

Articoli e note

n. 3-2007 - © copyright

FRANCESCO GASPARI

Il dialogo competitivo come nuovo strumento negoziale e la sua (asserita) compatibilità con la finanza di progetto

SOMMARIO: 1. Il dialogo competitivo: aspetti definitivi. 2. Ratio e struttura dell'istituto. 3.1. La compatibilità tra dialogo competitivo e project financing nella versione originaria dell'art. 58 del Codice. 3.2 La versione definitiva dell'art. 58. 4. Il carattere eccezionale e residuale della procedura del dialogo competitivo. 5. Dialogo competitivo e diritto di prelazione ex art. 154 del Codice. 6. Il dialogo competitivo in alcune esperienze estere.

1. Il dialogo competitivo: aspetti definitivi.

La procedura del "dialogo competitivo" (o "colloquio multilaterale"[1]) costituisce una delle procedure innovative, in ordine ai metodi di contrattazione ed alle modalità di scelta del contraente a cui le amministrazioni pubbliche possono ricorrere[2], introdotte dalla Direttiva 2004/18 CE che, come noto, è confluita nel c.d. *Codice dei Contratti Pubblici*[3] (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, da ora innanzi *Codice*)[4].

L'art. 29 di siffatta Direttiva prevede e disciplina questa innovativa tecnica di contrattazione; il disposto *de quo* è stato integralmente riprodotto nell'art. 58 del *Codice*.

L'art. 3, comma 39, *Codice*, definisce l'istituto in esame come "[...] 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". La nozione dell'istituto recepita nel disposto richiamato è mutuata dall'art. 1, comma 11, lett. c), Direttiva 2004/18/CE[5].

Parte della dottrina[6] osserva come l'istituto in rassegna permetta all'amministrazione, mediante "la combinazione tra alcuni caratteri della procedura ristretta ed alcuni della procedura negoziata", di porre, a base della gara di appalto, "un capitolato tecnico il cui oggetto in termini di prestazioni, al contrario di quanto avviene nelle altre procedure, non viene predeterminato dall'amministrazione appaltante, ma è il frutto di una negoziazione effettuata in precedenza tra le stesse imprese che partecipano alla gara"[7].

2. Ratio e struttura dell'istituto.

L'art. 29 della Direttiva 2004/18 cit. (e oggi l'art. 58 del *Codice*) delinea in modo articolato le diverse fasi della procedura[8].

Il dialogo competitivo è disegnato come "procedura bifasica[9], nella quale a una fase di dialettica tecnica assai ricca e aperta, caratterizzata dalla raccolta ad ampio raggio di idee e suggerimenti circa i bisogni dell'appaltante e le misure per soddisfarli, [...] segue una seconda - maggiormente accostabile alle tradizionali procedure - culminante nell'aggiudicazione dell'appalto".

Le ragioni della previsione di una procedura di tal fatta sono molteplici. In primo luogo, il dialogo

competitivo postula una stretta collaborazione tra soggetto pubblico e soggetto privato, per cui tale procedura sembra riconducibile nell'alveo dei modelli di Partenariato Pubblico Privato contrattuale[10], e, più in generale, nell'ambito del noto disegno della Commissione CE teso a sviluppare ampiamente i modelli collaborativi tra il settore pubblico e quello privato[11]. Ciò contribuisce a determinare il superamento della rigida distinzione/contrapposizione pubblico-privato. In secondo luogo, il rapporto dialogico tra la pubblica amministrazione e gli operatori di mercato permette di individuare soluzioni e di far fronte a domande a cui l'amministrazione stessa non è, autonomamente, in grado di soddisfare[12].

Come evidenzia la dottrina[13], le caratteristiche e le esigenze che sono poste alla base del dialogo competitivo sono individuate nel *considerando* n. 31 della Direttiva 2004/18/CE[14]. Due sono i presupposti essenziali, la cui sussistenza assurge a condizione indefettibile per legittimare il ricorso alla procedura in esame[15]: si deve trattare, da un lato, di *appalti particolarmente complessi* e, dall'altro, di casi in cui le amministrazioni si trovano *nell'impossibilità oggettiva, non per carenze 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/o di soluzioni giuridico/finanziarie*.

La prima difficoltà che l'interprete incontra, in ordine alla disamina dell'ambito di applicazione oggettivo dell'istituto *de quo*, riguarda l'esatta portata della locuzione "appalto particolarmente complesso"[16]. Duplice è l'ipotesi configurata dal legislatore comunitario: per un verso, l'amministrazione non è oggettivamente in grado di definire i mezzi tecnici atti a soddisfare le sue necessità o i suoi obiettivi, per altro verso, l'amministrazione non è oggettivamente in grado di specificare l'impostazione giuridica e finanziaria del progetto[17].

L'art. 58, comma 2, *Codice*, riproduce la definizione contenuta nell'art. 1, paragrafo 11, lett. c.), Direttiva 2004/18 CE[18], con l'aggiunta di un periodo, l'ultimo, che recita "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 economiche-finanziarie degli stessi e all'analisi dello stato di fatto e di diritto di ogni intervento nelle sue eventuali componenti storico-artistiche, architettoniche, paesaggistiche, socio-economiche, amministrative e tecniche"[19].

Le disposizioni di cui all'art. 29 della Direttiva sono riprodotte nell'art. 58 del *Codice*, con qualche "aggiustamento" che sembra essere, tuttavia, solo di carattere formale[20].

Sembrirebbe che il legislatore abbia introdotto, nell'art. 58, comma 5, *Codice*, in luogo dell'endiadi di cui all'art. 29, comma 2 (le necessità "e" le esigenze), una "o" disgiuntiva, nel senso che sembrerebbe essere sufficiente, ai fini della motivazione del provvedimento di cui al comma 3 dell'art. 58 in esame[21], addurre una "ragione" alternativa, idonea a giustificare il ricorso alla procedura del dialogo competitivo: le necessità "o" gli obiettivi[22].

Secondo tale interpretazione, non sembra ragionevole ritenere che, in relazione a ciò che deve essere reso noto nel bando di gara, vi sia una sostanziale differenza tra la disciplina di cui all'art. 29, comma 2, che prevede(va) una endiadi, e l'art. 58, comma 5 del *Codice*, non solo perché è la Relazione all'art. 58 in esame a caldeggiare tale impostazione, ma anche perché nel testo redatto in lingua inglese, l'art. 1, comma 11, lett. c) della Direttiva *de qua* impiega espressamente la locuzione "*needs or objectives*", che risultano essere effettivamente sinonimi di "*necessità o obiettivi*"[23].

A tale conclusione perveniamo anche leggendo il successivo comma 3 dell'art. 29, ove si parla solo di "*necessità*": è del tutto evidente come le "*necessità*" di cui al comma 3 coincidano con le "*necessità*" di cui al precedente comma 2. La identità è definitivamente dimostrata dal corrispondente disposto del *Codice* (art. 58, comma 6), ove si prevede, in via del tutto simmetrica con il precedente comma 5 dello stesso disposto, il riferimento alle "*necessità o obiettivi*".

Analoghe considerazioni possono svolgersi in relazione al rapporto tra l'art. 29, comma 5, Direttiva *de qua*, e il corrispondente art. 58, comma 10 del *Codice*.

La precisazione lessicale in argomento non rappresenta una ludica operazione ermeneutica, bensì assume particolare rilevanza in quanto, come si legge anche dalla Relazione all'art. 58, "la possibilità di indicare solo gli obiettivi amplifica notevolmente l'apporto collaborativo dei privati all'attività della P.A.". Tale apporto collaborativo, come visto sopra, costituisce la *ratio* della previsione di tale strumento negoziale.

Si noti, inoltre, come mentre il comma 4 dell'art. 58 del *Codice* (che stabilisce che "L'unico criterio per l'aggiudicazione dell'appalto pubblico è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa")

riproduce, senza modifiche sostanziali, l'art. 29, comma 3, della Direttiva 2004/18/CE, in quest'ultimo provvedimento non si rinviene alcuna disposizione che obblighi l'amministrazione a motivare la decisione di ricorrere allo strumento negoziale del dialogo competitivo[24]. Il *Codice*, infatti, al comma 3 del disposto in esame, prevede che "Il provvedimento con cui la stazione appaltante decide di ricorrere al dialogo competitivo deve contenere specifica motivazione in merito alla sussistenza dei presupposti previsti dal comma 2". Con l'introduzione dell'obbligo di motivare in maniera "specificata", in merito alla sussistenza dei presupposti (dettati al comma 2, dell'art. 58) legittimanti il ricorso allo strumento negoziale in questione, si è voluto garantire e soddisfare un principio fondamentale, quello di trasparenza. Tale principio assume particolare rilievo, poiché il *modus procedendi* di cui all'art. 58 presenta carattere eccezionale "[...] rispetto alle ordinarie procedure aperte o ristrette [...]"; eccezionalità dimostrata dalla circostanza che l'amministrazione può fare ricorso al dialogo competitivo in caso di "oggettiva impossibilità di definire i mezzi tecnici atti a soddisfare le sue necessità o i suoi obiettivi, e/o specificare l'impostazione giuridica e/o finanziaria di un progetto"[25]. L'aver stabilito, nella procedura del dialogo competitivo, che "l'unico criterio per l'aggiudicazione dell'appalto pubblico è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa", è giustificato dal fatto che tale criterio "comporta una valutazione ampia e coordinata di quelli che sono i parametri di valutazione"[26].

3.1. La compatibilità tra dialogo competitivo e project financing nella versione originaria dell'art. 58 del Codice.

Suscita notevole interesse in dottrina[27] l'analisi del rapporto tra dialogo competitivo e figure ad esso affini[28].

In questa sede interessa, tuttavia, accennare al problema della compatibilità tra l'istituto del dialogo competitivo e l'istituto della finanza di progetto.

Il problema della compatibilità tra gli istituti *de quibus* ha suscitato notevole interesse in dottrina[29], fin da quando il primo è comparso nell'ordinamento giuridico italiano, ad opera della Direttiva 2004/18 cit.

Sul rapporto tra i due istituti, anche in relazione al diritto di prelazione, la Direttiva in parola si limitava a dettare una disciplina piuttosto scarna.

La complessità di definire tale rapporto si riflette sulla diversa portata che, durante i lavori preparatori, se così si può dire, ha assunto l'art. 58 del *Codice* che, come detto, recepisce l'art. 29 della Direttiva cit., prevedendo nell'uno una disciplina più esaustiva di quella contenuta nell'altro, che riguarda, in particolare, proprio il rapporto tra gli istituti in argomento.

La soluzione adottata in un primo momento nel *Codice*, nella versione non definitiva del 13 gennaio 2006, sembrava, infatti, chiarire definitivamente la questione, in quanto l'art. 58, comma 18, prevedeva espressamente che "Nel caso in cui siano state presentate proposte ai sensi dell'articolo 153, le stazioni appaltanti possono ricorrere al dialogo competitivo quando nessuna delle proposte corrisponde all'interesse pubblico ai sensi dell'articolo 154. In tal caso i soggetti che hanno presentato le proposte sono ammessi a partecipare al dialogo di cui al comma 6".

Nella versione definitiva del *Codice* - approvato, come noto, il 23 marzo 2006 -, tuttavia, il comma 18 risulta completamente mutato, in quanto 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". L'originaria versione del comma 18 dell'art. 58 del *Codice* sembrava disciplinare due tipologie di dialogo competitivo.

Si noti, infatti, come *ictu oculi* il primo e l'ultimo comma dell'art. 58 presentavano una notevole differenza, circa il rispettivo ambito di applicazione oggettivo, in quanto il primo rimetteva (e rimette) ad una valutazione discrezionale dell'amministrazione precedente l'opportunità/necessità di ricorrere alla procedura del dialogo competitivo, mentre l'ultimo comma sembrava maggiormente coartare l'amministrazione, giacché si prevedeva che questa potesse ricorrere al dialogo in ordine alla procedura di finanza di progetto solo "[...] quando nessuna delle proposte corrisponde all'interesse pubblico [...]".

L'originario ambito di applicazione oggettivo dello strumento negoziale di cui all'art. 58 stimolava a svolgere alcune considerazioni.

Ci si chiedeva, in particolare, se fosse necessario e sufficiente che, per poter ricorrere alla procedura del dialogo competitivo nel caso di cui agli artt. 153 ss., si verificasse lo specifico presupposto della

manca di proposte di pubblico interesse (art. 58, ult. comma), ovvero se, accanto a tale presupposto, necessario ma non sufficiente, l'amministrazione dovesse trovarsi al cospetto di un appalto particolarmente complesso (art. 58, comma 1).

Il dato letterale sembrava potesse indurre a concludere che l'ultimo comma del disposto in parola fosse una norma di chiusura che, rispetto all'ambito di applicazione dello strumento negoziale *de quo*, di cui al primo comma, presentava caratteri specializzanti. Seguendo tale impostazione, atteso che *lex specialis derogat generali*, non sarebbe stato irragionevole affermare che l'amministrazione fosse legittimata a ricorrere alla procedura del dialogo competitivo tutte le volte in cui non le fossero pervenute proposte di pubblico interesse, senza che sarebbe stato altresì necessario che ricorresse un'ipotesi di appalto particolarmente complesso[30].

In realtà, ammessa l'astratta compatibilità tra le due procedure in esame, in concreto queste non sembravano esserlo affatto.

Già dalla prima versione dell'art. 58, comma 18, infatti, risultava delicato ammettere, sia sotto il profilo dogmatico che applicativo, l'assoluta ed incondizionata compatibilità tra dialogo competitivo e *project financing*, giacché la norma che permetteva di valutare se, ed eventualmente in quale misura, tra le procedure *de quibus* vi fosse o meno compatibilità risultava essere, a nostro avviso, l'art. 152, comma 2, *Codice*, che recita "Si applicano inoltre, in quanto non incompatibili con le previsioni del presente capo, le disposizioni del titolo I (contratti di rilevanza comunitaria) ovvero del titolo II (contratti sotto soglia comunitaria) della parte II (contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture nei settori ordinari), a seconda che l'importo dei lavori sia pari o superiore alla soglia di cui all'articolo 28, ovvero inferiore". Tale disposto, infatti, dopo aver stabilito in positivo, al comma 1, la disciplina comune applicabile alla procedura di *project financing*, richiamando *expressis verbis* le parti del *Codice* a ciò elette, detta una clausola (quella del comma 2) generale, questa volta in negativo ("Si applicano [...] in quanto non incompatibili [...]"), destinata (come si legge anche dalla Relazione che accompagna l'art. 152) a dirimere eventuale dubbi interpretativi.

Il disposto di cui all'art. 152, testé riportato, non ha subito modifiche rispetto alla sua originaria versione.

Orbene, l'istituto del dialogo competitivo è regolato nella Parte II, Titolo I, Capo III, Sezione I (recante "Oggetto del contratto e procedura di scelta del contraente") del *Codice*. La disciplina da ultimo richiamata non risulta, com'è evidente, tra quelle che il legislatore richiama espressamente nel comma 1 dell'art. 152, sicché l'asserita compatibilità tra le procedure del dialogo competitivo e della finanza di progetto avrebbe dovuto essere vagliata alla stregua del criterio della non incompatibilità tra le disposizioni che disciplinano le due diverse procedure di affidamento (comma 2 cit.).

Sulla base di quanto esposto era possibile svolgere alcune ulteriori riflessioni.

In primo luogo, già dalla lettura dell'art. 152 del *Codice* risultava chiaro come le due procedure fossero affatto dissimili, e il legislatore sembrava espressamente prevedere, al comma 1, una *compatibilità*, per così dire, *legale*, tra la disciplina relativa alle procedure di affidamento di cui agli artt. 153 ss. e le disposizioni del *Codice* richiamate al comma 1; compatibilità legale in quanto era lo stesso legislatore che ne legittimava la (già teorica) operatività. Quando, invece, il legislatore non determinava *expressis verbis* la compatibilità in parola, come al comma 2, è l'interprete che avrebbe dovuto verificarne l'ammissibilità in concreto.

In secondo luogo, le procedure in rassegna non sembravano poste sullo stesso piano, in quanto l'una (il dialogo competitivo) era subordinata alla mancata possibilità di ricorrere all'altra (procedura "ordinaria" di finanza di progetto), e l'alternatività era dimostrata dalla circostanziale limitativa "quando" di cui all'art. 58, comma 18 del *Codice* ("[...] le stazioni appaltanti possono ricorrere al dialogo competitivo *quando* nessuna delle proposte corrisponde all'interesse pubblico ai sensi dell'articolo 154 [...] "[31]).

In terzo luogo, per espressa previsione legislativa, al dialogo competitivo si sarebbe potuto far ricorso quando l'amministrazione non fosse stata in grado di seguire la "ordinaria" procedura di affidamento, vale a dire quando essa si fosse trovata di fronte ad appalti particolarmente complessi e previa verifica della non corrispondenza delle proposte all'interesse pubblico (art. 58, comma 18).

Ne conseguiva che se all'amministrazione non fossero pervenute proposte di pubblico interesse (comb. disp. artt. 153-154 del *Codice*, a cui rinvia l'art. 58, comma 18, dello stesso *Codice*) non sarebbe stato individuabile neppure un promotore, perché se questi fosse stato individuabile sarebbe venuta meno la stessa *ratio* che giustificava, già sotto il profilo dogmatico, il ricorso ad una procedura, il dialogo competitivo, che, in ogni caso, è del tutto eccezionale. Proprio siffatta eccezionalità, inoltre, implicava che il ricorso alla procedura *de qua* dovesse essere specificamente motivato "[...] in merito

alla sussistenza dei presupposti previsti dal comma 2" (art. 58, comma 3, *Codice*). Tali presupposti, qualora vi fosse stata una proposta del promotore idonea a soddisfare l'interesse pubblico, sarebbero mancati, e non avrebbe potuto mai essere motivata, se non illegittimamente, la decisione dell'amministrazione di ricorrere alla procedura del dialogo competitivo (quando perviene alla P.A. una sola proposta, infatti, la procedura prosegue, e si applicherebbe, in caso di gara deserta, l'art. 155, comma 2, del *Codice*).

In altri termini, secondo la versione originaria del comma 18 dell'art. 58, nell'ipotesi in cui all'amministrazione non fosse pervenuta alcuna proposta di pubblico interesse, con la conseguente impossibilità di individuare alcun soggetto qualificabile come promotore, il cui progetto preliminare potesse essere eventualmente modificato sulla base delle determinazioni delle amministrazioni stesse, la medesima amministrazione sarebbe stata legittimata, previa specifica motivazione, a ricorrere al dialogo competitivo, la cui precipua *ratio* consiste nell'offrire all'amministrazione uno strumento negoziale per colmare una sua carenza di *known how* non colposa, che si attua mediante l'apporto collaborativo dei privati, e quindi mediante le conoscenze tecniche e specialistiche reperibili solo sul mercato.

3.2 La versione definitiva dell'art. 58.

Dalla versione codificata dell'art. 58 emerge come l'istituto del dialogo competitivo abbia un ambito di applicazione oggettivo notevolmente ristretto rispetto alla procedura di cui agli artt. 153 ss. del *Codice* (che riproducono gli abrogati artt. 37 bis ss., Legge Quadro n. 109 del 1994), giacché il comma 1 dell'art. 58 in esame (e l'art. 29, comma 1, Direttiva 2004/18/ CE) stabilisce che "Nel caso di appalti particolarmente complessi gli Stati membri possono prevedere che l'amministrazione aggiudicatrice, qualora ritenga che il ricorso alla procedura aperta o ristretta non permetta l'aggiudicazione dell'appalto, possa avvalersi del dialogo competitivo conformemente al presente articolo".

Dal confronto delle due diverse procedure si evince chiaramente, innanzi tutto, come in entrambe vi sia il riferimento alla soddisfazione dell'interesse pubblico di cui l'amministrazione stazione appaltante risulta attributaria (si cfr. gli artt. 154, 58, commi 5,6,10, *Codice* e 29, commi 2,3,5 Dir. cit.).

Come osserva la dottrina[32], la grande flessibilità e la presenza di un dialogo pubblico-privato molto intenso e non occasionale ed episodico contraddistinguono entrambe le procedure.

La fondamentale differenza tra le due procedure[33] è che, mentre nella procedura di cui agli articoli 153 ss. l'amministrazione procedente "sceglie" il progetto presentato dal promotore, tra quelle alla medesima pervenute, previa valutazione della fattibilità della proposta sulla base dei parametri indicati nell'art. 154, nella procedura del dialogo competitivo, le amministrazioni non operano alcuna valutazione della proposta (che in realtà è *in fieri*) degli offerenti aspiranti promotori, ma si limitano a pubblicare un bando di gara in cui si rendono note le loro necessità o obiettivi (art. 58, comma 5, *Codice*), al fine di individuare e definire i "mezzi più idonei a soddisfare le proprie necessità" (art. 29, comma 3, Dir. cit. e art. 58, comma 6, *Codice*)[34]. È chiaro, quindi, che il ricorso al dialogo competitivo presupponga che l'operatore pubblico versi in una tipica situazione di «asimmetria informativa»[35] o di «selezione avversa»[36]. Il dialogo proseguirà finché l'amministrazione "non è in grado di individuare, se del caso dopo averle confrontate, la o le soluzioni che possano soddisfare le sue necessità" (art. 29, comma 5, Direttiva cit. e art. 58, comma 10, *Codice*).

In secondo luogo, l'istituto del dialogo competitivo presenta, rispetto alla procedura di finanza di progetto, un'indubbia diversità di struttura, che si riflette sull'oggetto della successiva gara pubblica[37]: nella procedura "ordinaria" (artt. 153 ss., *Codice*), oggetto della gara è la sola proposta del promotore, in quella "residuale" (dialogo competitivo) l'oggetto della gara sarà il risultato della combinazione degli elementi migliori contenuti nelle singole proposte dei partecipanti[38].

La differente struttura delle due procedure sembra essere lampante se solo si leggono i disposti di cui agli artt. 154 e 58, *Codice*: con l'ordinario *modus procedendi* l'amministrazione, per un verso, verifica che non vi siano elementi preclusivi alla realizzabilità della proposta e, per altro verso, individua, anche attraverso un confronto comparativo, le proposte ritenute di pubblico interesse. Ciò implica che ciascuna proposta debba anzitutto essere analizzata e valutata singolarmente e solo successivamente debba essere messa in comparazione con le altre eventualmente pervenute. Tale comparazione, nella procedura del dialogo competitivo, viene anticipata fin dal momento in cui all'amministrazione pervengono le proposte dei partecipanti al dialogo, e, a differenza della procedura ex artt. 153 ss., dette proposte non vengono analizzate e valutate singolarmente, ma in parallelo, al fine di ricavare gli

elementi per formare progressivamente il progetto "ideale", il quale è destinato a costituire l'oggetto della successiva gara[39].

Il bando deve essere - necessariamente - indetto dall'amministrazione al fine di indicare i requisiti di pre-qualificazione, individuati tra quelli previsti in generale per i partecipanti alle procedure di affidamento (artt. 34-46 *Codice*)[40]. Con le imprese[41], individuate attraverso l'applicazione delle norme di cui agli artt. 62-80 del *Codice*, la stazione appaltante avvierà il dialogo competitivo *strictu sensu*[42].

Dalla comparazione delle due procedure si evince che nella procedura del dialogo competitivo non v'è in realtà alcuna proposta dei privati, ma un contributo di questi, sinergico e parallelo, finalizzato alla individuazione "dei mezzi più idonei" a perseguire l'interesse pubblico di cui l'amministrazione è attributaria. Dal contributo causale di tutti i soggetti selezionati (si cfr., in particolare, l'art. 29, comma 3, Dir. cit.[43], che recita "[...] Nella fase del dialogo esse - amministrazioni - possono discutere con i candidati selezionati tutti gli aspetti dell'appalto), l'amministrazione definirà un progetto "ideale" da porre a base della successiva gara, a cui saranno invitati i partecipanti "a presentare le loro offerte finali in base alla o alle soluzioni presentate e specificate nella fase del dialogo"[44].

Nella procedura di cui agli artt. 153 ss. l'amministrazione opera una valutazione *ex post*, una valutazione, cioè, che si colloca successivamente alle proposte pervenute nella fase di pre-gara[45]

L'istituto del dialogo competitivo è, invece, preordinato a perseguire altre finalità: la individuazione di una proposta suscettibile di soddisfare l'interesse pubblico, che in questo caso è *in fieri*, non esiste, non è perfetta, ma si forma progressivamente con il contributo dei soggetti partecipanti a tale procedura, con un meccanismo che attribuisce all'amministrazione procedente la possibilità «di combinare singoli profili delle diverse proposte presentate (pratica suggestivamente definita del "cherry-picking")»[46].

In entrambe le procedure è necessario individuare una proposta da porre a base della successiva gara, sulla quale parametrare le offerte dei terzi offerenti interessati; il procedimento "ordinario" è quello di cui agli artt. 153 ss., *Codice* (già artt. 37 bis ss. Legge Quadro), mentre se tale procedura non può essere seguita a causa della "particolare complessità di alcuni appalti", si utilizzerà un sistema diverso e alternativo, che permetterà all'amministrazione di individuare "i mezzi più idonei" a soddisfare le proprie esigenze, vale a dire il dialogo competitivo.

Tra le due procedure, dunque, sembra esserci reciproca esclusione, nel senso che il ricorso all'una esclude l'altra, e quindi l'applicazione dell'istituto del dialogo competitivo, che è ipotesi marginale ed eccezionale, determina l'inapplicabilità non solo della "ordinaria" procedura (invocabile in ordine ad appalti non complessi: arg. *a contrario* ex art. 29 Dir. 2004/18 cit.) ma, come meglio si vedrà *infra*, anche del (connesso) diritto di prelazione del promotore.

La definitiva versione del comma 18 dell'art. 58 del *Codice* sembra confermare, a nostro avviso, l'incompatibilità tra le due procedure di affidamento. Siffatta incompatibilità sembra essere, tuttavia, relativa, e non può essere valutata in astratto, alla stregua di quanto il legislatore sembrava prevedere nella originaria versione del comma 18 in esame[47], bensì in concreto, in quanto il comma 18 in rassegna espressamente stabilisce che "Le stazioni appaltanti non possono ricorrere al dialogo competitivo in modo abusivo o in modo da ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza" [48].

4. Il carattere eccezionale e residuale della procedura del dialogo competitivo.

La specificità delle condizioni che legittimano il ricorso al dialogo competitivo rendono tale strumento eccezionale e residuale tra le procedure di aggiudicazione[49]. Il carattere eccezionale della procedura in esame si evince chiaramente dall'art. 58, comma 3, *Codice*, che, per un verso, dispone che il ricorso al dialogo competitivo sia possibile "nel caso di appalti particolarmente complessi, qualora ritengano che il ricorso alla procedura aperta o ristretta non permetta l'aggiudicazione dell'appalto", e, per altro verso, stabilisce che il provvedimento con cui l'amministrazione decide di ricorrere al dialogo competitivo debba contenere una specifica motivazione circa la sussistenza dei presupposti richiamati dal medesimo art. 58, comma 3[50].

L'assunto secondo cui all'istituto in argomento debba essere riconosciuto carattere eccezionale sembra trovare fondamento, dunque, oltre che in considerazioni di carattere logico, soprattutto nella disciplina positiva che regola le due diverse procedure. Infatti, il promotore che concepisce, predispone e propone un'offerta ex artt. 153 ss. avrà diritto ad esercitare la prelazione, laddove, invece, per i partecipanti alla procedura di cui all'art. 29 Dir. 2004/18 cit., è prevista l'elargizione di

premi o di pagamenti (art. 29, comma 8)[51], quasi come a voler, il legislatore comunitario, prevedere un "corrispettivo" o un "compenso" per l'opera di "consulenza" prestata dai partecipanti[52].

Oltre al "premio" di cui s'è detto, la cui *ratio* viene individuata, analogamente a quella che giustifica il diritto di prelazione del promotore, nella "capacità innovativa degli operatori economici [...] e, più in particolare, nelle varianti proposte"[53], la dottrina da ultimo evocata osserva che "per incoraggiare effettivamente tale innovazione è essenziale che l'apporto intellettuale degli operatori economici sia tutelato salvaguardando la riservatezza delle loro proposte/offerte": in tali termini deve essere intesa la previsione di cui alla Direttiva 2004/18 cit. che prevede alcune garanzie ai soggetti partecipanti al dialogo competitivo: l'art. 29, comma 3[54], prevede, infatti, che "Durante il dialogo le amministrazioni aggiudicatrici garantiscono la parità di trattamento di tutti gli offerenti. In particolare esse non forniscono, in modo discriminatorio, informazioni che possano favorire alcuni offerenti rispetto ad altri", ed ancora "Le amministrazioni aggiudicatrici 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".

In dottrina[55] si fa notare che "Ai fini della scelta degli interlocutori, il bando di gara può anche prevedere che le imprese presentino le loro proposte progettuali", che avrebbero la funzione di "costituire una base di partenza sulla quale impostare il confronto tra candidati e stazione appaltante". Ciò determinerebbe un pericolo insito nella procedura del dialogo competitivo, consistente nell' "illegittimo utilizzo e sfruttamento dello sforzo di inventiva e di innovazione dei candidati", con la conseguenza che "le imprese non presenteranno proposte studiate e sviluppate a fondo limitandosi allo stadio più superficiale possibile, per evitare che esse possano essere messe in competizione con i loro concorrenti".

5. Dialogo competitivo e diritto di prelazione ex art. 154 del Codice.

Né la dottrina né il legislatore hanno affrontato la delicata questione inerente all'applicabilità della prelazione nell'ambito della procedura del dialogo competitivo.

È chiaro che il diritto del promotore risulta incompatibile con una disciplina di tal fatta, giacché il diritto in parola, oltre a non essere meramente eventuale (art. 29, comma 8 "le amministrazioni *possono* prevedere premi o pagamenti"[56]), non è solo un "premio", ma costituisce un vero e proprio diritto potestativo.

Riteniamo, quindi, che, nonostante il carattere premiale che le accomuna, le due procedure siano alternative, reciprocamente esclusive, aventi ambiti oggettivi diversi, essendo preordinate a scopi dissimili, sicché il diritto di prelazione del promotore non risulta, a nostro avviso, applicabile alla procedura del dialogo competitivo.

In realtà, l'impossibilità (giuridica) di applicare analogicamente il diritto di prelazione alla procedura del dialogo competitivo sembra essere insuperabile se solo si considera che il riconoscimento della natura civilistica del diritto in questione determina una deroga all'art. 3 della Costituzione, in quanto prevede una disparità di trattamento tra i *competitors*. Come si è già avuto modo di rilevare[57], infatti, sul piano teorico, ogni limitazione introdotta *ex lege* - come la prelazione del promotore *de qua* - si fonda su una ragione sociale che ne giustifica la deroga e deve avere una giustificazione di carattere obiettivo, che la renda compatibile con il principio di eguaglianza (art. 3 Cost.) e, pertanto, non censurabile sul piano della legittimità costituzionale[58].

Atteso che la prelazione del promotore è qualificabile come prelazione legale, e considerato che le prelazioni legali sono tipiche e tassative[59], è gioco-forza ritenere che un'applicazione analogica della situazione giuridica in parola ad una procedura affatto diversa (dialogo competitivo), nella quale il legislatore non ha provveduto espressamente a prevederla, è giuridicamente impedita dalla previsione dell'art. 14 delle Disposizioni della legge in generale, che rubrica "Applicazioni delle leggi penali ed eccezionali", e recita "Le leggi [...] che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati"[60].

Diversamente opinando si finirebbe con il derogare al principio costituzionale d'eguaglianza oltre i casi in cui la deroga è giustificata secondo le valutazioni legislative[61]. È, invece, necessario evitare un arbitrario allargamento delle eccezioni consentite dalla legge[62].

Parte della giurisprudenza[63] sembra, tuttavia, ammettere la legittimità del ricorso al dialogo competitivo, nell'ambito della normativa nazionale che regola il *project financing*, e sembra condividere la compatibilità dell'istituto stesso con il diritto di prelazione del promotore.

Il nodo interpretativo innanzi posto, e cioè se il diritto di prelazione del promotore possa “vivere” nella procedura del dialogo competitivo, è destinato, a nostro avviso, a sciogliersi tenendo presente, in primo luogo, la *ratio* degli istituti, la diversità strutturale degli stessi, e gli altri aspetti sopra analizzati, e, in secondo luogo, l’art. 152, comma 2, del *Codice*, in virtù del quale pur ammettendo un’astratta compatibilità tra il dialogo competitivo e il *project financing* (molto accentuata nella originaria versione dell’art. 58, comma 18, che operava un espresso rinvio agli artt. 153 e 154 del *Codice*), non sembra, al contrario, possa configurarsi l’operatività del diritto di prelazione in questione nell’ambito della prima procedura, poiché con questa il diritto *de quo* sembrerebbe essere incompatibile.

6. Il dialogo competitivo in alcune esperienze estere.

Il *considerando* n. 16 della Direttiva 2004/18/CE lascia agli Stati membri la facoltà di decidere circa la possibilità di permettere alle amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere al dialogo competitivo[64].

La Francia, come noto, ha recepito in anticipo la Direttiva 2004/18/CE con l’emanazione del decreto n. 15 del 7 gennaio 2004[65], recante “*Nouveau code de marchés publics*” [66].

La dottrina[67] rammenta che la finalità principale che ha indotto l’ordinamento francese a prevedere, negli artt. 67 e 68 del *Nouveau code* cit., l’istituto del dialogo competitivo è quella di rispondere alle critiche formulate sulla rigidità delle procedure[68].

Come osserva la dottrina[69], “?...? cette procédure nouvelle ?...?, sans être une procédure négociée, rompt avec la règle fondamentale de l’appel d’offres selon la quelle candidats et administrations ne se parlent pas”.

L’art. 36 del *code* prevede che la “*personne publique*” non può ricorrere alla procedura in esame se non nel caso in cui essa “n’est pas en mesure, soit de définir les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins, soit d’établir le montage juridique ou financier du project” [70].

Anche la procedura del *dialogue compétitif* è, dunque, alla stregua del nostro dialogo competitivo, una procedura eccezionale[71].

L’istituto in parola era stato presentato in Francia con grande ottimismo, al punto da far affermare[72] in dottrina che “La procédure du dialogue compétitif constituera la procédure normale de passation des contrats de partenariat”. Il dato statistico, tuttavia, contraddice clamorosamente tali auspici: dopo 15 mesi dall’introduzione dell’istituto, solo un contratto è stato stipulato[73].

Completamente diversa è l’esperienza tedesca in tema di dialogo competitivo, Paese da sempre refrattario ad ogni formula contrattuale innovativa[74].

In questi ultimi anni in Germania si assiste ad una vertiginosa crescita nell’impiego dello strumento del PPP, e la recente legge su tale strumento riproduce pedissequamente, all’art. 6, il testo dell’art. 29 della Direttiva 2004/18/CE[75].

Recentemente anche la Gran Bretagna ha provveduto a recepire la Direttiva 2004/18/CE. Il 31 gennaio 2006[76], infatti, sono entrate in vigore *The Public contracts Regulations* (art. 1, comma 1)[77], la cui operatività non si estende alla Scozia (art. 1, comma 2)[78].

L’art. 2, comma 8, di queste “*Regulations*”, definisce la “*competitive dialogue procedure*” come una procedura “in which any economic operator may make a request to participate” e “whereby a contracting authority conducts a dialogue with the economic operators admitted to that procedure with the aim of developing one or more suitable alternative solutions capable of meeting its requirements and on the basis of which the economic operators chosen by the contracting authority are invited to tender”.

La nozione dell’istituto recepita nel disposto richiamato è mutuata dall’art. 1, comma 11, lett. c), Direttiva 2004/18/CE, alla stregua di quanto prevede, come visto, l’art. 3, comma 39, del nostro *Codice*[79]. La specifica disciplina è dettata all’art. 18 delle “*Regulations*” in argomento, che detta, in 29 commi, un’articolata procedura.

Da una prima lettura della disciplina in parola emerge l’eccezionalità della *dialogue competitive procedure* (art. 18, comma 2) rispetto alle altre forme di cooperazione, pure regolate nella medesima Parte 3 delle “*Regulations*”[80] *de quibus*, alla stregua di quanto si evince dall’art. 58 del nostro *Codice*.

Con il recepimento della Direttiva 2004/18/CE, la Gran Bretagna si conferma come il mercato più aperto d’Europa, come ha rilevato, in una recente ricerca, la DREE (Direzione delle Relazioni Estere del Ministero francese dell’Economia)[81].

[1] L'espressione è adottata da A. CIRAFISI - O. PASSANTE (*Guida al nuovo codice dei contratti pubblici*, Palermo, 2006, p. 119) e da C. GIURDANELLA - G. CAUDULLO (*La Direttiva unica appalti: guida alla Direttiva 2004/18 in materia di appalti pubblici di lavori, forniture e servizi*, Napoli, 2004, p. 56).

[2] Così C. CONTESSA - N. DE SALVO, *La procedura del dialogo competitivo fra partenariato pubblico/privato e tutela della concorrenza*, in *Urb. e app.*, n. 5 del 2006, pp. 501 ss., in particolare p. 501. Altra dottrina (R. INVERNIZZI, *Il dialogo competitivo e tecnico*, in AA. VV. (a cura di R. GAROFOLI - M. A. SANDULLI), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, Milano, 2005, pp. 299 ss.) afferma che "Lo strumento si colloca all'avanguardia dello sforzo normativo di acquisire efficienza al settore degli appalti pubblici, qui tramite la ricerca di più efficaci e flessibili strumenti di dialogo fra il mondo degli appaltanti e quello degli imprenditori-concorrenti" (*ivi* p. 299).

Sul carattere assolutamente innovativo della procedura del dialogo competitivo si registrano diverse posizioni.

Il legislatore sembra aver concepito l'istituto in rassegna come uno *strumento negoziale* che, alla stregua dell'"accordo quadro", della "centrale di committenza" e delle "aste elettroniche", rappresenta una delle novità di maggior rilievo per l'ordinamento giuridico italiano (Cfr. *Relazione illustrativa dell'articolato proposto* (da ora innanzi *Relazione*), che accompagna il *Codice de quo*, in particolare ai Punti 3.4 e 1.4. In quest'ultimo Punto, recante "[...] nuovi strumenti contrattuali e mezzi di modernizzazione", si qualificano gli strumenti negoziali testé indicati come "nuovi meccanismi di affidamento dei contratti [...]". (Il corsivo è nostro).

Il Consiglio di Stato, nel parere, favorevole, sul *Codice*, del 6 febbraio 2006, ha qualificato il dialogo competitivo come "[...] uno strumento interessante ai fini dell'esecuzione delle opere pubbliche", ancorché il meccanismo sembri ancora da affinare.

Parte della dottrina (M. PROTTO, *Il nuovo diritto europeo degli appalti*, in *Urb. e app.*, n. 7 del 2004, pp. 755 ss.) ritiene che le amministrazioni aggiudicatrici, in caso di appalti particolarmente complessi, "potevano condurre un «dialogo tecnico» cui seguiva una procedura d'aggiudicazione «normale», oppure aggiudicare un appalto di servizi e successivamente un appalto di forniture, o ancora indire un concorso di concessione cui far seguire l'aggiudicazione di un appalto di servizi, di forniture o di lavori" (*ivi*, p. 757). Siffatte possibilità non erano, tuttavia, sufficienti, in quanto "Nell'ipotesi di dialogo tecnico [...] l'impresa che assiste l'amministrazione aggiudicatrice nella definizione delle specifiche tramite un «dialogo tecnico» con quest'ultima non può partecipare alla successiva procedura di aggiudicazione, basata su tali specifiche nella misura in cui ciò contrasti con il principio della concorrenza, come specificato nel decimo *considerando* della direttiva 97/52/CE". L'Autore aggiunge che "Neppure nell'ipotesi di appalti separati (contratto di studi o concorso) è consentito che la stessa impresa concepisca e realizzi il progetto" (*ivi*, p. 758). Altra dottrina (G. MORBIDELLI, *Il project financing: considerazioni introduttive*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, IV, 2005, pp. 1793 ss., in particolare p. 1798) osserva come lo strumento del dialogo competitivo abbia precedenti nell'ordinamento britannico (e anche in Francia) "il quale rifugge da valutazioni generali ed astratte" ed è diretto a rispondere alla specificità di taluni appalti. Della medesima opinione è chi (S. ROSTAGNO, *Le direttive comunitarie 2004/17/CE e 18/2004/CE in materia di appalti: riflessi sulla gestione degli approvvigionamenti per i soggetti dei servizi pubblici locali*, in www.giustamm.it) ha ricordato come lo strumento in esame sia già da tempo noto alle istituzioni comunitarie (si evocano i "bandi di progettazione"), e che quindi vada ridimensionato il carattere assolutamente innovativo di tale *modus procedendi*. L'Autrice sottolinea che "I programmi quadro della UE infatti prevedono espressamente l'individuazione di *priority* rispetto alla quale gli interessati sono chiamati a presentare delle proposte di progetto rispondendo alla *call* di interesse in cui si articola il programma quadro espresso dalle istituzioni comunitarie. Anche nel caso di specie la stazione appaltante esprime una esigenza che peraltro non riesce peculiarmente a concretizzare e quindi sollecita delle soluzioni ai concorrenti".

[3] Anche denominato "*Codice De Lise*", dal nome del presidente della Commissione che lo ha elaborato. Detto *Codice* è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 2 maggio 2006, Supplemento Ordinario n. 107/L. È opportuno rammentare che il *Codice* in parola è stato varato dal Consiglio dei Ministri il 13 gennaio 2006. Il medesimo Consiglio dei Ministri lo ha approvato definitivamente nella seduta antimeridiana del 23 marzo 2006. Sullo stesso *Codice* il Consiglio di Stato (sezione consultiva,

atti normativi, 6 febbraio 2006, n. 355) ha espresso Parere favorevole. Per completezza d'indagine si rileva che la Conferenza Stato-Regioni ha espresso, il 9 febbraio 2006, Parere negativo sullo schema di decreto legislativo recante il *Codice* in questione. Parere favorevole riguardo allo schema in parola è stato espresso, infine, dalla Commissione VIII Ambiente della Camera (Atto n. 606), il 1 marzo 2006.

Come osserva la dottrina (M.S. SABBATINI, Le direttive CE 2004/17 e 2004/18 in tema di appalti pubblici, concessioni e «grandi opere»: un riordino «in itinere», in *Dir. comm. Internaz.*, 2004, pp. 335 ss., in particolare pp. 335-336), le direttive de quibus, e quindi il Codice che le recepisce, sono preordinate a soddisfare, da un lato le esigenze di semplificazione, aggiornamento e flessibilità, individuate nelle linee direttrici fissate dalla Commissione nella comunicazione "Gli appalti pubblici nell'Unione Europea", risalente all'11 marzo 1998, dall'altro "[...] quell'interazione delle politiche economiche, sociali e dell'impiego" espressa nel Consiglio Europeo di Lisbona del 23 e 24 marzo del 2000. L'esigenza di chiarezza ha determinato, quindi, una razionalizzazione delle fonti, sotto il profilo strutturale, ed una sistematizzazione della materia, sotto il profilo sostanziale. Sotto quest'ultimo profilo si è provveduto anche a "codificare" i principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (si v. il Considerando n. 1, delle direttive 2004/18 e 2004/17).

Il *Codice* mira a razionalizzare e riorganizzare la materia degli appalti pubblici, mediante la semplificazione e il coordinamento di una normativa frammentata e di difficile ricognizione. Già nel 1994, con la c.d. Legge Merloni (Legge 11 febbraio 1994, n. 109, recante "Nuova legge quadro in materia di lavori pubblici") il legislatore interno aveva tentato di riordinare il complesso quadro normativo, senza, peraltro, riuscire nell'obiettivo.

Con il *Codice* sono state abrogate diverse norme, disseminate in una congerie di provvedimenti legislativi, e sono state coordinate in un solo testo le disposizioni relative ai settori ordinari (disciplinati dalla direttiva 2004/18) e quelli relativi ai settori cosiddetti speciali (disciplinati dalla direttiva 2004/17), fino ad oggi distinte nel nostro ordinamento, e sono state altresì riunite in maniera organica le regolamentazioni degli appalti sopra e sotto soglia comunitaria.

Attraverso il recepimento della legislazione comunitaria in *subiecta materia* si è provveduto, da un lato, ad apportare innovazioni in taluni settori in cui la normativa nazionale risultava notevolmente diversa da quella europea, dall'altro lato, a disciplinare nuovi istituti, quali l'avvalimento degli accordi quadro, il dialogo competitivo e le aste elettroniche. Si è prevista, inoltre, la scelta non più predeterminata per legge tra criterio di aggiudicazione del prezzo più basso e criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Per un primo commento del *Codice de quo* si v. A. MASSARI - M. GRECO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici. Commento al D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, Rimini, 2006; AA. VV. (a cura di C. GIURDANELLA), *Il codice dei contratti pubblici. Commento al D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, Napoli, 2006; AA. VV. (a cura di A. CANCRINI), *La nuova legge degli appalti pubblici. Commentario al Codice dei Contratti Pubblici di lavori, servizi, forniture (Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163)*, Roma, 2006; A. CIRAFISI - O. PASSANTE, *Guida al nuovo codice dei contratti pubblici*, cit.; D. CROCCO - L. M. MANDRACCHIA, *Codice contratti pubblici di lavori, servizi, forniture*, Roma, 2006; AA. VV. (a cura di M. SANINO), *Commento al codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture: D.lg. 12 aprile 2006, n. 163*, Torino, 2006; R. DE NICTOLIS, *Nuovo codice degli appalti pubblici: le principali novità recate dal codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, Roma, 2006; AA. VV. (a cura di V. CAVUOTI - S. MINIERI), *Nuovo codice degli appalti: D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163: codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, Napoli, 2006; A. BARBIERO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture: guida pratica al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, Rimini, 2006; L. FIORENTINO, *Il Codice degli appalti*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 11 del 2006, pp. 1176 ss.).

Sul piano del diritto transitorio, si noti che l'art. 257, comma 1, D. lgs. n. 163 in parola (recante *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*) prevede che il *Codice* entra in vigore sessanta giorni dopo la sua pubblicazione in Gazzetta Ufficiale e trova applicazione solo ai bandi pubblicati dopo la sua entrata in vigore.

L'art. 253 del *Codice*, recante "Norme transitorie", recita: "Fermo quanto stabilito ai commi 1-bis e 1-ter, le disposizioni di cui al presente codice si applicano alle procedure ed ai contratti i cui bandi o avvisi con cui si indice una gara siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure ed ai contratti in cui, alla data di entrata in vigore del presente codice, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte".

Senonché, pur essendo il *Codice* entrato in vigore il 1 luglio 2006, il legislatore ha per ben due volte

procrastinato i termini di efficacia di alcune disposizioni normative: in un primo momento, infatti, con la legge 12 luglio 2006, n. 228, di conversione, con modificazioni, del decreto legge 12 maggio 2006, n. 173, ha introdotto l'art. 1 *octies* che rubrica "Modifiche al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163"; successivamente, con il D. lgs. 26 gennaio 2007, n. 6, recante "Disposizioni correttive ed integrative del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 [...]", ha introdotto l'art. 1 che rubrica "Termini di efficacia", apportando, così, ulteriori modifiche all'impianto originario del *Codice*.

Con il primo provvedimento legislativo (legge n. 228) si prevedeva la sospensione di talune disposizioni del *Codice*, tra cui l'art. 58, che disciplina il dialogo competitivo, fino al 1 febbraio 2007. L'art. 1, comma 1, lett. a), D. lgs. n. 6 del 2007 stabilisce che "nei commi 1-bis e 1-ter le parole: «1° febbraio 2007», ovunque ricorrenti, sono sostituite dalle seguenti: «1° agosto 2007»".

In realtà, tale sospensione non opera se ricorre una delle ipotesi previste dal secondo comma dell'art. 1 *octies*, legge n. 228 del 2006, che prevede: "Le procedure di cui al comma 1, lettera c), del presente articolo i cui bandi o avvisi siano stati pubblicati tra il 1° luglio 2006 e la data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, quelle i cui inviti a presentare le offerte siano stati inviati nello stesso termine, restano disciplinate dalle disposizioni alle stesse applicabili alla data di pubblicazione dei relativi bandi o avvisi ovvero a quella di invio degli inviti. A tal fine, le disposizioni di cui all'articolo 256, comma 1, del citato codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, riferite alle fattispecie di cui al comma 1, lettera c), del presente articolo, continuano ad applicarsi per il periodo transitorio compreso tra la data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto e il 31 gennaio 2007". Le disposizioni di cui all'art. 256, comma 1, cit., "continuano ad applicarsi per il periodo transitorio compreso fino alla data del 31 luglio 2007" (art. 1, comma 3, D. lgs. n. 6 del 2007). Sulla "falsa partenza" del *Codice* e sulla precarietà dell'assetto normativo derivante dalle tecniche normative adottate dal legislatore, si cfr. M. CLARICH, *Codice dei contratti pubblici: ancora correttivi e modifiche*, in *Corr. Giur.*, n. 11 del 2006, pp. 1485 ss., in particolare p. 1486.

[4] L'art. 54 del *Codice* individua il quadro delle procedure di affidamento (già disciplinate dall'art. 28, Direttiva 2004/18/CE), stabilendo che "le procedure aperte e ristrette sono la regola generale, e sono sempre ammesse", laddove "invece, il dialogo competitivo e le procedure negoziate sono ammesse solo nei casi previsti espressamente" (così *Relazione* all'art. 54 del *Codice* in parola). Anche nei casi espressamente previsti, tuttavia, l'utilizzo di tali procedure derogatorie è solo facoltativo.

[5] Sul punto si v. C. CONTESSA - N. DE SALVO, op. cit., p. 504.

[6] Così G. VERDE, *Il dialogo competitivo, l'accordo quadro ed il sistema dinamico di acquisizione nella nuova direttiva comunitaria sugli appalti*, su internet, www.diritto.it. Altra dottrina (C. CONTESSA - N. DE SALVO, op. cit., pp. 504-505) qualifica il dialogo competitivo come "una procedura complessa nell'ambito della quale, in fasi distinte e successive, l'amministrazione dapprima individua le soluzioni tecniche, giuridiche e/o finanziarie più idonee a soddisfare i bisogni collettivi individuati e successivamente procede all'aggiudicazione dell'appalto pubblico o del servizio". Cfr., inoltre, A. MASSERA, *Il Partenariato Pubblico-Privato e il diritto europeo degli appalti*, in AA. VV. (a cura di M.P. CHITI), *Il Partenariato Pubblico-Privato*, Bologna, 2005, p. 36; L. GIAMPAOLINO, *Garanzie per la concorrenza e garanzie per le amministrazioni aggiudicatrici nel Dialogo competitivo*, in AA. VV., *Il dialogo competitivo e i possibili riflessi sul Partenariato Pubblico-Privato*, Roma, 2006, p. 43.

[7] Su tali aspetti cfr., altresì, A. MASSARI - M. GRECO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., pp. 109 ss., in particolare p. 110.

[8] Per un esame di tali fasi si rinvia a C. CONTESSA - N. DE SALVO, op. cit., pp. 504 ss.; L. CARROZZA - F. FRACCHIA, *Il difficile equilibrio tra flessibilità e concorrenza nel dialogo competitivo disciplinato dalla direttiva 2004/18/CE*, in *Giust. amm.*, 2005, f. 6, pp. 1124 ss. (reperibile anche su internet, www.giustamm.it, § 11 doc. pdf); R. INVERNIZZI (*Il dialogo competitivo e tecnico*, cit., pp. 308 ss.; R. CORI - G. DI PAOLO, *Prime riflessioni sul Dialogo competitivo ai sensi della direttiva 2004/18/CE*, in AA. VV., *Il dialogo competitivo e i possibili riflessi sul Partenariato Pubblico-Privato*, cit., pp. 17 ss.; M. CLARICH, *Il dialogo competitivo come forma di collaborazione tra pubblico e privato*, in AA. VV., *Il dialogo competitivo e i possibili riflessi sul Partenariato Pubblico-Privato*, cit., pp. 35 ss.).

[9] R. INVERNIZZI, *Il dialogo competitivo e tecnico*, cit., pp. 311 ss.

[10] A. MASSERA, *Il Partenariato Pubblico-Privato e il diritto europeo degli appalti*, cit., p. 30, e pp. 36 ss.; M. CLARICH, *Il dialogo competitivo come forma di collaborazione tra pubblico e privato*, cit., pp. 35 ss.; così C. CONTESSA - N. DE SALVO, op. cit., pp. 509 ss.; S. PIGNON, *Le dialogue compétitif: une opportunité pour les acteurs de la commande publique*, in *AJDA*, n. 28 del 2004, p. 1522; C. RANGONE, *Il Dialogo competitivo: uno sguardo ad alcuni paesi dell'Unione europea*, in AA. VV., *Il dialogo*

competitivo e i possibili riflessi sul Partenariato Pubblico-Privato, cit., pp. 63 ss., in particolare, pp. 64-65; R. INVERNIZZI, *Il dialogo competitivo e tecnico*, cit., pp. 300-301 e *passim*.

[11] Cfr. Libro verde della Commissione CE del 30 aprile 2004 (COM (2004) 327 def.), che si occupa dei Partenariati Pubblico-Privati (PPP) e del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni.

[12] Così I. FILIPPETTI, *Appalti pubblici: alle radici del dialogo competitivo*, in *Nuova rass.*, n. 3 del 2006, p. 295. Altra dottrina (R. CORI - G. DI PAOLO, op. cit., p. 17) ritiene che "L'istituto del dialogo competitivo [...] sembra poter rappresentare, per le amministrazioni aggiudicatrici, un utile strumento volto a conciliare, attraverso una procedura sufficientemente flessibile, l'esperienza e la capacità innovativa degli operatori economici privati con l'esigenza di realizzazione di opere pubbliche complesse, nonché di prestazione di servizi pubblici". In termini R. INVERNIZZI (*Il dialogo competitivo e tecnico*, cit., pp. 301-302), il quale osserva che la dialettica che si instaura tra stazione appaltante e concorrenti determina uno scambio di idee e di informazioni a contenuto tecnico. Tramite tale dialettica (*rectius*: dialogo) gli imprenditori sono chiamati ad interloquire con le amministrazioni pubbliche in ordine allo stesso contenuto della prestazione. In altre parole "Lo strumento sottende [...] il rilievo che nella realtà il progresso tecnico e tecnologico è talora così rapido da impedire agli stessi appaltanti più diligenti ed informati di stare al passo con le novità. Donde la decisione di coinvolgere l'imprenditoria privata addirittura nelle fasi di concezione e messa a punto dell'oggetto di un futuro appalto".

[13] L. CARROZZA - F. FRACCHIA, *Il difficile equilibrio*, cit., § 9 doc. pdf. In termini C. CONTESSA - N. DE SALVO, op. cit., p. 502.

[14] Nel menzionato *considerando* si stabilisce che "Le amministrazioni aggiudicatrici che realizzano progetti particolarmente complessi possono trovarsi nell'impossibilità oggettiva, non per carenze 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/o di soluzioni giuridico/finanziarie. Tale situazione può in particolare verificarsi per l'esecuzione di importanti progetti di infrastruttura di trasporti integrati, di grandi reti informatiche, di progetti che comportano un finanziamento complesso e strutturato, di cui non è possibile stabilire in anticipo l'impostazione finanziaria e giuridica. Nella misura in cui il ricorso a procedure aperte o ristrette non consenta di aggiudicare detti appalti, occorre prevedere una procedura flessibile che salvaguardi sia la concorrenza tra operatori economici sia la necessità delle amministrazioni aggiudicatrici di discutere con ciascun candidato tutti gli aspetti dell'appalto. Tuttavia tale procedura non deve essere utilizzata in modo che limiti o distorca la concorrenza, in particolare mediante modifiche di elementi sostanziali delle offerte o imponendo elementi nuovi sostanziali all'offerente scelto ovvero coinvolgendo qualsiasi altro offerente che non sia quello che ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa". La riportata previsione è stata sostanzialmente riprodotta nell'art. 58 del *Codice*. M. PROTTO (op. cit., p. 758) osserva che "Senza mettere in discussione le possibilità esistenti, è sembrato opportuno introdurre disposizioni che consentano lo svolgimento di un dialogo in una procedura d'aggiudicazione unica destinata a permettere la realizzazione dell'appalto". Siffatta procedura "comprende una fase nella quale le specifiche vengono fissate sulla base di un dialogo con i partecipanti selezionati, cui fa seguito la presentazione delle offerte da parte dei partecipanti al dialogo e la successiva aggiudicazione dell'appalto alla migliore offerta".

[15] Parte della dottrina individua, invece, tre "requisiti" la sussistenza dei quali permette alle amministrazioni pubbliche di ricorrere alla procedura in parola: "a) che l'appalto sia «*particolarmente complesso*»; b) che l'appaltante sia nella «impossibilità oggettiva» di definire gli strumenti del soddisfacimento delle proprie esigenze; c) che la impossibilità non sia ascrivibile a carenze dell'appaltante". In realtà i "requisiti" sono due e non già tre, in quanto l'oggettiva e non imputabile ignoranza costituisce un unico presupposto, un'endiadi, appunto, come lo stesso Autore è costretto, poi, a riconoscere (cfr., *ivi*, p. 306), contraddicendosi, così, con le premesse (cfr., *ivi*, p. 303).

[16] L. CARROZZA - F. FRACCHIA, *Il difficile equilibrio*, cit., § 10 doc. pdf.; C. CONTESSA - N. DE SALVO, op. cit., pp. 502-503; R. INVERNIZZI, *Il dialogo competitivo e tecnico*, cit., pp. 302 ss.; AA. VV., *La nuova legge degli appalti pubblici*, cit., p. 138.

[17] Cfr. C. CONTESSA - N. DE SALVO, op. cit., p. 503.

[18] L'art. 1, paragrafo 11, lett. c.), cit., si limitava a qualificare gli "appalti particolarmente complessi" come "quelle fattispecie in cui l'amministrazione aggiudicatrice non è "oggettivamente" in grado di definire autonomamente i mezzi tecnici necessari per la realizzazione dell'opera, oppure non è in grado di valutare autonomamente le soluzioni tecniche, giuridiche o finanziarie che possono essere reperite sul mercato". Cfr., sul punto, AA. VV., *La nuova legge degli appalti pubblici*, cit., p. 138.

[19] In ogni caso, è necessario che ricorra "la non imputabilità alle amministrazioni aggiudicatrici

dell'impossibilità di definire i mezzi tecnici atti a soddisfare le sue necessità o i suoi obiettivi, e/o specificare l'impostazione giuridica e/o finanziaria di un progetto" (così *Relazione* all'art. 58, punto 3), giacché solo in tal modo, come vedremo, sarà correttamente adempiuto l'obbligo di motivazione di cui al successivo comma 3 del disposto in parola.

[20] Si prenda, ad esempio, l'art. 29, comma 2, che corrisponde all'art. 58, comma 5 del *Codice*: nel primo si prevede la pubblicazione di un bando in cui vengono resi noti le *necessità "e"* le *esigenze* delle amministrazioni aggiudicatrici, in aderenza a quanto prevede l'art. 29, comma, 2, Dir. cit., nella versione redatta in lingua inglese (ove si evocano i vocaboli "*needs and requirements*". La versione in parola è consultabile sul sito internet http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/oj/2004/L_134/L_13420040430en01140240.pdf), laddove nel secondo ad essere resi noti (nel bando medesimo), sono le *necessità "o"* gli *obiettivi* delle medesime amministrazioni, in conformità a quanto prevede l'art. 1, comma 11, lett. c), Direttiva 2004/18/CE.

L'art. 1, comma 11, Dir. cit., sembra suscitare, peraltro, qualche dubbio interpretativo, giacché nella prima parte della lett. c) di tale disposto, cioè in fase squisitamente definitoria, il legislatore nazionale chiarisce, traducendo l'espressione *requirements*, di cui alla versione ufficiale redatta in lingua inglese del medesimo disposto, la funzione e le finalità dello strumento negoziale *de quo* (si cfr. il passo della disposizione in esame che così recita: "[...] al fine di elaborare una o più soluzioni atte a soddisfare le sue necessità [...]"), stabilendo che per poter ricorrere a tale procedura l'amministrazione stessa debba versare in una condizione di "*necessità*", senza aggiungere altro. Alla stessa stregua, il *Codice*, all'art. 3, comma 39, nel definire il dialogo competitivo, menziona le sole "*necessità*".

L'art. 1, comma 11, *de quo*, nella seconda parte, detta i parametri affinché un appalto possa considerarsi "particolarmente complesso", evocando, questa volta, oltre alle *necessità* anche gli *obiettivi* dell'amministrazione, uniti da una "*o*", per così dire, disgiuntiva. Ciò in conformità a quanto prevede lo stesso disposto nella versione ufficiale della Direttiva in rassegna (ove si menzionano le espressioni *needs or objectives*).

[21] Un analogo obbligo non era, invece, previsto, come vedremo *infra*, nella Direttiva 2004/18 in esame.

[22] Sembra non tener conto della significativa e palese variazione in esame parte della dottrina (AA. VV., *La nuova legge degli appalti pubblici*, cit., p. 139), quando continua a menzionare le necessità "e" gli obiettivi della P.A., in ordine all'obbligo che graverebbe su quest'ultima di specificare nel bando entrambi i criteri di valutazione. Di necessità "e" obiettivi parla anche altra dottrina: A. MASSARI - M. GRECO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., pp. 110-111.

[23] Cfr. i due vocaboli (*need* e *objective*) in *The Oxford English Dictionary*, Vol. X, Oxford, 1998, rispettivamente pp. 287 ss. e 643.

[24] Sull'obbligo di motivazione *de quo* si v. AA. VV., *La nuova legge degli appalti pubblici*, cit., p. 138.

[25] Così *Relazione* all'art. 58, punto 1.

[26] Così AA.VV., *Guida alle nuove direttive appalti*, Milano, 2004, pp. 97. Altra dottrina (AA. VV., *La nuova legge degli appalti pubblici*, cit., p. 139) rileva come il criterio di valutazione in questione rappresenti un vincolo ulteriore, *in re ipsa*, legato alla complessità dell'appalto.

[27] L. GIAMPAOLINO, op. cit., pp. 46 ss.; C. CONTESSA - N. DE SALVO, op. cit., pp. 507 ss.; L. CARROZZA - F. FRACCHIA, *Il difficile equilibrio*, cit., § 2 doc. pdf.; R. CORI - G. DI PAOLO, op. cit., pp. 25 ss.

[28] Tra queste va rammentato il c.d. *dialogo tecnico*, istituto che non figura in alcun articolo della Direttiva. Di esso si rinviene traccia solo nel *considerando* n. 8 della Direttiva in parola, che recita "Prima dell'avvio di una procedura di aggiudicazione di un appalto, le amministrazioni aggiudicatrici possono, avvalendosi di un "dialogo tecnico", sollecitare o accettare consulenze che possono essere utilizzate nella preparazione del capitolato d'oneri a condizione che tali consulenze non abbiano l'effetto di ostacolare la concorrenza". La dottrina (R. INVERNIZZI, *Il dialogo competitivo e tecnico*, cit., pp. 317 ss.) osserva che tale strumento completa "la rinnovata gamma degli attrezzi normativi a disposizione delle stazioni appaltanti con un'ulteriore modalità di interlocuzione con il mondo delle imprese" (*ivi*, p. 318). L'Autore rileva, inoltre, come il dialogo tecnico non coincida con il dialogo competitivo, né in questo sia assorbibile, giacché, oltre alla diversità di disciplina (più minuziosa nel secondo), diverse sono le finalità dei due strumenti. Dissimile è anche l'oggetto delle due procedure, poiché mentre "[...] il dialogo tecnico si colloca all'estremità iniziale dell'ideale linea che si può tracciare tra la concezione della necessità dell'appaltante di procurarsi una determinata prestazione, e la concreta esecuzione di quest'ultima [...]", il dialogo competitivo inerisce "al successivo momento nel

quale l'idea dell'appaltante, pur se non perfettamente messa a punto, è già nondimeno più elaborata, tanto che l'appaltante è in grado di stilare il bando e il documento descrittivo di corredo che, in base al paragrafo 2 dell'art. 29, costituiscono l'asse portante del dialogo competitivo" (*ivi*, p. 318). L'Autore osserva, altresì, come tra le due procedure vi sia diversità riguardo all'ambito di applicazione oggettivo: mentre il dialogo tecnico può essere utilizzato per qualsiasi tipo di appalto, a prescindere, quindi, dal relativo grado di complessità, il dialogo competitivo è un'ipotesi eccezionale, in quanto ad esso possono fare ricorso le amministrazioni pubbliche in caso di "appalti particolarmente complessi" (*ivi*, p. 318). Da notare, inoltre, che il dialogo tecnico è preordinato alla indizione di una gara, laddove il dialogo competitivo è preordinato all'aggiudicazione di un appalto. Sul dialogo tecnico si v. altresì A. MASSARI - M. GRECO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., pp. 110-111.

[29] Si v., per tutti, L. CARROZZA - F. FRACCHIA, *Il difficile equilibrio*, cit., *passim*.

[30] Siffatta puntualizzazione non sarebbe stata priva di effetti pratici, in quanto avrebbe inciso, a nostro avviso, sulla motivazione del provvedimento adottato dall'amministrazione qualora quest'ultima avesse deciso di ricorrere al dialogo competitivo (art. 58, comma 3) nell'ambito della procedura di cui agli artt. 153 ss. del *Codice*.

Si sarebbe potuto ritenere, infatti, che l'obbligo di motivazione fosse necessario allorché l'amministrazione operasse in base al comma 1, cioè quando si trovasse di fronte ad un appalto particolarmente complesso (così come definito al comma 2), laddove tale motivazione non costituiva alcun obbligo a carico dell'amministrazione nell'ipotesi dell'ultimo comma, giacché essendo pressoché vincolata l'attività di verifica della non corrispondenza delle proposte all'interesse pubblico (cfr. ult. comma), sembrava chiaro che la motivazione, in tal precipuo caso, fosse *in re ipsa*, in quanto era il legislatore a legittimare "direttamente" l'amministrazione a ricorrere al dialogo competitivo, senza che il legislatore richiamasse espressamente il comma 3 dello stesso disposto (il quale, a sua volta, rinviava, e rinvia, al comma 2). Non sembrava, quindi, che l'obbligo di motivazione potesse essere esteso per analogia alla procedura del dialogo competitivo in relazione agli artt. 153 ss. del *Codice*.

[31] Il corsivo è nostro.

[32] L. CARROZZA - F. FRACCHIA, *Il difficile equilibrio*, cit., § 8 doc. pdf.

[33] L'interpretazione letterale degli artt. 58 e 153 ss., *Codice*, fa agevolmente osservare come il ricorso al dialogo competitivo sia previsto esclusivamente per gli appalti e non per le concessioni: cfr., sul punto, A. MASSARI - M. GRECO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., pp. 110-111.

[34] Cfr., su tali aspetti, C. CONTESSA - N. DE SALVO, op. cit., p. 505.

[35] Il soggetto pubblico, infatti, si trova a fronteggiare, sotto l'aspetto operativo, un soggetto privato che dispone di un bagaglio di conoscenze tecnico-specialistiche, di un *know how* tale da rendere possibile la configurazione di un ampio ventaglio di soluzioni tecniche adeguate all'uopo. Cfr., su tali punti, C. CONTESSA - N. DE SALVO, *loco ult. cit.*; L. CARROZZA - F. FRACCHIA, *Il difficile equilibrio*, cit., § 10 doc. pdf.; A. CARZANIGA, *I possibili riflessi del Dialogo competitivo nelle operazioni di Partenariato Pubblico-Privato*, in AA. VV., *Il dialogo competitivo e i possibili riflessi sul Partenariato Pubblico-Privato*, cit., pp. 57 ss., in particolare p. 61.

[36] Tale ipotesi si verifica quando "l'operatore pubblico deve individuare la soluzione progettuale migliore non disponendo di un quadro informativo completo e confrontandosi con soggetti privati dei quali, a causa della loro maggiore competenza tecnica, rischia di essere ostaggio, eventualmente incorrendo nella scelta non ottimale": così C. CONTESSA - N. DE SALVO, *loco ult. cit.*

[37] La dottrina (R. INVERNIZZI, *Il dialogo competitivo e tecnico*, cit., p. 299) rileva, infatti, che "Sebbene si tratti formalmente di una procedura di aggiudicazione degli appalti, il dialogo competitivo si caratterizza per la peculiarità proprio della fase di dialogo che vede un profondo coinvolgimento dei concorrenti nella elaborazione delle scelte dell'appaltante in ordine allo stesso oggetto dell'appalto".

[38] Cfr., sul punto, M. CLARICH, *Il dialogo competitivo come forma di collaborazione tra pubblico e privato*, cit., pp. 40-41. L'Autore afferma che "Al termine della prima fase l'amministrazione è tenuta a scegliere la o le soluzioni che soddisfano le proprie esigenze e che formeranno il capitolato d'onere, oggetto di aggiudicazione nella seconda fase" (*ivi*, p. 41).

[39] Cfr. L. CARROZZA - F. FRACCHIA, *Il difficile equilibrio*, cit., § 13 doc. pdf. Gli autori ritengono ragionevole che "[...] l'amministrazione abbia il potere di "fondere" più soluzioni progettuali, individuando un unico progetto che sarà eseguito dal vincitore della fase successiva". Dello stesso avviso sembra essere R. INVERNIZZI, *Il dialogo competitivo e tecnico*, cit., p. 309.

[40] Cfr. E. GUARNACCIA, *Dialogo competitivo*, in AA. VV. (a cura di C. GIURDANELLA), *Il codice dei contratti pubblici*, cit., p. 256; G. VERDE, *Il dialogo competitivo*, cit., su internet, www.diritto.it.

[41] Il *Codice* stabilisce che il numero minimo dei candidati da invitare nella procedura in rassegna

«non può essere inferiore a sei» (art. 62, comma 2, ultimo periodo), laddove la Direttiva 2004/18/CE prevedeva che il numero minimo in questione non potesse essere inferiore a tre. In base all'art. 62, commi 3-6, *Codice*, il numero dei candidati (non possono essere tali gli operatori economici che non hanno chiesto di partecipare o che non hanno i requisiti richiesti) deve essere, in ogni caso, sufficiente ad assicurare un'effettiva concorrenza; se il numero dei candidati che soddisfano i criteri di selezione e i livelli minimi è inferiore al numero minimo, le stazioni appaltanti possono proseguire la procedura invitando il candidato o i candidati che hanno chiesto di partecipare e che sono in possesso delle capacità richieste, salvo che il bando di gara preveda che non si procederà ad aggiudicazione nel caso di una sola offerta valida, ovvero nel caso di due sole offerte valide, che non verranno aperte. Se il bando non contiene tale previsione si applicherà il disposto di cui all'art. 81, comma 3, *Codice*.

[42] Cfr. E. GUARNACCIA, *Dialogo competitivo, loco ult. cit.*; A. CIRAFISI - O. PASSANTE, *Guida al nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., p. 119.

[43] Disposto riprodotto nell'art. 58, comma 6, ult. periodo del *Codice*.

[44] A proposito della compatibilità tra dialogo competitivo e concessione di costruzione e gestione di lavori pubblici, in particolare ad iniziativa privata (artt. 153 ss. in esame), la dottrina (R. CORI - G. DI PAOLO, op. cit., pp. 29 ss. in particolare pp. 30-31) rileva come nella fase di valutazione della proposta, l'amministrazione possa interloquire con il promotore richiedendogli, eventualmente, di modificare o integrare la proposta, senza, tuttavia, falsare la concorrenza o produrre un effetto discriminatorio; nella procedura del dialogo competitivo, invece, la proposta viene "costruita" con il privato, in maniera flessibile ed elastica, previa una preliminare fase in cui l'amministrazione sonda il mercato relativamente a tutti gli aspetti del progetto.

Altra dottrina (L. CARROZZA - F. FRACCHIA, *loco ult. cit.*) fa notare che "La particolarità della finanza di progetto è costituita dal fatto che al secondo stadio (scelta dei concorrenti) non interviene il promotore il cui progetto è stato prescelto", laddove "nella disciplina posta dalla Direttiva n. 18/2004 [...] non si rinviene una disposizione analoga con riferimento al candidato che ha proposto la soluzione accettata dall'amministrazione".

[45] Si cfr. l'art. 154, *Codice*, in cui il legislatore utilizza espressioni come valutare e verificare, che non possono che rappresentare un controllo successivo: "[...] Le amministrazioni aggiudicatrici *valutano* la fattibilità delle proposte presentate sotto [...] molteplici profili e [...] *verificano* l'assenza di elementi ostativi alla loro realizzazione [...]" (Il corsivo è aggiunto), optando per la proposta che meglio si presta a soddisfare l'interesse pubblico sotteso; in altri termini, la proposta è già perfetta, è idonea, cioè, a soddisfare l'interesse pubblico. Su tali aspetti si cfr. Cons. di Stato, Sez. V, 25 gennaio 2005 (reperibile su internet, www.giustizia-amministrativa.it), e S. CARACCILO, *Project financing: raccolta della giurisprudenza dal 2000 al 2005*, www.amministrazioneincammino.luiss.it), il quale afferma che "il sistema (artt. 37 bis ss.) è mirato ad ottenere, attraverso il raffronto e la concorrenza tra le diverse offerte, quella del promotore e quelle delle partecipanti alla licitazione privata, la formazione di un progetto di opera pubblica che si riveli ottimale sul piano tecnico e su quello economico".

[46] Cfr. C. GIURDANELLA - G. CAUDULLO, *La Direttiva unica appalti*, cit., p. 57.

[47] Si rammenti ancora il contenuto dell'originaria versione dell'art. 58, comma 18 del *Codice*, ove si stabiliva che "Nel caso in cui siano state presentate proposte ai sensi dell'articolo 153, le stazioni appaltanti possono ricorrere al dialogo competitivo quando nessuna delle proposte corrisponde all'interesse pubblico ai sensi dell'articolo 154. In tal caso i soggetti che hanno presentato le proposte sono ammessi a partecipare al dialogo di cui al comma 6".

[48] La possibilità di ricorrere al dialogo competitivo è subordinata - oltre che alla complessità dell'appalto - anche, come visto, alla carenza "non colposa" di *know how* della stazione appaltante.

[49] L. CARROZZA - F. FRACCHIA, *Il difficile equilibrio*, cit., § 10 doc. pdf. Gli autori affermano che il carattere eccezionale del dialogo "[...] si riflette in un arricchimento del contenuto motivazionale dell'atto che dà avvio alla fase di scelta del privato, ma, soprattutto, consente di osservare che il dialogo competitivo può essere utilizzato nell'ipotesi di operazioni non standardizzabili" (*ivi*). Sul carattere eccezionale e residuale del dialogo competitivo si v., altresì, C. CONTESSA - N. DE SALVO, op. cit., p. 504; R. INVERNIZZI, *Il dialogo competitivo e tecnico*, cit., p. 307; AA. VV., *La nuova legge degli appalti pubblici*, cit., p. 138.

[50] Sul punto v. C. CONTESSA - N. DE SALVO, *loco ult. cit.*

[51] La dottrina (L. CARROZZA - F. FRACCHIA, *Il difficile equilibrio*, cit., § 13 doc. pdf.) osserva, infatti, che "Alla differenza di trattamento riservata al promotore nella finanza di progetto corrisponde il fatto che esso gode di una posizione particolare, potendo accedere di diritto al confronto negoziale finale, laddove la regolamentazione del dialogo competitivo non contempla nessun incentivo che sia

paragonabile a quello disciplinato dalla l. 109/1994" (oggi art. 154 *Codice*).

[52] A. MASSERA (*Il Partenariato Pubblico-Privato e il diritto europeo degli appalti*, cit., p. 37) ritiene che con la procedura del dialogo competitivo "[...] l'ordinamento comunitario ha voluto garantire alle amministrazioni, a determinate condizioni di trasparenza e parità di trattamento, la facoltà di avvalersi con sistematicità della consulenza delle imprese nella formulazione dei contenuti prestazionali del capitolato d'oneri, al di là di quanto già era possibile, nel regime precedente, mediante il c.d. "dialogo tecnico" ([...] richiamato dal *considerando* n. 8)".

Dello stesso avviso sembra essere altra dottrina (C. CONTESSA - N. DE SALVO, op. cit., p. 505), quando osserva che "Il colloquio con l'amministrazione sembra assumere una valenza consulenziale molto ampia, in cui all'ampia discrezionalità di cui dispone l'amministrazione non fa specchio altrettanta competenza tecnica". Cfr., sul punto, altresì, M. CLARICH, *Il dialogo competitivo come forma di collaborazione tra pubblico e privato*, cit., pp. 40-41; R. CORI - G. DI PAOLO, op. cit., p. 25.

Si consideri, inoltre, che l'art. 58 del *Codice* prevede delle novità in ordine all'elargizione di premi o pagamenti di cui all'art. 29, comma 8 della Direttiva 2004/18/CE, giacché il legislatore nazionale prevede, in luogo del menzionato ed unico comma 8, due disposti: il comma 11 e il comma 17. Il comma 17 rappresenta la riproduzione del comma 8 dell'art. 29 della Direttiva, mentre è prevista l'aggiunta di un comma che nella Direttiva in parola non figura, e cioè il comma 11, che recita "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". Si teme che la previsione di una norma di tal fatta possa provocare un effetto disincentivante, giacché difficilmente i privati proporranno delle soluzioni senza che le relative attività - che esse postulano - siano "premate", ancorché queste rimangano, per così dire, allo stadio del "tentativo".

Si potrebbe, finanche, ritenere che sebbene le soluzioni *de quibus* non soddisfino pienamente le necessità dell'amministrazione, questa potrebbe, in taluni casi, riutilizzare le stesse "parziali" soluzioni per la soddisfazione di altri interessi pubblici, ovvero per la soddisfazione del medesimo interesse pubblico mediante una "integrazione" delle soluzioni stesse ad opera del contributo di altri specialisti e tecnocrati del settore. Di questa eventualità si è preoccupato il legislatore comunitario, il quale nel *considerando* n. 31, ultimo periodo, della Direttiva 2004/18/CE espressamente statuisce che la procedura del dialogo competitivo "non deve essere utilizzata in modo che limiti o distorca la concorrenza, in particolare mediante modifiche di elementi sostanziali delle offerte o imponendo elementi nuovi sostanziali all'offerente scelto ovvero coinvolgendo qualsiasi altro offerente che non sia quello che ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa". Della stessa portata è il comma 18 del *Codice*, il quale stabilisce che "Le stazioni appaltanti non possono ricorrere al dialogo competitivo in modo abusivo o in modo da ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza".

Non si comprende, in definitiva, per quale ragione il legislatore preveda, nell'ambito dell'art. 58 del *Codice*, l'aggiunta del comma 11, giacché - oltre a non essere previsto nel disposto di cui all'art. 29 della Direttiva 2004/18/CE, e nonostante che il legislatore rimetta all'amministrazione la possibilità di accordare, anche nell'ipotesi di cui all'art. 58, comma 11 del *Codice*, un "premio" ex art. 58, comma 17 del *Codice* - il disposto in esame sembra essere una norma fortemente disincentivante il ricorso alla procedura del dialogo competitivo.

[53] Così AA.VV., *Guida alle nuove direttive appalti*, cit., pp. 98.

[54] Il disposto in parola è integralmente recepito nel comma 7 dell'art. 58 del *Codice*, con una sola (apparente) incongruenza lessicale: nel *Codice*, infatti, si parla di "partecipanti", nella Direttiva di "offerenti". La differenza sembra essere puramente terminologico-formale e non sembra possa produrre aporie sul piano sostanziale, in quanto, pur se il concetto di "partecipante" sembra essere più ampio di quello di "offerente", è chiaro che i due termini non possano che coincidere, giacché non è concepibile immaginare, su un piano logico prima che giuridico, un offerente non partecipante, per un verso, ed un partecipante non offerente, per altro verso.

[55] C. GIURDANELLA - G. CAUDULLO, *La Direttiva unica appalti*, cit., p. 56.

[56] Il corsivo è aggiunto. Sul carattere non doveroso circa la previsione di premi da parte della pubblica amministrazione si v. anche L. CARROZZA - F. FRACCHIA, *Il difficile equilibrio*, cit., § 16 doc. pdf.

[57] Sia consentito il rinvio al nostro *Il diritto di prelazione del promotore come prelazione di diritto civile*, reperibile su internet, www.giustamm.it.

[58] In tali termini si esprime la dottrina (A. DE CUPIS, *Prelazione e uguaglianza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1985 p. 69) quando asserisce che "la prelazione legale, comportando un vincolo involontario, è

ispirata da un'adeguata e specifica ragione sociale, atta a giustificare così la limitazione del potere dispositivo come la deroga al principio d'uguaglianza".

[59] Sul punto si cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *Struttura e funzione della prelazione convenzionale*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1981, p. 699.

[60] La dottrina e la giurisprudenza più recenti hanno superato l'orientamento in virtù del quale anche le norme eccezionali o derogatorie potevano essere applicate estensivamente ed analogicamente. Per la dottrina, si cfr., per tutti, A. GIULIANI, *Le preleggi: gli articoli 1-15 del codice civile*, Torino, 1999, pp. 52 ss.; per la giurisprudenza, paradigmatica è una pronuncia del Consiglio di Stato (sez. V, 17 febbraio 2004, n. 596, in *Foro Amm. CdS*, 2004, p. 456): "È connaturata alla funzione della norma derogatoria, e quindi eccezionale, l'esigenza che essa sia emanata da un atto di legislazione formale, che indichi i casi in essa considerati (art. 14 disp. prel.), poiché in mancanza di tale manifestazione della volontà di sottrarre certi rapporti o fatti alla disciplina generale, quegli stessi fatti restano ad essa assoggettati. Conseguentemente, non è concepibile una norma derogatoria che non sia posta direttamente dal legislatore, ma venga ricavata in via di interpretazione estensiva o di analogia". In termini si v., *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 21 novembre 1990, n. 971, in *Cons Stato*, 1990, I, p. 1467: "Si intende per "norma eccezionale" una norma caratterizzata nella sua essenza, da una condizione di contrasto o di deroga, rispetto ai principi fondamentali che un ordinamento esprime [...]"; Cass. civ., sez. II, 29 novembre 2004, n. 22405, in *CED Cassazione*, 2004; Cass. civ., sez. I, 1 marzo 2005, n. 4300, in *Fam. pers. succ.*, 2005, n. 2, p. 113 (con nota di TULLIO); Cons. Stato, sez. VI, 21 agosto 2002, n. 4245, in *Foro Amm. CdS*, 2002, p. 1832; Cons. Stato, sez. IV, 14 giugno 2001, n. 3149, in *Riv. giur. edil.*, 2001, I, p. 982.

Sul precedente orientamento si v. l'opera di N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938, in particolare, pp. 163 ss. L'Autore definisce la norma di diritto eccezionale come "quella norma che non si può dedurre dal sistema, ma che appunto per questo non può essere essa stessa sottoposta ad uno sviluppo logico" (*ivi*, p. 163). Egli sottolinea come l'eccezionalità di una norma non ha carattere assoluto, ma relativo, e il criterio in base al quale si distinguono le "norme-regole" e le "norme-eccezione" è di carattere qualitativo e non, come taluno afferma, quantitativo (*ivi*, p. 165). Infatti, "L'elemento costitutivo dell'eccezione non è la minor quantità dei casi regolati in modo derogatorio rispetto al principio generale; ma la deroga al principio, qualunque sia il numero dei casi regolati" (*ivi*, p. 166). Ad avviso dell'Autore, peraltro, il ragionamento per analogia, trovando la propria forza e, al contempo, i limiti della propria validità nella "aedem ratio", per poter essere escluso deve fondarsi su una norma che non può essere solo eccezionale "nel senso normale della parola, ma bensì soltanto quella norma, la cui eccezionalità è condotta sino al più alto grado d'intensità, cioè quella norma, il cui contenuto eccezionale è rivolto in favore o in disfavore di una sola persona, in altre parole il privilegio" (*ivi*, pp. 170-171). L'Autore rileva come il privilegio rappresenti una norma che, a differenza della norma eccezionale, non può essere estesa, giacché, se così fosse, il privilegio cesserebbe per ciò stesso di essere tale. In altri termini, il privilegio "è quella norma [...] per la cui estensione analogica s'incontra non soltanto una difficoltà pratica ma principalmente una incompatibilità logica" (*ivi*, p. 171). Si v., inoltre, A. GIULIANI, *Le preleggi*, cit., p. 53, e giurisprudenza *ivi* richiamata.

In materia, si v., altresì, N. BOBBIO, *Intorno al fondamento del procedimento per analogia*, Torino, 1951; *Id.*, *Analogia*, in *Nss. D. I.*, I, Torino, 1957, pp. 601 ss.; *Id.*, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino 1960; E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, pp. 163 ss.; M. BOSCARRELLI, *L'analogia giuridica*, Milano, 1954; L. CAIANI, voce *Analogia*, b) *Teoria generale*, in *Enc. del dir.*, vol II, Milano, 1958, pp. 348 ss.; G. CARCATERRA, voce *Analogia*, I) *Teoria generale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. II, Roma, 1988; L. GIANFORMAGGIO, voce *analogia*, in *Dig. Disc. priv.*, sez. civ., vol. I, Torino, 1987, pp. 320 ss.; M. S. GIANNINI, *L'analogia giuridica*, in *Jus*, 1942, pp. 41 ss.; *Id.*, *L'analogia giuridica*, Milano, 1942; R. GUASTINI, *Produzione e applicazione del diritto. Lezioni sulle «preleggi»*, Torino, 1989, pp. 99 ss.; M. FRACANZANI, *Analogia e interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Milano, 2003; F. ROMEO, *Analogia per un concetto relazionale di verità nel diritto*, Padova, 1990; D. DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1910.

[61] È pleonastico rilevare che una tale "irragionevole" interpretazione condurrebbe ad una inevitabile declaratoria di incostituzionalità dell'art. 58 del *Codice*, nella parte in cui si ritenesse estensibile il diritto di prelazione alla procedura del dialogo competitivo, in violazione dell'art. 3 della Costituzione (c.d. sentenza interpretativa di accoglimento). Su tali aspetti cfr. G. U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 2000, pp. 475-476.

[62] Sul punto, cfr., C.M BIANCA, *Diritto civile. 1. La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 2002, pp.

101-102.

[63] T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 17 giugno 2004, n. 9571, in *Foro amm. - Tar*, 2004, pp. 1779 ss.

[64] Il cit. *considerando* recita " Al fine di tener conto delle diversità esistenti negli Stati membri, occorre lasciare a questi ultimi la facoltà di prevedere la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere ad accordi quadro, a centrali di committenza, ai sistemi dinamici di acquisizione ad aste elettroniche e al dialogo competitivo, quali sono definiti e disciplinati dalla presente direttiva". Sul punto cfr. A. MASSERA, *Il Partenariato Pubblico-Privato e il diritto europeo degli appalti*, cit., p. 41; R. INVERNIZZI, *Il dialogo competitivo e tecnico*, cit., p. 300.

[65] Pubblicata su *JO 8 janvier* 2004.

[66] C. CONTESSA - N. DE SALVO, op. cit., p. 503; C. RANGONE, *Il Dialogo competitivo*, cit., pp. 65-67; S. PIGNON, *Le dialogue compétitif*, cit., pp. 1521-1522; A. MÉNÉMÉNIS, *L'ordonnance sur les contrats de partenariat: heureuse innovation ou occasion manquée?*, in *La réforme du partenariat public-privé*, in *AJDA*, n. 32 del 2004, pp. 1737 ss., in particolare pp. 1749 ss.

[67] S. PIGNON, *Le dialogue compétitif*, cit., p. 1521.

[68] Il dialogo competitivo rappresenta la sola procedura "qui permet de favoriser l'émergence de partenariats sur des opérations complexes nécessitant une certaine «flexibilité»": così S. PIGNON, *Le dialogue compétitif*, cit., p. 1522. Sul punto cfr., altresì, F. MATTASSOGLIO, op. cit., p. 1867.

[69] A. MÉNÉMÉNIS, op. cit., p. 1750.

[70] S. PIGNON, *Le dialogue compétitif*, cit., p. 1521.

[71] Sulle fasi della procedura, sull'oggetto del dialogo, sui presupposti e sulle condizioni che legittimano le amministrazioni pubbliche francesi a ricorrere a siffatto istituto si rinvia alla dottrina che si è occupata del tema: si v., in particolare, S. PIGNON, *Le dialogue compétitif*, cit., pp. 1521-1522; A. MÉNÉMÉNIS, op. cit., pp. 1749 ss.

[72] A. MÉNÉMÉNIS, op. cit., p. 1750.

[73] C. RANGONE, *Il Dialogo competitivo*, cit., p. 67. L'Autore rileva come le amministrazioni pubbliche preferiscano i tradizionali contratti (come il *leasing*, la locazione con opzione d'acquisto, ecc.) alle nuove forme di PPP.

[74] Cfr. C. RANGONE, *Il Dialogo competitivo*, cit., pp. 67-68.

[75] Cfr. C. RANGONE, *Il Dialogo competitivo*, cit., p. 68.

[76] Il 31 gennaio 2006 era il termine entro il quale la Direttiva 2004/18 in parola doveva essere recepita (art. 80 della cit. Direttiva).

[77] Consultabile sul sito internet www.opsi.gov.uk/si/si2006/uksi_20060005_en.pdf. Su tali *Regulations* si v. il recente *Explanatory Memorandum to the Public Contracts Regulations 2006*, pubblicato sul sito internet www.england-legislation.hmso.gov.uk/si/em2006/uksiem_20060005_en.pdf.

[78] Il comma 2 in questione stabilisce espressamente che "These Regulations do not extend to Scotland". Tali *Regulations*, pertanto, opereranno solo nei confronti di Inghilterra, Galles e Irlanda del Nord.

[79] Si rammenta che il menzionato art. 3, comma 39, definisce l'istituto in esame come "[...] 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".

[80] La *Part 3* è rubricata *Procedures leading to the award of a public contract*, e disciplina, tra le altre, le procedure aperte, ristrette e negoziate".

[81] Sul punto si v. C. RANGONE, *Il Dialogo competitivo*, cit., p. 69.

(pubblicato il 1.3.2007)



