

Mercoledì, 27 aprile 2005

Dott. Enrico Di Ienno

Le novità introdotte dalla Direttiva Comunitaria 2004/18/CE in materia di altre forme di affidamento e di modalità di espletamento della procedura: il dialogo competitivo, l'accordo quadro, il sistema dinamico di acquisto, l'asta on line.

La Direttiva Europea n. 2004/18/CE, che è stata emanata il 30 aprile 2004 e dovrà essere recepita entro il gennaio 2006¹ è una sorta di Testo Unico sugli appalti che è andata a riunificare, accorpendole, tutte quante le direttive precedenti per quanto riguarda le gare ad evidenza pubblica.

Precedentemente, come noto, vi erano tre distinte direttive che per quanto riguarda gli appalti per le forniture era composta da trentacinque articoli; quella sui lavori pubblici da trentasette articoli e la Direttiva sui servizi formata da quarantacinque articoli; ora si dovrà fare riferimento ad un unico testo, più chiaro nella sua struttura, formato da ottantatre articoli validi per tutte e tre le varie tipologie di appalto.

Detta circostanza è la prima espressione diretta di una delle principali finalità della emanazione della Direttiva ossia quella della semplificazione volta a far sì che non ci siano più delle discrasie fra le varie tipologie appalto².

¹ Con l'art. 25 della Legge 18 aprile 2005 n. 62 è stata conferita delega al Governo Italiano per l'attuazione della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua ed energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, e della Direttiva 2004/18/CE del Parlamento e del Consiglio Europeo del 31 marzo 2004 relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori, forniture e servizi.

² Altra manifestazione dell'intento di semplificazione si ravvisa nel fatto che la Direttiva ha dato finalmente una definizione unica dei c.p.v., cioè, *common procurement vocabulary*, vocabolario degli appalti che l'Amministrazione aggiudicatrice dovrà indicare allorché indirà una gara.

Un'altra delle finalità perseguite dalla Direttiva è quella di introdurre criteri di selezione e di individuazione del soggetto esecutore privato attraverso delle forme di aggiudicazione più flessibili, con il rafforzamento di procedure ed istituti più vicini alla compartecipazione integrata del privato con il pubblico.

In tale ambito carattere particolarmente innovativo risiede nell'introduzione, al 31° considerando, art. 1 comma 11 lett. c, della disciplina del dialogo competitivo.

Disciplinato peculiarmente all'articolo 29 della Direttiva, il dialogo competitivo è uno strumento nuovo nel panorama giuridico italiano³ ed è un procedimento che deve intendersi subordinato alla sussistenza di tre peculiari requisiti: *i*) che l'appalto sia particolarmente complesso; *ii*) che l'appaltante sia nella impossibilità oggettiva di definire gli strumenti del soddisfacimento delle proprie esigenze; *iii*) che l'impossibilità non sia ascrivibile a carenze imputabili all'appaltante.

In merito agli appalti particolarmente complessi essi devono intendersi ad esempio quelli afferenti all'alta tecnologia⁴ ovvero anche agli aspetti finanziari strumentali agli obiettivi dell'appalto, quando cioè l'amministrazione aggiudicatrice potrebbe non possedere strumenti tecnici o conoscenze adeguate in grado di descrivere con precisione attraverso il capitolato d'oneri quanto necessario alle proprie esigenze o fornire indicazioni tali da definire l'oggetto del futuro contratto; si incardinerà pertanto un dialogo con soggetti ovvero operatori economici che sono, teoricamente, tecnicamente più preparati, o comunque più

³ Anche se è sostanzialmente molto simile, sotto certi aspetti, al *project financing* previsto dalla Legge Merloni all'art. 37*bis* e seguenti. Viceversa il dialogo competitivo è un procedimento già esistente in alcuni paesi come nel Regno Unito e nei Paesi Bassi.

⁴ Si pensi all'acquisto di apparecchiature mediche, alle reti informatiche etc.

aggiornati perché direttamente coinvolti sul mercato⁵.

Tramite il dialogo competitivo gli imprenditori saranno quindi chiamati a interloquire con l'Amministrazione che comunque manterrà il ruolo preminente di indirizzo della procedura.

Per quanto attiene al secondo e terzo requisito ovvero l'oggettiva e non imputabile ignoranza nella definizione degli strumenti per il soddisfacimento delle proprie esigenze deve riferirsi che tale requisito appare essere stato previsto più che altro per evitare che l'appaltatore ecceda oltre il lecito nella collaborazione con i privati giacché, in ogni caso, il dialogo sembra essere stato previsto come metodo per così dire eccezionale piuttosto che una vera e propria regola.

In sostanza, l'utilizzo della disciplina resta subordinato alla condizione negativa che non siano concretamente perseguibili gli obiettivi dell'appalto mediante una delle procedure aperte o ristrette di scelta del contraente e che, ovviamente, non sussistano ragioni d'urgenza.

A livello procedurale, l'amministrazione aggiudicatrice pubblicherà un bando con cui renderà nota la necessità di avviare un dialogo competitivo manifestando le proprie esigenze attraverso con un documento descrittivo. Di talché le ditte interessate, fatte pervenire le proprie candidature, verranno coinvolte nel dialogo e ciascun candidato verrà fatto partecipe di tutti gli aspetti dell'appalto sempre nel pieno rispetto della *par conditio*.

⁵ Il dialogo competitivo non deve essere confuso con il dialogo tecnico che, comunque previsto all'8° Considerando della Direttiva, consiste nella possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di avvalersi della consulenza di esperti del settore per la definizione delle specifiche tecniche del capitolato. In tale ipotesi resta escluso al soggetto che ha reso il parere collaborando con l'amministrazione nella fase di predisposizione del capitolato, la successiva partecipazione all'aggiudicazione dell'appalto.

Particolarmente importante sarà infatti l'attenzione che dovrà essere dedicata dall'appaltante nella divulgazione delle informazioni riservate fornite dalle singole imprese.

Nella fase del dialogo le amministrazioni, nel bando e nel documento descrittivo, potranno prevedere anche che la procedura si svolga in fasi successive in modo da ridurre il numero delle soluzioni da discutere e di quello delle offerte; il dialogo proseguirà finché non si sarà in grado di individuare la soluzione che possa soddisfare le necessità dell'Amministrazione.

Quindi, alla fine di questo dialogo si perverrà al perfezionamento di un documento e si aprirà la vera e propria gara dove le ditte che hanno partecipato, e non solo, potranno formulare la loro offerta anche migliorativa rispetto alle soluzioni presentate e specificate nella fase del dialogo.

Ovviamente l'affidamento dovrà essere in favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa secondo le modalità tipiche di tale metodo mentre all'amministrazione sarà riservata la facoltà di prevedere premi o pagamenti ai partecipanti al dialogo.

Un altro esempio di flessibilità per l'aggiudicazione degli appalti è quella prevista dalla Direttiva Europea all'articolo 32 in merito all'accordo quadro. Istituto nuovo per l'Italia⁶ si configura come un accordo che viene ad essere effettuato fra una o più Amministrazioni giudicatrici con uno o più operatori economici, il cui scopo è quello di stabilire le clausole per aggiudicare gli appalti di un prefissato tipo di ambito e per un determinato periodo di tempo.

La *ratio* dell'accordo quadro, che ha una durata minima di quattro anni e può essere prorogato in giustificate ipotesi, risiede nel fatto che l'Amministrazione conosce in anticipo la determinazione di alcuni elementi (ad

⁶ In realtà l'istituto era già previsto nella disciplina dei settori "speciali" ex art. 16 del D.Lgs. 158/95.

esempio i costi) che si andranno a generare mentre gli operatori potranno tarare la loro produzione a seconda dell'accordo concluso.

Per poter concludere un accordo quadro, l'Amministrazione dovrà selezionare l'operatore ovvero gli operatori che ne faranno parte attraverso e sulla base di ordinarie procedure. In buona sostanza verrà ad essere pubblicato un bando da parte dell'Amministrazione che renderà nota l'intenzione di un accordo quadro; a seguito di normale gara si determineranno degli operatori economici che sigleranno l'accordo.

Successivamente, se l'accordo quadro è stato sottoscritto soltanto da un unico soggetto, l'Amministrazione si rivolgerà direttamente a questo per ottenere la fornitura oggetto di accordo. Quando, viceversa, l'accordo è stato siglato con più soggetti, l'Amministrazione consulterà per iscritto gli operatori economici che sono in grado di realizzare l'oggetto dell'appalto; dopodichè fisserà un termine sufficiente per presentare le offerte relative a ciascun appalto specifico e, ricevutele, aggiudicherà la gara all'offerente che ha presentato l'offerta migliore sulla base dei criteri di aggiudicazione fissati nel capitolato d'onori dell'accordo.

L'altra finalità sostanzialmente dichiarata della Direttiva è quella della modernizzazione; con l'entrata in vigore delle moderne tecnologie informatiche e telematiche saranno rese probabilmente più trasparenti e flessibili le procedure di aggiudicazione e contrattazione pubblica; sicché un'altra delle importanti novità previste dalla direttiva Europea è il sistema dinamico di acquisto di beni di uso corrente previsto all'art. 33.

Istituto di derivazione tedesco-austriaco, il "*processo di acquisizione interamente elettronico*" consta di una procedura aperta dove l'Amministrazione aggiudicatrice decide di acquistare beni e servizi di uso corrente attraverso un sistema di acquisizione interamente elettronico.

E' una procedura aperta dove possono partecipare tutti quanti gli operatori interessati. All'inizio della gara dovrà essere messo per iscritto che è un sistema dinamico di acquisizione; verrà prevista soltanto una sorta di "prequalificazione" da parte delle ditte perché questo è un sistema aperto che può durare fino ad un massimo di quattro anni eventualmente prorogabili.

In sostanza è una procedura sempre aperta dove non ci sono i termini di cinquantadue giorni e non c'è una vera e propria aggiudicazione; serve creare una sorta di grande catalogo⁷ dove vengono inserite le varie imprese.

Il sistema è definito dinamico proprio perché tutti gli operatori economici ritenuti idonei possono entrare in qualsiasi momento, essendo sempre aperto; in altri termini, se nasce una nuova società, o un nuovo soggetto giuridico, si potrà inserire nel "catalogo" dimostrando di essere in possesso dei requisiti che sono stati previsti dal bando, che ovviamente devono comunque rimanere sempre *on line*.

Quando poi l'Amministrazione dovrà materialmente acquisire il bene espletterà una nuova gara andando a trovare all'interno di questa sorta di catalogo la ditta che sarà ritenuta più idonea. Le imprese che si sono prequalificate, saranno invitate a presentare un'offerta indicativa, cioè una offerta non ancora specifica.

Una volta analizzate le offerte indicative, l'Amministrazione chiederà alle ditte che saranno risultate essere maggiormente qualificate a livello tecnico di fare un'offerta definitiva, ossia maggiormente specificativa ed aderente alle sue reali esigenze cui conseguenzialmente seguirà la valutazione ordinaria e l'aggiudicazione dell'appalto.

⁷ In Italia c'è già un sistema simile – anche se mai attuato a pieno - a quello previsto dalla Direttiva Europea: il *market place*. Con il Decreto Presidenziale n. 101 del 2002 è stato infatti previsto questa sorta di sito virtuale di incontro fra domanda ed offerta. La differenza più importante risiede nel fatto che a livello normativo italiano questo istituto viene applicato solo per gli acquisti sotto soglia comunitaria.

Un altro dei mezzi tecnici innovativi introdotti con la recente Direttiva in esame è l'asta *on line* che è prevista all'art 54. Questa è un'asta un po' particolare che, chiaramente, si svolge tramite *internet*.

Non è una nuova modalità di aggiudicazione, bensì una tecnica di svolgimento di gara e si basa su una presentazione di nuovi prezzi, modificati al ribasso, ovvero di nuovi valori riguardanti alcuni elementi che interviene successivamente ad una prima valutazione delle offerte.

Non infatti è detto che queste aste debbano essere effettuate soltanto con la modalità della tecnica del massimo ribasso, poiché è possibile espletarle anche per aggiudicazioni all'offerta economicamente più vantaggiosa.

E' quindi sostanzialmente un luogo virtuale dove si incontreranno tutti i vari operatori economici con la Pubblica Amministrazione e dove si concentreranno una molteplicità di informazioni di vario tipo, il tutto nel pieno rispetto della concorrenza e della competitività.

Preliminare al vero e proprio svolgimento della gara, vi sarà la pubblicazione di un bando ove dovrà essere previsto specificamente che l'Amministrazione intende aggiudicare la gara attraverso la tecnica delle aste *on line* con tutte le relative modalità e tempistiche.

Sempre prima dell'asta *on line*, nell'ipotesi di aggiudica all'offerta economicamente più vantaggiosa, vi sarà la valutazione della parte tecnica delle offerte conformemente ai criteri prestabiliti.

Successivamente, gli operatori economici che saranno ritenuti idonei verranno invitati a collegarsi al sito che sarà stato indicato; vi sarà un metodo matematico attraverso cui l'operatore potrà fare la sua migliore offerta ed in automatico potrà sapere che tipo di graduatoria ha senza sapere chi c'è dall'altra parte del video perché oltretutto c'è sempre da tenere presente un discorso di *privacy*.

Per fare un esempio potrebbe avvenire che l'operatore faccia la sua migliore offerta; leggerà sul video probabilmente di essere in quel momento primo in graduatoria; poi sempre nell'ambito del tempo predeterminato, a seguito di altre e diverse offerte, lo stesso operatore potrebbe diventare terzo, quarto etc... sicché il primo operatore sarà costretto a formulare una nuova offerta migliorativa se vorrà risultare aggiudicatario dell'appalto.

L'asta potrà concludersi secondo tre distinte ipotesi: all'ora e data fissata; in assenza di ulteriori ribassi entro un determinato periodo di tempo; al raggiungimento delle fasi preindicate nell'invito.

Occorre comunque precisare che l'utilizzo dell'asta *on line* non è possibile per appalti di servizi come quello di tipo intellettuale ovvero di progetto, viceversa questo tipo di tecnica appare essere molto idoneo per la determinazione del soggetto fornitore di beni.