

il dialogo competitivo e i servizi di pulizia *la flessibilità nei rapporti come possibile rimedio alle distorsioni operate dall'art. 286 del d.p.r. n. 207 del 2010*

28
GSA
AGOSTO
2012

In questo lavoro l'autore si pone l'obiettivo di individuare nella normativa sulle gare pubbliche, esplorandola senza pregiudizi, possibili soluzioni che possano lenire la denunciata distorsione.

Con l'entrata in vigore del d.P.R. 207/10, Regolamento di attuazione del Codice dei contratti pubblici, una disposizione, più di altre, ha sollevato polemiche e perplessità: l'art. 286, che disciplina gli affidamenti dei servizi di pulizia.

La norma

Detta norma, che trae origine dal noto d.p.c.m. 117/99, ma andando di fatto contro alle finalità che si era posto quest'ultimo, ha prodotto incertezze e dibattiti tra gli operatori; non v'è dubbio infatti che l'utilizzo della re-

di Massimiliano Brugnoletti*

lativa formula per l'attribuzione del punteggio economico produca un evidente – e constatato oramai in centinaia di gare – effetto distorsivo: rendendo eccessivamente ampio il distacco di punti per il prezzo, impossibile da compensare con gli elementi tecnici dell'offerta, le gare per le pulizie esperite con detto art. 286, ancorché da aggiudicarsi “formalmente” con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sono “di fatto” assegnate con quello del “prezzo più basso”.

Tale effetto determina un paradosso: quello di ottenere l'esatto contrario dell'obiettivo cui era ispirato il d.p.c.m. 117/99 e, teoricamente, lo stesso art. 286. Si rammenta infatti che il decreto del 1999 fu varato con il dichiarato intento di evitare, in un ambito – quello delle pulizie -dove il costo della manodopera è assolutamente preponderante (il Ministero del lavoro lo calcolava al tempo nell'85% dell'intero costo del servizio), offerte che fossero così basse da mettere a rischio il pagamento dei lavoratori. L'art. 286 pone invece una formula matematica di attribuzione del punteggio ai prezzi che nessuna sostanziale differenza nei progetti tecnici è in grado di compensare, onde le gare per servizi di pulizia, ancorché aggiudicate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sono pressoché tutte appannaggio delle offerte che contemplano il prezzo più basso; effetto ben conosciuto oramai da tutte le imprese, ben consapevoli che, per aggiudicarsi una gara, debbono “spingere” sul prezzo, strin-

gendo, per questo, la “cinghia” dei costi del servizio: l'esatto contrario della finalità della norma! Ci si è molto interrogati su quali potessero essere gli strumenti atti a limitare una simile distorsione e, sino ad ora, inutili sono stati i tentativi di stimolare il Giudice amministrativo e l'Autorità di Vigilanza ad intervenire.

In questo lavoro ci si pone l'obiettivo di individuare nella normativa sulle gare pubbliche, esplorandola senza pregiudizi, possibili soluzioni che possano lenire la denunciata distorsione.

Poco conosciuto il dialogo

Bene, nell'ampio ventaglio di tipologie di procedure di aggiudicazione che il d.lgs. 163/06 propone (se ne possono contare almeno più di dieci), quella meno conosciuta (e meno utilizzata) è il “dialogo competitivo”, che, a parere di chi scrive, consapevole di “forzare la mano”, potrebbe assurgere al ruolo di strumento idoneo a lenire gli effetti deleteri prodotti dall'art. 286 del d.P.R. 207/10 negli affidamenti di servizi di pulizia.

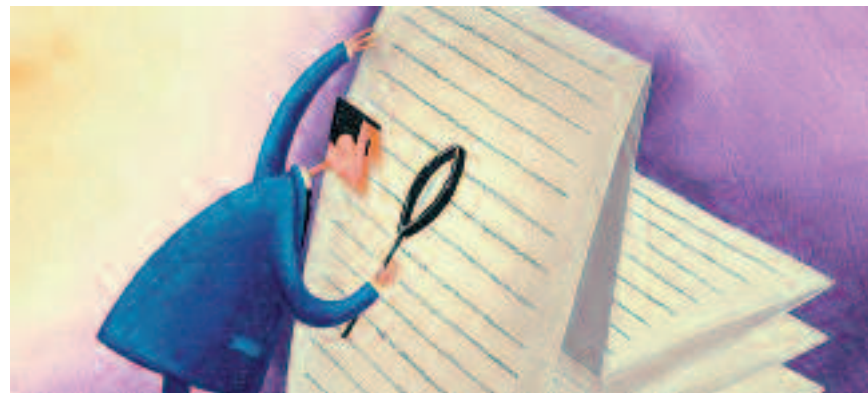
Il dialogo competitivo rappresenta una delle principali novità introdotte nelle gare pubbliche dal legislatore comunitario e rappresenta un utile strumento in mano alle stazioni appaltanti, per i suoi caratteri di flessibilità operativa e per la capacità di stimolare e fare emergere l'esperienza dei concorrenti che si candidano alla realizzazione di lavori e servizi complessi: la direttiva 18/04, all'articolo 1 paragrafo 11 lett. c), chiarisce che, per dialogo competitivo, si deve intendere “una procedura alla quale qualsiasi operatore economico può chiedere di



partecipare e nella quale l'amministrazione aggiudicatrice avvia un dialogo con i candidati ammessi a tale procedura 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".

Emerge immediatamente la netta distinzione delle due fasi della procedura: dapprima la messa a punto, mediante il confronto "dialogante" fra stazione appaltante e candidati, di una o più proposte; successivamente la vera e propria fase di valutazione delle offerte. Per comprendere meglio questa procedura è utile soffermarsi anche sul "considerando" 31 della direttiva citata, in cui il legislatore comunitario dichiara le ragioni che l'hanno spinto a prevedere *"per appalti particolarmente complessi"*, *"una procedura flessibile che salvaguardi sia la concorrenza tra operatori economici sia la necessità delle amministrazioni aggiudicatrici di discutere con ciascun candidato tutti gli aspetti dell'appalto"*. Il legislatore comunitario ha infatti ben presente come *"le amministrazioni aggiudicatrici che realizzano progetti particolarmente complessi possono trovarsi nell'impossibilità oggettiva, non per carenze loro imputabili, di definire i mezzi atti a soddisfare le loro esigenze o di valutare ciò che il mercato può offrire in termini di soluzioni tecniche e/o di soluzioni giuridico/finanziarie"*. Sono quindi queste le situazioni di fatto che giustificano l'utilizzo di questa procedura. Il legislatore italiano, che poteva anche non prevedere nel nostro ordinamento tale procedura (trattandosi di istituto a recepimento "facoltativo"), pur con qualche iniziale imbarazzo (la norma, se ne darà conto in seguito, è entrata in vigore molto dopo il varo del codice dei contratti pubblici) l'ha recepita e disciplinata nell'art. 58 del d.lgs. 163/06; norma che, al pari dell'omologo art. 29 della direttiva n. 18/04, può essere considerata una delle disposizioni maggiormente innovative del Codice dei contratti pubblici. Anche il legislatore italiano circoscrive il dialogo competitivo ai soli appalti "particolarmente complessi"; condizione che sussiste allorché la stazione appaltante non

è in grado di stabilire con quali mezzi tecnici realizzare l'intervento, quando non è in condizione di specificare l'impostazione giuridica o finanziaria del contratto che andrà ad aggiudicare, o quando l'amministrazione non ha a disposizione elementi utili a quantificare il proprio fabbisogno o indicazioni certe per definire le diverse caratteristiche dell'intervento. Oltre alla particolare complessità dell'intervento, occorre che la stazione appaltante evidenzi anche che il ricorso alle procedure "standard", procedura ristretta e procedura aperta, non permetta un'efficace aggiudicazione del-



l'appalto. In presenza di dette condizioni (che dovranno essere adeguatamente motivate dalla stazione appaltante) il legislatore ammette questa procedura in cui, a differenza delle altre tipologie di gara, le imprese partecipano attivamente alla messa a punto dei profili tecnici dell'intervento. Quanto alle disposizioni specifiche, si rileva anzitutto che il Codice dei contratti pubblici mette in risalto l'obbligo di tutelare la parità di trattamento fra tutti gli offerenti, con un chiaro ed espresso divieto di rivelare agli altri partecipanti le soluzioni proposte o le informazioni riservate del candidato, lasciando esclusivamente a quest'ultimo la facoltà di autorizzare l'amministrazione a divulgarle.

Fasi di gara

In coerenza con il legislatore comunitario, anche quello italiano ha disegnato una procedura dove è evidente la netta separazione tra le due fasi di gara: la fase del dialogo, in cui avviene una vera e propria messa a punto, anche per fasi successive, della soluzione o delle soluzioni ritenute idonee

dall'amministrazione; e la successiva fase della gara vera e propria, in cui l'amministrazione riceve e valuta le offerte.

Al riguardo è interessante notare come già nel 41° considerando della direttiva 18/04, si era precisato che *"nel dialogo competitivo e nelle procedure negoziate con pubblicazione di un bando di gara, tenuto conto della flessibilità che può essere necessaria nonché dei costi troppo elevati connessi a tali metodi di aggiudicazione degli appalti, occorre consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di prevedere uno svolgimento della procedura in fasi successive in modo*

da ridurre progressivamente, in base a criteri di attribuzione preliminarmente indicati, il numero di offerte che continueranno a discutere o a negoziare. Tale riduzione dovrebbe assicurare, purché il numero di soluzioni o di candidati appropriati lo consenta, una reale concorrenza". La gara, meglio il "dialogo", ha tendenzialmente una maggiore durata rispetto alle altre procedure tradizionali; non solo perché in questa procedura c'è una fase in più, ma anche perché è previsto che il dialogo prosegua finché l'amministrazione non sia in grado di individuare, se del caso dopo averle confrontate, la o le soluzioni che essa ritiene idonee e soddisfacenti.

Può anche accadere che la stazione appaltante ritenga che nessuna delle soluzioni proposte sia adeguata a rispondere alle proprie esigenze; in questo caso dovrà informare i partecipanti al dialogo che non avranno diritto a percepire alcun compenso (né premi, né incentivi). Se, al contrario, la fase del dialogo è stata proficua e sono state individuate una o più soluzioni, si avvia la seconda fase, nel corso della quale vengono



presentate le offerte che, vista la particolare procedura, possono anche essere successivamente specificate, chiarite e perfezionate. Il dialogo competitivo, è utile sottolinearlo, prevede un solo metodo di aggiudicazione: il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa con esclusione, quindi del prezzo più basso. Individuata l'offerta economicamente più vantaggiosa, è prevista ancora la possibilità alla stazione appaltante di richiedere al migliore offerente la precisazione di alcuni aspetti dell'offerta e di confermare gli impegni che derivano dall'offerta presentata. È infine contemplata la facoltà, per l'amministrazione, di stabilire "premi o incentivi" per i partecipanti al dialogo. L'art. 58 del codice dei contratti pubblici si chiude con una disposizione che testimonia tutte le perplessità, quasi il "pregiudizio", che il legislatore aveva nel 2006 su questa forma di gara (lo stesso "pregiudizio" che ha in verità patito anche l'altra grande novità introdotta dalla direttiva 18/04: l'avvalimento).

Il timore della restrizione della concorrenza è alla base anche del notevole ritardo accumulato dall'Italia nell'utilizzo del dialogo competitivo: si temeva l'ampia discrezionalità di cui gode la pubblica amministrazione nella gestione di tale tipologia di affidamento, tanto che il legislatore nazionale ha, come sopra anticipato, sospeso l'efficacia della norma sul dialogo competitivo dapprima con il decreto mille proroghe del 2006 (convertito con modifiche con legge n. 228/06), successivamente con il d.lgs. 6/07 (primo decreto correttivo del Codice), infine con il d.lgs. 113/07 (secondo decreto correttivo del Codice): fino all'entrata in vigore del regolamento, d.P.R. 207/10, il dialogo competitivo, pur essendo contemplato dall'ordinamento, non poteva trovare impiego alcuno. Il breve periodo (un anno e mezzo circa) che

è seguito, ed in cui si è lentamente avviato lo sviluppo del dialogo competitivo anche nel nostro paese, non è di sicuro incoraggiante, considerati i pochi casi che ancora possono essere citati: ancora grande è la diffidenza con cui le amministrazioni pubbliche guardano tale procedura, anche in parte dovuta alla genericità della disciplina prevista nel regolamento (art. 113 d.P.R. 207/10), che invece, nelle iniziali intenzioni del legislatore, doveva fornire la vera e propria spinta propulsiva al nuovo strumento. Lo stesso Consiglio di Stato, nel suo primo parere di commento sull'art. 113 dell'allora emanando Regolamento (parere n. 3262/07), aveva sollevato dubbi circa la lacunosità della norma, che non conteneva, secondo i Giudici di Palazzo Spada, alcuna specificazione ulteriore rispetto all'iter sommariamente descritto nell'art. 58 del d.lgs. 163/06; concludendo che un congruo periodo di applicazione pratica della procedura avrebbe potute registrare incertezze, dubbi e criticità che, anche con l'intervento interpretativo del giudice amministrativo, avrebbero potuto trovare soluzione, si da fornire finalmente un disegno, completo anche nei dettagli, della procedura.

A tutt'oggi il periodo di "rodaggio" del dialogo competitivo non può dirsi ancora concluso ed ancora alta è la "non conoscenza" della procedura da parte delle pubbliche amministrazioni: dati statistici raccolti, sebbene empiricamente, dimostrano che il dialogo competitivo è forse l'istituto meno conosciuto - dal che il meno utilizzato - del codice dei contratti pubblici.

Proposta di direttiva europea

Questo al cospetto di una sempre maggiore attenzione che dà, a questo strumento, il legislatore comunitario: ne sono plastica prova le previsioni contenute nella nuova proposta di direttiva europea sugli appalti pubblici, nei cui considerando si evidenzia il sempre più auspicabile ricorso a procedure che coinvolgano gli operatori economici, in un rapporto dialogico con l'amministrazione, affinché "promuovano la crescita futura e migliorino l'efficienza e la qualità dei servizi pubblici"; a tale riguardo la proposta di direttiva si assegna l'obiettivo di "... mi-

gliorare e semplificare la procedura di dialogo competitivo e a facilitare gli appalti comuni transfrontalieri, che rappresentano uno strumento importante per promuovere politiche d'acquisto innovative".

Particolare attenzione merita l'art. 24 della proposta di direttiva, il quale individua le condizioni in presenza delle quali l'amministrazione possa esperire il dialogo competitivo; tra queste, appare interessante sottolineare quanto riportato nella lettera e): "(e) nel caso in cui sussistano circostanze particolari in relazione alla natura o alla complessità dei lavori, delle forniture o dei servizi o dei rischi connessi e l'appalto non possa essere aggiudicato senza preventive negoziazioni".

Una simile previsione, come meglio si dirà in seguito, potrebbe costituire un buon grimaldello al fine di scardinare le resistenze delle amministrazioni pubbliche nazionali a fare un uso del dialogo competitivo anche in settori, come quello delle pulizie, in cui finora non ha trovato ingresso.

Veniamo ora al punto: vediamo che spazio, e che effetti positivi, potrebbe appunto avere, alla luce delle caratteristiche delineate, il dialogo competitivo nelle gare per l'affidamento dei servizi di pulizia, che, pur non possedendo un elevato grado di complessità, possono tuttavia essere oggetto di innovazioni tecniche tali da giustificare il ricorso a tale tipologia di gara.

Si deve infatti rilevare che, se è innegabile che il servizio di pulizia possieda dei tratti costitutivi che difficilmente lo possono far rientrare nel novero degli appalti complessi, va tuttavia riconosciuto che, negli ultimi anni, gli operatori economici presenti nel settore, e le stesse tecnologie proposte dal mercato, hanno sviluppato, impiegando anche rilevanti investimenti, l'elemento progettuale del servizio, fornendo soluzioni tecnologicamente innovative, atte al miglioramento delle soluzioni.

Tale sviluppo tecnico-organizzativo e di innovazione è, nella maggior parte dei casi, rivolto alla ricerca di soluzioni che migliorino l'impatto ambientale del servizio (ad esempio con l'utilizzo di prodotti Ecolabel dal ridotto potenziale inquinante) e la sicurezza dei lavoratori (ad esempio con lo svi-

luppo di tecnologie robotizzate), toccando dunque due degli aspetti su cui le direttive comunitarie puntano fortemente l'attenzione negli ultimi anni: ambiente e sicurezza sul lavoro, "beni" supremi che il legislatore comunitario vuole tutelare negli appalti pubblici.

Il paradosso

A guardar bene c'è un vero e proprio paradosso: l'appalto che apparentemente sembra il meno complesso - il servizio di pulizia - investe prepotentemente e direttamente i due temi più cari al legislatore comunitario; circostanza, questa, che proietta immediatamente il settore tra quelli più nevralgici ed importanti nell'ambito delle commesse pubbliche. In questo quadro, laddove la complessità è data non solo dalla galoppante tecnologia, ma soprattutto dalla tutela dei beni primari sopra citati, è meno difficile immaginare che la tipologia di gara più adeguata sia proprio il dialogo competitivo; soprattutto al cospetto di un criterio di aggiudicazione attuale, quello contemplato dall'art. 286 del d.P.R. 207/10 citato all'inizio, che, con il suo "squilibrio" a favore del prezzo più basso, non si concilia assolutamente con la tutela dell'ambiente e del sociale, posto che - si sfida chi pensa il contrario - le prime "economiche" per riequilibrare i costi di un appalto acquisito ad un prezzo molto basso si fanno proprio su quei due beni primari su cui, guarda caso, il legislatore comunitario (quindi quello nazionale) guardano con maggiore attenzione. Il dialogo competitivo pertanto, per sciogliere la domanda che si è posta all'inizio, può essere un valido strumento per la limitazione dell'effetto distorsivo prodotto dalla formula di attribuzione del punteggio di cui all'art. 286 del regolamento di attuazione del codice dei contratti pubblici. Non v'è infatti dubbio che il confronto dialogico tra stazione appaltante e operatori economici sarebbe l'ideale campo di prova, al fine di approntare possibili soluzioni per vincere l'eccessivo svilimento dell'ele-

mento tecnico, che oramai caratterizza le procedure di affidamento dei servizi di pulizia. Per ipotesi, potrebbero individuarsi particolari caratteristiche del servizio, oppure prodotti specifici o cronoprogrammi dedicati, che imporrebbero agli operatori economici una consistente ed articolata progettazione tecnica e farebbero al contempo sì, per mezzo di una coerente ponderazione tra qualità e costi, che l'amministrazione non aggiudichi più la gara al concorrente titolare del prezzo più basso, bensì a quello che ha realmente presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa (ovvero il progetto con il miglior rapporto qualità/prezzo). In sostanza, tramite il dialogo competitivo, potrebbero individuarsi soluzioni che riconducano nell'alveo dell'aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa anche le gare per l'affidamento del servizio di pulizia. In un momento congiunturale in cui il mondo dei servizi, per ragioni anche e soprattutto economiche, è in repentina evoluzione, al fine di individuare nuovi possibili itinerari da battere, la scelta condivisa dei metodi e dei criteri guida con cui regolare il rapporto domanda/offerta è destinato a trovare nuovo impulso. In questa ottica un confronto dialogico interattivo a formazione progressiva fra ente aggiudicatore ed operatori economici, finalizzato all'individuazione condivisa dei bisogni, delle necessità, degli obiettivi meritevoli di essere perseguiti, appare la strada maestra che potrebbe ergersi a guida per il mondo degli affidamenti pubblici.

Questo soprattutto in quei settori che siano diventati complessi, non tanto per la loro intima natura, bensì per le finalità insite cui ha impresso il legislatore: è il caso dei servizi di pulizia, terreno ancora inesplorato per quanto riguarda il dialogo competitivo, tuttavia bisognoso di nuovi strumenti che possano lenire i drammatici effetti di una disciplina contraddittoria e disancorata dalla realtà.

**[Avvocato in Roma
Brugnoletti & Associati]*

Gli Specialisti delle macchine per la pulizia dal 1973



**Tecnologie e Sistemi di pulizia
innovativi, efficaci, chemical free**



VENDITA - NOLEGGIO - CUSTOMER SERVICE



ISC Sustainable Cleaning™

Numero Verde
800 128 048

www.isc srl.com