

**Il Codice dei Contratti: iper-regolamentazione o discrezionalità liberalizzata?
I casi della qualificazione e dell'offerta economicamente più vantaggiosa
nella procedura negoziata**

icom
istituto per la competitività

POLICY

PAPER

M. Ricchi

**Il Codice dei Contratti: iper-regolamentazione o discrezionalità liberalizzata?
I casi della qualificazione e dell'offerta economicamente più vantaggiosa
nella procedura negoziata**

Massimo Ricchi^{a,b}



Abstract

Il documento prospetta una possibile soluzione al paradosso amministrativo nel Codice dei Contratti Pubblici, che contrappone il moltiplicarsi dei procedimenti di aggiudicazione per disciplinare l'azione amministrativa e la necessità, al contrario, di aumentare la discrezionalità della PA per utilizzare procedimenti e i contratti nel modo più appropriato. Poiché si è inclini a ritenere l'incremento della discrezionalità un passaggio ineludibile per aumentare l'efficienza del sistema nel *public procurement*, sono state esaminate sia le dimensioni del mercato relative alla procedura più flessibile, quella negoziata, sia i riferimenti normativi che ne consentono l'utilizzazione. Infine è stato evidenziato alla luce della *Law & Economics* come nella fase di qualificazione dei concorrenti come in quella di valutazione delle offerte mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sia possibile utilizzare, sempre per corrispondere all'interesse pubblico, un alto grado di discrezionalità amministrativa compatibile con i principi di rango comunitario.

1. L'aumento dei procedimenti, dei contratti e degli esiti combinatori

Per rispondere alla domanda se sia un impianto più efficiente quello emergente dal Codice dei Contratti, D.Lgs. 163/2006 (Codice), comprensivo delle modifiche intervenute con i tre decreti correttivi, al momento e con gli strumenti a disposizione e senza poter far ricorso a banche dati con decisive valutazioni economiche ed econometriche, comparative tra prima ed il dopo, ci si deve basare esclusivamente su elementi indiziari. Con questa breve premessa si rileva che:

- a) la moltiplicazione delle procedure di affidamento dei contratti complessi: procedura aperta, ristretta, finanza di progetto (promotore monofase, bifase e additivo), dialogo competitivo e procedura negoziata consentono alla PA di scegliere il procedimento di gara più adatto alle proprie capacità di gestione. E' indubbio che la qualità di un prodotto dipende dalla qualità e tipologia del processo produttivo, così anche il contratto può essere considerato il prodotto di un processo di affidamento (assimilabile ad una negoziazione controllata, che partendo da un contratto c.d. aperto, definisce i termini a seguito della sottoposizione delle offerte con riguardo alla durata, alle tariffe, agli standard qualitativi, al quantum di contributo pubblico, ecc.). La possibilità di scegliere il procedimento tagliato *ad hoc* sulle circostanze (capacità di gestione, competenze, pressione concorrenziale, ecc.) aumenta la qualità del contratto. Nel nostro caso questa adattabilità potenziale e la possibilità di scelta per la PA tra più procedimenti permette di centrare meglio il pubblico interesse che è il nostro primo indizio di efficienza del Codice;
- b) è stata introdotta la definizione dei contratti di partenariato pubblico privato (art. 3, comma 15-ter) e la relativa moltiplicazione dei contratti complessi tipizzati e non con numerose declinazioni: concessione di lavori, concessione di servizi, contratti misti, la locazione finanziaria, l'affidamento a contraente generale quando il corrispettivo sia in tutto o in parte posticipato e collegato all'effettiva disponibilità dell'opera ed i contratti societari misti. E' il definitivo superamento dell'ormai storica ed esclusiva *summa divisio* tra i contratti di appalto e di concessione. Orbene l'ampliamento delle opzioni contrattuali consente di avere il contratto più vicino al

raggiungimento dell'interesse pubblico e questa è la seconda prova indiziaria dell'aumentata efficienza del sistema resa dal Codice;

- c) l'associazione dei procedimenti disponibili con i contratti astrattamente utilizzabili realizza un ventaglio di esiti combinatori che non può non essere visto come un'opportunità, prima non esistente, di calibrare l'azione amministrativa al risultato (centrare l'interesse pubblico): questo ampio spettro combinatorio è il terzo indizio di efficienza del Codice derivato dagli altri due, i procedimenti ed i contratti.

Il “paradosso amministrativo” è la categoria del quesito introduttivo tra l'iper-regolamentazione per ridurre la discrezionalità amministrativa e la necessità di ampliarla per permettere alla PA di districarsi nella complessità delle prescrizioni che condizionano la sua attività. I tre indizi rinvenuti dovrebbero permettere di risolvere questo paradosso, evidenziando come l'aumento delle fattispecie normativizzate dei procedimenti e dei contratti e delle loro associazioni combinatorie non siano la testimonianza di un'iper-regolamentazione normativa ma piuttosto di un aumento della flessibilità di azione della PA. Poiché la scelta delle combinazioni è rimessa alla discrezionalità della PA e l'esercizio di questa a sua volta è funzione della sua competenza, qualora non venisse esercitata si tradurrebbe, questa volta sì, in iper-regolamentazione. L'attuale presenza nel Codice di queste leve di flessibilità amministrativa consentono di far emergere importanti valori latenti per la PA (convenienza delle assegnazioni, standard qualitativi elevati, promozione dell'innovazione, promozione delle PMI, ecc.), tuttavia se invece non dovessero essere utilizzate o utilizzate in modo non appropriato, come quei macchinari diagnostici di ultima generazione, abbandonati nel sottoscala di una struttura sanitaria che in breve diventano ferraglia inutilizzabile, così gli strumenti normativi e le loro combinazioni, qualora non si creasse un movimento di studio, approfondimento e sperimentazione che coinvolga la PA, accademici, practitioners, Autorità di vigilanza, si trasformerebbero solo in un'iper-regolamentazione dannosa e dissipatrice.

La presenza di leve di flessibilità nel Codice assicura solo un vantaggio potenziale, la competenza della PA nell'utilizzare la propria discrezionalità lo trasforma in atto.

2. L'area di assegnazione dei contratti non standardizzata: la procedura negoziata

Tra le procedure di assegnazione dei contratti quella che ha il minore tasso di rigorosa procedimentalizzazione e senz'altro la procedura negoziata (definizione art. 3, comma 40 del Codice) delineata nelle sue componenti minime all'art.57, comma 6 del Codice. La flessibilità (meglio l'adattabilità) di questo procedimento nella fase di qualificazione degli operatori economici, nella scansione delle fasi di presentazione delle offerte, in quella della loro valutazione, in quella della precisazione dell'oggetto del contratto ecc. dovrebbe consentire di plasmare questo procedimento alle circostanze; si potrebbe dire che sia un processo a forma relativamente libera, salvo il rispetto dei principi comunitari che debbono essere sempre salvaguardati. La "sartorializzazione" procedimentale ha degli indubbi vantaggi: consente di centrare meglio il bersaglio del pubblico interesse, svincolandosi dai criteri seriali di qualificazione che rischiano di ammettere in numero e in qualità superflui operatori economici, individuando dei criteri di valutazione delle offerte che siano alternativi ad una rigida predeterminazione di ponderazioni, pesi, punteggi e *sub* criteri e *sub* punteggi, che possono sortire l'effetto di non premiare l'offerta che massimizza l'interesse della PA, ed, inoltre, di avvalersi del flusso di informazioni provenienti dal mercato e dalla gara per ridefinire l'oggetto del contratto.

L'attenzione alla procedura negoziata in questo scritto è focalizzata sull'utilizzabilità delle informazioni dal mercato per selezionare i soggetti da invitare e soprattutto sull'offerta economicamente vantaggiosa per la valutazione dei contratti complessi; con la consapevolezza che una procedura flessibile tanto è più adattabile alle circostanze dalla PA, con la discrezionalità che le è propria, tanto più economie e soddisfacimento dei propri interessi si potranno ottenere. In altre parole, segnare delle riflessioni su questi ed altri temi correlati alla procedura negoziata potrà sortire l'effetto di utilizzarla con appropriatezza (evitando le diseconomie associate ai modelli meccanicamente assimilati alle procedure aperte o ristrette) e invogliare il committente pubblico ad utilizzarla con più frequenza, consapevole degli importanti risultati che può conseguire in termini di efficienza ed efficacia.

3. Dimensione di mercato e quella potenziale della procedura negoziata

La relazione annuale dell’Autorità per la vigilanza sui contratti (Autorità) ha rilevato nel 2008 l’utilizzo della procedura negoziata nei settori ordinari riferita ai lavori per n. 3294 di volte pari al 16,8% del totale, per un valore corrispondente a 1.82 Mld € il 7,4 % del totale; per le forniture per n. 4284 di volte, pari al 43, 1% del totale, per un valore corrispondente a 4.5 Mld € il 29 % del totale; per i servizi per n. 2.921 di volte pari al 30% del totale, per un valore corrispondente a 2.5 Mld € il 12,8 % del totale.

Nei settori speciali per i lavori, servizi e forniture per n. 3838 volte pari al 70,9% del totale, per un valore corrispondente pari a 6.5 Mld € il 59 % del totale.

Nel solo 2008 tra settori ordinari e settori speciali la procedura è stata attivata **14.337** volte per un controvalore di **15,3 Mld €**

Il campo di potenziale applicazione della procedura negoziata, che richiama esplicitamente o implicitamente l’art. 57, comma 6, del Codice è vastissimo, coinvolgendo appalti di lavori, servizi e forniture ed è indipendente dalla scala di valore dei contratti assegnabili, interessando sopra e sottosoglia, come dai settori, ordinari o speciali. Senza voler essere esaustivi:

- a) art.122 comma 7 (lavori fino a 100.000 €);
- b) art. 91 comma 2 (incarichi di progettazione fino a 100.000 €);
- c) art. 122 comma 7-bis (lavori da 100.000 € a 500.000 €);
- d) art. 125 comma 4 (cottimo fiduciario per lavori tra i 40.000 € e 200.000 €);
- e) artt. 56 e 57 (ipotesi tassative e per lavori sino a 1.000.000);
- f) art. 122 comma 8 (lavori opere di urbanizzazione primaria e secondaria sino a 5.000.000 €);
- g) art. 30 comma 3 (concessione di servizi);
- h) art. 220, comma 1 (la procedura negoziata nei settori speciali può essere utilizzata per lavori servizi e forniture indipendentemente dalla soglia);
- i) art. 216 (concessione di lavori e servizi nei settori speciali);
- j) art. 17, comma 4 (contratti segreti di ogni tipo, di ogni importo e in ogni settore).

Si osserva come mentre nei settori ordinari ai sensi dell’art. 57, comma 4 “nei casi e alle condizioni specifiche espressamente previste, le stazioni appaltanti possono aggiudicare i contratti pubblici mediante una procedura negoziata con o senza pubblicazione del bando di gara” invece nel “continente” dei settori speciali per l’art. 220, comma 1 del Codice la procedura negoziata è sullo

stesso piano di quelle aperte e ristrette, per cui ha un potenziale amplissimo di utilizzazione, ancora più ampio è quello collegato ai contratti segreti che non conosce limiti di applicazione né di valore né di settore.

4. Le aree sensibili di flessibilità nella procedura negoziata: la selezione degli operatori economici

Nell'art. 57, comma 6 "Ove possibile la stazione appaltante individua gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico-finanziaria e tecnico organizzativa desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e seleziona almeno 3 operatori economici, se sussistono in tal numero soggetti idonei". Riguardo alla selezione degli operatori non può non rilevarsi l'opportunità concessa dalla procedura negoziata di selezionare un numero definito di operatori economici, apprendendo le informazioni dal mercato sia sulla loro struttura tecnico-organizzativa che economico finanziaria, e con qualche cautela anche reputazionale. La PA deve vedere il mercato come un'importante risorsa da cui estrarre informazioni relative ai soggetti da invitare. Ciò che non può essere attuato nelle procedure ordinarie precedute da un bando, dove possono presentare le offerte tutti quegli operatori economici che rispondono a dettagliati requisiti seriali di qualificazione, è consentito in quelle negoziate non precedute da bando dove si deve operare una selezione sulla base delle informazioni del mercato orientata a raggiungere comunque un interesse pubblico. Questa flessibilità nella selezione dei soggetti da qualificare mentre è implicita nella negoziata senza bando, la PA deve invitare almeno tre operatori, causa invece delle difficoltà in quei procedimenti preceduti da bando, talché il Codice per ovviare al problema del numero minimo e massimo delle offerte da esaminare ha previsto all'art.62 la facoltà di utilizzo della forcella (ma non con la stessa efficacia in via di qualificazione diretta della negoziata senza bando).

La possibile limitazione numerica dei soggetti invitabili a presentare le offerte diventa un'opportunità implicita di selezione, ad esempio se devono essere invitati 3 operatori economici e l'interesse implicito della PA è di stimolare le PMI presenti sul territorio, potranno essere invitati solo quegli operatori che siano qualificati per valore in una certa area geografica, evitando quelli qualificati per categorie superiori e garantendo comunque la rotazione qualora ci siano affidamenti ripetuti ed analoghi.

Un altro esempio di selettività nella negoziata riguarda i contratti segreti - lavori, servizi, forniture, concessioni lavori e servizi sia per i settori ordinari che per quelli esclusi - l'elemento reputazionale, che va oltre la qualifica all'esecuzione e all'abilitazione alla sicurezza, potrebbe essere una determinante nella selezione dei 3 operatori da invitare per presentare le offerte; ammettendosi così coloro che hanno un positivo *track record* di realizzazioni nei tempi e nei costi, come una minore o assente litigiosità temeraria avanti l'Autorità giudiziaria.

La stessa necessità selettiva deve essere esercitata dalla PA nel momento in cui deve indicare un numero superiore a 3 di operatori da invitare, per la priorità di creare una certa pressione concorrenziale utile per quella tipologia di gara, individuando il numero giusto per creare lo stimolo concorrenziale utile per quel tipo di contratto. Qualora la PA non agisse sfruttando queste leve di adattabilità, ricadrebbe nelle problematiche causate dai procedimenti preceduti da bando, in particolare: di qualificare un numero eccessivo di operatori economici o al contrario un numero esiguo per quel tipo di aggiudicazione, mancando la sufficiente pressione concorrenziale, oppure di invitare quei soggetti che ad uno *screening* di mercato più accurato, che non sia quello seriale delle qualifiche, non hanno sufficiente gradimento reputazionale.

Ad una prima analisi sembra potersi attuare nelle procedure negoziate l'abbandono degli anodini criteri di serialità selettiva per approdare ad una selezione mirata qualitativa e quantitativa, dedicata all'aggiudicazione dello specifico contratto, apprendendo le informazioni dal mercato. Si potrebbe parlare del ricorso ad un *intuitu personae* comunitarizzato, attraverso la sostituzione del passato uso della conoscenza diretta dei soggetti a cui affidare i contratti, e ai tempi in cui era ammissibile piena e fiduciaria, con la conoscenza appresa dal mercato nelle forme compatibili con i principi di rango comunitario, sistema sicuramente più efficace ed affidabile in mercati ampi e variegati come quelli di oggi.

5. Le aree sensibili di flessibilità nella procedura negoziata: l'offerta economicamente vantaggiosa per l'aggiudicazione dei contratti complessi

Nell'art. 57, comma 6 "La stazione appaltante sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, secondo il criterio del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa". L'offerta economicamente più vantaggiosa costituisce l'unico criterio per la valutazione dei contratti complessi (concessioni lavori art. 144, comma 1, concessioni servizi art. 30,

comma 3, locazione finanziaria art.160 *bis*, comma 2, affidamento a contraente generale (?) art. 177, comma 4).

Gli elementi costitutivi di un contratto complesso sembrano potersi individuare nel progetto, nella convenzione e nel piano economico finanziario, ricordando come tutti e tre gli elementi siano strettamente correlati ed interdipendenti da vincoli di costi, finanziari e temporali: i tre elementi costitutivi delineano un *continuum* di relazioni sull'oggetto, progettazione, realizzazione di opere pubbliche o di pubblico interesse e la gestione dei servizi; sulla causa, lo scambio tra lo sfruttamento economico e la realizzazione e gestione; sulla durata e le condizioni di proroga; sul contributo pubblico, le tipologie e le condizioni di erogazione; sulle penali e la distribuzione dei rischi *ecc.*

L'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è stato recentemente puntualizzato dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture nella Determinazione n. 4 del 20 maggio 2009, che ha avuto il merito tra l'altro di evidenziare come il sistema aggregativo compensatore non sia l'unico criterio, anche se il primo citato nel DPR 554/99 (Regolamento) e forse per questo motivo così popolare, utilizzabile accanto a l'*electre*, l'AHP, il TOPSIS e le loro varianti e gli infiniti metodi multi obiettivi concepibili *ex all.* B del Regolamento.

Tutti i sistemi citati di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa presuppongono ciascuno l'esatta predeterminazione dei criteri di valutazione e la loro ponderazione relativa e quella dei *sub*-criteri e i *sub*-punteggi da indicare nel bando ai sensi dell'art. 83 comma 2 e 4.

Questo tipo di impostazione può rilevarsi inadeguata quando l'offerta economicamente più vantaggiosa sia applicata a contratti particolarmente complessi con alti tassi di innovazione che fanno sì di differenziare tra di loro le offerte in modo rilevante; è intuitivamente problematico utilizzare dei rigidi metri di giudizio per comparare delle offerte profondamente diverse tra loro. In sintesi le due criticità:

1. quando la computazione dei criteri di valutazione è rigidamente indicata *ex ante*, ciò non permette di premiare in modo appropriato le offerte il cui valore e le caratteristiche non erano immaginate al momento della pre-determinazione delle ponderazioni tra i criteri e i punteggi loro attribuiti. La predeterminazione dei criteri conforma il giudizio sulle offerte ad un modello ideale precostituito e questa impostazione taglia fuori la possibilità di premiare adeguatamente l'innovazione e l'originalità inaspettata;

2. L'eliminazione dal Codice per effetto del terzo decreto correttivo della possibilità per le commissioni giudicatrici di indicare, prima dell'apertura delle offerte, i criteri motivazionali cui attenersi per attribuire a ciascun criterio e *sub*-criterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti nel bando, consente di evidenziare un'altra criticità di questo sistema valutativo. Infatti, l'eliminazione della verbalizzazione delle griglie cui attenersi per stabilire i punteggi nel *range* dei diversi criteri o *sub* criteri, di fatto nasconde solamente un'operazione che tacitamente viene realizzata dalla commissione giudicatrice e con sufficienza risolutiva attribuita al redattore del bando, cioè a colui che non partecipa al giudizio. L'eliminazione della previsione formale di un articolo del Codice non impedisce di realizzarla quando sia dettata dalla necessità di uno svolgimento logico. Il paradosso comunitario (perché l'espunzione de criteri motivazionali nasce da una procedura di infrazione comunitaria, ma vedasi la recente Sentenza della Corte di Giustizia 24 gennaio 2008, C-532/06, che invece la ritiene ammissibile circondandola di alcune cautele) è che la cancellazione della verbalizzazione dei criteri motivazionali, elimina la visibilità del processo logico di attribuzione di un punteggio e, dunque, la verificabilità da parte del giudice amministrativo: un passo indietro rispetto al principio di trasparenza di rango comunitario che deve informare l'azione amministrativa, tanto più in un momento decisivo come l'aggiudicazione di un contratto. L'autosufficienza della semplice sintesi numerica, come espressione del giudizio di valore, annulla la verificabilità dei criteri logici e verificabili *ex post* alla luce dei principi di logicità, congruenza e ragionevolezza.

6. Il modello alternativo dell'offerta economicamente vantaggiosa

Il modello di offerta economicamente vantaggiosa alternativo dovrebbe risolvere le criticità evidenziate nel paragrafo precedente e allo stesso tempo trovare una precisa corrispondenza nelle prescrizioni del Codice e nei suoi principi informatori.

Quando il tema è riferibile ai contratti complessi i riferimenti normativi relativi all'offerta economicamente vantaggiosa nel Codice sono rinvenibili nelle disposizioni dell'art. 153 del Codice relative alla Finanza di Progetto. Infatti, ai sensi dell'art. 153, comma 4 del Codice, "le amministrazioni aggiudicatrici valutano le offerte presentate con il criterio dell'offerta

economicamente più vantaggiosa di cui all'art. 83". Il Legislatore pur facendo propri i vincoli imposti alla discrezionalità dall'offerta economicamente più vantaggiosa (OEV) ha comunque tenuto conto della specificità dei contratti complessi con due prescrizioni:

- 1) la prima, indicata al comma 5 dell'art. 153 del Codice, riguarda gli elementi di giudizio. I tradizionali criteri di valutazione dell'OEV, elencati dalla lett. a) alla lett. o) dell'art. 83, comma 1 del Codice, sono stati estesi "agli aspetti relativi alla qualità del progetto preliminare presentato, al valore economico e finanziario del piano e al contenuto della bozza di convenzione". Questi criteri di valutazione devono intendersi obbligatori e non esemplificativi, senza la possibilità di essere omessi secondo le circostanze, come invece è possibile per quelli indicati dall'art. 83 del Codice e, dunque, potrebbero essere esclusivi;
- 2) la seconda, inserita al comma 5 dell'art. 153 del Codice, impone che i criteri vengano inseriti nel bando "secondo l'ordine di importanza loro attribuita, in base alla quale si procede alla valutazione comparativa tra le diverse proposte". In questo caso sembra evidente l'intenzione di rendere prescrittiva l'indicazione contenuta nell'art. 83, comma 3 del Codice, in particolare di non precisare la ponderazione relativa da attribuire a ciascuno di essi, anche mediante una soglia espressa con un valore numerico determinato quando ciò sia "impossibile per ragioni dimostrabili"; nella finanza di progetto per i contratti intrinsecamente complessi la dimostrazione dell'impossibilità non è evidentemente richiesta e perciò può essere preso a modello come OEV nella procedura negoziata. Infatti, per i contratti complessi la ponderazione tra criteri è piuttosto critica e può dare dei risultati indesiderati, la soluzione è di indicare solo l'"ordine decrescente di importanza".

Il giudizio sintetico esprimibile nel modello tradizionale in pesi e punteggi relativi ai criteri di valutazione, in questo modello alternativo è sostituito da un giudizio estesamente narrativo sui criteri posti in ordine decrescente di importanza (ma potrebbero essere tutti sullo stesso piano) riferiti "alla qualità del progetto preliminare presentato, al valore economico e finanziario del piano e al contenuto della bozza di convenzione". Tali criteri indefettibili nei contratti complessi richiamano dei giudizi apertissimi sul valore e la qualità dei contenuti delle tre componenti dei contratti complessi. Ad esempio il valore del PEF non può essere ridotto ad una proposta economica (e per tale motivo apribile solo al termine dell'esame dei criteri tecnici) in cui si comparano o si pesa l'importo delle opere da realizzare, il costo di manutenzione delle opere, il livello di tariffa da praticare all'utenza, il prezzo da corrispondere al concessionario: questi sono criteri economici e qualora alcuni di essi fossero dominanti per la PA, questa li potrà aggiungere nella lista dei criteri di

valutazione in ordine decrescente. Il valore del PEF investe la congruità dei dati di *input*, la credibilità delle ipotesi finanziarie, la correttezza del costo medio ponderato del capitale, gli equilibri interni, la validità degli indici di bancabilità ed economici, insomma non si possono confondere i parametri economici (chiaramente predeterminabili per assegnare un punteggio) con dei giudizi sulla qualità del PEF, che prenderà in considerazione anche i parametri economici: le stesse considerazioni possono essere fatte per la progettazione e il contratto.

La descrizione narrativa del valore è quella più appropriata per i criteri di valutazione che investono la qualità del PEF, del contratto e della progettazione nei contratti complessi.

Infine, il giudizio narrativo è leggibile *ex post* permettendo di verificare integralmente la razionalità, la congruenza e la proporzionalità del percorso di attribuzione e per tale motivo sottoponibile a sindacato giurisdizionale.

Il sistema di valutazione narrativa, introducendo per l'offerta economicamente vantaggiosa l'indicazione dell'ordine di importanza dei criteri, consente alla PA di cogliere le proposte con soluzioni innovative. In questo modo la PA evita di essere costretta da ponderazioni fisse quando ancora non ha preso visione delle offerte che il mercato è stato capace di proporre; gli operatori economici puntano proprio sul valore dell'innovazione per assicurarsi l'aggiudicazione del contratto.

Inoltre, in questo caso si sottolinea l'importanza della richiesta di valutazione qualitativa sul progetto, sulla convenzione e sul PEF, perché il giudizio su di essi consente di mirare alla sostanza dell'offerta e non alla forma che potrebbe essere benissimo soddisfatta; la valutazione narrativa consente una lettura e un giudizio dei documenti in filigrana, rimessa proprio all'organo giudicatore e evidentemente preclusa ai sistemi di sintesi numerica. La necessità di dare questi giudizi aperti e determinanti per l'assegnazione finale del contratto, introduce fin da subito la competizione sul progetto, sulla convenzione e sul PEF. Con questo sistema i concorrenti non possono permettersi di tenere atteggiamenti di opportunismo *pre* e *post* contrattuale, presentando progetti, convenzioni e PEF che occultino informazioni importanti o che espongano previsioni e dati di *input* non veridici o inseriscano clausole vessatorie e depauperanti per la PA. Il rischio di essere messi fuori gara per i giudizi narrativi, che colgono una possibile predatorietà diffusa nell'offerta non rilevabile tramite i parametri numerici, rivelatori di carenze di ogni tipo, dai dettagli ai requisiti strutturali, su questi documenti, dovrebbe determinare l'innalzamento qualitativo delle offerte presentate.

Bibliografia essenziale

- 1) M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore - gare e servizi locali*, Giuffrè, Milano, 2001;
- 2) B. G. CARBONE, *La valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nel D.Lgs. n. 152/2008 (terzo correttivo al D.Lgs. 163/2006)*, in "Una nuova pubblica amministrazione: aspetti problematici e prospettive di riforma dell'attività contrattuale" a cura di C. Franchini e F. Tedeschini, Giappichelli, Torino, 2009;
- 3) N. DIMITRI, G. PIGA e G. SPAGNOLO, *Handbook of procurement*, Cambridge University Press, 2006;
- 4) FIDONE G., *Dalla rigidità della legge Merloni al recepimento del dialogo competitivo: il difficile equilibrio tra rigore e discrezionalità*, in *Foro Amministrativo: Tar*, 2007;
- 5) FRACCHIA F. e CARROZZA L., *Il difficile equilibrio tra flessibilità e concorrenza nel dialogo competitivo disciplinato dalla direttiva 2004/18/CE*, in www.giustamm.it 2004;
- 6) G. NAPOLITANO e M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna 2009;
- 7) E. PICOZZA, *I contratti della pubblica amministrazione tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in trattato dei contratti diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, *I contratti con la pubblica amministrazione* a cura di C. Franchini, vol. I, Torino, Utet 2008;
- 8) RAGANELLI B., *Finanza di progetto e opere pubbliche: quali incentivi ?*, Giappichelli, 2006;
- 9) M. RICCHI, *La finanza di progetto nel codice dei contratti dopo il terzo correttivo*, in *Urbanistica e Appalti*, Ipsoa, n.12/2008, 1375;
- 10) M. RICCHI, *Negoauction, discrezionalità e dialogo competitivo (Una teoria per l'affidamento dei contratti complessi di PPP)*, www.giustizia-amministrativa.it, gennaio 2008;
- 11) T. SICILIANO, *La procedura negoziata*, in "Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture", Commentario a cura di F. Saitta, Cedam, Padova, 2008.