

## **58. Dialogo competitivo <sup>(1)</sup>** **(art. 29, direttiva 2004/18)**

1. Nel caso di appalti particolarmente complessi, qualora ritengano che il ricorso alla procedura aperta o ristretta non permetta l'aggiudicazione dell'appalto, le stazioni appaltanti possono avvalersi del dialogo competitivo conformemente al presente articolo. Il ricorso al dialogo competitivo per lavori è consentito previo parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici, e comunque ad esclusione dei lavori di cui alla parte II, titolo III, capo IV. Per i lavori di cui alla parte II, titolo IV, capo II, è altresì richiesto il parere del Consiglio Superiore dei beni culturali. I citati pareri sono resi entro 30 giorni dalla richiesta. Decorso tale termine, l'amministrazione può comunque procedere. <sup>(2)</sup>

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.

3. Il provvedimento con cui la stazione appaltante decide di ricorrere al dialogo competitivo deve contenere specifica motivazione in merito alla sussistenza dei presupposti previsti dal comma 2.

4. L'unico criterio per l'aggiudicazione dell'appalto pubblico è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

5. Le stazioni appaltanti pubblicano un bando di gara conformemente all'articolo 64 in cui rendono noti le loro necessità o obiettivi, che definiscono nel bando stesso o in un documento descrittivo che costituisce parte integrante del bando, nei quali sono altresì indicati i requisiti di ammissione al dialogo competitivo, individuati tra quelli pertinenti previsti dagli articoli da 34 a 46, i criteri di valutazione delle offerte di cui all'articolo

**83, comma 2 e il termine entro il quale gli interessati possono presentare istanza di partecipazione alla procedura.**

**6. Le stazioni appaltanti avviano con i candidati ammessi conformemente ai requisiti di cui al comma 5 un dialogo finalizzato all'individuazione e alla definizione dei mezzi più idonei a soddisfare le loro necessità o obiettivi. Nella fase del dialogo esse possono discutere con i candidati ammessi tutti gli aspetti dell'appalto.**

**7. Durante il dialogo le stazioni appaltanti garantiscono la parità di trattamento di tutti i partecipanti, in particolare non forniscono, in modo discriminatorio, informazioni che possano favorire alcuni partecipanti rispetto ad altri.**

**8. Le stazioni appaltanti non possono rivelare agli altri partecipanti le soluzioni proposte né altre informazioni riservate comunicate dal candidato partecipante al dialogo senza l'accordo di quest'ultimo.**

**9. Le stazioni appaltanti possono prevedere che la procedura si svolga in fasi successive in modo da ridurre il numero di soluzioni da discutere durante la fase del dialogo applicando i criteri di aggiudicazione precisati nel bando di gara o nel documento descrittivo. Il ricorso a tale facoltà è indicato nel bando di gara e nel documento descrittivo.**

**10. Le stazioni appaltanti proseguono il dialogo finché non sono in grado di individuare, se del caso dopo averle confrontate, la soluzione o le soluzioni che possano soddisfare le loro necessità o obiettivi.**

**11. Le stazioni appaltanti possono motivatamente ritenere che nessuna delle soluzioni proposte soddisfi le proprie necessità o obiettivi. In tal caso informano immediatamente i partecipanti, ai quali non spetta alcun indennizzo o risarcimento, salvo quanto previsto dal comma 17.**

**12. Negli altri casi, dopo aver dichiarato concluso il dialogo e averne informato i partecipanti, le stazioni appaltanti li invitano a presentare le loro offerte finali in base alla o alle soluzioni presentate e specificate nella fase del dialogo. Tali offerte devono contenere tutti gli elementi richiesti e necessari per l'esecuzione del progetto.**

**13. (3)**

**14. 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.**

**15. Le stazioni appaltanti valutano le offerte ricevute sulla base dei criteri di aggiudicazione fissati nel bando di gara o nel documento descrittivo, individuando l'offerta economicamente più vantaggiosa conformemente**

all'articolo 83. Per i lavori, la procedura si può concludere con l'affidamento di una concessione di cui all'articolo 143. (4)

16. L'offerente che risulta aver presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa può essere invitato a precisare gli aspetti della sua offerta o a confermare gli impegni in essa figuranti, a condizione che ciò non abbia l'effetto di modificare elementi fondamentali dell'offerta o dell'appalto quale posto in gara, falsare la concorrenza o comportare discriminazioni.

17. Le stazioni appaltanti possono prevedere premi o incentivi per partecipanti al dialogo, anche nell'ipotesi in cui al comma 11.

18. Le stazioni appaltanti non possono ricorrere al dialogo competitivo in modo abusivo o in modo da ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza.

18-bis. Il regolamento definisce le ulteriori modalità attuative della disciplina prevista dal presente articolo. (5)

(1) Per le modalità di applicazione delle disposizioni del presente articolo, vedi l'art. 253, comma 1-bis del presente provvedimento, l'art. 1-octies, comma 2, D.L. 12 maggio 2006, n. 173, convertito, con modificazioni, dalla L. 12 luglio 2006, n. 228 e l'art. 1, comma 3, D.Lgs. 26 gennaio 2007, n. 6.

(2) Comma modificato dall'art. 1, comma 1, lett. g), D.Lgs. 31 luglio 2007, n. 113, a decorrere dal 1° agosto 2007.

(3) Comma abrogato dall'art. 1, comma 1, lett. p), n. 1), D.Lgs. 11 settembre 2008, n. 152.

(4) Comma così modificato dagli artt. 1, comma 1, lett. p), n. 2) e 2, comma 1, lett. n), D.Lgs. 11 settembre 2008, n. 152.

(5) Comma aggiunto dall'art. 46, comma 1, D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla L. 24 marzo 2012, n. 27.

**SOMMARIO:** I. Fondamento positivo. Entrata in vigore - II. Collocazione nel "sistema" delle procedure di gara - III. Prassi. Presupposti. Nozione. Procedura - IV. "Correttivi" e regolamento generale del 2010 - V. Riflessioni finali: dialogo competitivo *qui prodest?*

### **I. Fondamento positivo. Entrata in vigore**

- 1 Il dialogo competitivo è una procedura finalizzata all'**individuazione degli offerenti nelle gare pubbliche**, prevista nell'art. 29 della dir. com. n. 18/2004 e nell'art. 58 del codice. A fini definitivi, utili riferimenti sono contenuti nell'art. 1, c. 11, lett. c) della dir. com. cit. e nell'art. 3, c. 39, del codice [per un'analisi recente, ROSSI (15), 1337; per un'analisi generale dell'istituto, FRACCHIA-CARROZZA (8)].
- 2 Merita chiarire il profilo relativo all'**entrata in vigore** dell'istituto in commento. La normativa comunitaria non imponeva l'adozione del dialogo competitivo nei singoli Stati membri [Considerando n. 16, dir. com., cit.], ciononostante

il nostro ordinamento, come altri a livello comunitario [RAGANELLI (14), 136-148], ha voluto adottarlo, salvo poi differirne l'entrata in vigore per diversi anni, col rischio di incappare in infrazioni comunitarie [ZUCCHINI (20), 793]. Il problema è stato risolto dalla recente entrata in vigore del regolamento generale sui contratti pubblici (d.P.R. 5.10.2010 n. 207). Il dialogo competitivo è ora strumento utilizzabile dalle pubbliche amministrazioni (stazioni appaltanti). Infatti, la disciplina transitoria, prevista nell'art. 253, c. 1 *quater* del codice, stabilisce che esso può applicarsi alle **procedure di gara i cui bandi sono stati pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del menzionato reg. del 2010** (come detto, ora vigente).

Tuttavia, ancor **prima dell'entrata in vigore** del reg. del 2010, **alcune pubbliche amministrazioni hanno utilizzato il dialogo competitivo** per appaltare taluni contratti, fondando l'esercizio di tale potere sulla previsione comunitaria che ne riconosce la validità (cfr. *supra*). Del resto, l'istituto in esame non richiedeva alcuna specificazione da parte della fonte di secondo grado [DIPACE (6), 623]. A **titolo esemplificativo** si ricorda il bando della Regione Veneto per la concessione di lavori finalizzati alla valorizzazione di un complesso immobiliare. Il dialogo competitivo bandito dal Comune di Castelfranco Emilia per la gestione di una struttura "educativo-scolastico privata di valenza comunale", contro la realizzazione di un comparto edificatorio privato. E, da ultimo, il dialogo competitivo bandito dal Comune di San Benedetto del Tronto per la selezione di proposte in merito alla riqualificazione di una particolare zona urbana. Infine, dopo l'entrata in vigore del regolamento generale cit., si segnala la pubblicazione di alcuni bandi di gara da parte di aziende ospedaliere - come, ad esempio, l'azienda ospedaliera *Carlo Poma* di Mantova e l'azienda ospedaliera di Desio e Vimercate - relativamente al dialogo competitivo per l'affidamento del "servizio di copertura dei rischi verso terzi e verso prestatori d'opera derivanti dall'attività istituzionale dell'azienda".

## II. Collocazione nel "sistema" delle procedure di gara

Il dialogo competitivo è una procedura per l'individuazione di operatori economici da coinvolgere in una gara pubblica (cfr. *retro*, par. I). In questo contesto è necessario considerare brevemente il **rapporto fra dialogo competitivo e altre procedure di gara**. Oltre al dialogo competitivo, infatti, l'art. 54 del codice prevede le "procedure aperte", le "procedure ristrette" e le "procedure negoziate". Dopo questo elenco - sempre nel menzionato art. 54 - si precisa (c. 3) che le **stazioni appaltanti non sono del tutto "libere" di utilizzare il dialogo competitivo** - ossia non possono utilizzarlo in alternativa alle altre procedure "ordinarie", segnatamente alle procedure aperte e ristrette - poiché,

l'art. 54, prescrive che le stazioni appaltanti possono servirsene solo "alle condizioni specifiche espressamente previste". L'art. 54 cit. contiene dunque una prima e sommaria indicazione in tema. Questa stessa indicazione emerge anche nell'ult. c. dell'art. 58 (oggetto di questo commento) laddove si prevede che "Le stazioni appaltanti non possono ricorrere al dialogo competitivo in modo abusivo o in modo da ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza". Da ciò consegue che, nel decreto o nella determina a contrarre (art. 11 codice), e (successivamente) nel bando di gara (art. 58, c. 1 e 5 codice), le stazioni appaltanti dovranno indicare le ragioni per cui ritengono "non opportuno" il ricorso alle procedure "normali" (aperta e ristretta).

- 5 Non sfugge che il **rispetto della concorrenza fra operatori economici** è tema centrale in materia di appalti pubblici. L'"evidenza pubblica non è più un procedimento volto a garantire essenzialmente gli interessi pubblici - finanziari e amministrativi - delle amministrazioni procedenti, ma è una procedura finalizzata a tutelare anche e soprattutto la libertà di circolazione e di concorrenza nel mercato europeo" [D'ALBERTI (3), 301]. Tuttavia, più che la sana concorrenza fra operatori economici, alla base del dialogo competitivo è posto il **pubblico interesse dell'amministrazione appaltante**, tanto da potersi ipotizzare il cambio del paradigma con cui verificare la "funzione" dell'istituto in esame (cfr. *infra*, V).

### III. Prassi. Presupposti. Nozione. Procedura

- 6 Nella prassi il dialogo competitivo è stato scarsamente impiegato. Di conseguenza sono molto limitati i **riferimenti giurisprudenziali**, ridotti a qualche caso marginale, e a qualche accenno meramente incidentale. Si richiama, fra i casi di gravame avverso un bando in tema di dialogo competitivo, il procedimento avviato da "ConCentro" per l'individuazione del fornitore di un servizio per lo sviluppo di un "sito *web*", ricorso che riguardava profili giurisdizionali e non sostanziali [C Stato sez. VI 24.11.2011 n. 6211, *DeG* 2011, 12]. Riguardo ai casi giurisprudenziali nelle pronunce analizzate si accenna ad una caratteristica tipica dell'istituto in parola, costituita dalla maggiore libertà a favore degli operatori economici nel poter "chiarire" o (persino) "integrare" le proprie offerte [C Stato sez. VI 29.12.2010 n. 9577, *FA CDS* 2010, 12, 2866 e, seppure con qualche diversità, C Stato sez. IV 7.9.2010 n. 6485, *DR* 2010, 1079].
- 7 In senso opposto, si taglia l'interesse mostrato al tema in esame dalla **dottrina giuridica**. Le analisi scientifiche sono molto numerose e interessano il versante interno, quello comunitario, sino a spingersi a quello comparato. Non manca, infine, cospicua letteratura di lingua straniera [ne dà conto CARANTA (1), 1130].

Conformi allo spirito di questo scritto, si farà riferimento alla dottrina che si 8  
 appare più utile per la soluzione di alcuni profili dal risvolto pratico più diretta-  
 mente percepibile. **Dalla letteratura scientifica è possibile individuare delle**  
**“costanti”**. Si tratta di singoli aspetti che ricorrono in modo assai frequente. La  
 prima è che il dialogo competitivo costituisce uno strumento che consente di  
**“aprire” ai soggetti privati il procedimento di formazione dell’appalto fin**  
**dalla sua fase iniziale** [TOMEI-SCIANCELEPORE (17), 70]. A questo proposito, si  
 è giunti ad equiparare il dialogo competitivo agli “accordi” di cui all’art. 11, l.  
 n. 241/1990 [PANI (12), 605], forse trascurando i rischi che ciò comporta, sia  
 per la concorrenza, sia per la *par condicio* fra operatori economici [per una  
 vera e propria pronuncia “monito” in materia, C Con. sez. contr. 10.11.2009  
 n. 19, *RCC* 2009, 6, 17]. L’indicata apertura ai privati (per il tramite del dia-  
 logo competitivo) è da ricercarsi nel c. 2 dell’articolo in commento. In esso, si  
 coglie in che senso l’oggetto di un appalto può essere talmente complesso da  
 giustificare il ricorso ai privati. Nel menzionato c. 2, in base ad uno stile tipica-  
 mente comunitario, si cerca di chiarire il concetto indeterminato (o clausola  
 generale) appalto pubblico “particolarmente complesso”, affermandosi in tal  
 senso che la stazione appaltante “non è oggettivamente in grado di definire  
 (...) i mezzi tecnici atti a soddisfare le sue necessità o i suoi obiettivi”, ovvero  
 “non è oggettivamente in grado di specificare l’impostazione giuridica o finan-  
 ziaria di un progetto”. A titolo esemplificativo, prosegue il c. 2 cit., possono  
 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’in-  
 dividuazione 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, non-  
 ché sulle componenti di sostenibilità ambientale, socio-economiche, ammini-  
 strative e tecniche”.

L’indicata “apertura” ai privati - o, meglio, il vero e proprio “ricorso” a questi  
 da parte dell’amministrazione - è dunque determinata dalla particolare **com-  
 plessità dell’appalto**, tale per cui l’amministrazione nemmeno è in grado di  
 definire i mezzi per perseguire adeguatamente i propri obiettivi (c. 6).

La seconda “costante” in tema è quella secondo cui il dialogo competitivo è una 9  
**procedura “bifasica”**. Ciò, nel senso che, in una prima fase, si svolge la discus-  
 sione con i privati relativamente agli aspetti tecnico-realizzativi dell’opera; in  
 una seconda fase si svolge “il momento competitivo in senso stretto”, carat-  
 terizzato dall’aggiudicazione dell’appalto [CONTESSA-DE SALVO (2), 505]. È la  
 morfologia dell’art. 58 che permette di suddividere l’istituto in commento in

due parti. La prima parte contenuta (e disciplinata) nei c. da 5 a 12. La seconda parte contenuta (e disciplinata) nei c. da 14 a 16 [in senso diverso, DIPACE (6), 626, che descrive il dialogo competitivo come ripartito su “tre sottofasi”].

- 10** Nella **prima fase** della procedura, conformemente all’art. 64 del codice, le stazioni appaltanti pubblicano un bando di gara. Nel bando rendono note le loro necessità e/o obiettivi; indicano i requisiti di ammissione (artt. 34-46 codice); i criteri di valutazione delle offerte (art. 83, c. 2); nonché il termine entro cui gli interessati potranno presentare istanza di partecipazione alla procedura (c. 5). Secondo i passaggi indicati, dopo la pubblicazione del bando segue la presentazione delle domande di partecipazione. In questa particolare fase, la disciplina positiva omette di considerare un passaggio necessario, relativo alla “**prequalificazione**” degli operatori economici da parte della commissione di gara. Passaggio necessario perché finalizzato ad ammettere o meno alla procedura - nel senso di escludere o più limitatamente ammettere con riserva - i diversi operatori che hanno fatto domanda. Successivamente, la stazione appaltante (c. 6) avvia con i candidati “ammessi” un “dialogo” finalizzato all’individuazione e alla definizione dei mezzi più idonei a soddisfare le proprie necessità. In tale fase le stazioni appaltanti (o meglio la commissione di appalto che ovviamente è cosa diversa) possono discutere con i candidati ammessi tutti gli aspetti dell’appalto (c. 6). La fase indicata rappresenta uno dei momenti di maggiore rilievo (e fra i più caratterizzanti) del dialogo competitivo (cfr. *infra*, V). Il dialogo prosegue (con i limiti che subito appresso indicheremo) fintantoché la commissione di appalto non sia in grado di individuare, se del caso dopo averle confrontate, la soluzione o le soluzioni che possano soddisfare le sue necessità (c. 10). Snodo fondamentale di questa prima fase, propedeutico al passaggio alla fase successiva, è l’invito da parte della commissione di appalto a presentare offerte finali sulla base della soluzione o delle soluzioni presentate e progressivamente specificate nella fase del dialogo (c. 12). Tuttavia, può anche accadere che la stazione appaltante ritenga che nessuna delle soluzioni proposte sia soddisfacente, ragion per cui provveda a chiudere la procedura senza che (almeno secondo il c. 11 cit.) i partecipanti possano vantare alcun titolo per ottenere indennizzi o risarcimenti, fatto salvo l’eventuale premio o incentivo qualora indicato nel bando (c. 17).

- 11** In questa prima fase la disciplina prevede espressamente alcuni “limiti” e alcune previsioni di carattere “organizzativo-procedurale”. I “**limiti**” sono costituiti dal fatto che la stazione appaltante è tenuta a garantire la **parità di trattamento di tutti i partecipanti** [a tale riguardo, in ordine alla rilevanza della verbalizzazione delle operazioni di gara, nonostante la “dinamicità” del dialogo, VINTI (18), 331]; ciò significa non fornire in modo discriminatorio

informazioni che possano favorire alcuni di essi rispetto ad altri (c. 7); nonché rivelare, senza l'accordo con l'interessato, agli altri partecipanti le soluzioni proposte, né altre informazioni riservate (c. 8). Il **modello** prescelto dal legislatore è stato definito "*Chinese walls*", nel senso che tra una proposta e l'altra vi sarebbe una sorta di "*muraglia cinese*" [FIDONE (7), 3971]. La stessa dottrina indicata, dà conto anche di altri modelli astrattamente configurabili, diversi dalla soluzione prescelta dal legislatore, come il modello "*Promoter*" e il modello "*Patchwork*".

L'obbligo di riservatezza (e di non discriminazione) è posto a **presidio della concorrenza**. Infatti, le informazioni di cui dispone la pubblica amministrazione in sede di dialogo competitivo potrebbero, se conosciute da operatori economici concorrenti, essere utilizzate a svantaggio dei titolari delle informazioni stesse. Si ritrova in ciò la particolare cautela già contenuta nell'art. 13 del codice, con riferimento alla disciplina generale dell'accesso agli atti di gara.

Riguardo al profilo "**organizzativo-procedurale**", il c. 9 dell'art. in commento prevede che la stazione appaltante possa **prescrivere che la procedura si svolga in fasi successive**, in modo da ridurre il numero di soluzioni da discutere durante la fase del dialogo. Il ricorso a tale facoltà deve essere **indicato nel bando di gara** (o, se previsto, nel documento descrittivo). Tale profilo si collega a esigenze di semplificazione sia delle "fasi" che dei "tempi" della procedura di dialogo. Tuttavia, non può sottovalutarsi il rischio che operatori economici ammessi al dialogo, in seguito "dialoganti" con la commissione di appalto, poi esclusi "a metà del guado" procedurale, dopo aver sopportato "costi e tempi" non irrilevanti, possano nutrire riserve e avere motivi per proporre ricorso avverso tale esclusione. **12**

La **seconda fase** del dialogo competitivo riguarda **l'aggiudicazione**. **13** L'amministrazione, dapprima, individua le soluzioni tecniche, giuridiche e/o finanziarie più idonee a soddisfare i suoi bisogni, successivamente procede all'aggiudicazione dell'appalto. Tale fase è regolata essenzialmente dai c. 14, 15 e 16 dell'articolo in commento. Essa si apre con la **presentazione delle offerte** da parte degli operatori economici giunti fino a questo stadio della procedura, offerte formate basandosi sulla soluzione o sulle soluzioni che possano soddisfare le esigenze della stazione appaltante (c. 10). La "competizione" prosegue anche in questa fase posto che, una volta presentate le offerte, **le stazioni appaltanti possono chiedere agli operatori economici di chiarirle, precisarle o perfezionarle** (c. 14), seppur con il limite di non modificare gli elementi fondamentali dell'offerta stessa ovvero dell'appalto. Limite la cui verifica a livello pratico non è certamente agevole.

- 14 Dopo questa fase - l'ultima che vede il coinvolgimento dei diversi operatori economici nella procedura - **la commissione di gara valuta le offerte** e aggiudica l'appalto con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Il c. 16 - riferito unicamente al (provvisorio) aggiudicatario - stabilisce che, all'aggiudicatario stesso, possa essere richiesto di "precisare gli aspetti della sua offerta" ovvero "confermare gli impegni in essa figuranti". In questo frangente la disposizione indicata pone il "limite" in base al quale le precisazioni (eventualmente) richieste all'aggiudicatario non possono modificare gli elementi fondamentali dell'offerta. Questo è uno dei momenti più delicati del dialogo competitivo. La commissione di appalto conosce le soluzioni tecniche presentate da tutti gli operatori economici che hanno preso parte al dialogo, pertanto potrebbe essere portata a "suggerire" (volontariamente o perfino inconsapevolmente) al provvisorio aggiudicatario le modifiche da apportare alla sua offerta per renderla ancora più aderente alle proprie esigenze. In effetti, ciò costituirebbe un sicuro vantaggio per l'amministrazione, dunque per gli interessi pubblici che con quella procedura si vogliono perseguire [per le coordinate generali in tema, PERFETTI (13), 789] ma, allo stesso tempo, una simile circostanza costituirebbe una chiara ipotesi di violazione della concorrenza e, più in particolare, dei "segreti" e delle "opere dell'ingegno" degli operatori non risultati aggiudicatari [per le coordinate generali in tema di "diritti d'autore" e "dati pubblici", SAPPÀ (16), 185].

#### IV. "Correttivi" e regolamento generale del 2010

- 15 L'art. 58 qui in commento è stato modificato dal d.lgs. n. 113/2007 e dal d.lgs. n. 152/2008, cioè dal secondo e terzo "correttivo" al codice dei contratti pubblici. Ci limitiamo a rilevare che, con i "correttivi" indicati, si è integrata la formulazione dell'art. 58 aggiungendo la **previsione di alcuni pareri** (parere del Consiglio Superiore dei lavori pubblici per i "lavori" e parere del Consiglio Superiore dei beni culturali per i "lavori sui beni oggetto di tutela"); su cui taluni segnalano il rischio di aggravii procedimentali [INVERNIZZI (9), 1915]. Oltre a ciò, con i correttivi indicati si è proceduto ad abrogare alcune parti dello stesso art. 58 minacciate dai rilievi avanzati dalla Commissione Europea, segnatamente, il c. 13, a tenore del quale "Prima della presentazione delle offerte", le stazioni appaltanti avrebbero potuto specificare i criteri di valutazione indicati nel bando o nel documento descrittivo in relazione alle peculiarità della soluzione o delle soluzioni individuate, previsione in contrasto con i principi comunitari che non ammettono l'integrazione postuma dei criteri di aggiudicazione.
- 16 Il già cit. c. 1 *quater* dell'art. 253 ancorava l'efficacia del dialogo competitivo all'**entrata in vigore del regolamento generale di esecuzione e attuazione** del

codice. Come detto, il regolamento è stato approvato ed è entrato in vigore, per cui - nonostante anche prima della sua entrata in vigore alcune stazioni appaltanti avevano già utilizzato il dialogo competitivo (cfr. *retro*, I) - al regolamento citato occorre rifarsi sia con riferimento alla (“sicura”) efficacia dell’art. 58, sia con riferimento alla disciplina “esecutiva” e “attuativa” da esso posta in tema di dialogo competitivo. A riguardo sono note le difficoltà relative all’esatta distinzione fra regolamento “attuativo”, “esecutivo” e “integrativo” [con riferimento al dialogo competitivo, il reg. del 2010 cit. è qualificato come “attuativo”, DE NICTOLIS (5), 4634; altri invece parlano di regolamento di “esecuzione”, MORRIONE (10), 456].

**Gli artt. 113 e 114 del reg. del 2010** s’interessano del dialogo competitivo [per 17  
primi commenti, DE NICTOLIS (4), 136; PAGANI (11), 280]. I due articoli sono collocati nella parte del regolamento relativa ai “lavori”, per cui (almeno tendenzialmente) tale disciplina è riferibile ai soli appalti aventi ad oggetto questa attività. Quanto precisato denota il *favor* del nostro ordinamento per il dialogo competitivo in materia di “lavori”. Ciò, in linea con le indicazioni dell’ordinamento comunitario che, nella *Explanatory note* della Commissione Europea [reperibile nel sito web <http://ec.europa.eu/>], riferendosi ai casi di appalti particolarmente complessi oggetto della procedura di dialogo competitivo fa proprio riferimento ad alcuni appalti di lavori per definirne l’oggetto. Nella *Note* indicata ci si riferisce al dialogo competitivo nel caso in cui s’intenda costruire un’opera pubblica. Il caso riguarda il collegamento delle “rive di un fiume” senza che si conoscano appieno le soluzioni più idonee per perseguire tale obiettivo. Nella *Note* cit. si evidenzia che ad essere incerto è “se la soluzione migliore sia quella di costruire un ponte oppure un tunnel”, nonché la definizione degli “aspetti tecnici del ponte (la sospensione, il tipo di materiale, se deve essere in calcestruzzo precompresso) o del tunnel (quanti tubi occorrono, se deve essere realizzato sopra o sotto il fiume)”.

In coerenza con l’indicata “affinità” fra dialogo competitivo e appalto di lavori, 18  
il c. 1 dell’art. 113 cit. richiede che **nel bando devono essere indicati**, oltre ai **requisiti di qualificazione** (di cui all’art. 40, codice), i **requisiti prescritti per i progettisti** (Parte II, Titolo I, Capo IV, codice). Gli operatori economici devono possedere i predetti requisiti progettuali oppure avvalersi di progettisti qualificati da indicare nella proposta o, ancora, partecipare in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione. Questa prima disposizione specifica la parte dell’art. 58 riferita al bando di gara (art. 58, c. 5, codice). Dunque, nel contenuto “necessario” del bando, le stazioni appaltanti dovranno prevedere - oltre alle necessità e/o obiettivi loro propri, ai requisiti di ammissione, ai criteri di valutazione delle offerte, al termine entro cui poter presentare le istanze nonché, infine, a quanto prescritto in generale dall’art. 64 in

tema di bandi di gara - i requisiti di qualificazione e i requisiti prescritti per i progettisti. Inoltre, lo stesso c. 1, prevede che il bando di gara possa indicare “specifiche modalità operative” con cui la stazione appaltante “dialoga” con ciascun candidato. Tale previsione si applica anche alle procedure di dialogo competitivo diverse da quelle relative ai “lavori”. Essa, ciò precisato, potrebbe apparire per certi versi superflua, in ragione della spiccata flessibilità procedurale dell’istituto in commento. Tuttavia, per altri versi, tale previsione appare necessaria poiché, precisando nel bando di gara particolari modalità operative, anche molto specifiche e magari innovative, la stazione appaltante scongiura il rischio che qualche operatore possa opporsi (o ricorrere) in seguito.

- 19** Sempre relativamente all’art. 58, c. 5 del codice, il c. 2, dell’art. 113 del regolamento del 2010 cit., “integrando” il contenuto dell’art. 58 cit., e non semplicemente eseguendolo o attuandolo, stabilisce: ai candidati ammessi al dialogo “è assegnato un termine per presentare una o più proposte, corredate da uno studio di fattibilità con la relativa previsione di costo”. Anche questa norma è applicabile a tutte le diverse procedure di dialogo competitivo. Con essa si intendono disciplinare i “**tempi dell’azione amministrativa**”. Un tale obiettivo è molto sentito dal legislatore nazionale. Si pensi alla nuova ipotesi di danno da ritardo prevista dall’art. 2 *bis* della legge sul procedimento amministrativo. O, ancora, al nuovo strumento delle c.d. *class action* contro la P.A., anch’esso utilizzabile soprattutto per colpire e rimediare ai ritardi amministrativi, come le prime applicazioni dimostrano (caso delle c.d. classi pollaio). Effettivamente, la marcata flessibilità del dialogo competitivo rischia di condizionarne i tempi. Pur se è necessario ricordare che la complessità dell’appalto giustifica tempi (adeguatamente) lunghi. A dimostrazione di ciò, merita ricordare l’esclusione dell’istituto in commento dai c.d. procedimenti d’urgenza (art. 70, c. 12 codice dopo la riforma del terzo decreto “correttivo”, d.lgs. n. 152/2008; in precedenza, infatti, era prevista la possibilità di ridurre il termine per la presentazione della domanda di partecipazione in caso d’urgenza ma, dopo la modifica indicata, tale possibilità è stata eliminata per il dialogo competitivo). Riguardo al richiamato profilo dei “tempi”, in mancanza di un’indicazione normativa, alle stazioni appaltanti spetterà precisare le “sanzioni” in caso di mancato rispetto del termine per presentare le suindicate proposte.

- 20** Il c. 3, dell’art. 113 interessa la parte relativa alla prosecuzione del dialogo, fintantoché “le stazioni appaltanti ... non sono in grado di individuare, se del caso dopo averle confrontate, la soluzione o le soluzioni che possano soddisfare le loro necessità o obiettivi” (art. 58, c. 10). In questo caso il reg. del 2010 dispone (c. 3) che la commissione di appalto possa chiedere ai candidati ammessi di **presentare soluzioni migliorative** e, in base alla soluzione o alle

soluzioni prescelte e relativi studi di fattibilità, la stazione appaltante inserisce l'intervento nella programmazione triennale dei lavori pubblici.

Il successivo c. 4, dell'art. 113 interessa la **“conclusione” del dialogo** (art. 58, c. 12). Dopo aver dichiarato conclusa la prima fase della procedura “bifasica” (cfr. *retro*, III), le stazioni appaltanti invitano i partecipanti a presentare le offerte finali, naturalmente in base alla o alle soluzioni presentate e specificate nella fase del dialogo. Tali offerte, secondo il c. 4, dell'art. 113, devono essere corredate dal progetto preliminare dell'opera e dal capitolato speciale prestazionale. Infine, la disposizione da ultimo indicata precisa che, il progetto preliminare redatto dall'aggiudicatario del dialogo, è inserito nell'elenco annuale di cui all'art. 128, c. 1, del codice.

L'ult. c. dell'art. 113 si interessa invece della seconda fase della procedura bifasica del dialogo (cfr. *retro*, III), prescrivendo al soggetto affidatario la **predisposizione della progettazione** (definitiva ed esecutiva) nonché l'**esecuzione dell'opera**. Si coglie anche da ciò il dato secondo cui molte delle previsioni indicate nell'art. 113 del reg. generale si riferiscono ad appalti di lavori. Anche se, come precisato, non mancano previsioni di carattere generale.

Infine, l'art. 114 del reg. del 2010 - anche in questo caso “integrando” il contenuto dell'art. 58 del codice (in particolare c. 17) - si interessa dei **“premi” a favore degli operatori economici**, stabilendo che, se il bando prevede il pagamento di un premio, con il pagamento dello stesso la stazione appaltante acquista la proprietà del progetto preliminare presentato dall'affidatario. Tuttavia, la disposizione non chiarisce cosa accade se il bando, al posto del premio, prevede un “incentivo”, infatti, l'art. 58, c. 17, cui il regolamento si riferisce, prevede anche questa forma di “incoraggiamento” alla partecipazione al dialogo.

#### V. Riflessioni finali: dialogo competitivo *qui prodest?*

La previsione del dialogo competitivo nel codice del 2006 ha certamente comportato uno “sforzo normativo” per accrescere l'apporto privato (*i.e.* operatori economici) nella redazione degli appalti. Ciò potrebbe risultare utile al fine di colmare le **asimmetrie informative** fra amministrazione e privati [RAGANELLI (14), 128]. Infatti, nelle procedure ad evidenza pubblica vige tradizionalmente la regola secondo cui l'Amministrazione predispone in modo autonomo ogni aspetto della gara e della successiva prestazione. Regola direttamente legata alla disciplina della contabilità pubblica [INVERNIZZI (9), 1906, che parla, a questo proposito, di *factio* della onniscienza delle stazioni appaltanti]. L'esistenza di alcuni casi che “indeboliscono” la richiamata impostazione, si

allude naturalmente all'appalto-concorso e alla possibilità, ora generalizzata, di aggiudicare il contratto di appalto col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, non sembra mettere in crisi la sostanziale "riserva di amministrazione" in ordine alla forma e ai contenuti dell'appalto.

- 25 Evidentemente quanto indicato non accade nel dialogo competitivo. È per questo che lo "sforzo" nell'accrescere l'apporto del privato nelle gare pubbliche dovrebbe essere più adeguatamente sostenuto [sul tema, in generale, VINTI (19)]. La disciplina normativa (comunitaria e nazionale), nonostante si diffonda lungamente sui profili tecnico-applicativi del dialogo competitivo - a dispetto, per altro, dell'asserita flessibilità dell'istituto - non contiene particolari forme di "incentivo" a favore dell'uso di questa peculiare procedura, ad eccezione di quella contenuta nel c. 17, laddove si stabiliscono "premi o incentivi" per i partecipanti al dialogo. Il fatto stesso di "incoraggiare" la partecipazione di operatori economici a una gara pubblica con dei "premi" è sintomatico dei rischi che in questa si annidano per gli operatori economici stessi. Il problema di fondo consiste nella **forte disparità di interessi** che nel dialogo competitivo sostengono le diverse parti in gioco, ossia l'"alto" interesse che ha la stazione appaltante nell'avvalersene, rispetto al "basso" interesse che ha l'operatore economico a prenderne parte. Non si concorda, a questo riguardo, con coloro che sostengono: "Non v'è dubbio che per l'imprenditore il dialogo competitivo costituisce una opportunità impareggiabile, in quanto la procedura di aggiudicazione in esame rende possibile la realizzazione di un dibattito tecnico di inedita ampiezza con le stazioni appaltanti in merito alla stessa scelta dell'oggetto contrattuale" [TOMEI-SCIANCELEPORE (17), 77]. È ipotizzabile che l'amministrazione, diversamente dall'operatore economico, abbia "tutto l'interesse" ad avvalersi del dialogo competitivo poiché, come stabilisce il c. 6 dell'articolo in commento, potrà così avviare con gli operatori economici "un dialogo" finalizzato ad individuare i "mezzi più idonei" a soddisfare le proprie necessità, con l'aggiunta (come stabilisce lo stesso c. 6 cit.) che potrà, in tale fase, discutere con gli operatori economici "tutti gli aspetti dell'appalto", al punto di proseguire il dialogo "finché non sono in grado di individuare, se del caso dopo averle confrontate, la soluzione o le soluzioni che possano soddisfare le loro necessità o obiettivi" (c. 10). Si ha così l'impressione che la stazione appaltante "usufruisca" della "consulenza" dei diversi operatori economici per "costruire" un appalto che avrebbe dovuto redigere con le proprie forze e in completa autonomia. Si intuiscono le ragioni di un qui ipotizzato disinteresse alla procedura in commento da parte degli operatori economici. Ciò sempre che, gli stessi operatori, non siano adeguatamente incentivati a partecipare con (cospicui) premi e incentivi di cui si stenta ad immaginarne natura, tipologia e portata alla luce delle (giuste) rigidità della disciplina pubblicistica. In Germania, ad

esempio, esiste l'obbligo in capo alla pubblica amministrazione di ricompensare adeguatamente tutti gli offerenti che abbiano presentato proposte valide [RAGANELLI (14), 129]. In Italia un tale obbligo potrebbe porre seri problemi specie in ordine all'"adeguatezza" del compenso (nonché per altre ragioni che esulano dalla stretta analisi di diritto positivo).

La partecipazione al dialogo competitivo, nonostante i limiti derivanti dagli obblighi di segretezza e di rispetto della *par condicio* contenuti nell'art. 58, c. 7 e 8, costringe l'operatore economico a mettere in gioco tutta la sua professionalità, con il rischio che altri soggetti (amministrazione compresa) possano impiegare queste "soluzioni originali" per finalità che non coincidono con l'interesse dell'operatore stesso. I modi in cui ciò può accadere sono illimitati, nel dialogo competitivo è quasi fatale che i diversi operatori economici giochino a "carte scoperte" per tentare di aggiudicarsi l'appalto. Sono le stesse regole del gioco che lo impongono (offerta di gara non preconstituita ma, per così dire, a "formazione progressiva ed aperta"). Un modo (fra i vari possibili) per limitare i rischi paventati è forse quello di predisporre (anche sulla base della complessità dell'appalto) un bando di gara (e un documento descrittivo) più dettagliato possibile. Tuttavia, così facendo si rischia di snaturare senso e significato di tale istituto. In definitiva, alla luce della disciplina vigente, il dialogo competitivo appare un istituto molto più "**dalla parte dell'amministrazione pubblica**" che "dalla parte dei privati". Per scongiurare il rischio che l'operatore economico, non solo percepisca la sensazione di dover compiere un "servizio gratuito" per l'Amministrazione, dato che non c'è alcuna garanzia che ciò corrisponda (o solo contribuisca) all'aggiudicazione del contratto, ma, oltre a ciò, avverta anche il rischio di avvantaggiare i suoi *competitor* fornendogli la propria professionalità, le stazioni appaltanti dovranno cercare di bilanciare le situazioni di squilibrio indicate, elaborando esse stesse soluzioni "originali".

**BIBLIOGRAFIA:** (1) CARANTA, *L'Alitalia resta dietro al velo di Maya*, UA 2008, 9, 1128; (2) CONTESSA-DE SALVO, *La procedura di dialogo competitivo fra partenariato pubblico/privato e tutela della concorrenza*, UA 2006, 5, 501; (3) D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, Damm. 2008, 297; (4) DE NICTOLIS, *Il nuovo regolamento dei contratti pubblici*, UA 2011, 2, 136; (5) DE NICTOLIS, *Le procedure di affidamento e i criteri selettivi delle offerte*, SANDULLI M.A.-DE NICTOLIS-GAROFOLI, *Il regolamento di attuazione. Trattato sui contratti pubblici VIII*, Milano 2011, 4631; (6) DIPACE, *Le procedure di scelta del contraente e i criteri di aggiudicazione*, in FRANCHINI, *I contratti di appalto pubblico*, Roma 2010, 601; (7) FIDONE, *Dalla rigidità della l. Merloni al recepimento del dialogo competitivo: il difficile equilibrio tra rigore e discrezionalità*, FA TAR 2007, 12, 3971;

(8) FRACCHIA-CARROZZA, *Il difficile equilibrio tra flessibilità e concorrenza nel dialogo competitivo disciplinato dalla dir. 2004/18/CE*, *www.giustamm.it*, 11/2004; (9) INVERNIZZI, *Il dialogo competitivo e il dialogo tecnico*, SANDULLI M.A.-DE NICTOLIS-GAROFOLI, *Trattato sui contratti pubblici, III, Le procedure di affidamento e l'aggiudicazione*, Milano 2008, 1905; (10) MORRIONE, *Art. 58*, CARINGELLA-PROTTO, *Codice e regolamento unico dei contratti pubblici*, Roma 2011, 453; (11) PAGANI, *I sistemi di qualificazione delle imprese, la realizzazione dei lavori e la selezione delle offerte*, *UA* 2011, 3, 269; (12) PANI, *Il dialogo competitivo*, *DInt* 2006, 6, 605; (13) PERFETTI, *Diritto ad una buona amministrazione, determinazione nell'interesse pubblico ed equità*, *RIDPC* 2010, 3-4, 789; (14) RAGANELLI, *Il dialogo competitivo dalla dir. 2004/18/CE al codice dei contratti: verso una maggiore flessibilità dei rapporti tra pubblico e privato*, *RDPubbCom* 2009, 1, 127; (15) ROSSI, *Il dialogo competitivo nell'ordinamento italiano*, *NR* 2010, 1337; (16) SAPPA, *Diritti di proprietà intellettuale e dati pubblici nell'ordinamento italiano*, *ID* 2011, 185; (17) TOMEI-SCIANCELEPORE, *Dialogo competitivo (dir. amm.)*, *DDpubbl* 2010, 69; (18) VINTI, *L'evidenza pubblica*, FRANCHINI, *I contratti con la pubblica amministrazione*, I, Roma 2008, 257; (19) VINTI, *Il dialogo competitivo: troppo rigido nella fase creativa, poco regolato in quella comparativa*, *www.giustamm.it* 2009; (20) ZUCCHINI, *Dialogo competitivo*, ITALIA, *Appalti, contratti, Convenzioni*, Milano 2008, 779.

## 59. Accordi quadro <sup>(1)</sup> (art. 32, direttiva 2004/18)

1. Le stazioni appaltanti possono concludere accordi quadro. Per i lavori, gli accordi quadro sono ammessi esclusivamente in relazione ai lavori di manutenzione. Gli accordi quadro non sono ammessi per la progettazione e per gli altri servizi di natura intellettuale. (2)

2. Ai fini della conclusione di un accordo quadro, le stazioni appaltanti seguono le regole di procedura previste dalla presente parte in tutte le fasi fino all'aggiudicazione degli appalti basati su tale accordo quadro. Le parti dell'accordo quadro sono scelte applicando i criteri di aggiudicazione definiti ai sensi degli articoli 81 e seguenti.

3. Gli appalti basati su un accordo quadro sono aggiudicati secondo le procedure previste ai commi 4 e 5. Tali procedure sono applicabili solo tra le stazioni appaltanti e gli operatori economici inizialmente parti dell'accordo quadro. In sede di aggiudicazione degli appalti pubblici basati su un accordo quadro le parti non possono in nessun caso apportare modifiche