

## AG3-08

17 aprile 2008

**Oggetto** : applicabilità dell'istituto del dialogo competitivo alle concessioni - richiesta di parere

In riscontro al quesito posto dal Ministero della Giustizia con nota del 13 dicembre 2007 e del 13 marzo 2008, si comunica che il Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 16-17 aprile 2008 ha approvato le seguenti considerazioni.

Il dialogo competitivo è una procedura di scelta del contraente del tutto innovativa introdotta nella normativa dei contratti pubblici dalla direttiva 2004/18/CE (considerando n. 31, art. 1, comma 11, lett. c) ed art. 29), come risposta ad una diffusa esigenza di semplificazione e flessibilità cui le procedure ordinarie non erano in grado di fare fronte.

Essa si caratterizza per il fatto di consentire alla stazione appaltante di confrontarsi con gli operatori economici su tutti gli aspetti dell'appalto al fine di addivenire alla definizione dei mezzi più idonei a soddisfare le esigenze cui si intende dare risposta attraverso la gara quando, per la particolare complessità dell'appalto stesso, l'amministrazione non sia in grado di definire autonomamente le soluzioni tecniche, giuridiche o finanziarie da porre a base della procedura di selezione delle offerte. La discussione avviata dalla stazione appaltante con gli operatori economici si sviluppa senza particolari formalità ma deve comunque svolgersi nel rispetto dei principi di parità di trattamento dei concorrenti, trasparenza, riservatezza ed, ovviamente, di concorrenza.

Il legislatore comunitario ha previsto che le amministrazioni possano avvalersi del dialogo competitivo solo quando ricorrano cumulativamente le condizioni previste nell'art. 29, ovvero nel caso di appalti particolarmente complessi quando il ricorso alla procedura aperta o ristretta non permetta l'aggiudicazione dell'appalto.

L'indubbio carattere di specialità della procedura *de qua* ha indotto gli interpreti ad interrogarsi, nelle more del recepimento della Direttiva nella normativa nazionale, circa l'ambito di applicazione oggettivo dello strumento (settori speciali, concessioni, finanza di progetto), auspicandosi, da parte dei più, un'applicazione estensiva, che le norme della Direttiva rendevano, ancorché incerta, comunque possibile.

*De iure condito*, l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), ha palesato le scelte, per alcuni versi restrittive, operate dal legislatore nazionale.

Per quanto riguarda, in particolare, l'aspetto che in questa sede interessa, ovvero l'applicabilità del dialogo competitivo alle concessioni, occorre considerare quanto segue.

L'art. 58, che ha recepito quasi letteralmente l'art. 29 della Direttiva, è collocato nel Capo III del Titolo I (riguardante i contratti di rilevanza comunitaria) della Parte II del Codice, dedicato alla descrizione delle procedure di scelta del contraente utilizzabili per l'affidamento dei contratti pubblici.

Secondo la definizione fornita nell'art. 3 del Codice, commi 11 e 12, le concessioni di lavori pubblici e di servizi sono contratti a titolo oneroso aventi ad oggetto, rispettivamente, l'esecuzione, ovvero la progettazione esecutiva o definitiva e l'esecuzione di lavori pubblici, e la prestazione di servizi, che presentano le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori o di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o i servizi, o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

L'impostazione del Codice prevede che la disciplina ad esse applicabile sia individuata in apposite disposizioni ad esse dedicate, ovvero l'art. 30 per le concessioni di servizi e il Capo II, Titolo III, Parte II, articoli 142 -151 per le concessioni di lavori pubblici, tramite il richiamo alla disciplina generale del Codice.

Per quanto concerne le concessioni di servizi, l'art. 30 esclude l'applicazione delle disposizioni del Codice, fatto salvo quanto disposto dallo stesso articolo, il quale omette qualsiasi richiamo espresso al dialogo competitivo.

Per quanto attiene invece le concessioni di lavori, l'art. 142, comma 2, dispone l'applicazione delle norme del Codice, salvo che non siano derogate dalle disposizioni contenute nel citato Capo II, Titolo III, Parte II.

L'art. 144, comma 1, prevede infine che le stazioni appaltanti affidino le concessioni di lavori pubblici con procedura aperta o ristretta, senza peraltro nulla dire riguardo alla procedura del dialogo competitivo.

La mancata espressa previsione di una deroga all'applicabilità della procedura in questione sembrerebbe dunque far ritenere che quest'ultima sia da considerare esperibile da parte delle stazioni appaltanti per l'affidamento delle concessioni di lavori.