

**DIALOGO COMPETITIVO E PROJECT FINANCING: IL DIFFICILE EQUILIBRIO  
TRA FLESSIBILITÀ E CONCORRENZA \***

SOMMARIO: 1. *Premessa*. 2. *L'apporto del privato alla definizione di soluzioni amministrative: impostazione del tema alla luce dell'ordinamento vigente*. 3. *Le varianti presentate dagli offerenti*. 4. *Una digressione: il problema del cumulo tra prestazioni*. 5. *L'appalto concorso*. 6. *Il dialogo pubblico- privato successivo alla scelta del contraente: il libro verde sui partenariati pubblico-privati e la rinegoziazione*. 7. *La trattativa privata*. 8. *Il project financing*. 9. *Il dialogo competitivo: osservazioni generali*. 10. *Nozione e disciplina: il tema delle asimmetrie informative e della presenza di una "sufficiente concorrenza"*. 11. *Le fasi del dialogo competitivo: il dialogo iniziale*. 12. *Due ipotesi di evoluzione del dialogo*. 14. *La seconda fase: la presentazione delle offerte finali e la possibile riapertura del dialogo (contestuale)*. 15. *Un'ulteriore riapertura del dialogo (successivo all'aggiudicazione)* 16. *Spunti conclusivi*.

1. *Premessa*.

Tra le molteplici e svariate chiavi di lettura cui si può attingere per inquadrare problematicamente il dialogo competitivo<sup>1</sup>, istituito previsto dalla recente Direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004 18/2004<sup>2</sup>, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, destinata ad essere recepita negli ordinamenti nazionali entro il 31 gennaio 2006, sembra preferibile utilizzare quella che valorizza la tensione tra le esigenze di flessibilità del sistema e i vincoli, soprattutto di matrice comunitaria, scaturenti dal principio della concorrenza.

La disciplina della figura mira infatti al raggiungimento di una sorta di equilibrio tra questi due irrinunciabili "poli", introducendo una regolamentazione che tradisce il costante tentativo di mediazione tra gli stessi.

---

\* Il presente lavoro è già apparso su [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)

<sup>1</sup> Per un primo commento, v. L. FIORENTINO – C. LACAVA (a cura di), *Le nuove direttive europee sugli appalti pubblici – Quaderni del Giornale di diritto amministrativo*, Milano, 2004; M. PROTTO, *Il nuovo diritto europeo degli appalti*, in *Urbanistica e appalti*, 2004, 755 e ss.

L'osservazione consente di effettuare una prima osservazione di massima.

La "tensione" cui si è fatto cenno non si limita a condizionare la scrittura ed il tenore delle "regole del gioco", nel senso che non può non riflettersi sul piano concreto della loro attuazione ad opera dell'amministrazione. Uno dei compiti più delicati consegnati dalla disciplina al soggetto pubblico, dunque, è quello di applicare la flessibilità con la dovuta fermezza, competenza e autorità, ergendosi così a baluardo delle esigenze della concorsualità (par. 16).

Ancora collocandoci nella prospettiva della provvisoria formulazione di iniziali osservazioni di ampio respiro, possiamo aggiungere che l'introduzione di strumenti quali il dialogo competitivo (ma non dimentichiamo l'importante figura dell'accordo quadro) mostra con evidenza che la recente direttiva quadro n. 18 (cui possiamo accostare, nella direttrice di analisi qui indicata, la n. 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali<sup>3</sup>), non si è affatto limitata ad ordinare la normativa esistente, ma ha anche introdotto importanti strumenti dai caratteri del tutto innovativi.

In sostanza, emerge una visione di ampio respiro da parte delle fonti comunitarie, che sicuramente restituisce un disegno di intensità differente rispetto al passato, ancorché il nuovo istituto sia di facoltativa introduzione. Il considerando 16 della Direttiva 2004/18/CE, infatti, recita testualmente: "Al fine di tener conto delle diversità esistenti negli Stati membri, occorre lasciare a questi ultimi la facoltà di prevedere la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere ad accordi quadro, a centrali di committenza, ai sistemi dinamici di acquisizione ad aste elettroniche e al dialogo competitivo, quali sono definiti e disciplinati dalla presente direttiva".

In ogni caso, va effettuata un'ovvia ed ulteriore precisazione. La disciplina comunitaria, pur scandendo in modo sufficientemente preciso l'articolazione procedimentale del nuovo istituto, lascia numerosi margini che dovranno essere

---

<sup>2</sup> In GU L 134 del 30 aprile 2004.

<sup>3</sup> Pubblicata in GU L 134 del 30 aprile 2004.

precisati dal legislatore nazionale, sicché molti dei problemi che qui verranno evidenziati ben potranno essere risolti mediante il completamento della regolamentazione della disciplina ad opera della fonte nazionale.

*2. L'apporto del privato alla definizione di soluzioni amministrative e la "scoperta progressiva delle proprie carte": impostazione del tema alla luce dell'ordinamento vigente.*

Uno dei problemi per la cui soluzione può essere utile l'impiego del dialogo competitivo consiste nella valorizzazione dell'apporto dei privati in un contesto di competizione, attraverso la previsione di opportuni incentivi destinati sia ad ottenerne la cooperazione per la individuazione della soluzione del "problema amministrativo", sia ad indurli a migliorare progressivamente la propria offerta.

Queste esigenze, in realtà, già affioravano da documenti precedenti della produzione comunitaria e, in particolare, nell'ambito del libro verde sugli appalti, *Gli appalti pubblici nell'unione europea - spunti di riflessione per il futuro*, comunicazione adottata dalla Commissione il 27 Novembre 1996, COM(96) 583.

In tale libro, infatti, si leggeva che: "Nel timore di una potenziale violazione del principio della parità di trattamento, il settore privato ha manifestato la propria reticenza ad impegnarsi in qualsiasi tipo di studio o di discussione prima della pubblicazione del bando di gara, senza avere la garanzia di non essere successivamente escluso dalle procedure di aggiudicazione. La Commissione riconosce che, data la complessità della maggior parte dei progetti - alcuni dei quali possono richiedere soluzioni mai prima prospettate - anteriormente alla pubblicazione dei bandi di gara può rivelarsi necessario un dialogo tecnico fra amministrazioni aggiudicatrici e partners privati interessati. Il principio della parità di trattamento non sarà infranto se, mediante la predisposizione di specifiche garanzie - riguardanti tanto il merito quanto la procedura - le amministrazioni aggiudicatrici eviteranno di

sollecitare o di accettare informazioni che avrebbero l'effetto di restringere la concorrenza”.

Ci si può chiedere se, all'interno del nostro ordinamento, ed a prescindere dal recepimento della direttiva, già sussistano strumenti giuridici che rispondano ad esigenze analoghe a quelle testé rappresentate e quale sia il punto di mediazione, ad essi sotteso, tra sistema degli incentivi e principi comunitari della concorrenza e della parità di trattamento<sup>4</sup>.

L'approfondimento della questione può risultare di qualche utilità anche per individuare, attraverso una sorta di confronto che accentui analogie e differenze, le peculiarità della figura disciplinata dalla direttiva ed il valore aggiuntivo recato dalla medesima.

### *3. Le varianti presentate dagli offerenti.*

Un primo istituto, ravvisabile nel nostro ordinamento, caratterizzato dalla possibilità per il privato di superare la rigidità insita nel meccanismo che impone di inserirsi nella competizione mediante un'offerta esattamente aderente allo schema delineato dal soggetto pubblico<sup>5</sup>, è quello delle varianti che possono essere presentate dall'offerente.

Tale istituto non è sconosciuto nell'ordinamento vigente. Si consideri, ad esempio, l'art. 19, Direttiva del Consiglio Cee 14 giugno 1993, n. 37 sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori: “Quando il criterio di aggiudicazione dell'appalto è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le amministrazioni aggiudicatrici possono prendere in considerazione le varianti presentate da offerenti quando tali varianti soddisfano i requisiti minimi da esse prescritti. Le amministrazioni aggiudicatrici menzionano nel capitolato d'onori le

---

<sup>4</sup> Sull'attività contrattuale dell'amministrazione pubblica, v. da ultimo R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2004 e A. MASSERA, *I contratti*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, II, Milano, 2003, 1547 e ss. e la dottrina ivi citata.

<sup>5</sup> Sul tema (con specifico riferimento alla questione delle asimmetrie informative e al tema del loro superamento), v. M. CAFAGNO, *Lo stato banditore - Gare e servizi locali*, Milano, 2001, *passim*.

condizioni minime che le varianti devono rispettare, nonché le modalità per la loro presentazione. Esse indicano nel bando di gara se le varianti non sono autorizzate”.

In tal modo, il privato può presentare offerte che divergono rispetto a quanto originariamente previsto dall'amministrazione, al contempo offrendo un contributo alla soluzione del “problema amministrativo”. La tematica ovviamente ha interessato anche l'elaborazione giurisprudenziale che ha individuato precisi limiti alla possibilità di presentare varianti, escludendo che, mediante esse, si potesse operare un vero e proprio stravolgimento del progetto iniziale dell'amministrazione<sup>6</sup>.

Una recente pronuncia del Consiglio di Stato, ad esempio, ha precisato i margini di modifica dei contenuti dell'offerta: pur vertendosi in ambito di trattativa privata, se “...la stessa è stata articolata come vera e propria procedura concorrenziale, in base ad apposita lettera d'invito, a seguito di precedente gara pubblica andata deserta”, “... non poteva la stazione appaltante consentire la modifica dei contenuti dell'offerta, tanto più dopo che già erano noti i contenuti di entrambe le offerte presentate”<sup>7</sup>.

Pure la giurisprudenza comunitaria è intervenuta sul punto. In particolare, occupandosi di un caso in cui un concorrente aveva proposto elementi di risparmio, non menzionati nel capitolato d'appalto o nel bando di gara, utilizzandoli per compensare le differenze finanziarie tra le offerte classificate, la Corte di Giustizia delle Comunità europee, quinta sezione, causa C-87/94 del 25 aprile 1996 (Commissione delle Comunità europee contro Regno del Belgio)<sup>8</sup> ha statuito che, “allo scopo di garantire che un appalto sia assegnato in base a criteri noti a tutti gli offerenti prima della preparazione della loro offerta, un ente aggiudicatore può tener

---

<sup>6</sup> V. ad es. Cons. Stato, sez. IV, 11 febbraio 1999, n. 149, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1999, 368. Tale decisione ha statuito che “Il metodo di aggiudicazione, nell'ambito della licitazione privata, secondo il sistema dell'offerta più vantaggiosa, di cui all'art. 29, lett. b), d.leg. n. 406/1991, è utilizzato allorché si intenda realizzare un'opera secondo un progetto definito, con facoltà di proporre quelle variazioni migliorative, rese possibili dalle peculiari conoscenze tecnologiche delle imprese, ma che non ne alterino i caratteri essenziali; pertanto, spetta all'amministrazione compilare il progetto, pur prevedendo di prendere in considerazione le varianti presentate dalle imprese partecipanti, purché conformi ai requisiti minimi prescritti. V. altresì T.a.r. Puglia, sez. Lecce, sez. II, 27 dicembre 2001, n. 7744, in *Finanza loc.*, 2002, 923, Cons. Stato, sez. V, 9 febbraio 2001, n. 578, in *Cons. Stato*, 2001, I, 231, Cons. Stato, sez. IV, 2 aprile 1997, n. 309, in *Cons. Stato*, 1997, I, 461, Cons. Stato, sez. V, 29 luglio 1997, n. 856, in *Cons. Stato*, 1997, I, 1048.

<sup>7</sup> Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2004, n. 6302, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>8</sup> Vedila in *Raccolta* pag. I-2043.

conto delle varianti in quanto criteri di aggiudicazione solo nella misura in cui li ha menzionati come tali nel capitolato d' appalto o nel bando di gara”<sup>9</sup>.

Un primo confronto tra l’istituto delle varianti presentate dagli offerenti e il modello del dialogo competitivo consente di illuminare non solo la più angusta rilevanza del primo rispetto all’ampiezza e alla complessità del secondo, ma anche e soprattutto di osservare che le varianti, pur consentendo un apporto del concorrente, non permettono alcun tipo di vero dialogo tra soggetto pubblico e privato.

Il dialogo è caratterizzato dall’ascolto dell’altro, dalla discussione e dalla conseguente possibilità di modificare la propria posizione alla luce degli elementi introdotti dall’altro (o dagli altri)<sup>10</sup>; qui, al più, si assiste ad un “aggiustamento” dell’idea originaria delineata dall’amministrazione, senza alcuna possibilità di giovare degli apporti altrui.

Proprio il dialogo costituisce il perno su cui ruota la disciplina posta dalla Direttiva n. 18/2004.

Essa, in ogni caso, conferma pure l’istituto delle varianti. L’art. 24, con riferimento al criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa (v. *infra*), consente all’amministrazione di autorizzare la presentazione di varianti: “Laddove il criterio per l’aggiudicazione sia quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa, le amministrazioni aggiudicatrici possono autorizzare gli offerenti a presentare varianti. 2. Le amministrazioni aggiudicatrici precisano nel bando di gara se autorizzano o meno le varianti; in mancanza di indicazione, le varianti non sono autorizzate<sup>11</sup>. 3. Le amministrazioni aggiudicatrici che autorizzano le varianti menzionano nel capitolato d’onere i requisiti minimi che le varianti devono rispettare, nonché le modalità per la loro presentazione. 4. Esse prendono in considerazione soltanto le varianti che rispondono ai requisiti minimi da esse prescritti. Nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture o di servizi, le

---

<sup>9</sup> V. altresì Corte di Giustizia delle C.E., sez. VI, 16 ottobre 2003, causa C-421/0, secondo cui l’ammissibilità delle varianti è subordinata all’indicazione, nel capitolato d’onere, delle condizioni minime che tali varianti devono rispettare, mentre non è sufficiente un mero rinvio ad una disposizione della normativa nazionale.

<sup>10</sup> Il “rilancio” è tra l’altro previsto anche dalla disciplina delle aste elettroniche: v. art. 54, direttiva 18/2004.

<sup>11</sup> Si noti peraltro il carattere eccezionale della previsione: il silenzio dell’amministrazione nel bando di gara equivale ad un vero e proprio diniego di autorizzazione alle varianti.

amministrazioni aggiudicatrici che abbiano autorizzato varianti non possono respingere una variante per il solo fatto che, se accolta, configurerebbe, rispettivamente, o un appalto di servizi anziché un appalto pubblico di forniture o un appalto di forniture anziché un appalto pubblico di servizi”.

Abbiamo già osservato che il dialogo comporta la possibilità di modificare la propria posizione alla luce degli apporti altrui.

Nel nostro ordinamento ciò è tradizionalmente escluso; al più, è consentita una precisazione unilaterale della originaria offerta. L’art. 77, R. D. 23 maggio 1924, n. 827, regolamento per l’amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato, contempla la possibilità per il privato, in caso di uguaglianza dell’offerta, di modificare la propria originaria offerta: “Quando nelle aste ad offerte segrete due o più concorrenti, presenti all’asta, facciano la stessa offerta ed essa sia accettabile, si procede nella medesima adunanza ad una licitazione fra essi soli, a partiti segreti o ad estinzione di candela vergine, secondo che lo creda più opportuno l’ufficiale incaricato. Colui che risulta migliore offerente é dichiarato aggiudicatario”<sup>12</sup>.

Va poi aggiunto che l’art. 89, r.d. 827/1924, con riferimento ad una tipologia di licitazione privata<sup>13</sup>, ammette il rialzo unico dell’offerta, ove non escluso dal bando<sup>14</sup>.

Un’ulteriore osservazione si impone: a ben vedere, pur se non è identificabile con la tematica delle varianti in senso proprio, la previsione dell’utilizzazione del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa<sup>15</sup>, implicando la considerazione da parte dell’amministrazione anche di elementi differenti dal prezzo, offre ai concorrenti la possibilità di interferire con la definizione della prestazione oggetto del contratto, conducendo ad un risultato non troppo distante da quello realizzabile

---

<sup>12</sup> Il comma 2 continua disponendo che: “Ove nessuno di coloro che fecero offerte uguali sia presente, o i presenti non vogliano migliorare l’offerta, ovvero nel caso in cui le offerte debbano essere contenute entro il limite di cui al secondo comma dell’articolo 75 e all’ultimo comma dell’articolo 76, la sorte decide chi debba essere l’aggiudicatario”.

<sup>13</sup> Quella che si svolge “invitando per mezzo di avvisi particolari persone o ditte ritenute idonee per l’oggetto della licitazione, a comparire in luogo, giorno ed ora determinata, per presentare le loro offerte”.

<sup>14</sup> “Se altrimenti non sia stato indicato negli avvisi, l’autorità delegata, dopo invitati ancora i concorrenti a fare una nuova offerta a miglioramento di quella più vantaggiosa presentata, aggiudica l’impresa, seduta stante, al migliore offerente”. V. altresì quanto si dirà *infra*, par. 6, in ordine alla possibilità che miglioramenti dell’offerta siano sollecitati dall’amministrazione dopo l’aggiudicazione.

<sup>15</sup> Di recente sull’istituto è intervenuto la Corte di Giustizia, 7 ottobre 2004, n. C-247/02, la quale ha sancito che “contrasta con l’art. 30 della direttiva 93/37/CEE la norma nazionale (nel caso specifico l’art. 21, l. 109/1994) che ai

attraverso le varianti. Ove poi l'apporto attenga alla progettazione (v. in particolare art. 21, comma 1 ter, l. 109/1994 e succ. modific., che, in casi tassativamente indicati, fa riferimento a "miglioramento della progettazione" mediante "integrazioni tecniche proposte dall'appaltatore"), la differenza tra licitazione privata o pubblico incanto da un lato, e appalto-concorso dall'altro (v. par. 5), sfuma e il privato può incidere sulla soluzione dell'amministrazione.

#### *4. Una digressione: il problema del cumulo tra prestazioni.*

L'accento da ultimo compiuto consente altresì di evidenziare un'ulteriore profilo problematico.

La Direttiva n. 18, svolgendosi, come meglio si vedrà *infra*, a partire dalla elaborazione della soluzione al "problema" dell'amministrazione fino a giungere alla soglia (anzi, come si dirà, pure al di là della soglia) della stipulazione del contratto, parrebbe implicare che il privato possa risultare esecutore di una prestazione che ha concorso a definire.

L'ordinamento comunitario, in linea di principio, ha sempre guardato con sospetto a questa eventualità, in quanto essa rende più ardua la possibilità di effettuare un vero confronto tra offerte omogenee. Basti citare l'art. 23, d. lgs. 157/1995, ai sensi del quale "L'affidamento della progettazione non è compatibile con l'aggiudicazione, a favore dello stesso affidatario, degli appalti pubblici relativi ai lavori e ai servizi progettati; della suddetta incompatibilità deve essere data notizia nel bando di gara".

Sembrerebbe dunque evidenziarsi un ulteriore tratto di novità nella disciplina introdotta dalla Direttiva n. 18/2004 e una specifica caratteristica dell'istituto: una lettura più attenta, peraltro, mostra che nel dialogo competitivo il privato coopera alla individuazione della soluzione (anche progettuale) secondo un percorso progressivo e arricchito dal contributo di altri candidati, senza essere l'unico soggetto incaricato a

---

fini dell'aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, imponga, in termini generali ed astratti, alle amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere unicamente al criterio del prezzo più basso".

rinvenirla. Non può dunque parlarsi di cumulo di prestazioni, almeno intendendo l'espressione come indicativa della situazione in cui l'amministrazione affida ad un unico soggetto, ed in modo esclusivo, il compito di progettare e di eseguire la prestazione. E' piuttosto vero che la volontà del legislatore comunitario è quella di distinguere nettamente la fase della individuazione della soluzione da quella della selezione delle offerte (v. *infra*, par. 5 e parr. 13 e ss.).

In ogni caso, la soluzione contraria al cumulo delle prestazioni non è così netta nel nostro ordinamento, atteso che sussistono figure in cui la chiara distinzione tra progettazione ed esecuzione finisce per attenuarsi notevolmente. In aggiunta a quanto osservato in chiusura del paragrafo precedente, si pensi all'appalto integrato di cui all'art. 19, l. 109/04, ove il privato è chiamato ad effettuare la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori<sup>16</sup>.

### 5. *L'appalto concorso.*

L'istituto italiano che costituisce il più evidente superamento del divieto di cumulo tra momento progettuale e momento esecutivo<sup>17</sup> è comunque l'appalto concorso<sup>18</sup>.

La sua analisi è qui di rilievo in quanto esso è caratterizzato dal fatto che l'amministrazione richiede al privato proprio un apporto per la soluzione del problema progettuale.

---

<sup>16</sup> Ai sensi dell'art 19 l.109/1994, più in particolare, è possibile ricorrere all'appalto integrato qualora le opere da eseguire: 1) riguardino lavori di importo inferiore a 200.000 euro; 2) riguardino lavori la cui componente impiantistica o tecnologica incida per più del 60 per cento del valore dell'opera; 3) riguardino lavori di manutenzione, restauro e scavi archeologici; 4) riguardino lavori di importo pari o superiore a 10 milioni di euro.

<sup>17</sup> Di conseguenza, anche per esso si ripropongono i problemi di tensione con l'ordinamento comunitario; sul punto, v. R. CARANTA, *I contratti pubblici*, cit., 350 che sottolinea come il modello in esame (e, cioè, l'appalto concorso) non trovi cittadinanza nella disciplina comunitaria. Parrebbe ipotizzabile che il dialogo competitivo, come il più assorbe il meno, sia in linea di principio destinato a sovrapporsi all'appalto concorso. In realtà, come emergerà dal prosieguo dell'analisi, i presupposti per l'utilizzo dell'appalto concorso non sono esattamente coincidenti con quelli della figura qui in esame, la quale, inoltre, si caratterizza per una più chiara distinzione (e, quindi, una più facile raffrontabilità tra le offerte) tra momento della scelta della soluzione e selezione dell'offerta relativa alla esecuzione della prestazione.

<sup>18</sup> La disciplina fondamentale dell'istituto in generale si rinviene nell'art. 4, r.d. 2440/1923 secondo cui: "l'amministrazione, per speciali lavori o forniture, richiede ai privati di presentare, in base a prestabilite norme di massima, i progetti tecnici e le condizioni alle quali sono disposti ad eseguirli". L'amministrazione deve tener conto delle "garanzie di capacità e serietà che presentano gli offerenti". Va poi ricordato l'art. 91, r.d. 827/1924 che recita:

La gara, infatti, pur basandosi su di una soluzione di massima prospettata dal soggetto pubblico, non si svolge “avendo come riferimento” un progetto predefinito dall’amministrazione, sicché l’offerta “ha ad oggetto” la redazione del (e quindi “contiene il”<sup>19</sup>) progetto dettagliato; a questa prima fase segue poi, almeno in linea di principio<sup>20</sup>, una sorta di trattativa privata con il soggetto prescelto.

E’ interessante notare che l’istituto suscita gli stessi problemi che sorgono con riferimento al dialogo competitivo, nel senso che si pone la questione del rispetto della *par condicio* dei concorrenti, che si cerca di assicurare mediante la puntuale specificazione dei criteri di valutazione prima dell’apertura delle buste.

Peraltro, anche in questo caso, come già abbiamo rilevato in tema di varianti, non si instaura un vero dialogo rivolto alla definizione della soluzione finale. Il privato, in particolare, non può rilanciare l’offerta o affinarla in ragione degli elementi offerti dall’amministrazione o svelati da altri concorrenti.

Ancorché si possa ipotizzare un utilizzo combinato e congiunto di “varianti presentate dagli offerenti” e “appalto concorso”, dunque, il risultato in termini di flessibilità e di progressività nell’elaborazione della soluzione non è comparabile con quello assicurato, come meglio vedremo in seguito, dal nuovo istituto del dialogo competitivo.

La disciplina del dialogo competitivo tende a distinguere in modo più chiaro il momento dell’apporto alla individuazione della “soluzione” al problema amministrativo da quello della selezione dell’offerta finale, così scongiurando, anche sotto questo profilo, quel rischio di cumulo tra differenti prestazioni che rende più ardua l’impostazione di un corretto confronto concorrenziale.

Per fermare il discorso con una sintesi, si può conclusivamente osservare che, a ben vedere, tra appalto-concorso e dialogo competitivo sussiste una differenza che segnala una notevole distanza tra modelli: nell’appalto concorso la concorrenza è soltanto a monte (nella selezione del progetto), mentre a valle c’è una trattativa (un

---

“l’amministrazione procede insindacabilmente alla scelta del progetto che ritiene preferibile, sentito, ove lo creda necessario, il parere di una commissione all’uopo nominata, e stipula poi il contratto con l’offerente prescelto”.

<sup>19</sup> Così E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2004, 545.

<sup>20</sup> V. però quanto osservato in dottrina da R. CARANTA, *I contratti pubblici*, cit., 348, in part. nt. 70

dialogo, si potrebbe anche dire, ma con un unico soggetto); la figura disciplinata dalla direttiva ha avvio con un dialogo (una trattativa, ma con più soggetti) e solo dopo la scelta della soluzione si apre (almeno tendenzialmente) la fase in cui si sceglie la migliore offerta secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

*6. Il dialogo pubblico-privato successivo alla scelta del contraente: il libro verde sui partenariati pubblico-privati e la rinegoziazione.*

Fino ad ora abbiamo considerato alcuni essenziali aspetti che si ricordano con il tema della flessibilità.

In particolare, sono stati individuati i margini entro cui, nel nostro ordinamento, è ammissibile rimodulare la propria offerta, ed è stato accentuato il profilo dell'apporto del concorrente alla elaborazione della "soluzione" del problema amministrativo (soprattutto mediante varianti e appalto concorso).

Nei casi fin qui prospettati, il problema del "dialogo" tra privato e amministrazione è temporalmente riferito al momento dello svolgimento della gara e, dunque, ad una fase precedente rispetto alla individuazione della offerta "vincente".

Ci si può peraltro interrogare circa l'eventuale sussistenza di momenti di flessibilità che si collochino nel periodo che segue questo stadio e, addirittura, nell'arco temporale successivo al sorgere delle obbligazioni corrispettive o, quanto meno, all'aggiudicazione.

Chiariamo subito che il quesito è di qualche interesse ai nostri fini, atteso che la Direttiva 2004/18/CE fornisce una peculiare soluzione al problema<sup>21</sup> evidenziando che il dialogo pubblico-privato può essere anche posteriore rispetto alla scelta della migliore offerta: si tratta ovviamente di un dialogo parziale e circoscritto, ma comunque possibile (v. *infra*, parr. 14 e 15).

---

<sup>21</sup> Come si vedrà a suo tempo, l'art. 29, comma 7, direttiva 2004/18 evidenzia come: " ... A richiesta dell'amministrazione aggiudicatrice, l'offerente che risulta aver presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa può essere indotto a precisare gli aspetti della sua offerta o a confermare gli impegni in essa figuranti, a condizione che ciò non abbia l'effetto di modificare elementi fondamentali dell'offerta o dell'appalto quale posto in gara, falsare la concorrenza o comportare discriminazioni".

Per quanto attiene alla disciplina vigente, una prima ipotesi è delineata dalla giurisprudenza comunitaria la quale ha statuito che “Non si può (...) escludere che, nel corso di un procedimento negoziato, che, per sua stessa natura, può protrarsi per un lungo periodo di tempo, le parti prendano in considerazione le innovazioni tecnologiche intervenute durante lo svolgimento delle trattative, senza che questo fatto possa considerarsi, ogni volta, come una rinegoziazione degli elementi essenziali del contratto che giustifichi l'applicazione delle nuove norme giuridiche (Corte giustizia Comunità europee, 5 ottobre 2000, causa 337/98, Commissione c. Francia).

Non va inoltre dimenticato che, in tema di concessioni di lavori pubblici, la legge Merloni consente di rinegoziare i termini e la durata della concessione. L'art. 19, infatti, dispone che le variazioni apportate dall'amministrazione ai presupposti e alle condizioni di base che determinano l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti, nonché norme legislative e regolamentari che stabiliscono nuovi meccanismi tariffari o nuove condizioni per l'esercizio delle attività previste nella concessione, qualora determinino una modifica dell'equilibrio del piano, “comportano la sua necessaria revisione da attuare mediante rideterminazione delle nuove condizioni di equilibrio” (in mancanza, il concessionario può recedere dalla concessione).

Una soluzione maggiormente restrittiva si evince dal libro verde sui partenariati pubblico-privati e dal diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni presentato dalla Commissione in data 30 aprile 2004 (COM 2004 327) che, al par. 49<sup>22</sup>, occupandosi di “modifiche che intervengono in fase di esecuzione” sottolinea il rischio che tali modificazioni possano contrastare con il principio della *par condicio*, precisando che esse possono trovare giustificazione soltanto nella presenza di un

---

<sup>22</sup> Il par. 49 del libro verde testualmente recita: “Generalmente, le modifiche che intervengono in fase di esecuzione di un PPP quando non sono contemplate dai documenti contrattuali sortiscono l'effetto di rimettere in discussione il principio di parità di trattamento degli operatori economici. Simili modifiche contemplate dai contratti sono quindi accettabili unicamente se rese necessarie da un evento imprevedibile o se giustificate da ragioni di ordine pubblico, di sicurezza pubblica o di salute pubblica. Inoltre qualsiasi modifica sostanziale che riguardi l'oggetto stesso del contratto, deve essere assimilata alla stipulazione di un nuovo contratto che implica una nuova messa in concorrenza”.

evento imprevedibile, ovvero in ragioni di ordine pubblico, di sicurezza pubblica o di salute pubblica.

Il confronto tra queste regole di origine giurisprudenziale e la nuova disciplina del dialogo competitivo parrebbe mostrare, ancora una volta, il più ampio respiro che caratterizza tale ultimo istituto, nel senso che esso contempla anche possibilità di “aggiustamenti” successivi, inserendoli però nell’ambito di una trama normativa maggiormente complessa, e, dunque, in un contesto di flessibilità e di “scambio” più ricco.

In realtà, la comparazione non può essere forzata oltre misura, atteso che la direttiva si occupa della più modesta modifica delle “offerte”, laddove alcune delle ipotesi che abbiamo richiamato – si pensi alle fattispecie prese in considerazione dal libro verde e al caso della concessione; si potrebbe ovviamente aggiungere il tema delle varianti in corso d’opera – fanno riferimento a rinegoziazioni/modificazioni dei termini originari della pattuizione negoziale che si collocano nella fase della esecuzione del contratto.

Il dialogo competitivo, dunque, sotto questo profilo, ha un minore impatto; non si dimentichi poi che la possibilità per l’amministrazione di sollecitare modifiche o varianti migliorative dell’offerta una volta individuata quella migliore è già riconosciuta dalla nostra giurisprudenza<sup>23</sup>.

### *7. La trattativa privata*

Vi è un’ulteriore figura che è impiegabile (anche) dal nostro ordinamento per recuperare “margin di flessibilità” e valorizzare l’apporto del privato: la trattativa privata.

Questo istituto è nato come strumento utilizzabile sulla base di una vera e propria contrattazione “privatistica” tra amministrazione e privato<sup>24</sup>, con una limitata

---

<sup>23</sup> V. ad es. TAR Piemonte, sez. II, 12 maggio 1995, n. 265, in *Foro amm.*, 1995, 2317.

<sup>24</sup> Secondo quanto dispone l’ art. 92, r.d. 827/1924, nella trattativa, «dopo aver interpellato, se ciò sia ritenuto conveniente, più persone o ditte, si tratta con una di esse ».

influenza del paradigma pubblicistico; solo in seguito si è assistito ad una sorta di recupero di alcuni tratti essenziali del procedimento di evidenza pubblica, con la conseguente espansione dei principi di diritto amministrativo e il riconoscimento della presenza di interessi legittimi (basti porre mente alla gara informale che precede la trattativa e che è assoggettata al regime pubblicistico).

In ogni modo, per ciò che più direttamente riguarda l'analisi qui condotta, nella trattativa amministrazione e privato procedono a negoziare i termini del contratto: è questa la principale differenza con le altre modalità di scelta del contraente, caratterizzate dal fatto che il contenuto nel negozio è predefinito interamente dal contraente pubblico (salvo i profili del prezzo e l'individuazione del contraente).

Sebbene la possibilità per il privato di interloquire con l'amministrazione sia maggiore rispetto alle altre modalità di scelta del contraente, non si può non osservare che anche questo istituto presenta numerosi aspetti di divergenza con il dialogo competitivo.

Non solo il dialogo, nella figura contemplata dalla direttiva, è più articolato –e formalizzato- rispetto alla trattativa, ma anche e soprattutto i presupposti di applicabilità di quest'ultima (urgenza, gara andata deserta, monopolio<sup>25</sup>) sono differenti<sup>26</sup> rispetto a quelli che, come si vedrà, debbono sussistere per utilizzare la prima figura.

Anzi, a ben vedere, quest'ultima osservazione è suscettibile di essere estesa a tutti gli altri strumenti fin qui analizzati.

## 8. *Il project financing.*

---

<sup>25</sup> Più in particolare, ai sensi dell'art. 41, r.d. 827/1924, la trattativa è consentita «quando gli incanti o le licitazioni siano andate deserte o si abbiano fondate prove per ritenere che ove si sperimentassero andrebbero deserte; per l'acquisto di cose la cui produzione è garantita da privativa industriale o per la cui natura non è possibile promuovere il concorso pubblico di idee; quando trattasi di acquisto di macchine, strumenti od oggetti di precisione che una sola ditta può fornire con i requisiti tecnici e il grado di perfezione richiesti; quando si debbano prendere in affitto locali destinati a servizi governativi; quando l'urgenza di lavori, acquisti, trasporti e forniture sia tale da non consentire l'indugio degli incanti o della licitazione; in ogni altro caso in cui ricorrono speciali ed eccezionali circostanze per le quali non possano essere utilmente seguite le forme degli articoli 37 a 40 del regolamento » (pubblici incanti e appalto-concorso).

<sup>26</sup> In taluni casi, come nell'ipotesi dell'urgenza, essi sono addirittura incompatibili.

Il discorso condotto nel corso delle pagine precedenti, in sostanza, ha consentito di illuminare singoli momenti di flessibilità, approdando alla provvisoria conclusione secondo cui essi sono (valorizzati e) riuniti in un unico istituto giuridico ad opera della direttiva n. 18/2004.

Invero, sussiste un modello che, nel nostro ordinamento presenta caratteri, anche di organicità e di visione complessiva, che consentono di impostare un confronto più articolato e significativo con il dialogo competitivo: la grande flessibilità e la presenza di un dialogo pubblico-privato molto intenso e non episodico, infatti, caratterizzano la figura del *project financing* (o, meglio, della finanza di progetto), introdotta dalla legge Merloni, come modificata dalla legge 1 agosto 2002 n. 166.

Proprio la complessità esibita dalla figura qui richiamata impedisce di procedere ad un'analisi peculiare, ancorché semplificata, di tutti i suoi caratteri e di impegnarsi nel puntuale approfondimento delle scansioni procedimentali che conducono alla scelta del concessionario chiamato a realizzare e gestire un'opera pubblica: pare sufficiente, al riguardo, rinviare ai numerosi contributi della dottrina<sup>27</sup>.

Sembra invece più utile procedere senza ulteriori indugi alla disanima del dialogo competitivo, richiamando volta a volta i profili di analogia e i margini di differenza rispetto alla disciplina della finanza di progetto.

## 9. Il dialogo competitivo: osservazioni generali.

---

<sup>27</sup> V. in particolare G.F. FERRARI- F. FRACCHIA (a cura di), *Project financing e opere pubbliche. Problemi e prospettive alla luce delle recenti riforme*, Milano, 2004; E. PICOZZA, *La finanza di progetto nel sistema dell'attività contrattuale privata e pubblica*, in *Cons. Stato*, 2002, II, 2047 e 2003, II, 103; A. TULLIO, *La finanza di progetto: profili civilistici*, Milano, 2003; M. PROTTO, *Commento all'art. 37 quater*, in A. ANGELETTI (a cura di), *La riforma dei lavori pubblici*, Torino, 2000, I, 762 e ss., C.E. GALLO, *La finanza di progetto*, in R. VILLATA (a cura di), *L'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2001, 933, e ss.; F. CARINGELLA, *Commento*, art. 37 bis, in F. CARINGELLA (a cura di), *La nuova Legge Quadro sui lavori pubblici*, Milano, 1999, 1262 e ss.; S. SCOTTI CAMUZZI (a cura di), *Il project financing come strumento di realizzazione di opere pubbliche*, Milano, 2002; S. AMOROSINO – R. SCIUTO, *La disciplina del project financing nella nuova legge sugli appalti (415 del 1998): la concessione di costruzione e gestione ed il promotore*, in *Riv. giur. dell'edilizia*, II, 1999; F. AMATUCCI, *Il project finance come strumento di partnership tra enti pubblici ed imprese private*, in R. DELLA LONGA – E. PINTUS, *I lavori pubblici e la riforma*, Milano, 2000, 87; F. AMATUCCI, *Il Project Finance nelle aziende pubbliche*, Milano, 2003.

Il considerando n. 31 della direttiva n. 18/2004 individua in generale le caratteristiche e le esigenze che sono poste alla base del dialogo che viene instaurato tra soggetto pubblico e privato<sup>28</sup>.

La sua analisi consente di individuare i presupposti di applicazione della figura.

Deve in primo luogo trattarsi di *progetti particolarmente complessi*, requisito questo che ritroviamo indicato anche nell'art. 29, escludendo così che l'istituto possa essere utilizzato per fronteggiare qualsiasi comune esigenza dell'amministrazione.

In secondo luogo, dalla lettura del considerando si evince che le amministrazioni devono *trovarsi nell'impossibilità oggettiva, per carenze loro non imputabili, di definire i mezzi atti a soddisfare le loro esigenze*. Si può dunque impiegare l'istituto solo quando il ricorso alle procedure ordinarie non consente di raggiungere il risultato prefissato e, cioè, l'aggiudicazione dell'appalto.

In linea di principio, infine, il dialogo non deve *essere utilizzato in modo da limitare o distorcere la concorrenza*.

Va ancora premesso che l'art. 28 configura l'istituto come una nuova procedura di scelta del contraente<sup>29</sup>.

La precisazione è importante, non solo perché segna una netta differenza rispetto ad altre figure, sopra analizzate, che costituiscono “momenti di flessibilità” collocati all'interno delle procedure tipizzate di scelta del contraente (il discorso, ovviamente, non vale per appalto concorso, trattativa privata e *project financing*). Più in generale,

---

<sup>28</sup> Nel citato considerando si legge quanto segue: “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. Tale situazione può in particolare verificarsi per l'esecuzione di importanti progetti di infrastruttura di trasporti integrati, di grandi reti informatiche, di progetti che comportano un finanziamento complesso e strutturato, di cui non è possibile stabilire in anticipo l'impostazione finanziaria e giuridica. Nella misura in cui il ricorso a procedure aperte o ristrette non consenta di aggiudicare detti appalti, occorre prevedere 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. Tuttavia tale procedura non deve essere utilizzata in modo che limiti o distorca la concorrenza, in particolare mediante modifiche di elementi sostanziali delle offerte o imponendo elementi nuovi sostanziali all'offerente scelto ovvero coinvolgendo qualsiasi altro offerente che non sia quello che ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa”.

<sup>29</sup> “Per aggiudicare gli appalti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici applicano le procedure nazionali adattate ai fini della presente direttiva. Esse aggiudicano tali appalti pubblici mediante procedura aperta o mediante procedura ristretta. Alle condizioni specifiche espressamente previste all'articolo 29 le amministrazioni aggiudicatrici possano aggiudicare gli appalti pubblici mediante il dialogo competitivo. Nei casi e alle condizioni specifiche espressamente previsti agli articoli 30 e 31, esse possono ricorrere a una procedura negoziata, con o senza pubblicazione del bando di gara”.

infatti, il rilievo suggerisce che, ove voglia sfruttare i margini di azione e di dialogo offerti dalla nuova disciplina, l'amministrazione deve abbandonare le tradizionali procedure aperte o ristrette e applicare espressamente "in blocco" la normativa sul dialogo competitivo.

Il dialogo competitivo non costituisce invece una nuova modalità di realizzazione dei lavori o di esecuzione della prestazione, nel senso che "sfocia" comunque nella stipula di un contratto di appalto.

Questo aspetto costituisce con tutta evidenza un motivo di ulteriore analogia rispetto al *project financing*, che, del pari, non introduce un nuovo sistema di realizzazione dei lavori pubblici, ma è preordinato alla stipula di un negozio per la costruzione e gestione dell'opera.

Tuttavia, il medesimo aspetto disvela pure una profonda differenza tra dialogo competitivo e *project financing*: il primo, infatti, può essere utilizzato non soltanto nel settore dei lavori (come accade per il project), ma anche in quelli delle forniture e dei servizi; il primo, soprattutto, è preordinato esclusivamente alla stipula di un appalto<sup>30</sup>, mentre il *project financing* è uno strumento alternativo per addivenire ad una concessione di costruzione e gestione (e non è utilizzabile per gli appalti), tanto è vero che si parla, al riguardo, anche di concessione "ad iniziativa del privato" al fine di distinguerla da quella di cui all'art. 19, l. Merloni (c.d. concessione "ad iniziativa pubblica").

Lo scarto in ordine al campo di applicazione delle due normative potrebbe suscitare interrogativi circa la sorte del *project financing* una volta che la direttiva sarà recepita (sempre che il legislatore italiano decida, come è probabile, di introdurre pure il dialogo competitivo). La questione, in particolare, attiene all'eventuale "superamento" dell'attuale disciplina della finanza di progetto, magari mediante il suo assorbimento in seno al dialogo competitivo.

Al riguardo, pare possibile sostenere che risulterebbe assai curioso l'esito per cui l'introduzione di una norma che va nel senso della maggiore flessibilità e della

---

<sup>30</sup> Sul punto sembra ardua un'interpretazione estensiva della disciplina: la direttiva n. 18/2004 conosce la distinzione tra appalti e concessioni, ma nell'art. 29 si fa espresso riferimento soltanto all'appalto.

valorizzazione del dialogo tra privati e amministrazione debba comportare l'eliminazione di un istituto che, già presente nel nostro sistema giuridico, assicura i medesimi risultati anche con riferimento ad aree (la concessione) non coperte dal dialogo competitivo. Si tratterà piuttosto di verificare che i tratti essenziali della disciplina della finanza di progetto risultino compatibili con il nuovo schema normativo.

Oltre tutto, sempre nella prospettiva del raffronto tra dialogo competitivo e finanza di progetto, deve essere osservato che la regolamentazione del *project financing* ha una respiro assai più ampio di quella scaturita dalla Direttiva n. 18/2004, nel senso che si preoccupa di peculiari profili (quali la gestione dell'opera, la società di progetto, la risoluzione, la revoca ed il subentro) che non sono presi in considerazione dalla fonte comunitaria.

Più in generale, uno dei meriti della disciplina nazionale è quella di valorizzare le problematiche finanziarie, di cui invece si disinteressa la normativa comunitaria, tradizionalmente incline ad occuparsi dei tratti dei vari istituti che direttamente involgono la concorrenza: non si tratta di un aspetto secondario, atteso che uno dei principali problemi tra quelli che affliggono l'amministrazione, lungi dall'essere riconducibile meramente alle carenze organizzative che si riflettono sulla necessità di far ricorso alle capacità progettuali dei privati, attiene alla difficoltà di reperire finanziamenti<sup>31</sup>.

Né questo deve stupire, atteso che i profili sopra individuati derivano in gran parte dalle caratteristiche precipue dell'oggetto della finanza di progetto, costituito da opere finanziate (anche) dai privati e, soprattutto, destinate ad essere gestite dai medesimi per garantire flussi di cassa. Il *project financing*, poi, è modellato sul carattere essenziale della concessione, costituito dal trasferimento in capo al privato

---

<sup>31</sup> Tale profilo è stato evidenziato da ultimo da F. PELLIZZER nel corso del seminario di Diritto comunitario e nazionale sugli appalti pubblici e servizi, organizzato dall'Università di Trento-Osservatorio di diritto comunitario e nazionale sugli Appalti Pubblici, su *Partenariato pubblico privato*, Trento, 5 novembre 2004.

del rischio economico inerente alla gestione; tale aspetto difetta invece nell'appalto<sup>32</sup>, sicché il dialogo non si estende alla definizione del ritmo della gestione.

*10. Nozione e disciplina: il tema delle asimmetrie informative e della presenza di una “sufficiente concorrenza”.*

La definizione del dialogo competitivo si rinviene nell'art. 1, par. 11, lettera c) della direttiva 2004/18/Ce, mentre la sua disciplina specifica è dettata dall'art. 29.

La prima norma stabilisce che il dialogo competitivo è “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 le offerte”.

L'art. 29 delinea in modo articolato le fasi della procedura, che saranno oggetto di analisi nel corso dei prossimi paragrafi.

Al momento, osserviamo che la norma prevede quale unico criterio per l'aggiudicazione dell'appalto pubblico quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Si tratta di una indicazione abbastanza ovvia, che riflette la peculiarità della figura e l'esigenza per l'amministrazione di poter utilizzare un certo margine di scelta.

L'art. 29, poi, conferma che il presupposto perché ci si possa avvalere del dialogo competitivo è costituito dalla “complessità degli appalti”, soggiungendo che l'amministrazione può farvi ricorso soltanto nei casi in cui ritenga che il ricorso alla procedura aperta o ristretta non permetta l'aggiudicazione dell'appalto.

Trova così conferma il carattere (in questo senso) eccezionale del dialogo; ciò si riflette in un arricchimento del contenuto motivazionale dell'atto che dà avvio alla

---

<sup>32</sup> V. Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario, Bruxelles, 12 aprile 2004.

fase di scelta del privato, ma, soprattutto, consente di osservare che il dialogo competitivo può essere utilizzato nell'ipotesi di operazioni non standardizzabili.

In questi casi, l'amministrazione è spesso afflitta dal problema della debolezza informativa e dal rischio di doversi confrontare con privati che non svelano del tutto le proprie carte, mantenendo un atteggiamento di opportunismo precontrattuale. L'amministrazione, nel corso del dialogo, può invece stimolare le rivelazioni dei concorrenti, al contempo raccogliendo ed elaborando dati diretti ad arginare l'asimmetria informativa.

Si tratta di problemi ben noti agli studiosi delle procedure di scelta dei contraenti<sup>33</sup>.

Il rilievo, in ogni caso, consente di effettuare un'ulteriore precisazione, che si risolve nella individuazione di un presupposto non scritto, ma essenziale, per l'utilizzo della nuova figura.

La relativa procedura, almeno in linea di principio<sup>34</sup>, può essere impiegata soltanto nelle ipotesi in cui non sussistano esigenze particolari di celerità e di speditezza, che infatti difficilmente potrebbero essere salvaguardate all'interno di una scansione caratterizzata da un dialogo mirato ad affinare progressivamente la soluzione al problema amministrativo e ad indurre le parti, a più riprese, a presentare un'offerta che rispecchi l'effettivo valore che il privato attribuisce al "bene" in palio.

Vi è infine un'ulteriore indicazione che potrebbe riflettersi nella individuazione di un generale presupposto per l'impiego del dialogo competitivo.

Giova ricordare che la Direttiva 2004/17/CE, mentre contempla alcune delle nuove figure disciplinate dalla direttiva n. 18 (quali l'accordo quadro, il sistema dinamico di acquisizione, le aste elettroniche), non fa alcun cenno all'istituto qui in esame.

La ragion d'essere del dialogo, dunque, potrebbe individuarsi nel "carattere" che è assente nel contesto in cui si inserisce la Direttiva n. 17/2004.

---

<sup>33</sup> Su tali aspetti v. ampiamente M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore*, cit., *passim*, in part. 147 e ss., ove anche ulteriori indicazioni bibliografiche.

<sup>34</sup> V. quanto si dirà *infra*, par. 13.

Tale “carattere” è costituito dalla presenza della concorrenza (l’art. 30 di tale ultima fonte, in particolare, fa riferimento alla “esposizione alla concorrenza”).

Parrebbe dunque doversi concludere che il dialogo possa trovare applicazione nei casi in cui il mercato sia sufficientemente sviluppato e aperto: ritroviamo, dunque, quella tensione – tra flessibilità e concorrenza - che avevamo introdotto proprio in apertura di queste riflessioni.

La soluzione, peraltro, potrebbe non risultare esente da critiche, nel senso che anche in assenza di un contesto segnato dalla sufficiente esposizione alla concorrenza riuscirebbe forse utile per l’amministrazione muoversi secondo una logica di dialogo e di confronto.

Vero è che, in tal caso, il pericolo è che l’amministrazione non si profili come sufficientemente “attrezzata” e preparata, rischiando di non tutelare sufficientemente l’interesse pubblico. Si tratta di un profilo essenziale, già enunciato<sup>35</sup> e sul quale gioverà tornare (v. *infra*, par. 16).

#### 11. *Le fasi del dialogo competitivo: il dialogo iniziale.*

La prima fase della procedura è quella delineata dall’art. 29, 2° comma: le amministrazioni aggiudicatrici, con il chiaro intento di stimolare l’iniziativa dei privati, pubblicano un bando di gara -una sorta di documento descrittivo- in cui rendono note le loro necessità e le loro esigenze.

In alcuni settori, quali ad esempio quello dei lavori pubblici, la predefinizione dei caratteri delle esigenze della amministrazione viene tradizionalmente versata in documenti progettuali tipizzati dalla legge, sicché è difficile immaginare un livello di progettazione differente dalla triplice scansione (che si riflette in una progressività di definizione del progetto) che ci restituisce la legge Merloni: sarà pertanto interessante capire quale risulterà la scelta adottata al riguardo dal legislatore nazionale.

---

<sup>35</sup> V. *supra*, par. 1.

Va piuttosto osservato che il dialogo prende avvio sulla base della rappresentazione delle necessità e delle esigenze dell'amministrazione, sicché il privato non ha nessuno spazio per predefinire siffatte esigenze (e, cioè, il tipo di interesse pubblico che si intende soddisfare mediante un intervento pubblico), ma può soltanto esprimersi per affinarne i caratteri.

Nella prima versione della disciplina avente ad oggetto l'istituto italiano che più si avvicina, come già sopra accennato, alla figura del dialogo competitivo e, cioè, nel *project financing*, il promotore poteva presentare all'amministrazione un progetto preliminare relativo ad un'opera che doveva essere già inserita nella programmazione triennale. Questa regola, che corrisponde all'impostazione seguita dalla direttiva n. 18/2004, rispecchiava l'ovvia considerazione secondo cui la valutazione dell'interesse pubblico non può che essere riservata all'ente; essa, però, si traduceva in un indubbio vincolo per il privato, cui era impedita la proposizione all'amministrazione di un certo intervento al di fuori di quelli già prospettati dalla stessa. L'iniziativa privata, cioè, poteva esplicitarsi unicamente all'interno del ventaglio di opzioni già definite (e tradotte in interventi programmati) dal soggetto pubblico.

Proprio al fine di ovviare a questa situazione, la recente riforma introdotta dalla l. 166/2002, pur mantenendo quella disciplina, ha aggiunto un importante strumento, consentendo al privato di suggerire gli interventi da inserire nella programmazione triennale. Vero è che questa facoltà è circondata da una serie di precauzioni che tendono ad escludere che dalla presentazione di proposte di intervento scaturiscano in capo alle amministrazioni "obblighi di esame e valutazione" o diritti del proponente al "compenso per le prestazioni compiute"<sup>36</sup> o alla "realizzazione degli interventi proposti" (art. 27 bis, comma 1, l. 109/94 e succ. modific.); tuttavia, in tal modo, il privato può suggerire all'amministrazione l'individuazione del tipo di esigenze da soddisfare con l'azione pubblica.

---

<sup>36</sup> E' interessante notare che, in tema di appalto concorso, il già citato art. 4, r.d. 2440/1923 analogamente dispone che "nessun compenso o rimborso spetta alle persone o ditte per la compilazione dei progetti presentati".

In sostanza, nell'ambito della finanza di progetto, il dialogo può anche prendere l'avvio in una fase antecedente alla programmazione (che già corrisponde alla identificazione di una soluzione, pur suscettibile di ulteriori affinamenti), anche se dall'iniziativa del privato non scaturiscono condizionamenti in capo all'amministrazione.

Una tale eventualità non è espressamente prevista dalla disciplina comunitaria, che mostra così una minor "fantasia", scegliendo di non valorizzare uno spazio importante in cui la collaborazione del privato (piuttosto che un vero dialogo) potrebbe essere in taluni casi assai utile per definire la risposta a bisogni pubblici.

Va peraltro osservato che molto dipenderà dalla interpretazione della norma di cui all'art. 29, il quale, al comma 3, dispone che le amministrazioni aggiudicatrici avviano con i candidati selezionati un dialogo finalizzato all'individuazione e alla definizione dei mezzi più idonei a soddisfare le proprie necessità. Se l'amministrazione resisterà alla tentazione di entrare troppo nel dettaglio, infatti, potrà raggiungersi una più ampia valorizzazione di quel meccanismo<sup>37</sup> che, come vedremo, costituisce la matrice fondamentale dell'istituto e, cioè, della sussidiarietà orizzontale (par. 16).

A prescindere da questi ultimi profili, per tornare all'esame delle scansioni procedurali, va aggiunto che all'iniziativa dell'amministrazione, dopo la pubblicazione del bando<sup>38</sup>, fa seguito la presentazione delle domande dei privati (candidati) che sollecitano l'invito dell'amministrazione (v. art. 1, c. 8; art. 40 e *infra*); tale invito, come abbiamo precisato, ha ad oggetto non già la presentazione di un'offerta, ma la prospettazione di soluzioni.

All'invito, che presuppone ovviamente una valutazione delle condizioni soggettive (capacità economica, tecnica, finanziaria ai sensi degli artt. 44 e ss.) dei partecipanti, segue la presentazione delle proposte.

---

<sup>37</sup> Da questo punto di vista, in tema di appalti pubblici, si potrebbe ipotizzare che il privato possa proporre, come accade per la finanza di progetto, un intervento da inserire nella programmazione triennale.

<sup>38</sup> La pubblicazione del bando e le sue modalità sono riportate negli art. 35, c. 2, e 38, che si sofferma in particolare sui termini per la ricezione delle domande di partecipazione.

L'apporto del privato riguarda tutti gli aspetti della "soluzione"<sup>39</sup>, sicché non parrebbe necessariamente doversi ridurre a quelli tecnico-progettuali: le amministrazioni, secondo quanto dispone l'art. 44, "possono discutere con i candidati selezionati tutti gli aspetti dell'appalto".

La norma non individua modalità rigide circa lo svolgimento del dialogo, sicché si potrebbe pure immaginare uno "scambio" non documentale e cartaceo; d'altro canto, come appena detto, la norma fa riferimento al "discutere"<sup>40</sup>.

Le fasi della procedura sono dunque le seguenti: bando – domanda dei privati che sollecitano l'invito – invito dei candidati– avvio del dialogo.

## *12. Due ipotesi di evoluzione del dialogo.*

La normativa cadenzza l'evoluzione del dialogo delineando una prima eventualità nello sviluppo del procedimento<sup>41</sup>.

E' infatti contemplata la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di limitare il numero di candidati idonei che inviteranno a partecipare al dialogo, purché vi sia un numero sufficiente di candidati idonei, siano indicati nel bando di gara i

---

<sup>39</sup> L' art. 1, c. 11, lett. c), già citato, stabilisce che il "dialogo competitivo" è 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 le offerte".

<sup>40</sup> V. anche comma 4. Pure la disciplina sulla finanza di progetto ammette la possibilità che l'amministrazione "senta" i promotori: art. 37 *ter*, l. 109/1994 e succ. modific.

<sup>41</sup> Giova riportare integralmente il contenuto dell'articolo 44, 3° e 4° comma: "...Nelle procedure ristrette, nelle procedure negoziate con pubblicazione di un bando di gara e nel dialogo competitivo, le amministrazioni aggiudicatrici possono limitare il numero di candidati idonei che inviteranno a presentare un'offerta, a negoziare od a partecipare al dialogo, purché vi sia un numero sufficiente di candidati idonei. Le amministrazioni aggiudicatrici indicano nel bando di gara i criteri o le norme obiettivi e non discriminatori che intendono applicare, il numero minimo di candidati che intendono invitare e, all'occorrenza, il numero massimo. Nelle procedure ristrette il numero minimo di candidati è cinque. Nelle procedure negoziate con pubblicazione di un bando di gara e nel dialogo competitivo il numero minimo di candidati è tre. In ogni caso il numero di candidati invitati deve essere sufficiente ad assicurare un'effettiva concorrenza. Le amministrazioni aggiudicatrici invitano un numero di candidati almeno pari al numero minimo prestabilito. Se il numero di candidati che soddisfano i criteri di selezione e i livelli minimi è inferiore al numero minimo, l'amministrazione aggiudicatrice può proseguire la procedura invitando il candidato o i candidati in possesso delle capacità richieste. L'amministrazione aggiudicatrice non può includere in tale procedura altri operatori economici che non abbiano chiesto di partecipare o candidati che non abbiano le capacità richieste.

4. Le amministrazioni aggiudicatrici, quando ricorrono alla facoltà di ridurre il numero di soluzioni da discutere o di offerte da negoziare, di cui all'Articolo 29, paragrafo 4, e all'Articolo 30, paragrafo 4, effettuano tale riduzione applicando i criteri di aggiudicazione indicati nel bando di gara, nel capitolato d'onere o nel documento descrittivo. Nella fase finale, tale numero deve consentire di garantire una concorrenza effettiva , purché vi sia un numero sufficiente di soluzioni o di candidati idonei".

criteri o le norme obiettivi e non discriminatori che intendono applicare, e sia individuato il numero minimo (che non può essere inferiore a tre) e massimo di candidati che saranno invitati. In ogni caso, il numero di candidati invitati deve essere sufficiente ad assicurare un'effettiva concorrenza. L'art. 44 citato aggiunge poi il divieto di “includere” nella procedura altri operatori economici che non abbiano chiesto di partecipare o candidati che non abbiano le capacità richieste.

Accanto a questa prima opzione – incentrata sulla possibilità per l'amministrazione di limitare da subito il numero degli invitati – la legge delinea una seconda ipotesi. L'articolo 29, 4° comma<sup>42</sup>, infatti, prevede la possibilità per l'amministrazione di introdurre “sbarramenti” successivi che riducano progressivamente lo spettro dei concorrenti, purché il ricorso a tale facoltà sia esplicitato nel bando di gara o nel documento descrittivo.

La considerazione della disciplina di queste iniziali scansioni del procedimento sollecita una serie di riflessioni.

In primo luogo, l'introduzione di un numero massimo e minimo di concorrenti (la “forchetta”) e la frantumazione della procedura in fasi successive, se costituiscono importanti strumenti che l'amministrazione può utilizzare per “confezionare” un procedimento che risponda alle esigenze della concreta “operazione non standardizzabile” che essa intende realizzare, rappresentano altrettante occasioni di contenzioso giurisprudenziale, in deroga al principio secondo cui è impugnabile il solo atto finale della gara.

In secondo luogo, vi è il delicato tema dei margini di ostensibilità e di diffusione delle informazioni svelate dai concorrenti o possedute dall'amministrazione.

---

<sup>42</sup> La norma recita testualmente che “Le amministrazioni aggiudicatrici possono prevedere che la procedura si svolga in fasi successive in modo da ridurre il numero di soluzioni da discutere durante la fase del dialogo applicando i criteri di aggiudicazione precisati nel bando di gara o nel documento descrittivo. Il ricorso a tale facoltà è indicato nel bando di gara o nel documento descrittivo”. A questa previsione normativa si affianca quella contenuta nell'art. 44, c 4. secondo la quale: “Le amministrazioni aggiudicatrici, quando ricorrono alla facoltà di ridurre il numero di soluzioni da discutere o di offerte da negoziare, di cui all'articolo 29, paragrafo 4, e all'articolo 30, paragrafo 4, effettuano tale riduzione applicando i criteri di aggiudicazione indicati nel bando di gara, nel capitolato d'onere o nel documento descrittivo. Nella fase finale, tale numero deve consentire di garantire una concorrenza effettiva, purché vi sia un numero sufficiente di soluzioni o di candidati idonei”.

La previsione normativa<sup>43</sup> non pone un divieto assoluto di diffusione, in quanto ammette la comunicazione con il consenso del concorrente, anche se riesce difficile immaginare un candidato che consenta di divulgare ad altri competitori gli elementi su cui ha costruito la propria offerta.

E' interessante osservare che la questione della "trasparenza" si ripropone pure all'interno della disciplina del *project financing*, dove però non è espressamente presa in considerazione<sup>44</sup>.

Da questo punto di vista, va dunque salutato con favore il tentativo di regolamentare un aspetto essenziale per la "buona riuscita" del dialogo. Molto dipenderà, comunque, dalla abilità e dalla capacità dell'amministrazione di lasciar trapelare le informazioni utili a stimolare gli apporti dei candidati senza però lederne la legittima pretesa avente ad oggetto la segretezza di elementi ritenuti essenziali. Una soluzione che eliminerebbe parte dei problemi potrebbe essere quella di chiedere ai competitori di indicare espressamente le informazioni ritenute non suscettibili di diffusione.

### 13. *La chiusura del dialogo.*

L'art. 29, al 5° comma, dispone che l'amministrazione aggiudicatrice prosegue il dialogo "finché non è in grado di individuare, se del caso dopo averle confrontate, la o le soluzioni che possano soddisfare le sue necessità".

E' interessante notare che non viene stabilito un termine finale per la conclusione del confronto<sup>45</sup>. Il rilievo conferma che il dialogo competitivo difficilmente potrebbe essere utilizzato in casi di particolare urgenza, salvo forse

---

<sup>43</sup> L'art. 26, 3° comma, dispone che: "... Durante il dialogo le amministrazioni aggiudicatrici garantiscono la parità di trattamento di tutti gli offerenti. In particolare esse non forniscono, in modo discriminatorio, informazioni che possano favorire alcuni offerenti rispetto ad altri. Le amministrazioni aggiudicatrici non possono rivelare agli altri partecipanti le soluzioni proposte né altre informazioni riservate comunicate dal candidato partecipante al dialogo senza l'accordo di quest'ultimo".

<sup>44</sup> Per un'analisi v. F. FRACCHIA, *Finanza di progetto: i profili di diritto amministrativo*, in G. F. FERRARI – F. FRACCHIA (a cura di), *Project financing e opere pubbliche*, cit., 53-54.

<sup>45</sup> Per quanto riguarda il *project financing*, l'art. 37 *ter* l. 109/1994 fissa il termine di quattro mesi dalla ricezione delle proposte dei promotori per individuare quella di pubblico interesse e l'art. 37 *quater* dispone che entro tre mesi dalla

confezionare in modo adeguato il documento iniziale, avviando un dialogo molto serrato e preordinato ad affinare soltanto aspetti specifici<sup>46</sup>.

La chiusura può essere preceduta, “se del caso”, da un “confronto” tra più soluzioni, il che sembra lasciar intendere che, in via ordinaria, il dialogo si sviluppa attraverso una serie di rapporti bilaterali – che si instaurano con i candidati - e tra di loro autonomi. E’ però difficile ipotizzare che l’amministrazione, che è il vertice comune di tutti questi fasci di rapporti, non operi, seppur implicitamente, un raffronto tra le soluzioni che, simultaneamente, discute con i concorrenti.

In ogni caso, è arduo per la norma irrigidire e predeterminare tutte le scansioni relative ad una fase che deve essere ispirata alla flessibilità, pur nel quadro del rispetto dei principi di *par condicio*.

Piuttosto, la disposizione suscita dubbi nella parte in cui prevede che l’amministrazione può anche individuare “più soluzioni”. Teniamo infatti conto che il dialogo prende avvio sulla base di un unitario documento descrittivo e che la soluzione delineata a conclusione della prima fase è posta a base del confronto successivo: è difficile comprendere come si possa procedere ad un confronto per individuare il concorrente che eseguirà il progetto muovendo da soluzioni/progetti diversi, né sembra ipotizzabile instaurare due gare per la medesima esigenza. Parrebbe dunque più ragionevole immaginare che l’amministrazione abbia il potere di “fondere” più soluzioni progettuali, individuando un unico progetto che sarà eseguito dal vincitore della fase successiva. Tuttavia, il comma 6 si riferisce espressamente alla presentazione delle “offerte finali in base alla o *alle soluzioni* presentate e specificate nella fase del dialogo”. Al fine di attribuire un significato a questa prescrizione parrebbe risultare di qualche utilità la valorizzazione del disposto di cui all’alinea successivo, là dove si precisa che “su richiesta dell’amministrazione aggiudicatrice le offerte possono essere chiarite, precisate e perfezionate”: il soggetto pubblico, cioè, potrebbe intervenire ad un certo punto del confronto per chiedere ai

---

pronuncia di individuazione della proposta di pubblico interesse si procede ad indire la gara per la scelta degli offerenti; non è invece stabilito un termine entro cui va effettuata l’aggiudicazione (v. peraltro art. 37 *quater*, c. 4).

<sup>46</sup> All’uopo, peraltro, continua a configurarsi come maggiormente adatto l’istituto della trattativa privata.

concorrenti quelle modifiche che appaiono necessarie al fine di omogeneizzare le offerte, così rendendole comparabili.

A prescindere da tale aspetto, dall'esame del comma 6<sup>47</sup> emerge poi che il dialogo deve chiudersi con un atto formale, che va notiziato ai partecipanti.

La normativa sancisce in tal modo una cesura tra il momento iniziale del dialogo, preordinato alla individuazione della "soluzione" e la fase successiva destinata alla scelta tra le offerte.

Ancora una volta, qualche suggestione può scaturire dal confronto con la disciplina del *project financing*. Le fasi che costituiscono l'articolazione del relativo procedimento sono in sostanza quelle della scelta del progetto/proposta, della scelta dei concorrenti che parteciperanno al confronto negoziale e della aggiudicazione.

La particolarità del modello della finanza di progetto è costituita dal fatto che al secondo stadio (scelta dei concorrenti) non interviene il promotore il cui progetto è stato prescelto; nella disciplina posta dalla Direttiva n. 18/2004, viceversa, non si rinviene una disposizione analoga con riferimento al candidato che ha proposto la soluzione accettata dall'amministrazione. Alla fase successiva, infatti, accedono tutti coloro che hanno partecipato alla prima (salvo, parrebbe, utilizzare la facoltà - v. *supra*, par. 12 - di cui al comma 4, interpretato estensivamente<sup>48</sup>), né sussiste un ulteriore e distinto stadio del confronto concorrenziale, viceversa tutto "riassorbito" nel dialogo iniziale.

Alla differenza di trattamento riservata al promotore nella finanza di progetto corrisponde il fatto che esso gode di una posizione particolare, potendo accedere di diritto al confronto negoziale finale, laddove la regolamentazione del dialogo competitivo non contempla nessun incentivo che sia paragonabile a quello disciplinato dalla l. 109/1994.

Si tratta di una difformità che deve far riflettere, soprattutto ponendosi nell'ottica del privato che è chiamato ad esprimere uno sforzo progettuale senza avere peculiari

---

<sup>47</sup> "Dopo aver dichiarato concluso il dialogo e averne informato i partecipanti...".

<sup>48</sup> La norma, infatti, si riferisce soltanto alle "fasi successive" che consentano di "ridurre il numero di soluzioni da discutere durante la fase del dialogo".

garanzie che dall'accoglimento della propria proposta scaturiscano posizioni di vantaggio ai fini dell'aggiudicazione finale (su tale questione v. anche *infra*, par. 16).

Più in generale, la seconda fase della procedura del *project financing*, quella che è preordinata alla scelta dei concorrenti, ha pure la finalità di costringerli ad effettuare uno sforzo progettuale di ulteriore affinamento della proposta, tanto è vero che la scelta può effettuarsi anche mediante appalto concorso. Nel caso della figura disciplinata dalla Direttiva n. 18/2004, invece, questa collaborazione dovrebbe essere assicurata già nella fase del dialogo.

#### 14. *La seconda fase: la presentazione delle offerte finali e la possibile riapertura del dialogo (contestuale).*

Dopo aver dichiarato concluso il dialogo e averne informato i partecipanti, le amministrazioni aggiudicatrici pongono in essere un secondo invito rivolto ai partecipanti medesimi (art. 29 comma 6°), richiedendo loro di presentare le “offerte finali” in base alla o alle soluzioni presentate e specificate nella fase del dialogo. Tali offerte devono contenere tutti gli elementi richiesti e necessari per l'esecuzione del progetto.

Il dialogo pubblico-privato parrebbe dunque doversi considerare concluso.

In realtà vi è ancora una possibilità di sua “riapertura”. Il medesimo art. 29, comma 6°, infatti, prevede che su richiesta dell'amministrazione aggiudicatrice le offerte possano essere “chiarite, precisate e perfezionate”.

Il limite a tale possibilità si ravvisa nella necessità che ciò non abbia l'effetto di modificare gli elementi fondamentali dell'offerta o dell'appalto quale posto in gara la cui variazione rischi di falsare la concorrenza o di avere un effetto discriminatorio (tale limite ci riconduce al tema già affrontato<sup>49</sup> delle varianti).

Più in generale, non è espressamente previsto che si avvii una fase di dialogo in contraddittorio tra tutti gli offerenti.

---

<sup>49</sup> V. *supra*, par. 3.

Le offerte, eventualmente chiarite, precisate e perfezionate, vengono esaminate dalle amministrazioni aggiudicatrici sulla base dei criteri di aggiudicazione fissati nel bando di gara o nel documento descrittivo, applicando il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 29, comma 7°): si giunge così all'aggiudicazione.

#### *15. Un'ulteriore riapertura del dialogo (successivo all'aggiudicazione).*

Sempre all'art. 29, 7° comma, la normativa comunitaria consente, anche dopo l'aggiudicazione, una ulteriore e finale riapertura del dialogo.

Su richiesta dell'amministrazione aggiudicatrice, infatti, l'offerente che risulta aver presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa e, quindi, che si è aggiudicato l'appalto, "può essere indotto a precisare gli aspetti della sua offerta, a condizione che ciò non abbia l'effetto di modificare elementi fondamentali dell'offerta o dell'appalto quale posto in gara, falsare la concorrenza o comportare discriminazioni".

Siffatta previsione potrebbe giustificarsi in ragione della tematica del finanziamento: non è ad esempio escluso che il settore bancario accetti di finanziare una certa operazione o un certo soggetto soltanto una volta che abbia la sicurezza dell'aggiudicazione ed a condizione che la prestazione abbia peculiari caratteristiche che potrebbero essere definite ricorrendo a questo ulteriore spazio di flessibilità.

#### *16. Spunti conclusivi.*

A conclusione dell'esame condotto nel corso delle pagine precedenti sembra utile focalizzare l'attenzione su tre ambiti problematici: le (nuove?) abilità richieste all'amministrazione, gli incentivi previsti a favore dei privati e l'eventuale esistenza di un canone interpretativo fondamentale per inquadrare il dialogo competitivo.

In ordine al primo aspetto, già abbiamo ricordato la delicatezza del compito che l'amministrazione è chiamata a svolgere, dovendo ad esempio operare un arduo dosaggio relativo alla diffusione delle informazioni possedute o acquisite; aggiungiamo la difficoltà di concludere un dialogo con controparti che possono risultare molto preparate e "forti". In sintesi, emerge l'assoluta necessità di poter contare su di un'amministrazione capace e attrezzata, in grado di gestire con professionalità le complessità del processo di dialogo, superando la presunzione che il privato sia sempre la parte più debole. Essa, poi, dovrà altresì abituarsi a ragionare per bisogni, definendo le proprie esigenze funzionali<sup>50</sup>, secondo un indirizzo che emerge anche dalla lettura del libro verde sui partenariati pubblico-privati<sup>51</sup>. Più in generale, è estremamente importante che il soggetto pubblico sappia sfruttare tutti i momenti di dialogo offerti dalla normativa, anche quello cui abbiamo fatto cenno da ultimo (par. 15), al fine di confezionare uno strumento negoziale che predefinisca in tutti i dettagli la pattuizione e le prestazioni corrispettive, rifuggendo la tentazione di affidarsi a moduli standardizzati, in modo da evitare la sussistenza di "zone d'ombra" probabilmente destinate a sfociare nel c.d. opportunismo postcontrattuale che definisce spiacevoli scenari segnati da contestazioni e dal relativo contenzioso<sup>52</sup>.

Per quanto attiene al secondo aspetto e, cioè, agli incentivi, va osservato che la flessibilità del meccanismo e l'assenza di eccessivi vincoli in ordine alla "predisposizione" delle proposte dei candidati possono sicuramente agevolare la posizione dei privati, anche se, al riguardo, esiste indubbiamente un notevole spazio per la successiva specificazione ad opera del bando iniziale.

Costituiscono invece seri ostacoli all'impiego della figura l'assenza di una tempistica certa e, soprattutto, la mancanza di garanzie a favore dei candidati circa l'esito della gara. L'art. 29, al comma 8, si limita a stabilire che "Le amministrazioni aggiudicatrici possono prevedere premi o pagamenti ai partecipanti al dialogo". Non

---

<sup>50</sup> V. anche art. 23, 5° comma, dove si fa riferimento alla definizione delle "specifiche tecniche in termini di prestazioni o di requisiti funzionali".

<sup>51</sup> Il par. 27, infatti, precisa: "D'altra parte, occorre sottolineare che, in virtù delle nuove direttive, per gli organismi aggiudicatori aumenta l'interesse a formulare le specifiche tecniche in termini di prestazioni o di esigenze funzionali. Nuove disposizioni permetteranno così agli organismi aggiudicatori di aumentare le possibilità di tenere conto di soluzioni innovative in occasione della fase d'aggiudicazione, indipendentemente dalla procedura adottata".

sussiste dunque neppure un dovere di previsione di “premi”; è questo delicato aspetto<sup>53</sup> quello su cui si giocherà probabilmente gran parte delle possibilità di successo dell’istituto, atteso che, realisticamente, difficilmente il privato, senza garanzie (o con l’unica incerta prospettiva del recupero delle spese di progettazione), produrrebbe sforzi progettuali che potrebbero poi essere “sfruttati” da altri.

Il rilievo consente tra l’altro di osservare che egli dovrà impostare una propria “strategia” complessiva che gli consenta sufficienti spazi di manovra nella fase di confronto successivo; di questo aspetto l’amministrazione non potrà non tener conto, soprattutto al momento della individuazione della “soluzione” migliore.

Le amministrazioni dovranno quindi dare prova di una notevole fantasia nel “confezionare” procedure caratterizzate dalla previsione di opportuni “premi”.

Giunti a questo punto, non si può tacere che i profili analizzati esibiscono significative analogie rispetto a quelli affrontati in dottrina in relazione alla figura del *project financing*<sup>54</sup>.

Assai prossimo pare d’altro canto anche l’approdo dell’indagine destinata a cogliere il referente costituzionale al quale il dialogo competitivo pare più intimamente collegabile: si tratta del principio di sussidiarietà orizzontale, codificato, seppur in versione attenuata, dall’art. 118 Cost., ai sensi del quale “Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni *favoriscono l'autonoma iniziativa* dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà”.

Sia nel *project financing*, sia nel dialogo competitivo, l’amministrazione dovrebbe “appoggiarsi” all’iniziativa privata, stimolandola ed agevolandola, interpretando dunque il proprio ruolo nella prospettiva di valorizzarne gli impulsi ed evitando di attestarsi sul fronte della unilaterale gestione delle esigenze collettive: di

---

<sup>52</sup> V. ancora M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore*, cit.

<sup>53</sup> Non va dimenticato che il meccanismo della prelazione (e cioè, la regola secondo cui il promotore ha diritto all’aggiudicazione ove adegui la propria offerta a quella risultante vincente dal confronto negoziale) è stata oggetto di critica da parte della Commissione europea, che in data 20 ottobre 2003, con parere motivato, ha evidenziato che la disciplina può determinare una discriminazione dei prestatori non nazionali quando questi presentano candidatura per l’attribuzione di una concessione di lavori pubblici.

<sup>54</sup> Sia consentito rinviare a F. FRACCHIA, *Finanza di progetto: i profili di diritto amministrativo*, cit., 66 e ss.

qui la necessità della flessibilità e l'esigenza di contemperarla con la concorrenza (v. par. 1).

A ben vedere, proprio siffatto profilo consente di distinguere abbastanza nettamente tali due figure dalle altre che sono state esaminate nel corso dei paragrafi precedenti, nella cui disciplina pure tralucono bagliori di flessibilità e residuano spazi di confronto, ma in ordine alle quali l'*iniziativa* è assai più saldamente nelle mani del soggetto pubblico.

Nel dialogo competitivo, invece, l'*“autonomia”* del concorrente è decisamente più ampia, anche in vista della definizione, su *“iniziativa”* appunto privata e comunque da *“favorire”*, delle soluzioni più opportune.