

Discussione ad ampio raggio ma con l'obbligo di riservatezza e parità di trattamento

La fase del confronto con i concorrenti è caratterizzata da una forte flessibilità in quanto possono essere discussi tutti gli aspetti dell'appalto. Si conclude con l'individuazione della soluzione più idonea. Dopodiché scatta la presentazione delle offerte.

La procedura del dialogo competitivo è a struttura bifasica. La prima fase è diretta a definire, in contraddittorio con i concorrenti, l'oggetto del contratto, cioè i mezzi e le modalità ritenute maggiormente idonee al soddisfacimento delle esigenze dell'ente committente. Questa fase è caratterizzata da una spiccata flessibilità e, nei limiti del possibile, tende a evitare rigidi formalismi nel suo svolgimento.

La seconda fase prende avvio quando, a seguito dell'attività che si è svolta nella prima fase, si possono invitare i concorrenti a formulare le proprie offerte in relazione all'oggetto che è stato precedentemente definito. Questa fase si avvicina maggiormente alla struttura propria di una procedura di gara più tradizionale, in cui trovano adeguato spazio i principi di parità di trattamento e di concorrenzialità.

La procedura del dialogo competitivo, in sostanza, è caratterizzata da una prima fase maggiormente creativa e dal profilo più dinamico, in cui l'oggetto del contratto viene definito in un contesto di confronto continuo tra l'ente appaltante e i

concorrenti. Essa rappresenta indubbiamente il momento caratterizzante di questa procedura, poiché viene meno quella rigida contrapposizione tra ente committente e concorrenti che è tipica delle ordinarie procedure di gara.

La seconda fase, invece, si avvia quando il confronto che si è

**È vietato fornire
informazioni in modo
discriminatorio,
favorendo
alcuni partecipanti
rispetto ad altri**

precedentemente svolto tra ente committente e concorrenti ha portato il progetto a un grado di maturazione tale che per la sua realizzazione si possono chiedere le offerte dei concorrenti medesimi.

L'oggetto del contratto

La prima fase inizia con l'av-

vio del dialogo con tutti i candidati ammessi in possesso dei requisiti di qualificazione richiesti. Il dialogo, secondo l'espressa formulazione del comma 5 dell'articolo 58, è destinato a individuare i mezzi più idonei a soddisfare le necessità o gli obiettivi dell'ente committente.

È inoltre previsto che in fase di dialogo possano essere discussi con i concorrenti tutti gli aspetti dell'appalto (comma 6). Come si vede, si tratta di un confronto ad ampio raggio, che non trova alcuna limitazione e che legittima l'ente committente a operare nei modi che più ritiene opportuno per giungere al risultato che, in questa fase, è costituito dalla definizione dell'oggetto dell'appalto.

Tuttavia, esistono alcuni paletti che lo stesso legislatore pone al comportamento dell'ente appaltante per limitare l'ampia discrezionalità di cui esso gode. Il primo limite è costituito dall'obbligo di garantire nei confronti di tutti i concorrenti la parità di trattamento. Questa si estrinseca, in particolare, nel divieto di fornire in modo discriminatorio informazioni che possano favorire alcuni partecipanti rispetto ad

LE RIGIDITÀ DEL REGOLAMENTO

Va peraltro rilevato che il regolamento, al comma 1 dell'articolo 113, prevede che il bando di gara può indicare specifiche modalità operative con le quali l'ente appaltante intende dialogare con ciascun concorrente. Si tratta di una possibilità diretta a specificare preventivamente il comportamento dell'ente appaltante che presenta il vantaggio di fissare le regole del gioco prima che la procedura abbia inizio. D'altro canto, va evidenziato che questa scelta rischia di essere in parziale contraddizione con le caratteristiche tipiche di questa fase del dialogo competitivo, in cui le stesse modalità di confronto possono definirsi in corso di procedura.

In sostanza, a seconda delle soluzioni e degli elementi che di volta in volta emergono dal confronto con i concorrenti, l'ente appaltante può trovarsi nell'esigenza di modulare diversamente le modalità di prosecuzione della procedura. Circostanza che mal si concilia con la fissazione preventiva di tali modalità, che verrebbero fissate al buio, cioè quando l'ente committente non ha ancora cognizione dell'effettivo andamento del dialogo con i concorrenti.

Rispetto alle previsioni contenute nell'articolo 58, l'articolo 113 del regolamento introduce peraltro alcuni elementi di rigidità. Viene in primo luogo stabilito che l'ente appaltante deve assegnare ai concorrenti un termine per presentare una o più proposte, corredate da uno studio di fattibilità con la relativa previsione di costo (comma 2). Inoltre, è previsto che l'ente committente possa richiedere ai concorrenti soluzioni migliorative rispetto alle proposte presentate (comma 3).

Queste prescrizioni vanno raffrontate con la previsione legislativa contenuta al comma 10 dell'articolo 58, secondo cui le stazioni appaltanti sono legittimate a proseguire il dialogo con i concorrenti fino a che non siano in grado di individuare la soluzione o le soluzioni ritenute idonee a soddisfare le loro necessità od obiettivi.

Come si vede il codice dei contratti prefigura una marcata fluidità sui tempi di svolgimento di questa fase della procedura. Proprio perché l'oggetto del contratto viene progressivamente costruito in un confronto continuo con i concorrenti, viene lasciata all'ente appaltante una significativa discrezionalità nel decidere quando tale oggetto debba considerarsi maturo e fosse quindi possibile passare alla seconda fase della procedura. Questa impostazione viene in qualche modo modificata dal regolamento di attuazione. La fissazione di un termine entro cui i concorrenti sono chiamati a formulare le loro proposte e la successiva previsione che su tali proposte possono poi essere richieste soluzioni migliorative costituiscono elementi di oggettivo irrigidimento della procedura.

In sostanza, le previsioni regolamentari sembrano muoversi in un'ottica in cui viene almeno in parte riproposto uno schema in cui vi sono dei concorrenti che formulano delle proposte e l'ente committente che le valuta. Ma tale schema non appare pienamente aderente ai caratteri propri di una procedura che, almeno nella prima fase, non sembrerebbe muoversi lungo la linea della contrapposizione tra ente committente e offerenti, ma che avrebbe piuttosto l'ambizione di portare entrambi i soggetti intorno a uno stesso tavolo in una logica di collaborazione piuttosto che di contrapposizione.

altri (comma 7).

Si tratta di un aspetto meritevole di particolare attenzione, che pre-

sumibilmente dovrebbe indurre l'ente committente a definire preliminarmente il tipo di informazioni

che intende offrire ai concorrenti. L'unica difficoltà potrebbe essere data dalla circostanza che l'esigenza di alcune informazioni potrebbe nascere in corso di procedura in relazione a elementi emersi in sede di discussione con uno specifico concorrente. In questo caso, la doverosa applicazione del principio enunciato sembra imporre che le informazioni aggiuntive siano immediatamente messe a fattor comune di tutti i concorrenti. Nonostante in questo modo si abbia un oggettivo appesantimento della procedura, si deve ritenere che questa modalità operativa sia essenziale per garantire nel corso dell'iter il principio della parità di trattamento.

Il secondo vincolo che viene posto all'ente committente in questa fase consiste nell'obbligo di rispettare la riservatezza degli elementi e delle soluzioni forniti dai concorrenti. È infatti stabilito che gli enti committenti non possono rivelare agli altri partecipanti le soluzioni proposte né le informazioni riservate fornite da ciascun partecipante, senza il consenso di quest'ultimo (comma 8).

Questo obbligo di riservatezza ha immediati riflessi sulle modalità di svolgimento di questa fase della procedura. Infatti, se non possono essere circolarizzate le soluzioni e le informazioni fornite da ciascun partecipante, è evidente che non potrà esserci uno svolgimento congiunto delle sedute. In sostanza, i concorrenti non dialogano tra loro ma solo con l'ente appaltante il quale non può convocarli tutti insieme ma solo separatamente. Al limite una seduta congiunta potrà essere configurabile per formulare delle comunicazioni di carattere generale, fermo restando che la raccolta dei dati e delle soluzioni proprie di ciascun concorrente dovranno essere oggetto di un confronto separato con il medesimo.

Si deve altresì ritenere che, proprio per fornire la prova del rigoroso rispetto dei vincoli illustrati e, quindi, del corretto svolgimento di

questa fase della procedura, sia consigliabile che le sedute in cui si articola il confronto tra ente committente e singolo concorrente siano oggetto di verbalizzazione. Anche se non si può ignorare come non sempre sia agevole cristallizzare in un documento il risultato di un confronto dinamico in cui le soluzioni di volta in volta individuate sono per definizione in rapida e continua evoluzione.

Le offerte

La prima fase si conclude dunque con l'individuazione delle soluzioni che sono il frutto del dialogo condotto tra ente appaltante e concorrenti. È tuttavia possibile che l'ente appaltante ritenga che nessuna delle soluzioni proposte soddisfi i propri obiettivi. In questo caso ne dà informazione ai concorrenti ai quali non spetta alcun indennizzo o risarcimento, salvo che non siano stati preventivamente previsti premi o incentivi per la semplice partecipazione al dialogo (articolo 58, comma 11).

Si deve peraltro rilevare come questa eventualità, per quanto astrattamente ammissibile, dovrebbe costituire un'ipotesi residuale, in quanto rappresenta per alcuni versi la certificazione di un sostanziale fallimento della procedura. In ogni caso, è un'eventualità che viene a incidere profondamente sulle posizioni e sulle aspettative dei concorrenti, specie se si tiene conto del fatto che la partecipazione al dialogo competitivo comporta delle spese significative. Anche tenendo conto di questo profilo, appare opportuno che l'eventuale decisione di non proseguire la procedura sia accompagnata da un'adeguata motivazione.

L'altra ipotesi – che dovrebbe costituire quella ordinaria – è che l'ente committente individui una o più soluzioni soddisfacenti. In linea teorica, è quindi possibile che siano individuate una pluralità di soluzioni. Tuttavia, appare preferibile che la soluzione individuata sia una sol-

tanto, posto che ciò rende più agevole la successiva fase di comparazione delle offerte da presentare.

Occorre infatti considerare che il cuore della seconda fase della procedura consiste nella presentazione delle offerte finali da parte dei concorrenti (comma 12). Ed è di tutta evidenza che l'attività valutativa dell'ente appaltante sarà più agevole se le offerte saranno presentate rispetto a una sola soluzione individuata. Al limite, sembra potersi ammettere che la soluzione individuata sia il risultato di una pluralità di soluzioni prospettate da più concorrenti, di cui può costituire una sintesi armonica.

Con la presentazione delle offerte si apre una fase estremamente delicata della procedura. È infatti

Le offerte devono essere corredate dal progetto preliminare e dal capitolato prestazionale

stabilito che le offerte possano essere chiarite, precisate e perfezionate senza però che ciò abbia l'effetto di modificare gli elementi fondamentali dell'offerta, con conseguente distorsione delle regole della concorrenza (comma 14). Se il principio appare sacrosanto, molto più complessa è la sua applicazione pratica. Non sempre, infatti è agevole stabilire dove si collochi la linea di confine che divide il chiarimento o la precisazione dell'offerta dalla modifica sostanziale della stessa. Ed è quindi presumibile che su tale eventuale passaggio procedurale si possano concentrare molte contestazioni da parte dei concorrenti.

Un meccanismo analogo è peraltro previsto anche in relazione all'offerta risultata aggiudicataria,

rispetto alla quale è parimenti ammessa la possibilità che l'ente appaltante inviti l'offerente a precisare aspetti della stessa o confermare gli impegni assunti, sempre che ciò non comporti la modifica di elementi fondamentali dell'offerta (comma 16).

In base alla previsione introdotta dall'articolo 113 del regolamento, le offerte devono essere corredate da progetto preliminare dell'opera e dal capitolato prestazionale (comma 4). Va peraltro rilevato che, almeno per ciò che concerne il progetto preliminare, la norma può trovare applicazione solo nel caso in cui il dialogo competitivo sia finalizzato all'affidamento di un appalto di lavori, ma non qualora riguardi un appalto di servizi di forniture.

L'aggiudicazione

Quanto all'aggiudicazione, come già anticipato, essa dovrà avvenire utilizzando il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con gli elementi individuati in sede di bando di gara che – a seguito dell'abrogazione del comma 13 dell'articolo 58 – non potranno più essere precisati successivamente all'individuazione della soluzione più idonea. ■

R.M.

© RIPRODUZIONE RISERVATA