

Dal “monologo” al “dialogo”, la vera innovazione delle Direttive Appalti del 2014

Nel limbo che in questi mesi stiamo attraversando, sospesi tra una normativa nazionale che ha prodotto più dubbi che certezze e le nuove Direttive Europee ancora in corso di recepimento (con il paradosso di aver utilizzato 21 mesi, dei 24 a disposizione, per varare solo la “legge delega” per il recepimento delle direttive¹: il nuovo codice o è già scritto, prima di conoscere i principi cui si sarebbe dovuto attenere o lo vedremo solo tra qualche tempo), la materia dei contratti pubblici è investita da uno dei principi cardine dettati dalle nuove Direttive (giustamente sottolineato dal Vice Presidente dell’ANAC al Convegno LIFE di Milano dello scorso dicembre): il dialogo tra stazione appaltante e mercato; tra Amministrazione e sistema delle imprese. Dialogo che, in Italia, si innesta in un più ampio perimetro di rapporti di “partecipazione” tra Pubblica Amministrazione e privati. Quello dell’interazione tra pubblico e privato è da sempre stato un profilo controverso, che solo nell’ultimo trentennio è stato disciplinato compiutamente nel nostro ordinamento. Per comprendere l’evoluzione del rapporto tra amministrazione pubblica e privati occorre fare due passi in dietro.

L’Amministrazione pubblica, sin dalla creazione degli Stati Moderni di stampo illuminista, è stata per circa due secoli inquadrata quale estrinsecazione del potere del sovrano: i provvedimenti amministrativi erano atti unilaterali, dotati di forza imperativa, mediante i quali veniva determinato ciò che per il suddito era il diritto nel caso concreto (del resto, a livello socio-culturale, un abisso intercorreva tra i funzionari pubblici ed il popolo, per la massima parte analfabeta). È solamente nel ‘900, con la definitiva rottura dello

schema Stato - Sovrano / Cittadino - Suddito, che si affermano i primi germogli di un cambiamento radicale: nella fine del secolo scorso affiorano e si affermano concetti come quello della finalità privatistica di efficienza della P.A.; quello della “collaborazione” tra amministrazione e cittadini; il principio di “sussidiarietà” e quello di “amministrazione consensuale”: la posizione di primazia e “superiorità” della Pubblica Amministrazione recede, anche in ragione del riconoscimento del ruolo attivo e fondamentale rivestito dal cittadino (oramai interlocutore “preparato”) nell’ordinamento giuridico, livellando le posizioni di pubblico e privato sino ad un punto di

La nuova Direttiva appalti (2014/24/UE) valorizza il “dialogo tecnico” introducendo una nuova tipologia di procedura ad evidenza pubblica

simmetrica pariteticità.

La fase culminante del predetto percorso è rappresentato dalla Legge n. 241 del 1990, soprattutto dopo la riforma introdotta nel 2005 dalla legge n. 15, che ha consacrato il passaggio da una concezione unilaterale dell’azione amministrativa ad un esercizio dei poteri amministrativi partecipato e consensuale.

Il mondo dei contratti pubblici non si è discostato da tale profondo cambiamento ed anzi, forse più di altre realtà, ne ha beneficiato: si consideri infatti che il

momento dell'acquisto di lavori, beni o servizi da parte dell'Amministrazione può, per sua natura, richiedere un'interazione rilevante con il mercato e ciò sia per la compiuta definizione delle esigenze che la parte pubblica deve soddisfare, sia per l'individuazione da parte del privato di soluzioni che possono non essere conosciute all'Amministrazione.

In tale alveo già si erano inserite le Direttive Europee del 2004 (2004/18/UE e 2004/17/UE) che avevano disciplinato il settore dei contratti pubblici, dando impulso al partenariato pubblico-privato ed incentivando il ricorso al "dialogo"; arrivando sino all'individuazione di una particolare procedura ad evidenza pubblica - il "dialogo competitivo" - caratterizzata proprio dalla attiva partecipazione delle imprese all'individuazione della migliore soluzione tecnica ed economica per l'Amministrazione. La nuova Direttiva appalti (2014/24/UE) si spinge oltre, aumentando il ruolo centrale del dialogo e lo fa sotto i seguenti aspetti: prevedendo una disciplina specifica del "dialogo tecnico" (ossia il rapporto di collaborazione tra stazione appaltante ed imprese prima della gara) ed introducendo una nuova tipologia di procedura ad evidenza pubblica (accanto al riconfermato dialogo

uno specifico dialogo tecnico, ovverosia "sollecitare o accettare consulenze" di potenziale utilizzo "nella preparazione del capitolato d'onere a condizione che tali consulenze non abbiano l'effetto di ostacolare la concorrenza".

Il fatto che poi l'articolato della Direttiva non affrontasse direttamente detto argomento, è la ragione che ha consentito al legislatore nazionale, in sede di recepimento, di non introdurre nel codice dei contratti pubblici attualmente in vigore alcun concreto riferimento al "dialogo tecnico". La scelta del nostro legislatore, probabilmente dovuta al timore di abusi o di un'utilizzazione arbitraria ed eccessiva dello strumento (il ruolo assolutamente centrale dell'ANAC nel mondo degli appalti ne è plastica prova), ha di certo diminuito in questi anni la possibilità che, nel mondo dei contratti pubblici italiano, si sviluppasse e maturasse quella collaborazione proficua e paritaria tra mercato e Pubblica Amministrazione, che, a parere dello scrivente, avrebbe dato maggior impulso al settore.

Il Legislatore europeo sembra quasi aver notato questa mancanza e, nella nuova Direttiva (2014/24/UE), ha dedicato due articoli al dialogo tecnico; circostanza que-



competitivo), caratterizzata dalla rilevanza del dialogo tra Amministrazione ed operatore economico e confermando il dialogo competitivo.

a) Con riguardo al dialogo tecnico, la precedente Direttiva (2004/18/UE) faceva un riferimento in un "considerando" (i "consideranda" sono le premesse delle norme europee che individuano i principi e gli intendimenti del legislatore); il considerando n. 8 ammetteva che la stazione appaltante potesse, prima dell'aggiudicazione di un appalto, avvalersi di

sta che impedirà, è da supporre, al legislatore domestico di sottrarsi da una sua declinazione nel nuovo Codice. Uno degli aspetti di maggiore novità è che il dialogo tecnico viene più propriamente denominato per quello che è, ovverosia una (potenziale) "consultazione preliminare" di tipo tecnico che precede l'avvio della procedura (e non, come impropriamente e pericolosamente declinato dalla precedente Direttiva, l'aggiudicazione della gara). L'articolo precipuo dedicato al dialogo tecnico è l'art. 40, non a caso inserito nella sezione della Direttiva dedi-

cata alla “Preparazione”. L’intendimento del legislatore europeo è chiaro: nella fase di programmazione della gara è possibile consultare il mercato in forma preliminare. Trattasi in altre parole di un ausilio al RUP che, in luogo di costose consulenze può sollecitare un contributo spontaneo (naturalmente presidiato) con le dovute cautele.

La nuova disposizione, in ultima analisi, consente agli operatori di conoscere preventivamente la programmazione in tema di acquisizione e poter fornire un contributo tecnico in funzione di imparzialità, partecipazione e, se vogliamo, prevenzione del contenzioso.

b) La nuova Direttiva introduce *ex novo* la “*procedura competitiva con negoziazione*”. Si tratta di una procedura intermedia tra la gara ristretta ed il dialogo competitivo, che struttura un procedimento progressivo di definizione dell’oggetto dell’acquisizione che prende avvio dopo la prima proposta dei concorrenti.

In buona sostanza, ogni operatore economico può presentare la propria domanda di partecipazione in replica ad un avviso di indizione di gara della stazione appaltante. A seguito dell’invito ricevuto da parte dell’Amministrazione, gli operatori economici presentano le (prime) offerte sulle quali si avvia una fase di negoziazione, volta al miglioramento delle stesse.

Vengono previste dal legislatore europeo delle adeguate misure di garanzia della trasparenza e della tracciabilità del processo, così da evitare qualsiasi abuso dello strumento.

c) La Direttiva n. 24 del 2016 ha confermato l’istituto del dialogo competitivo, il quale, dopo un primo periodo in cui non aveva goduto di un utilizzo assai ampio, ha ricevuto sempre più consensi.

Si tratta di un’autentica procedura di aggiudicazione dell’appalto; essa fa già parte dell’ordinamento nazionale vigente posto che è disciplinata dall’art. 58 del Codice dei contratti pubblici.

La disciplina prevista dalla nuova Direttiva ricalca in linea di principio quella dettata dalla Direttiva del 2004 (e trasfusa dal legislatore italiano nel citato art. 58 del d.lgs. n. 163 del 2006) con tuttavia una importante novità: mentre la precedente Direttiva (all’art. 29) prevedeva che il dialogo competitivo potesse essere esperito solo innanzi ad “*appalti particolarmente complessi*”, principio integralmente recepito dal Codice dei Contratti, la nuova Direttiva non fa più alcun riferimento alla complessità dell’appalto. Questo produce una rilevante innovazione, ovverosia che non è più necessario che l’Amministrazione, al momento di indire un dialogo competitivo, debba motivare la propria scelta sulla scorta della complessità dell’appalto. Questo, se vogliamo,

potrà aprire ulteriormente l’orizzonte di riferimento di questa particolare procedura, consentendo alle Pubbliche Amministrazioni di farvi ricorso anche laddove non vi sia una oggettiva complessità dell’opera, del bene o del servizio da appaltare.

Il legislatore europeo ha voluto ridurre il carattere di eccezionalità che il dialogo competitivo ha avuto sin ora, rendendolo una procedura “*standard*”, da utilizzarsi senza particolari vincoli.

Per quanto riguarda l’iter procedurale: a seguito della domanda di partecipazione presentata dagli operatori, gli stessi vengono invitati dall’Amministrazione, la quale intavola con ciascuno di essi un dialogo al fine di elaborare una o più soluzioni atte a soddisfare le sue necessità e sulla base della quale o delle quali i candidati selezionati saranno invitati a presentare offerte.

Pur essendo in un momento di profondo cambiamento per la disciplina dei contratti pubblici, possiamo concludere affermando senza tema di smentita che la strada maestra è oramai tracciata: il percorso condiviso di scelta dei metodi e dei criteri guida con cui regolare il rapporto domanda/offerta negli appalti pubblici è destinato a trovare una chiara conferma e nuovo impulso nella disciplina che emergerà dal recepimento delle nuove Direttive europee.

Troverà dunque definitiva consacrazione quel lento cammino che ha condotto l’Amministrazione, da una posizione di supremazia e di totale autosufficienza, ad interagire costantemente con il privato, nei confronti del quale ha assunto ed assumerà una posizione sempre più giustapposta.

In tale ottica, il *dialogo* si configura come l’elemento caratterizzante di questo nuovo rapporto tra pubblico e privato ed un adeguato utilizzo di detto strumento non potrà far altro che giovare ad entrambe le parti.

Platone si servì del “*dialogo*” quale genere letterario poiché lo riteneva essere quello in cui meglio si potevano confrontare ed analizzare gli aspetti propri dell’animo umano. Per il filosofo greco solo l’incontro dei due punti antitetici poteva condurre alla sintesi (Hegel riprese il concetto nell’ottocento) e dare pieno significato al socratico “*Γνῶθι σεαυτόν*” (conosci te stesso).

È singolare, ma non casuale, che il “*dialogo*”, nel mondo dei contratti pubblici, rappresenti il punto di incontro tra il mercato e le esigenze della Pubblica Amministrazione e che probabilmente sia lo strumento più adatto per far sì che quest’ultima possa *conoscere* meglio le proprie esigenze ed il modo più idoneo per soddisfarle.

¹ Legge delega approvata in via definitiva dal Senato il 14 gennaio 2015