

I lodi relativi ad arbitrati amministrati, per i quali la Camera provvede direttamente alla liquidazione dei compensi, sono stati 25.

A pochi mesi di distanza dalle modifiche apportate dai decreti correttivi al Codice dei contratti, sono intervenute nuove norme che hanno modificato il sistema, prevedendo l'abrogazione dell'intera disciplina della giustizia arbitrale nel campo dei contratti pubblici.

L'art. 3, commi 19-22, della legge finanziaria per il 2008 (legge 24 dicembre 2007, n. 244) ha infatti disposto il divieto per tutte le pubbliche amministrazioni e per gli enti pubblici economici, nonché per le società interamente possedute ovvero partecipate dalle medesime amministrazioni od enti, di inserire clausole compromissorie nei contratti di lavori, forniture e servizi ovvero di sottoscrivere compromessi, al fine di devolvere ad arbitri le controversie vertenti da tali contratti.

Nella previsione iniziale, la decorrenza delle nuove norme era fissata al 1° gennaio 2008; una speciale disciplina transitoria, a carattere retroattivo, era prevista per i contratti per i quali in relazione alle controversie insorte i relativi collegi arbitrali non si erano ancora costituiti alla data del 30 settembre 2007.

Per tali contratti era fatto obbligo alle parti di declinare la competenza arbitrale ove tale facoltà fosse consentita dalle clausole arbitrali. Era previsto che i collegi eventualmente costituiti dopo il 30 settembre 2007 e fino all'entrata in vigore della legge finanziaria decadessero automaticamente, restando le relative spese compensate tra le parti.

Successivamente, il decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, (convertito nella legge 28 febbraio 2008, n. 31) ha prorogato al 1° luglio 2008 il termine iniziale di efficacia del divieto, nel dichiarato intento di *“consentire la devoluzione delle competenze alle Sezioni specializzate di cui all'articolo 3, commi 19, 20, 21 e 22, della legge 24 dicembre 2007, n. 244”*, ed ha modificato la disciplina transitoria contenuta nel comma 21 nei seguenti termini: *“Relativamente ai contratti aventi ad oggetto lavori, forniture e servizi già sottoscritti dalle amministrazioni alla data di entrata in vigore della presenta legge e per le cui controversie i relativi collegi arbitrali non si sono ancora costituiti alla data del 30 giugno 2008, è fatto obbligo ai soggetti di cui ai commi 19 e 20 di*

declinare la competenza arbitrale, ove tale facoltà sia prevista nelle clausole arbitrali inserite nei predetti contratti; dalla data della relativa comunicazione opera esclusivamente la giurisdizione ordinaria". E' rimasta la previsione, costituente il secondo alinea del comma 21, secondo cui "i collegi arbitrali, eventualmente costituiti successivamente, decadono automaticamente e le relative spese restano integralmente compensate tra le parti". A tale previsione è stato da taluni attribuito un valore autonomo, e cioè di previsione impositiva dello svolgimento di qualunque arbitrato il cui collegio si fosse costituito dopo il 1° gennaio 2008. Così intesa, peraltro, la norma contrasterebbe con il precedente comma 19, che consente la stipula di clausole compromissorie o compromessi fino al 1° luglio 2008. Non avrebbe senso infatti il riconoscimento della legittimità di clausole sottoscritte, ed esempio, nel 2008 ed il contemporaneo divieto di attuazione delle clausole stesse (dato il tempo che deve necessariamente intercorrere prima dell'avvio delle procedure arbitrali e della costituzione dei collegi).

La *ratio* delle disposizioni della legge finanziaria, che si sono fin qui esaminate, sembra essere stata quella di realizzare consistenti risparmi di spesa, dato l'elevato costo degli arbitrati, per effetto, soprattutto dei compensi corrisposti ai componenti dei collegi arbitrali. Ciò si evince dal comma 22 dell'art 3 della finanziaria, il quale affida al Presidente del Consiglio dei ministri, al Ministro delle infrastrutture ed al Ministro della giustizia il compito di determinare annualmente i risparmi conseguiti per effetto dell'abolizione degli arbitrati, *"affinché siano corrispondentemente ridotti gli stanziamenti, le assegnazioni ed i trasferimenti a carico del bilancio dello Stato e le relative risorse siano rassegnate al Ministero della giustizia per il miglioramento del relativo servizio"*.

Non sembra improprio, infine, ipotizzare difficoltà operative nell'attribuzione delle nuove competenze alle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale e intellettuale, previste dall'art. 1 del D.Lgs. 168/2003.

A seguito dell'adozione delle disposizioni della legge finanziaria, l'Autorità ha trasmesso il 25 ottobre 2007 un Atto di segnalazione al

governo ed al parlamento circa le “Problematiche inerenti la disciplina dell’arbitrato nell’ambito dei contratti pubblici”.

Secondo l’Autorità, l’esclusione della clausola compromissoria o del compromesso per le controversie in tema di contratti pubblici genera forti perplessità in merito alla sostenibilità da parte del mercato, a causa dell’eccessiva lunghezza dei tempi della giustizia, sia essa ordinaria che amministrativa. Inoltre il criterio del doppio binario non sembra offrire la possibilità per uscire dalle criticità dell’istituto, giustamente lamentate anche in Parlamento.

L’arbitrato amministrato offre, invece, garanzie sufficienti sia in ordine alla natura neutrale ed imparziale della costituzione del collegio sia in ordine alla possibilità di monitorare l’andamento delle liti sia infine in ordine al contenimento delle spese. Peraltro non è condivisibile l’idea che far confluire tutta la materia nell’arbitrato amministrato finisca per costituire una lesione della libertà negoziale, dal momento che le pubbliche amministrazioni, pur utilizzando forme privatistiche, restano pur sempre assoggettabili a regole di tipo pubblicistico che non sono imposte anche ai privati. E ciò sia perché si impegnano risorse pubbliche sia perché si movimentano una domanda aggregata preminente che richiede una regolazione di questo particolare mercato, ove occorre garantire a tutti gli operatori la parità d’accesso.

A giudizio dell’Autorità, si rende, conseguentemente, necessario, un intervento normativo che modifichi il sistema previsto dagli articoli 241, 242 e 243 del dlgs 163/2006 nel senso di ripristinare l’arbitrato amministrato come unico modello, attribuendo, quindi, alla Camera Arbitrale un potere generalizzato di nomina del terzo arbitro e di determinazione dei compensi dei collegi arbitrali.

PAGINA BIANCA

CAPITOLO 8

LE PROCEDURE DI AGGIUDICAZIONE DEGLI APPALTI COMPLESSI NEI PRINCIPALI PAESI EUROPEI

8.1 Gli appalti complessi

I paesi dell'Unione Europea presi come riferimento per l'analisi delle disposizioni normative riguardanti le procedure di aggiudicazione degli appalti complessi, la qualificazione e l'individuazione delle offerte anomale sono il Regno Unito, la Francia, la Germania e la Spagna.

La qualificazione e l'anomalia delle offerte non richiedono particolari chiarimenti, mentre una precisazione appare necessaria per la nozione di appalto complesso. In generale un appalto di lavoro è complesso quando la stazione appaltante ha bisogno di un confronto con soggetti privati per definire sia gli aspetti tecnici sia quelli economico-finanziari e gestionali dell'opera da realizzare.

A partire dai primi anni Novanta il Regno Unito ha coinvolto con frequenza crescente i privati nella realizzazione delle opere pubbliche di maggiore complessità e più elevati costi, come strade, ponti, scuole, ospedali, prigioni. Una delle forme più diffuse di partenariato pubblico-privato è la cd. *Private Finance Initiative (PFI)*, in base alla quale l'amministrazione, invece di pagare per la costruzione dell'infrastruttura, attinge a tal fine alla finanza privata. Più precisamente il committente pubblico seleziona un contraente privato incaricato di realizzare l'opera e di occuparsi della sua manutenzione. Il privato viene remunerato attraverso pagamenti periodici effettuati, per tutta la durata del contratto, dall'amministrazione stessa, da altri soggetti che si servono della infrastruttura, oppure da una combinazione di entrambe le soluzioni.

Per la realizzazione di opere pubbliche tramite *PFI* il Regno Unito ha sempre privilegiato la procedura negoziata previa pubblicazione del bando di gara - cd. procedura negoziata competitiva - che rispetto alle procedure aperte e ristrette ha il pregio di garantire una maggiore flessibilità d'azione

**Appalti
complessi nel
Regno Unito**

al committente pubblico ed un dialogo costante tra questo e gli operatori economici. Nella prassi delle stazioni appaltanti anglosassoni tale procedura contempla infatti fasi, del tutto informali, quali: una consultazione preventiva con le imprese private volta per sondare il mercato prima della pubblicazione del bando di gara; una serie di incontri alternati da una o più offerte formali scritte, finalizzati a ridurre progressivamente il numero dei candidati; l'invito, rivolto ai due o più candidati rimasti, a formulare le *Best and Final Offers*, le migliori offerte finali. Peraltro, anche dopo l'individuazione del miglior offerente non cessa il dialogo tra pubblico e privato: la stazione appaltante procede infatti ad una ulteriore negoziazione con il vincitore, per definire i dettagli del progetto e le principali condizioni contrattuali. Ciò riflette la filosofia sottesa alla *PFI*: per progetti complessi le amministrazioni non dovrebbero stabilire *ex ante* specifiche tecniche molto dettagliate, ma dovrebbero piuttosto rivolgersi al mercato per individuare le soluzioni, anche innovative, in grado di soddisfare nel miglior modo le proprie esigenze.

I candidati ammessi alla fase finale della procedura negoziata competitiva, ovvero invitati a formulare le offerte migliori e definitive, sono solitamente due o tre, cinque al massimo per gli appalti di maggiori dimensioni. Considerati gli elevati costi associati alla formulazione delle offerte finali, la limitazione del numero degli offerenti è ritenuta funzionale alla promozione di una concorrenza effettiva. Gli offerenti prescelti hanno infatti una realistica probabilità di successo e dunque un forte incentivo ad investire le loro risorse per elaborare un'offerta di alta qualità.

Il ricorso sistematico alla procedura negoziata competitiva per la *PFI* è tuttavia destinato ad assumere carattere eccezionale e ad essere sostituito dall'utilizzo del dialogo competitivo, introdotto nell'ordinamento anglosassone con le *Public Contracts Regulations* del 2006 – corrispondenti ai nostri decreti legislativi- che hanno dato attuazione alla direttiva comunitaria 2004/18/CE. In questo senso si è ad esempio espresso l'*Office of Government Commerce*, una struttura interna al Ministero del Tesoro che attraverso le sue raccomandazioni e guide pratiche svolge una funzione nevralgica nell'assistere ed orientare le stazioni appaltanti nell'esercizio

della loro discrezionalità¹. Del pari rilevante è l'attività di guida e supporto condotta da una *Task Force* dello stesso Ministero del Tesoro, attraverso i modelli standardizzati di contratti di PPP², elaborati ed aggiornati sulla base delle *best practices* e finalizzati a ridurre i costi di transazione legati alla predisposizione di contratti complessi.

Peraltro, prima che al momento della redazione del contratto grande importanza è attribuita alla preparazione della procedura di gara, ovvero alla fase che, in relazione al dialogo competitivo, è definita come quella del pre-dialogo³. Gli uffici centrali invitano infatti le stazioni appaltanti ad individuare in modo chiaro gli obiettivi connessi alla realizzazione dell'opera e a compiere una accurata analisi tecnico-economica dei relativi costi. Inoltre, per evitare che il ricorso al dialogo competitivo si traduca in un innalzamento dei costi complessivi della procedura – costi di gestione per l'amministrazione, costi di elaborazione delle offerte per gli operatori economici – i committenti pubblici sono esortati a definire con largo anticipo ed in dettaglio i tempi e le modalità con cui verrà condotta la fase del dialogo e ad informarne tempestivamente i potenziali offerenti.

In Francia, il codice del 2006 consente di ricorrere al dialogo competitivo per tutti gli appalti di lavori al di sotto della soglia comunitaria, senza prevedere i limiti in relazione alle caratteristiche del contratto da affidare indicati invece per il sopra soglia. Il codice, in generale, distingue due categorie di affidamenti: *formalisées*, in cui sono comprese tutte le tipologie di procedure previste dalle direttive, e *adaptée*, in cui spetta all'amministrazione modellare la procedura nel rispetto dei principi di trasparenza, oggettività e non discriminazione. Al di sotto di date soglie, le amministrazioni possono definire una procedura *adaptée* o ricorrere a una delle procedure *formalisées*. Ove non sia raggiunta la soglia comunitaria, le amministrazioni possono scegliere una qualsiasi delle procedure *formalisées*, tra le quali, per l'appunto, anche il dialogo

**Appalti
complessi in
Francia**

¹ OGC, *Guidance on the Competitive Dialogue Procedure in the new Procurement Regulations*, January 2006, in http://www.ogc.gov.uk/documents/guide_competitive_dialogue.pdf

² http://www.hm-treasury.gov.uk/documents/public_private_partnerships/ppp_standardised_contracts.cfm

³ OGC/HMT, *Competitive Dialogue 2008, Joint Guidance on Using the procedure*, in http://www.ogc.gov.uk/documents/OGC_HMT_2008_Guidance_on_Competitive_Dialogue.pdf

competitivo. Nel caso in cui l'oggetto dell'appalto ricada nella legge 85-704 del 12 luglio 1985 (c.d. MOP, *maîtrise d'ouvrage publique*) - e dunque si tratti di un edificio (*bâtiment*) o di un'infrastruttura (*infrastructure*) - il ricorso al dialogo competitivo è ammesso a condizione che non venga affidata all'impresa, oltre all'esecuzione, l'intera progettazione dell'opera. La legge 85-704, difatti, prevede che l'affidatario dell'incarico di *maîtrise d'oeuvre* - che attiene alla progettazione e alla direzione dei lavori - sia di regola diverso dall'impresa che realizza l'opera (art. 7).

La procedura di dialogo competitivo disciplinata dal codice del 2006 ricalca, nei suoi tratti essenziali, quella prevista dalla direttiva 2004/18/CE.

Un'applicazione del dialogo competitivo si ha nel modello di partenariato pubblico privato definito più di recente dalla legislazione francese, con l'*ordonnance* - atto corrispondente al nostro decreto legge - n. 2004-559 del 17 giugno 2004 ratificata dalla legge n. 2004-1343 del 9 dicembre 2004⁴. Già in tempi anteriori, si era sviluppato in via di prassi una tipologia contrattuale definita *marché d'entreprise de travaux publics* (METP) a metà strada tra la concessione di opera o di servizio pubblico e il contratto di appalto. L'amministrazione attribuiva il compito di costruire un'opera e di gestirla per un tempo determinato. La remunerazione per l'impresa non era ricavata dagli utenti finali bensì da versamenti periodici da parte dell'amministrazione aggiudicatrice.

L'*ordonnance* n. 2004-559 definisce il contratto di partenariato come il "contratto amministrativo attraverso cui lo Stato o un altro ente pubblico statale conferisce a un terzo, per un periodo determinato in funzione del tempo di ammortamento degli investimenti o delle modalità di finanziamento definite, una missione globale relativa al finanziamento di investimenti immateriali, di opere o attrezzature necessarie al servizio pubblico, alla costruzione o trasformazione delle opere o delle attrezzature, così come alla loro manutenzione, al loro mantenimento, al loro sfruttamento o alla loro gestione e, ove occorra, alle altre prestazioni di servizio concorrenti a l'esercizio, da parte del soggetto pubblico, della missione di servizio pubblico di cui ha l'incarico" (art. 1).

⁴ Si segnala che è attualmente in discussione al Parlamento francese un progetto di riforma della normativa sul partenariato.

Le amministrazioni possono ricorrere al contratto di partenariato o per progetti complessi, rispetto ai quali non siano in grado di definire gli aspetti tecnici, economici e giuridici, o in caso di urgenza (art. 2). Nella prima ipotesi, l'amministrazione segue la procedura del dialogo competitivo, mentre nella seconda può indire una procedura ristretta. L'*ordonnance* segue per l'uno e per l'altro caso il modello definito dalla direttiva 2004/18/CE e, in ogni caso, impone il rispetto dei principi di libertà di accesso, parità di trattamento, trasparenza e oggettività (art. 3). L'*ordonnance* determina poi le clausole necessarie del contratto amministrativo di partenariato, tra cui quelle sulla durata, sui corrispettivi, sui controlli ecc. (art. 11).

In termini formali, il contratto di partenariato è molto simile al contratto METP che la prassi amministrativa aveva sviluppato in passato. Rispetto al METP, il partenariato si differenzia per la maggiore flessibilità quanto all'ambito applicativo e, allo stesso tempo, per i vincoli procedurali più stringenti. Quanto al suo utilizzo concreto, l'amministrazione governativa lo ritiene particolarmente adatto per le infrastrutture e gli edifici scolastici e sanitari, l'informatizzazione dei servizi pubblici locali, gli impianti culturali e sportivi. I vantaggi attesi vanno dalla semplificazione delle procedure, concentrate in un momento unico, al trasferimento del rischio sul partner privato, alla possibilità di acquisire soluzioni innovative e di ottimizzare lo sfruttamento dell'opera⁵.

In Germania il dialogo competitivo è stato introdotto dalla legge di semplificazione in materia di Partenariato Pubblico-Privato, che ha modificato le norme sui contratti pubblici contenute nella legge antitrust tedesca e nell'Ordinanza di aggiudicazione dei contratti pubblici. L'art. 101 della legge antitrust tedesca si limita a includere il dialogo competitivo tra le modalità di aggiudicazione dei contratti pubblici e a definirlo come "*il procedimento di aggiudicazione per i contratti particolarmente complessi in cui l'amministrazione aggiudicatrice pubblica un invito a partecipare e i concorrenti*

**Appalti
complessi in
Germania**

⁵ Ad esempio, consentendo all'impresa di sfruttare taluni degli spazi realizzati per attività proprie. V. la citata circolare del 29 novembre 2005, al par. 1.3.

sono invitati a negoziare tutti gli aspetti del contratto”, la disciplina dettagliata dell’istituto, invece, è contenuta nell’Ordinanza.

Le disposizioni in materia di dialogo competitivo nel sistema tedesco riproducono fedelmente, senza particolari deviazioni, la disciplina dettata dalla direttiva 2004/18/CE. Una differenza rispetto alla disciplina italiana del dialogo competitivo concerne la questione dei premi o incentivi per i partecipanti al dialogo, di cui si tratta anche nella direttiva 2004/18/CE.

L’art. 3a, comma 7, del Regolamento dell’aggiudicazione degli appalti pubblici (VOB) precisa, infatti, che se ai partecipanti al dialogo viene richiesto di elaborare progetti, piani, planimetrie o altri documenti, la stazione appaltante deve corrispondere un equo indennizzo a tutti i candidati che hanno provveduto a produrre tempestivamente tali documenti. Tale equo indennizzo dovrà essere di importo uguale per tutti i partecipanti al dialogo competitivo.

La normativa tedesca, al pari di quella italiana, lascia aperti molti punti problematici che spetterà alla giurisprudenza chiarire, quali, ad esempio, la questione della riservatezza delle informazioni e delle soluzioni proposte dai partecipanti al dialogo e della possibilità per l’amministrazione di richiedere modifiche non sostanziali alle offerte presentate⁶.

Nell’ordinamento tedesco manca una disciplina organica del *project financing* e del partenariato pubblico-privato da intendersi come quale modalità di realizzazione di un progetto che, in base all’ottimale allocazione dei rischi, consente di finanziare il progetto attraverso la remunerazione derivante dalla gestione dell’opera realizzata.

Alle operazioni di *PF* relative ad opere pubbliche trovano applicazione principalmente le disposizioni generali in materia di appalti pubblici e le relative normative di settore, per quanto attiene gli aspetti urbanistici, edilizi e ambientali del progetto da realizzare.

⁶ Non risultano esservi pronunce delle Corti tedesche in materia di dialogo competitivo, ad eccezione della pronuncia di un tribunale per i contratti pubblici VK Dulleldorf dell’11 agosto 2006, VK- 30/2006, in cui la Corte ha precisato che la riduzione delle soluzioni durante la fase del dialogo deve avvenire utilizzando i criteri pubblicati e che tali criteri non possono essere modificati nel corso della procedura.

Sotto il profilo contrattuale, il *PF* è realizzato nella prassi applicando allo specifico progetto i modelli contrattuali ritenuti più opportuni, e principalmente il modello concessorio, in cui l'amministrazione affida al privato la progettazione, la costruzione e la gestione dell'opera, con l'obbligo di trasferirla in proprietà all'amministrazione concedente al termine della concessione.

Anche la legge di semplificazione in materia di Partenariato Pubblico-Privato, entrata in vigore il 7 settembre 2005, non ha dettato una disciplina specifica del *project financing* e del partenariato pubblico-privato, ma si è limitata a modificare il quadro normativo previgente introducendo una serie di elementi di semplificazione e maggiore flessibilità (primo fra tutti l'introduzione dell'istituto del dialogo competitivo) volti a favorire e promuovere la realizzazione di opere secondo tale modello.

Una delle questioni più rilevanti in tema di *PF* riguarda la collaborazione o partecipazione del soggetto privato alla fase di predisposizione del modello progettuale e/o economico-finanziario del progetto da mettere a base della gara, analogamente a quanto avviene nel modello del *project financing* di opere pubbliche previsto nell'ordinamento italiano.

Al riguardo vengono in rilievo esigenze e interessi confliggenti: da un lato, quella di incentivare la partecipazione dei privati anche nella fase che precede la messa a gara di un progetto in modo da consentire all'amministrazione di poter utilizzare le (maggiori) risorse e know-how del settore privato per la predisposizione del modello progettuale e/o economico-finanziario del progetto e, dall'altro, quella di assicurare la parità di trattamento tra i partecipanti alla gara e non consentire che il soggetto che ha partecipato alle fasi preliminari alla gara possa godere di un indebito vantaggio competitivo rispetto agli altri concorrenti.

Il punto di equilibrio tra queste contrapposte esigenze è stato individuato, da una parte della dottrina e della giurisprudenza, nel principio secondo cui la partecipazione alle attività preliminari e prodromiche alla procedura di gara non comporta per sé il divieto per il privato di partecipare alla gara, ma impone all'amministrazione di

adottare, ove possibile, le misure volte a tutelare la concorrenza e la *par condicio* dei partecipanti alla gara eliminando l'eventuale vantaggio competitivo che il soggetto che ha partecipato alle fasi prodromiche alla gara può avere rispetto agli altri partecipanti.

In questa prospettiva è stato sostenuto che il soggetto coinvolto nelle fasi preliminari alla procedura di gara deve essere escluso dalla stessa solo qualora il vantaggio competitivo che tale soggetto ha ottenuto per effetto di tale coinvolgimento non possa essere neutralizzato, ad esempio assicurando che anche gli altri partecipanti alla gara abbiano accesso a tutte le informazioni e i documenti forniti al soggetto che ha partecipato alle fasi preliminari della procedura di gara⁷.

Questa disposizione, seppure generica, ha codificato il principio nella non automatica esclusione del soggetto coinvolto nelle fasi preliminari della procedura di gara.

**Appalti
complessi in
Spagna**

In Spagna, le forme di partenariato pubblico privato sono incentivate e costituiscono uno degli strumenti essenziali per la realizzazione delle opere pubbliche. L'obiettivo dell'esatta previsione dei tempi e dei costi di esecuzione dei contratti (essenziali per il successo delle forme di realizzazione basate su investimenti di capitali privati) è perseguito attraverso la grande cura della fase progettuale (normalmente richiesta a base di gara in fase avanzata) e, in genere, delle attività preliminari alla procedura di aggiudicazione, di regola affidate alla stessa amministrazione. Ciò d'altra parte, presuppone una pubblica amministrazione qualificata e in grado di svolgere tali attività e, conseguentemente, un'importante utilizzo di risorse al fine del buon funzionamento della stessa.

La legge 30 dell'ottobre 2007 per i settori ordinari e la legge 31 sui settori speciali hanno individuato i contratti PPP (*contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado*), come nel sistema francese, quale specifica categoria di contratti con propri caratteri distinti rispetto alla concessione di costruzione e gestione ed all'appalto.

⁷ Si vedano, ad esempio, le sentenze OLG Duesseldorf, del 25 ottobre 2005 (Verg 67/05) e VK Bund, del 1 Dicembre 2005 (VK 1-98/05).

Il *contrato de collaboracion* può essere stipulato solo qualora le altre forme di contratti pubblici tipizzate dalla legge non soddisfino la finalità pubblica. L'amministrazione deve previamente elaborare un documento di valutazione (*documento de evaluacion*) nel quale si dia conto della complessità del contratto e del fatto che la stessa amministrazione non sia in condizioni di definire prima della procedura di aggiudicazione i mezzi tecnici necessari per realizzare gli obbiettivi o individuare gli idonei strumenti giuridici o finanziari, nonché di un'analisi comparativa con altri tipi di contratti che dimostri l'inidoneità di questi ultimi. Tale tipologia di contratto può costituire, peraltro, una delle poche eccezioni al principio della completa progettazione dell'opera in capo alla pubblica amministrazione.

Secondo tale tipo di contratto, l'amministrazione affida ad un soggetto privato, per un periodo determinato in relazione all'ammortamento dell'investimento o del tipo di finanziamento ottenuto, la realizzazione di una missione globale e integrata (*realizacion global e integrada*) che oltre al finanziamento degli investimenti comprenda un'attività aggiuntiva (ad esempio, la costruzione, la gestione, la progettazione, il finanziamento, ecc).

Quanto all'esecuzione del contratto, il *contrato de collaboracion* segue il regime giuridico del tipo di contratto pubblico (e quindi, appalto, concessione di lavori, concessione di servizio, ecc.) che corrisponde alla prestazione principale oggetto dello stesso *contrato de collaboracion*. Esso, dunque, si identifica essenzialmente come un modo *aperto* per procedere alla realizzazione di un bisogno della pubblica amministrazione, qualora la complessità dell'oggetto sia tale da non consentire all'amministrazione stessa di identificare autonomamente e previamente lo strumento necessario per la realizzazione. Quando, attraverso l'apporto del privato, il contratto si riempie di contenuti, il suo regime giuridico segue le regole del contratto tipo al quale è riconducibile la prestazione principale del rapporto.

L'aggiudicazione di questi contratti deve avvenire attraverso la procedura del dialogo competitivo, salvo l'ammissibilità, se ne ricorrono i presupposti stabiliti dall'art. 154 lett. a, della procedura negoziata.

Tale procedura di aggiudicazione è prevista, in generale, per l'aggiudicazione degli appalti pubblici "particolarmente complessi" e è consentita solo nel caso in cui l'amministrazione consideri che l'uso delle altre procedure (aperte o ristrette) non permetta un'adeguata aggiudicazione del contratto. I presupposti e la disciplina appaiono conformi a quelli di cui alla direttiva 204/18/CE, recepiti anche dal Legislatore italiano.

Si deve, però, sottolineare che i due istituti dei *contratos de colaboracion* e del dialogo competitivo appaiono strettamente connessi e i primi appaiono il presupposto logico del secondo. In questo senso, la mancata previsione nel Codice Italiano di figure contrattuali assimilabili a tali *contratos de colaboracion*, rischia di svuotare la funzione concreta del dialogo competitivo nel nostro Paese.

Dunque, nel sistema spagnolo, il dialogo competitivo nasce proprio come sistema di aggiudicazione dei *contratos de colaboracion*, sulla base di quanto suggerito ripetutamente dalla commissione europea (si veda, ad esempio, il Libro Verde relativo al partenariati pubblico privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni del 30.4.2004). Tuttavia, non è escluso che possano essere aggiudicati attraverso dialogo competitivo anche altri tipi di contratti, purchè ricorrano i presupposti di particolare complessità già descritti.

8.2 La qualificazione e l'anomalia delle offerte

Per quanto riguarda i sistemi di qualificazione, nei quattro Paesi analizzati non esistono modelli analoghi a quello italiano delle Società Organismo Attestazione.

Nel Regno Unito vi è la possibilità per la stazione appaltante di tener conto del livello di *performance* raggiunto dai partecipanti nella esecuzione di precedenti contratti, richiedendo espressamente "the value of consideration received". Ciò è strettamente collegato agli appalti complessi come quelli di *PFI*, in relazione ai quali è infatti prevista la periodica rilevazione di indici di *performance* del contraente privato. Come si è anticipato analizzando la procedura negoziata competitiva, la fase della pre-qualifica è invece

Qualificazione
e anomalia
delle offerte in
UK, Francia...

funzionale ad individuare una *short list*, una lista breve o rosa di candidati, il cui numero minimo e massimo è indicato sin dai primi atti della procedura, che verranno invitati a presentare un'offerta. Esiste inoltre un sistema nazionale di accreditamento non obbligatorio, tenuto dal *Department for Business, Enterprise and Regulatory Reform*. L'iscrizione da parte delle imprese non garantisce l'ammissione alle gare ma aumenta significativamente la possibilità di essere inseriti nella *short list*.

Anche la normativa tedesca prevede la facoltà per le imprese di provare la loro affidabilità, competenza e capacità tecnica ed economica mediante l'iscrizione ai pubblici registri tenuti dal *Verein für Präqualifikation von Bauunternehmen e. V.* (Associazione registrata per la pre-qualifica delle società di costruzione). La stazione appaltante, anche se utilizza le informazioni contenute in tali pubblici registri può richiedere ulteriori informazioni. Questo sistema di qualificazione, non obbligatorio, è stato introdotto nel 2007.

Per quanto riguarda la verifica delle offerte anomale, in tutti e quattro i Paesi, i margini di discrezionalità per l'amministrazione appaiono più elevati, sia in ordine alla predeterminazione dei criteri di identificazione delle offerte anomale, sia in ordine alla successiva valutazione delle giustificazioni. Il principio comune agli ordinamenti richiamati è quello di escludere dalla procedura di aggiudicazione solo quelle offerte anormali o sproporzionate sulla base delle quali un determinato progetto sarebbe destinato a non poter essere realizzato, tanto nel caso di criterio di aggiudicazione basato sul prezzo più basso, quanto sull'offerta economicamente più vantaggiosa.

In conclusione, l'analisi comparata delle discipline del Regno Unito, Francia, Germania e Spagna ha posto in luce alcuni tratti ricorrenti. Le singole discipline riguardante l'aggiudicazione degli appalti complessi appaiono strutturate in modo da lasciare un buon grado di elasticità e un ampio grado di discrezionalità alle amministrazioni nell'adattare i modelli ai casi concreti. Le discipline di questi paesi non vedono la discrezionalità con sospetto ma anzi la considerino utile per garantire l'efficacia dell'azione amministrativa. Nella disciplina delle offerte anomale, inoltre,

prevale la soluzione di non indicare soglie automatiche di anomalia, ancorché solo potenziale, e di rimettere all'amministrazione l'individuazione delle offerte che appaiano non congrue e che richiedano approfondimenti specifici in contraddittorio con le imprese interessate.

La combinazione preferita in questi paesi, in conclusione, sembra quella tra discrezionalità regolata da principi, piuttosto che da vincoli formali, versatilità e varietà dei modelli procedurali, responsabilità per le scelte e i risultati sostanziali e cooperazione e assistenza da parte di Autorità che, per posizione istituzionale e qualificazione tecnica, dispongano di una visione di insieme del mercato dei contratti pubblici.