono nascondere delle situazioni non sempre chiare. In questo caso con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa si potrebbe giustificare la scelta di un concorrente piuttosto che un altro in seguito alla richiesta di quelle informazioni in realtà consistenti in un mezzo fraudolento per raggiungere gli obiettivi della pubblica amministrazione cadendo nel reato di turbata libertà degli incanti.

Anche in questo caso, la previsione dell'art 58 comma 14 potrebbe rappresentare una *chance* in più sia per i concorrenti sia per l'amministrazione pubblica che attraverso la richiesta di informazioni a offerte già presentate avrebbero la possibilità di dar vita ad un'altra sorta di dialogo precisando nuovamente i punti oscuri del progetto e alcuni elementi dell'offerta prima dell'aggiudicazione finale, ma la portata di questa norma va certamente chiarita.

Sarà necessario definire su quali elementi la pubblica amministrazione potrà chiedere chiarimenti e fino a che punto possono essere apportate precisazioni e modificazioni, e ancora se l'amministrazione è obbligata a tenere tale condotta con tutti i concorrenti per evitare discriminazioni oppure se può rivolgersi solo ad un'impresa relativamente ai suoi interessi.

Con una disposizione così come riportata nel comma 14, ovvero se non vengono posti dei limiti ben precisi e ben definiti sarà molto facile cadere nel reato di turbata libertà degli appalti è ciò che è più grave è che vi sarebbe una legge a consentirlo.

⁶⁰ L'accordo potrebbe consistere in uno "scambio di favori tra la Pubblica amministrazione" e il concorrente favorito, un accordo collusivo che mira a sfalsare la regolarità della procedura posto in essere prima della gara stessa e perfezionatosi dopo di questa attraverso il chiarimento richiesto dalla pubblica amministrazione a offerta già presentata, nel caso in cui non dovesse presentare i caratteri prestabiliti. Infatti anche la sent. 9845 del 20/09/1991 della sez. VI Cassazione penale (in www.ricerca.giuridica.com) ammette che il reato possa essere posto in essere non solo in un momento preciso in cui si svolge una gara, ma anche nel complesso procedimento che porta alla gara o fuori di questa.

Tuttavia una tale problematica, al di là della concreta situazione prevista nell'art. 58, comma 14, va ad incidere sulla natura stessa del dialogo competitivo o meglio sulle ragioni che hanno spinto la direttiva comunitaria ad introdurre questa procedura e l'ordinamento italiano a recepirla.

Infatti una delle motivazioni che hanno indotto il legislatore ad adottare il dialogo competitivo nel Nuovo codice degli appalti è stata la necessità di superare la disciplina della Legge Merloni che cercava di ridurre la discrezionalità della pubblica amministrazione.

Ma la flessibilità di tale istituto e la maggior discrezionalità affidata alla stazione appaltante che si esplica proprio nella possibilità di intervenire nella formazione del progetto con i concorrenti e di richiedere chiarimenti, integrazioni, modifiche, a offerte già presentate, al fine di aggiudicare l'appalto a colui che ha fatto l'offerta economicamente più vantaggiosa, nasconde delle questioni da non sottovalutare.

Infatti se è certamente condivisibile l'affermazione del Presidente dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato⁶¹ che “ flessibilità non significa necessariamente illegittimità ”, credo sia comunque opportuno che i confini di tale flessibilità e discrezionalità siano circostanziati da limiti ben precisi al fine di evitare che in disposizioni legislative apparentemente corrette si nascondano dei comportamenti lesivi dei principi cardine in materia di appalti, così come si è visto potrebbe verificarsi nell'ipotesi prevista dall'art. 58 comma 14.

Infine è rilevante notare come alcune condotte previste nel dialogo competitivo come la possibilità con previo consenso del concorrente interessato di divulgare le soluzioni da quest'ultimo prospettate agli altri operatori, e la possibilità per la PA di chiedere chiarimenti a offerte già presentate, oltre ad avere il rischio di degenerare in comportamenti integranti la fattispecie di reato di turbativa d'asta, possono intaccare il principio di segretezza.

Il principio di segretezza è fondamentale nel nostro ordinamento in tema di appalti, ma con l'introduzione del dialogo competitivo deve essere bilanciato con quello della libera concorrenza, anche perché una procedura basata su un rigido sistema di segretezza rischia di impedire la sana competitività tra gli operatori. Pertanto se si vorrà applicare l'istituto del dialogo competitivo sarà necessario trovare un punto di equilibrio tra i due istituti.

.VIII. Durante l'analisi di questo istituto sono emerse numerose questioni, a volte, apparentemente, di secondaria importanza, ma che se non sono risolte possono dar luogo ad equivoci o interpretazioni scorrette.

Ad esempio anche al comma 12 dell'art 37 del T.U. degli appalti⁶² si nasconde uno dei profili di criticità del dialogo competitivo per alcuni aspetti legato anche al tema della turbata libertà degli incanti.

Infatti il comma 12 nel dettare la disciplina afferente ai raggruppamenti temporanei e ai consorzi ordinari di concorrenti, ha confermato la possibilità per l'operatore economico invitato individualmente a procedure ristrette o negoziate, tra cui il dialogo competitivo, la facoltà di presentare offerta o di trattare per sé o quale mandatario di operatori riuniti.

⁶¹ A. CATRICALA', *Parte introduttiva* in T. Tessaro (a cura di) *Il nuovo codice dei contratti di lavori, servizi e forniture. Atti del convegno in onore di Alberto de Roberto (Venezia, 2-3 dicembre 2006)*, Rimini, Maggioli, 2007, p. 67.

⁶² Art 37 comma 12 del decreto legislativo 163 del 2006: “In caso di procedure ristrette o negoziate, ovvero di dialogo competitivo, l'operatore economico invitato individualmente, o il candidato ammesso individualmente nella procedura di dialogo competitivo, ha la facoltà di presentare offerta o di trattare per sé o quale mandatario di operatori riuniti”.

Sorge però una domanda di estrema importanza: ovvero se il soggetto individualmente ammesso alla fase di prequalificazione possa riservarsi di presentare offerta congiuntamente ad altri soggetti prequalificati oppure anche con operatori che non abbiano superato la fase di prequalificazione; e ancora se non sarebbe più opportuno che l'operatore si presentasse direttamente come mandatario di un raggruppamento e non che tale consorzio si costituisse dopo la fase di prequalificazione.

Appare chiaro che se tutto ciò fosse ammesso verrebbe alterata la fase preselettiva e sarebbe turbato il principio di libera concorrenza soprattutto perché i soggetti partecipanti alla gara non potrebbero avere piena certezza dei concorrenti fino alla presentazione delle domande e quindi potrebbero verificarsi delle situazioni di discriminazione. Ed anzi nulla vieta di pensare che la decisione di essere "mandatario" e presentare un'offerta per conto di altri concorrenti che potrebbero non avere nemmeno superato la preselezione, sia la conseguenza di un accordo collusivo che mira a turbare l'andamento della gara d'appalto⁶³.

Inoltre ci sarebbe il rischio che fossero indirettamente ammessi a presentare un'offerta o alla fase del dialogo operatori che non avessero avuto nemmeno i requisiti necessari per superare la fase di preselezione.

Tuttavia l'indirizzo giurisprudenziale⁶⁴ fino ai primi mesi del 2006 ammetteva la possibilità di modifiche soggettive nelle associazioni temporanee d'impresa nella fase del procedimento tra la prequalificazione e la presentazione dell'offerta e ammetteva altresì la partecipazione congiunta di soggetti disgiuntamente prequalificatisi.

La giurisprudenza supportava la propria tesi dichiarando che la fase di prequalifica è nettamente separata dalla gara vera e propria in virtù della lettera d'invito da un lato e dalla presentazione delle offerte dall'altro, pertanto le regole generali in tema di immodificabilità dei soggetti partecipanti, della segretezza delle offerte e del divieto di reciproci accordi non possono essere applicate fino all'inizio della gara vera e propria.

Inoltre considerando distinte le due fasi di prequalificazione e presentazione delle offerte, la partecipazione congiunta di soggetti disgiuntamente qualificatisi non lede né la libera concorrenza né la *par condicio* poiché sarebbe un'espressione della autonomia imprenditoriale, e poiché coerente con la *ratio* dell'A.T.I. come strategia per concorrere utilmente all'aggiudicazione, sarebbe prevedibile da parte degli altri partecipanti e sarebbe priva di potenziale alterazione della regolarità della competizione.

Infine era ammesso che un soggetto invitato alla gara potesse modificare la propria composizione nel periodo intercorrente tra le due fasi, purché tali modifiche non incidessero negativamente sulla qualificazione del soggetto medesimo e sul possesso dei necessari requisiti⁶⁵.

Sul tema però si era espressa anche l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato con il parere n. AS251 già il 7 febbraio 2003, sottolineando il rischio che

⁶³ E ciò anche in virtù del fatto che come detto nella parte dedicata alla turbata libertà degli incanti non è identificato un preciso momento della gara in cui si possa commettere il reato, che è reato di pericolo e la condotta che lo integra dev'essere un comportamento che altera la gara e viola i principi di libera concorrenza e *par condicio* favorendo alcuni concorrenti a discapito di altri.

⁶⁴ Cons. Stato, Sez. V, n. 5309 del 18/10/2003 in www.giustiziamministrativa.it : "vanno ritenute legittime le offerte congiuntamente presentate da imprese appositamente e tempestivamente raggruppate e che resta del tutto irrilevante ai fini che qui rilevano, la circostanza che, nelle procedure indette con il metodo della licitazione privata, la costituzione dell'a.t.i. sia intervenuta dopo la fase di prequalificazione (e tra imprese singolarmente invitate)".

⁶⁵ Pertanto il giudizio di idoneità tecnico economica dei partecipanti deve essere effettuato su ogni candidato a prescindere da un'istanza partecipativa congiunta in vista della costituzione di un raggruppamento temporaneo

un tale sistema si potesse evolvere in uno strumento di collaborazione restrittivo della concorrenza attuale o potenziale tra imprese. Pertanto aveva auspicato che le stazioni appaltanti, pur nel silenzio della legge limitassero a casi eccezionali la possibilità di associarsi in A.T.I. da parte di due o più imprese che singolarmente sarebbero state in grado di soddisfare i requisiti finanziari e tecnici per poter partecipare alla gara, al fine di garantire che l'appalto avesse luogo alle condizioni emerse come risultato di un confronto concorrenziale tra una pluralità di contraenti privati alternativi.

È stato l'orientamento dell'Autorità Garante⁶⁶ della Concorrenza e del Mercato a provocare un cambiamento di rotta nel Consiglio di Stato, Sezione VI, che ha rivoluzionato il precedente indirizzo giurisprudenziale con la sentenza 8 marzo 2006 n. 1267.

In tale sentenza viene affermato il divieto per i concorrenti prequalificati individualmente di concorrere in A.T.I. per presentare un'offerta congiunta e ciò su la base di alcune considerazioni:

- innanzitutto il procedimento di evidenza pubblica è caratterizzato da una sostanziale unitarietà e si apre con la pubblicazione del bando e si conclude con l'aggiudicazione definitiva;
- la richiesta di partecipare ad una procedura competitiva costituisce perciò un atto che ascrive immediatamente la veste di competitore, determinando l'avvio della gara con la conseguente applicazione dei principi di *par condicio* immodificabilità della veste giuridica e di immodificabilità di una dialettica collaborativa tra imprese concorrenti. La scelta di concorrere individualmente o in A.T.I. costituenda o già costituita deve essere compiuta all'inizio della procedura di gara;
- l'ammissione indiscriminata dell'accorpamento dei soggetti prequalificatisi comporterebbe uno snaturamento dell'associazione temporanea che da istituto pro-competitivo volto ad ampliare le *chance* di partecipazione in capo a imprese non dotate dei requisiti individuali di partecipazione diventerebbe un fattore anticompetitivo e anticoncorrenziale;
- le norme che consentono una modifica della veste giuridica vanno intese nel senso dell'ampliamento della platea dei partecipanti e non della ammissione di accordi tra imprese individualmente concorrenti e in questa veste prequalificate.

La sentenza n. 1267/2006 del Consiglio di Stato deve sicuramente condividersi per le conclusioni alla quale perviene soprattutto in riferimento ad una procedura come il dialogo competitivo che già presenta di per sé molti dubbi e molte perplessità che non permettono un'applicazione serena di quest'ultimo istituto poiché i principi tanto enunciati di libera concorrenza e *par condicio* rischiano di essere costantemente lesi.

Infatti se fosse possibile per i concorrenti invitati o presentatisi individualmente presentare in un secondo momento offerte rappresentando anche altre imprese che non abbiano superato o che non abbiano partecipato alla preselezione si verrebbe a creare una situazione di assoluta incertezza. E tale incertezza è incrementata ancor più da alcuni aspetti critici che fanno parte della natura o della procedura del dialogo competitivo.

Innanzitutto nel dialogo competitivo manca un bando considerato *lex specialis* così come nelle procedure di evidenza pubblica ordinarie che permetta di definire

⁶⁶ Cons. di Stato, Sez. VI, 8 marzo 2006, n. 1267 in www.giustizia-amministrativa.it

preventivamente le disposizioni e i criteri stabiliti e assunti dalla pubblica amministrazione per l'appalto in oggetto. Ciò rappresenta un passo avanti se si vuole accrescere la discrezionalità e la flessibilità della procedura ma a discapito della certezza: infatti la stessa Commissione europea nella Comunicazione interpretativa 2006/C 179/02 aveva ribadito la necessità che tutti partecipanti conoscessero in anticipo le regole applicabili e avere la certezza che fossero applicate allo stesso modo tra tutti gli operatori. Pertanto stando all'interpretazione della Commissione i gruppi di impresa e i consorzi temporanei dovrebbero costituirsi già nella fase preselettiva in modo tale da creare chiarezza e trasparenza nei confronti di tutti i concorrenti.

Inoltre la stessa mancata previsione di un verbale scritto della fase del dialogo, anche se la maggior parte della dottrina lo ritiene necessario, non dà stabilità perché in mancanza di dati scritti potrebbe essere difficile ricostruire la fase dialogica e soprattutto non sarebbe possibile verificare la correttezza dei comportamenti.

Altresì è interessante osservare che per comportamenti di questo tipo, scorretti, ma che non hanno un riscontro penale come per la turbativa d'asta, nell'art 58 del Nuovo codice non si fa alcuna menzione della responsabilità della pubblica amministrazione. Probabilmente bisognerà estendere la disciplina della responsabilità precontrattuale e contrattuale della pubblica amministrazione al dialogo competitivo nelle modalità previste per le altre procedure di aggiudicazione. Anche se credo che sia opportuno che il legislatore affronti questo aspetto in modo specifico per il dialogo competitivo perché è un istituto nuovo in cui la pubblica amministrazione gioca un ruolo diverso rispetto alle altre procedure e pertanto anche la responsabilità dovrà essere disciplinata in ogni suo aspetto.

Infine, per la natura stessa del dialogo come già in precedenza osservato la pubblica amministrazione si viene a trovare in una posizione di *asimmetria informativa* poiché non ha né i mezzi, né le conoscenze necessarie per determinare a priori il progetto che possa soddisfare il pubblico interesse, pertanto potrebbe addirittura essere facilmente influenzabile da quelle imprese partecipanti che sono indispensabili per la definizione dell'oggetto dell'appalto. Tale posizione di "subordinazione" della pubblica amministrazione potrebbe rappresentare la premessa per alcune condotte opinabili da parte delle imprese, come nel caso in questione quello di presentare un'offerta congiuntamente a operatori che non hanno partecipato al dialogo o non hanno superato la preselezione. Tali comportamenti potrebbero essere giustificati, per ipotesi dalla possibilità di presentare un'offerta economicamente più vantaggiosa in virtù del fatto che la riunione delle risorse del gruppo d'impresa formatasi potrebbe abbassare i costi e allo stesso tempo mantenere una certa qualità.

Possiamo trarre delle conclusioni provvisorie. Dopo aver delineato un quadro completo di ogni singolo aspetto del dialogo competitivo, tenendo conto delle caratteristiche e della natura del bando di gara pubblicato nelle procedure di aggiudicazione tradizionali ed evidenziando l'aspetto normativo comunitario e nazionale in seguito all'introduzione del decreto legislativo 163 del 2006, si possono trarre delle importanti conclusioni ed effettuare quelle valutazioni, di cui si accennava nelle premesse, in merito al nuovo istituto.

Le ragioni che hanno spinto il legislatore comunitario *in primis*, e in un secondo momento quello nazionale ad adottare il dialogo competitivo sono legate all'esigenza di flessibilità richiesta dall'evolversi della società, dell'economia e

della tecnologia che prevedono la realizzazione di opere sempre più complesse per soddisfare gli interessi generali.

La pubblica amministrazione non sempre ha a disposizione le conoscenze necessarie per redigere un progetto relativo alla miglior soluzione da adottare per il bene della collettività e deve ricorrere all'esperienza e alle nozioni tecniche degli operatori economici attraverso il dialogo competitivo.

Infatti la rigidità del sistema su cui sono impostate le tradizionali procedure ad evidenza pubblica, di cui il bando, in quanto *lex specialis* ne è un elemento caratterizzante non è in grado di soddisfare le esigenze degli appalti *particolarmente complessi* poiché in questo caso il bando deve preventivamente contenere l'oggetto dell'appalto e la sua definizione giuridica finanziaria sulla quale i soggetti partecipanti presenteranno l'offerta.

Già da tempo, l'intento del legislatore era quello di superare la disciplina derivante dalla Legge Merloni, che mirava a ridurre la discrezionalità della pubblica amministrazione, e di abbandonare l'idea dell'amministrazione come unica domina dell'idea e del progetto.

La soluzione si è presentata con il recepimento nel Nuovo codice del dialogo competitivo, un istituto in cui la discrezionalità della pubblica amministrazione è valorizzata, anzi è una caratteristica fondamentale per permettere all'amministrazione di condurre al meglio il dialogo tra i diversi operatori.

Tuttavia si tratta di un istituto estraneo alle tradizioni del nostro ordinamento e il legislatore, pur introducendolo nel decreto 163 del 2006 ha ommesso di chiarirne numerosi aspetti. Lo stesso De Lise, nelle presentazioni al codice tratta questo istituto sempre in via residuale e da ciò si deduce la scarsa importanza che riveste, probabilmente poiché c'è la consapevolezza che per un'applicazione soddisfacente e corretta, l'istituto necessita delle precisazioni.

Infatti la stessa discrezionalità affidata all'amministrazione, apparentemente rappresenta un aspetto positivo, poiché permette alla pubblica amministrazione che non è dotata delle conoscenze necessarie per definire un appalto *particolarmente complesso*, di muoversi e gestire la situazione con una certa flessibilità.

Solo un'amministrazione dotata di questo potere può guidare un dialogo tra i diversi operatori economici che s'impegnano a proporre le soluzioni ottimali al fine di redigere un progetto che possa soddisfare gli interessi della collettività.

Purtroppo però se questa discrezionalità non è adeguatamente bilanciata da norme certe può dar luogo a comportamenti scorretti o ad interpretazioni ambigue. Basti pensare, alle disposizioni analizzate precedentemente, che permettono alla PA di richiedere precisazioni, integrazioni, chiarimenti ai concorrenti a offerte già presentate. E' una condotta discrezionale che se non è disciplinata in modo più preciso potrebbe integrare la fattispecie di reato di turbata libertà degli incanti. O ancora la possibilità prevista anche per il dialogo competitivo, di presentare un'offerta o di partecipare al dialogo da parte di un gruppo o di un consorzio d'impresе tra cui una o più impresе non si sono presentate o non hanno superato la preselezione, può dar luogo a violazioni del principio di *par condicio* e parità di trattamento tra i concorrenti e creare incertezza.

Queste e altre disposizioni trattate nel capitolo precedente, sono le condotte ancora oscure e ambigue del dialogo competitivo, che se da un lato offrono delle vantaggiose e innovative possibilità per la pubblica amministrazione, permettendole di muoversi con maggior duttilità e di conseguire risultati migliori,

dall'altro rischiano di degenerare in violazioni dei principi fondamentali se non sono correttamente disciplinate.

Una delle soluzioni potrebbe essere quella di prevedere anche per il dialogo competitivo un bando di gara più dettagliato, ovvero un atto che abbia il valore di *lex specialis* che se anche non descriva l'oggetto e la portata economica dell'appalto, fissi con maggior chiarezza e puntualità alcuni criteri immodificabili che guidino la pubblica amministrazione durante tutta la procedura, fissando altresì delle regole concrete per segnare dei confini a tutte quelle condotte fortemente discrezionali. Mentre da quanto emerge dall'art 58 del Nuovo codice, non viene data molta importanza al bando, o meglio non sono indicati in modo più specifico i criteri e le disposizioni che debba contenere.

Tuttavia mi rendo conto che una tale operazione, in una procedura quale il dialogo competitivo, sia piuttosto complessa perché non è semplice effettuare un bilanciamento tra il bisogno di una maggior discrezionalità e quello di certezza. Infatti si può cadere nel rischio di soffocare la discrezionalità a favore della certezza, come è in parte avvenuto fino in questo momento con le tradizionali procedure di aggiudicazione, oppure si può sconfinare al di là della certezza a favore della discrezionalità con il rischio, come nel caso del dialogo competitivo di degenerare in comportamenti scorretti.

Un altro profilo non ancora risolto riguarda la partecipazione degli operatori economici che in questo istituto non si limitano a presentare un'offerta su un progetto già definito, ma mettono a disposizione il proprio bagaglio di conoscenze tecniche, economiche, spendendo molte energie per trovare insieme la soluzione più adatta per risolvere l'interesse in questione.

La procedura prevede che coloro che hanno partecipato alla redazione del progetto, ma che non si vedano aggiudicata la gara possano sperare in premi o incentivi, ma è una possibilità che deve essere sicuramente precisata in tutti i suoi aspetti, per impedire favoritismi o ancora discriminazioni tra le imprese partecipanti.

Collegata a tale questione, vi è la possibilità che con il consenso dell'operatore interessato possano essere divulgate tra i partecipanti alcune delle soluzioni individuate per evitare che si crei una sorta di "dialogo tra sordi". E' un'ipotesi che accentua senz'altro la libera concorrenza poiché solo attraverso una condivisione di conoscenze e idee si può ricercare la soluzione migliore, ma tutto ciò mette in discussione il principio di segretezza su cui si è sempre basato il sistema di aggiudicazione degli appalti del nostro ordinamento, principio su cui si basa oltretutto la competitività dei concorrenti chiamati a presentare delle offerte che rimangono segrete e vengono valutate solamente dalla pubblica amministrazione.

La mancanza di segretezza inoltre spiega come spesso sia possibile cadere nel rischio di compiere reati come quello della turbativa d'asta o altre violazioni. Infatti, la divulgazione delle informazioni da parte della pubblica amministrazione e la collaborazione a volte "imposta" tra gli stessi operatori rappresentano condotte che nascondono facilmente comportamenti scorretti che si possono tradurre in accordi collusivi, raggiri, o altri mezzi fraudolenti o comunque ambigui per danneggiare alcune imprese e favorirne delle altre.

Da quanto analizzato emerge che la pubblica amministrazione ha bisogno di nuovi strumenti che gli permettano di mantenersi al passo con l'evoluzione tecnologica, sociale, giuridica ed economica, e uno di questi strumenti potrebbe proprio essere individuato nel dialogo competitivo. Infatti la peculiarità della

procedura impone all'amministrazione di assicurare un equilibrato bilanciamento tra l'interesse pubblico ad un confronto competitivo, che sia semplice, oggettivo e trasparente, e lo specifico interesse pubblico ad acquisire beni e servizi dalle caratteristiche particolarmente complesse.

È appurato che il dialogo competitivo per la sua complessità e anche per i notevoli costi richiesti dallo svolgimento della procedura venga utilizzato solo residualmente per gli appalti definiti *particolarmente complessi* e qualora la pubblica amministrazione si trovi nella impossibilità di definire il progetto ottimale per mancanza delle conoscenze tecniche necessarie. Tuttavia credo che anche in queste ipotesi sia di difficile applicazione.

Si tratta di un istituto sicuramente innovativo e in grado di adattarsi al costante sviluppo sociale, però è una procedura estranea alla disciplina che ha sempre costituito le fondamenta in materia di appalti.

Ci sono ancora molti aspetti da chiarire sia più specificatamente e concretamente nello svolgimento della procedura, sia a livello dei principi che la regolano, in particolare come più volte osservato devono essere bilanciati i principi maggiormente legati alla tradizione italiana di discrezionalità, certezza, segretezza e quelli di matrice comunitaria di libera concorrenza, non discriminazione e *par condicio*.

Inoltre sono da aggiungere tutte quelle questioni che nascerebbero da una possibile applicazione dell'istituto da parte delle regioni come in parte è già stato messo in luce per la Regione Veneto. Infatti la procedura se non è solidamente disciplinata e recepita a livello nazionale, è impensabile che trovi una corretta, ma soprattutto uniforme applicazione a livello regionale.

Infine, anche se per questo aspetto si può far riferimento alla disciplina delle altre procedure di aggiudicazione, manca anche un sistema che individui tutti i possibili comportamenti scorretti indicando per ognuno le relative conseguenze e sanzioni. Infatti se il dialogo competitivo può per alcuni aspetti trovare delle peculiarità con gli altri istituti, è una procedura del tutto nuova che necessita di una propria regolamentazione uniforme, chiara e definita.

Per concludere presumo che ci vorranno alcuni anni prima che il dialogo competitivo trovi una concreta e corretta applicazione, non solo perché, come spesso è stato evidenziato, deve ancora essere integrato, precisato e chiarito in molti suoi aspetti ma anche per dare il tempo al legislatore *in primis* e a tutte le amministrazioni appaltanti di entrare nell'ottica di questo nuovo istituto di matrice europea e completamente estraneo alla tradizione italiana.

.IX. Squisitamente italiano è il secondo caso, che ci è utile cartina al tornasole per saggiare l'acidità di altre disposizioni del codice degli appalti che impingono nel merito del diritto penale. E parlo cioè dell'affidabilità delle imprese, come condizione di parità che propizia l'effettiva concorrenza.

Da un lato si è osservato come l'articolo 86 riproponga la formulazione infelice dell'art. 21, comma 1 bis della L. n. 104/94, come modificato dalla L. n. 415/98 e non consente di superare le incertezze giurisprudenziali sull'interpretazione dei criteri di individuazione delle offerte anormalmente basse che sono spesso indizio di infiltrazione mafiosa, atta ad alterare l'esito della gara. Né, per parte sua aiuta di più l'art. 176 sulla figura del contraente generale, mancando di specifici controlli nella fase di cantierizzazione che spesso è la più esposta al rischio di infiltrazioni mafiose, chiamando quindi la P.A. ad essere particolarmente attenta, ma sfornita di mezzi incisivi, salvo l'indicazione all'autorità giudiziaria dei profili

sintomatici di sviamento, cioè un'abdicazione del proprio ruolo e la richiesta di intervento di un altro potere dello Stato.

A bene vedere, quello dell'infiltrazione mafiosa non è profilo trattato ampiamente dal codice, proprio perché il legislatore europeo non sente in modo adeguato un fenomeno ritenuto squisitamente locale. Ma così facendo, sotto l'usbergo del principio di libertà di stabilimento si consente la propagazione nell'intero ambito comunitario delle imprese infette. E non è un caso che all'art. 2 del codice, richiamando i principi ispiratori, si pongano limiti al criterio speculativo (il mercato) in forza di esigenze sociali, di tutela della salute e dell'ambiente, ma non di ordine pubblico, quali pur erano ben presenti nella direttiva comunitaria n. 14 del 2004.⁶⁷

Ed il discorso ci porta alle condizioni per la legittimazione a contrarre, contenute nell'art. 38 del codice in commento. Si tratta di un elenco di situazioni che inibiscono la stipulazione del contratto e, quindi, la partecipazione alla gara a chi vi sia incorso. La formulazione riprende e rifonde plurimi tentativi che risalgono al ... e che si applicano sia per coloro che vogliono stipulare un contratto di appalto, sia per coloro che ambiscono ad un contratto di sub appalto, per l'evidente ragione che altrimenti sarebbe troppo facile l'elusione della norma, consentendo agli indegni di sopravvivere tramite sub appalti.

Possiamo raggruppare le previsioni dell'articolo in tre tipologie. Da un lato si prefigurano determinati reati caratterizzati da una speciale pericolosità diretta sull'opus e sulla vita del contratto, come la partecipazione ad un'organizzazione criminale, corruzione, frode riciclaggio, ben definiti nell'art. 45 della direttiva n. 2018/04. L'accertamento della condotta criminosa e la sentenza di condanna assorbono ogni discrezionalità della P.A. in ordine alla valutazione dell'indegnità a contrarre, imponendo l'espulsione dalla gara, l'impossibilità a sottoscrivere il contratto e, conseguentemente, la nullità stessa del contratto per carenza di legittimazione del preteso contraente privato.

Il secondo gruppo si agglutina attorno all'affidabilità dell'imprenditore e comprende reati gravi in danno alla Stato o alla U.E. che incidano sulla moralità dell'imprenditore. Gravità e professionalità sono i due assi cartesiani entro cui inscrivere la posizione del concorrente. Sulla gravità si è ormai superata l'unità di misura riferita alla pena, guardando non tanto all'ampiezza o alla natura della sanzione, al carattere delittuoso o contravvenzionale, né alla forma del provvedimento, bastando un decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o una sentenza di applicazione della pena su richiesta ex art. 444 c.p.p. (patteggiamento). Devesi guardare piuttosto al bene offeso, agli interessi pregiudicati in concreto con il reato accertato (o non contestato). L'indice, l'asse della gravità viene così ad appoggiarsi sulla professionalità, coincidendo col secondo criterio identificativo. Il reato infatti deve minare l'affidabilità professionale del concorrente, revocando in dubbio la sua capacità a concludere correttamente i lavori, ad onorare gli impegni assunti, avendo già dimostrato in casi analoghi un *modus operandi* imprenditoriale offensivo dell'interesse pubblico. In questo caso permane ampia discrezionalità in capo alla stazione appaltante nell'individuare il criterio di collegamento tra quanto accertato in sede penale e quanto oggetto dell'appalto, dovendo motivare sull'identità di bene tutelato, sull'analogia di pregiudizio paventato, addirittura sull'indole del concorrente.

⁶⁷ Sul punto, perspicuo V. BORRACETTI, *Gli aspetti di rilevanza penale*, in T. Tessaro (a cura di) *Il nuovo codice dei contratti di lavori, servizi e forniture. Atti del convegno in onore di Alberto de Roberto (Venezia, 2-3 dicembre 2006)*, Rimini, Maggioli, 2007, p. 398-399.

Crinale pericoloso, specie quando occorre operare un bilanciamento: reati risalenti, ma reiterati, tutti della stessa indole che colpiscono proprio il bene messo a gara, come per esempio occupazione abusiva di demanio pubblico in una gara per la concessione proprio di demanio pubblico. La continuazione, anzi la reiterazione, prevale sulla risalenza temporale?

Ma il vero problema è l'accertamento. La stazione appaltante sembra vincolata alle risultanze del casellario giudiziale. Ebbene, qualche tempo fa imperversava in queste zone una ditta di costruzioni, pure munita di attestazione SOA, con capacità mimetica di clonarsi e cangiar scorza ad ogni momento, scindendosi, fondendosi, affittando rami d'azienda e così partecipando a tutti gli appalti medio piccoli del territorio. Al momento della richiesta del certificato del casellario giudiziale relativo al legale rappresentante –si badi bene il certificato d'ufficio, non quello a istanza di parte– nulla risultava iscritto. Solo per puro caso, in un appalto successivo di tre mesi all'ultima richiesta, emergeva l'annotazione di un decreto di condanna di quindici mesi prima. Vuol dire che il legale rappresentante della ditta, per la connivenza o l'insipienza degli uffici, aveva potuto presentarsi come immacolato per quasi un anno e mezzo dal patteggiamento per reato commesso in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro. Reato grave, inerente alla professionalità dell'imprenditore. Ma non basta, perché –com'è noto– d qualche tempo nemmeno le P.A. possono ottenere il certificato integrale d'ufficio, quello ove sono indicate anche le condanne per le quali è stato concesso il beneficio della non menzione. Al contrario debbono accontentarsi di quello rilasciato ad istanza di parte, con il dubbio rimedio, introdotto dal secondo correttivo al codice in esame che il concorrente deve dichiarare in autocertificazione anche i reati per i quali ha ottenuto il beneficio della non menzione. Prescrizione vana se si inibisce alla P.A. di verificare la correttezza di quanto dichiarato. E così la professionalità perde di significato.

Per contro annoto una tendenza all'anticipazione degli effetti ostativi rispetto al tradizionale *iter* del processo penale. La novellazione va nel senso di introdurre come sufficienti decreto penale di condanna irrevocabile e patteggiamento. Non solo. L'interdizione scatta in pendenza di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione di cui all'art. 3 della l. n. 1423/56 e dell'art. 10 della l. n. 575/95, che già prevede l'esclusione dalle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti pubblici di coloro ai quali sia applicata in via definitiva una misura di prevenzione. Altresì concede al giudice l'anticipazione in via provvisoria dell'esclusione ove ricorrano motivi di particolare gravità e, infine, di applicare o meno la misura provvisoria. Dal che si dovrebbe desumere che l'esclusione dalle provvidenze pubbliche presuppone la pendenza di un processo già incardinato davanti al giudice. Diversa la formulazione dell'art. 38 che è sembrata adombrare ad alcuni la sussistenza della causa ostativa già al momento in cui l'organo legittimato (Questore o Procuratore della Repubblica) abbia presentato al giudice la richiesta della misura interdittiva. Gli effetti sfavorevoli dell'interdizione risalirebbero quindi addirittura alla domanda del provvedimento di irrogazione della misura preventiva, potendosi così eliminare repentinamente dal mercato i concorrenti meglio piazzati. Né vada dimenticato che l'esclusione opera anche nei confronti delle società, ove i vertici dell'ultimo triennio, dotati di rappresentanza esterna, si siano macchiati di una delle condotte predette, lasciandosi come rimedio il valutare da parte della P.A. se le misure di dissociazione adottate dalla persona giuridica siano sufficienti per riammetterla nel circuito degli appalti.

Conclusione

Dobbiamo trarre le fila di questo lungo discorso, certo con l'intento di aprire un dibattito piuttosto che con la presunzione di chiuderlo, ma anche con l'obbligo di fornire dei punti di riferimento, dei criteri di lettura, degli strumenti di navigazione a chi per questo è venuto in quest'aula e fin qui con pazienza ci ha seguito.

Abbiamo già detto che nei tradizionali trama ed ordito dei lavori pubblici è stato innestato a viva forza un istituto sradicato dalle sue tradizioni da cui traeva linfa. Il dialogo competitivo elaborato dal mondo anglosassone si fonda su un rilancio ed un confronto diretto stazione appaltante / concorrente che mal si concilia con i principi di parità dei concorrenti, automaticità di aggiudicazione e trasparenza dell'interesse pubblico che solo il criterio della segretezza sembrava propiziare. Qui invece la segretezza fra concorrente e P.A., fra stesse concorrenti è esclusa, anche con danno delle stesse imprese, svestite del riparo del proprio *know how*, svilito e messo al centro dell'arena delle puntate al rialzo.

Così, parimenti per le condizioni di qualità generale a contrarre, progressivamente spostate dal rassicurante casellario giudiziale, per giungere ad ancorare il momento repressivo alla sola richiesta di misura di prevenzione indirizzata all'autorità giudiziaria da una P.A. E tutto ciò in una rincorsa verso la general prevenzione, contraria al principio costituzionale di presunzione di innocenza ed alla teoria retributive fatta propria dal costituente, con l'apporto fondamentale in quel dibattito (e piace qui ricordarlo) di Giuseppe Bettiol sulla cui concezione penale bene ha scritto di recente Silvio Riondato.

Ma io credo che la radice del problema si annidi in luogo più recondito e profondo.

Si può parlare di concorrenza come parità di condizioni fra i licitanti, nella pluralità delle offerte che costituisce il tradizionale vantaggio che l'amministrazione trae dai pubblici incanti. Tuttavia non è men vero che si vien parlando di concorrenza come spregiudicata competizione fra i concorrenti, anche oltre la parità ed uguaglianza dei licitanti, per l'emersione, celere e prorompente di uno. *E pluribus unum* si legge nelle monete statunitensi di non ricordo quale pezzatura. Pare proprio che questa seconda accezione sia quella che si fa strada in sede U.E., una concorrenza di matrice squisitamente anglosassone, anzi coloniale, propiziata dalla traduzione pedestre del termine. Concorrenza nell'inglese degli algidi palazzi di Bruxelles si dice *Competition*; questo è anche il nome della D.G. V che si occupa di concorrenza. *Competition*; ed il povero di spirito è portato a tradurre "competizione". Beati dunque i poveri di spirito, perché a loro sono svelati i segreti.

Marcello M. Fracanzani