amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 2/2024

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Chiara Cudia, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sańchez-Mesa Martĩnez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Beatrice Coppa, Giuseppe Doria, Manuel Delgado Iribarren, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Giuseppina Lofaro, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Benedetta Piazza, Marcin Princ, Sara Pugliese, Bianca Nicla Romano, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Stefania Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Il partenariato pubblico-pubblico nel nuovo codice degli appalti

di Piergiuseppe Basile

(Dottorando di ricerca in diritto amministrativo presso l'Università degli Studi della Campania "L. Vanvitelli")

Sommario

1. Premessa – 2. L'autorganizzazione nelle fonti comunitarie – 2.1. (segue) L'art. 7,co. 4, del d. lgs. n. 36/2023 - 3. L'emersione dei limiti dell'istituto nella giurisprudenza – 4. La cooperazione procedimentale - 5. L'effettività della cooperazione e la comunanza degli obiettivi – 5.1. (Segue) La cooperazione sulle attività da espletare - 6. Sul corrispettivo economico – 7. Il partenariato nel settore del trasporto ambulatoriale – 8. Il partenariato come accordo - 8. Conclusioni.

Abstract

The paper investigates the institution of public-public partnership, identified by Art. 7, para. 4, of the Public Contracts Code (Legislative Decree No. 36/2023).
In particular, the research focuses on the evolution of the "principle of administrative self-organization," highlighting the rationale behind the instrument of cooperation between public authorities and the related prerequisites and/or limits of application identified by case law, national and European for the purpose of recourse to the institution under consideration.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

1. Premessa.

La materia dei partenariati pubblici riveste notevole importanza nell'ambito dell'ordinamento nazionale ed europeo e pone diverse questioni in ordine ai confini di applicabilità in relazione al tema della contrattualistica pubblica.

La recente approvazione del nuovo codice degli appalti pubblici nazionale pone le basi per tornare a soffermarsi su tale istituto ed osservarne le relative peculiarità.

Tale testo, infatti, introdotto con d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici[1], individua all'art. 7, definito "principio di auto-organizzazione amministrativa"[2], le forme di organizzazione dell'esecuzione di lavori o prestazione di beni e servizi previsti nell'ordinamento nazionale, rappresentate dall'esternalizzazione, dalla cooperazione e dall'auto produzione.

Il presente contributo si pone l'obiettivo di considerare la *ratio* che si cela dietro lo strumento della cooperazione tra autorità pubbliche e l'interpretazione offerta dalla giurisprudenza al fine di individuare i principi ispiratori dell'istituto.

2. L'autorganizzazione nelle fonti comunitarie.

Il ricorso allo strumento del partenariato pubblico-pubblico nell'ambito della contrattualistica pubblica s'innesta nell'alveo della scelta, in capo alla p.a., tra l'esternalizzazione e la cooperazione[3] per la fornitura di beni e servizi e, pertanto, tra

[1] In generale, in tema di contratti si cfr. F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Agg. VI, Milano, 2002, 90; R. DIPACE, I *contratti alternativi all'appalto per la realizzazione di opere pubbliche*, a cura di G. Alpa, *Appalto pubblico ed appalto privato*, Napoli, 2010; A. MASUCCI, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali. Il contratto di diritto pubblico*, Napoli, 1988; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997; C. E. GALLO, *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014*, 2014, Torino; G. D. COMPORTI, *La sfida delle nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni, Federalismi.it*, 2015, n. 6; M. COZZIO, *Prime considerazioni sulle proposte di direttive europee in tema di Public Procurement*, in M. CAFAGNO- A. BOTTO- G. FIDONE- G. BOTTINO, 2013, Milano, 119.

[2] Sul principio in parola si cfr. M. TIBERII, *Il principio di auto-organizzazione amministrativa negli appalti pubblici*, in *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*, AA.VV., Napoli, 2023, pp. 138 e ss.

[3] Sul tema si cfr. M. LOTTINI, *Principio di autonomia istituzionale e pubbliche amministrazioni nel diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2017; F. ASTONE, *Le amministrazioni nazionali nel processo di formazione ed attuazione del diritto comunitario*, Torino, 2004; A. MASSERA, *Ordinamento comunitario e pubblica amministrazione. Dall'Atto Unico Europeo al Trattato sull'Unione*, Bologna, 1994; E. CHITI, C. FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, 2003.

ISSN 2036-7821

la tutela delle regole concorrenziali ed il principio di autorganizzazione[4] di cui è titolare la p.a.[5].

Tale rapporto trova precisi riferimenti all'interno della normativa comunitaria di settore.

In particolare, un primo richiamo deriva dal riconoscimento del principio di autonomia giuridica delle amministrazioni[6], che può considerarsi diretta espressione dell'art. 2 della direttiva 23/2014, per il quale quest'ultime possono liberamente organizzare i propri lavori o prestare i propri servizi in modo da raggiungere un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, nonché parità di trattamento e promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nell'ambito dei servizi pubblici[7].

---

[4] Sul punto, è stato rilevato che il principio in parola è effetto dell'obbligo per la p.a. d'intervenire nelle ipotesi di cd. fallimento del mercato: «*tale che il servizio può essere considerato necessario per l'interesse della comunità e affidato a imprese pubbliche o private con l'obbligo di espletamento a determinate condizioni*», emergendo: «*l'applicazione del principio di sussidiarietà, lo Stato interviene soltanto quando il mercato non è idoneo a svolgere quel determinato servizio d'interesse pubblico autonomamente*». Così M. TIBERII, *Il principio di auto-organizzazione amministrativa negli appalti pubblici*, in *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*, AA.VV., Napoli, 2023, pp. 138-139. In generale, in tema di autorganizzazione M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano 1966; G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, nonché

[5] Come riferito nella Comunicazione 2010 della Commissione*: «Nei casi in cui le amministrazioni aggiudicatrici cooperano con l'intento di garantire congiuntamente l'esecuzione di compiti di interesse pubblico, ciò può comportare che gli appalti vengano aggiudicati senza far scattare l'obbligo di applicare il diritto UE sugli appalti pubblici. Tale cooperazione può assumere la forma di un controllo congiunto su una terza entità incaricata dell'esecuzione del compito ("cooperazione verticale/istituzionalizzata"). In alternativa, la cooperazione può essere intrapresa senza la creazione di un'entità nuova o ad hoc ("cooperazione orizzontale/non istituzionalizzata")».* In dottrina non sono mancate voci critiche in merito alla compatibilità di tale istituto rispetto, oltre alle regole proprie del mercato europeo, anche in relazione alla cd. anima contabilistica propria della contrattualistica pubblica, in quanto: *non manca qualche dubbio in ordine alla piena compatibilità del modello derogatorio del partenariato pubblico-pubblico anche rispetto all'altra delle due "anime" del principio dell'evidenza pubblica: quella che più intimamente si lega ad una più risalente – ma comunque non trascurabile – «concezione contabilistica» della normativa in materia di scelta del contraente. Si vuol con ciò dire che l'opzione per l'autoproduzione pubblica di beni e servizi – e, con essa, la "fuga dal mercato" – non dovrebbe comunque esser slegata da un'adeguata valutazione in ordine ad un impiego effettivamente efficiente delle risorse pubbliche,* così C. P. SANTACROCE, *Osservazioni sul «partenariato pubblico-pubblico», tra elaborazioni ed applicazioni giurisprudenziali del modello e nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in *Riv. Giur. Urb.*, 2014, 2, 197.

[6] In tema di principi di autorganizzazione amministrativa si cfr. G. MARONGIU, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, Milano, 1969; V. BACHELET, *Profili giuridici dell'organizzazione amministrativa. Strutture tradizionali e tendenze nuove*, Milano 1965 A. PIOGGIA, *Organizzazione amministrativa*, a cura di S. CASSESE, *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, 2006, 4019; F.G. SCOCA, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, a cura di L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. A. ROVERSI MONACO, F. G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, I,2a ed., Bologna, 1998, 441; G. BOTTINO, *Amministrazione e funzione organizzatrice*, Milano, 2008; F. D'ANGELO, *I modelli organizzativi e la coamministrazione*, a cura di R. CAVALLO PERIN, A. POLICE, F. SAITTA, *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, Firenze, 2016, 535.

[7] Sul punto si confronti la sentenza C-285/18 C.G.U.E. secondo la quale: «*l'articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che non osta ad una norma nazionale con la quale uno Stato membro subordina la conclusione di un'operazione interna, in particolare alla condizione che l'aggiudicazione di un appalto pubblico non garantisca la qualità dei servizi forniti, la loro accessibilità o continuità, sempre che la scelta espressa a favore di una particolare modalità di prestazione di servizi, e effettuata in una fase precedente a quella dell'aggiudicazione dell'appalto*

ISSN 2036-7821

Ma, a ben vedere, il principio appena richiamato trova una sua fonte altresì all'interno degli obiettivi indicati al quinto considerando della direttiva[8], il quale prevede che: «*nessuna disposizione della presente direttiva impone agli Stati membri di affidare a terzi o esternalizzare la prestazione di servizi che intendono prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva*»[9], consacrando così la giurisprudenza della Corte di giustizia europea sviluppatasi anteriormente sul tema[10].

Ed, infine, la giurisprudenza europea fa derivare il rapporto tra auto-organizzazione e concorrenza direttamente dal considerando n. 31 della direttiva 24/2014, per il quale l'impianto pro-concorrenziale della disciplina non può comunque incidere sulla libertà delle autorità pubbliche nella scelta sulle modalità di gestione dei servizi e/o forniture di beni, anche attraverso il ricorso alla cooperazione tra le stesse.

Un controlimite alle libertà di autorganizzazione si rinviene, tuttavia, all'art. 18 della medesima direttiva, nella parte in cui, da un lato, impone alle amministrazioni di agire nel rispetto dei principi di parità e non discriminazione nei confronti degli operatori economici e, dall'altro, pone il divieto di limitazione artificiosa della concorrenza laddove la procedura d'appalto: «*sia effettuata con l'intento di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici*».

2.1. (segue) L'art. 7, co. 4, del d. lgs. n. 36/2023

Di riflesso, trasposto sul piano nazionale, tali indicazioni hanno trovato un primo riferimento all'art. 6, co. 5, del d.lgs. n. 50/2016.

La norma, in particolare, richiamava al suo interno la facoltà per le pp.aa. di procedere all'erogazione di un servizio o alla fornitura di un bene attraverso il

---

pubblico, rispetti i principi di parità di trattamento, non discriminazione, riconoscimento reciproco, proporzionalità e trasparenza».

[8] Com'è stato notato: «*il diritto UE – conformandosi al «principio di neutralità» di cui all'art. 345 del TFUE – non ha mai formalmente imposto alle amministrazioni soluzioni di esternalizzazione, ovvero di necessitato ricorso, per la gestione dei servizi pubblici, a operatori economici che agiscono nel mercato (c.d. outsourcing), riconoscendo invece libertà per i poteri pubblici di decidere «di erogare direttamente prestazioni di servizi a favore degli utenti mediante proprie strutture organizzative senza dovere ricorrere, per lo svolgimento di tali prestazioni, ad operatori economici attraverso il mercato»*, così E. CARUSO, *Principio di libera amministrazione, in house providing e cooperazione fra amministrazioni. Brevi riflessioni a partire da Corte cost. n. 65 del 2019 sul sistema idrico integrato della Regione Sardegna*, in *Le Regioni*, 3/2019, 780.

[9] Sul punto, in dottrina è stato evidenziato come le forme di accordo tra pubbliche amministrazioni attuano una: «*forma di cooperazione fra due enti pubblici che non si pone in contrasto con i principi dei Trattati e delle Direttive dell'Unione Europea ed anzi, attua l'opposto principio di legittima cooperazione nell'adempimento degli interessi istituzionali affidati dunque con l'utilizzo di propri strumenti e senza ricorrere al mercato ove sia possibile una collaborazione con altre autorità pubbliche*». In questi termini G. M. RACCA, *Gli accordi fra amministrazioni pubbliche: cooperazioni nazionali ed europee per l'integrazione organizzativa e l'efficienza funzionale*, in *Dir. Amm.*, 2017/1, 117. Si cfr. altresì C.E. GALLO, *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014*, Torino, 2014.

[10] C.G.U.E., C-285/18, par. 45, caso Irgita.

ISSN 2036-7821

ricorso alla disciplina dell'*in house providing* o mediante il partenariato pubblico-pubblico.

Tralasciando le procedure volte all'affidamento *in house* ed i relativi presupposti applicativi[11], il codice, nel richiamare quanto disposto dall'art. 12, co. 4, della direttiva 2014/24, sanciva specifici limiti di operabilità del partenariato.

In particolare, il legislatore permetteva il ricorso al partenariato laddove: a) l'accordo stabilisce o realizza una cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti, finalizzata a garantire che i servizi pubblici che essi sono tenuti a svolgere siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che essi hanno in comune; b) l'attuazione di tale cooperazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico; c) le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 per cento delle attività interessate dalla cooperazione[12].

I presupposti appena richiamati avrebbero dovuto, in ogni caso, legarsi al generale obbligo per le pp.aa. di organizzare autonomamente[13] l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi, nel rispetto del delicato bilanciamento con i principi pro-concorrenziali della disciplina e, pertanto, nella libertà di circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi, nonché dei principi

---

[11] Per quanto attiene alla, sconfinata, dottrina in tema di in house providing si cfr: M. COMBA, S. TREUMER, *The In -House Providing in Europan Law*, Copenhagen 2010; E. CAMPAGARO, *L'evoluzione dell'in-house providing, dall'eccezione all'efficiente attuazione del PNRR*, in *Contr. e Impr.*, n. 4\2022; A. GIORDANO, *Codice dei Contratti pubblici*, a cura di C. CONTESSA, P. DEL VECCHIO, Napoli, 2023, p. 159; C. CONTESSA, *Gli affidamenti in-house*, (a cura di) C. Contessa, *Il contenzioso e la giurisprudenza in materia di appalti pubblici*, Piacenza, 2019, R. CAVALLO PERIN, *Il modulo derogatorio: in autoproduzione o in house providing*, a cura di H. BONURA, M. CASSANO, *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, Torino 2011; F. FRACCHIA, *In house providing, codice dei contratti pubblici e spazi di autonomia dell'ente pubblico*, in *Dir. econ.*, 2, 2012. L'autonomia di scelta rimessa in capo agli Stati membri e concessa dal legislatore comunitario è stata oggetto di commento diffuso in dottrina. Sul punto, tra gli altri, si cfr. M. CLARICH, *Le società miste a capitale pubblico e privato tra affidamenti in house e concorrenza per il mercato*, in *Corriere Giur.*, 2007, 893 e ss.; C. IAONE, *Gli equilibri instabili dell'in house providing fra principio di auto-organizzazione e tutela della concorrenza. Evoluzione o involuzione nella giurisprudenza comunitaria?*, in *Giust. civ.* 2006, 1; D.U. GALETTA, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali ed in House providing nella recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Riv it. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2007, 17; G. RUBERTO, *La disciplina degli affidamenti in house nel d.lgs. n. 50/2016, tra potestà legislativa statale e limiti imposti dall'ordinamento dell'Unione Europea*, in *Federalismi*.it, n. 6/2021; I. CAVALLINI, *La nuova stagione delle società in house dopo il PNRR, la riforma del codice appalti e la legge concorrenza 2022*, *Azienditalia*, n. 11/2022.

[12] Del resto, il legislatore nazionale non ha fatto altro che riportare pedissequamente le indicazioni contenute all'art. 12, par. 4, della direttiva n. 24/2014.

[13] In generale, sul principio di autonomia istituzionale si cfr. M.S. GIANNINI, *Profili di un diritto amministrativo delle Comunità europee,* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 979 e ss, A.. MASSERA, *I principi generali*, a cura di M.CHITI E G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo, parte generale*, 2007, Milano, I, p287 e ss; G. VESPERINI, *Il vincolo europeo sui diritti amministrativi*, Milano, 2011; L.M. DIEZ-PICAZO, *What does it mean to be a State*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2002, 12, 4, pp. 655; D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost?, Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, Torino, 2009, p. 2.

ISSN 2036-7821

che ne derivano come la parità di trattamento, il divieto di discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza.
La nuova formulazione dell'istituto, viceversa, contenuta all'art. 7 del d. lgs. n. 36/2023, muove dall'elaborazione pretoria, nazionale e sovranazionale, richiamata nei seguenti paragrafi, degli elementi costitutivi della fattispecie, legittimando, in particolare: a) la facoltà di stipulare l'accordo tra pp.aa. che svolgono competenze diverse tra loro; b) la garanzia di effettiva partecipazione ai compiti d'interesse comune individuati dai contraenti, senza alcun rapporto sinallagmatico tra prestazioni; c) il perseguimento di una "convergenza sinergica" delle amministrazioni, anche nell'eventuale diversità del fine istituzionale perseguito dalle stesse e d) confermando il limite del 20% delle attività svolte dalle stesse per effetto dell'accordo nel mercato[14].

3. L'emersione dei limiti dell'istituto nella giurisprudenza.

L'esigenza di una ricognizione giurisprudenziale dell'argomento, la cui elaborazione è stata trasposta nell'attuale art. 7 del Codice, risulta necessaria in virtù dell'iniziale assenza di previsioni normative dell'istituto[15] a livello comunitario.
Nel buio normativo anteriore alle direttive nn. 23 e 24 del 2014, pertanto, in via pretoria sono stati individuati i principi cardine della materia, stabilendo il perimetro entro il quale potessero svilupparsi le deroghe non scritte al principio dell'evidenza pubblica che, da un iniziale discredito nei confronti dello stesso, si possono ricondurre secondo il seguente schema[16].
In via generale, la facoltà delle autorità pubbliche di regolare la propria attività mediante l'autorganizzazione e/o l'autoproduzione, a discapito, dunque, del mercato, ha trovato riconoscimento, in primo luogo, in molteplici pronunce in tema di *in house providing*, le quali hanno in prima battuta evidenziato come presupposto l'esigenza di non imporre alle autorità pubbliche il divieto di ricorrere a propri strumenti, amministrativi, tecnici o di altro tipo, per adempiere ai compiti d'interesse pubblico di cui sono portatrici[17].

---

[14] Si cfr. altresì la Relazione al Codice dei contratti pubblici redatta dal Consiglio di Stato in data 7.4.2022.

[15] Sotto questo profilo era stato sottolineato in giurisprudenza come l'autoproduzione fosse un elemento che rischiava di compromettere l'obiettivo della costruzione di un mercato unico europeo per tale ragione andava limitato quanto più possibile. Attraverso la storica sentenza *Teckal*, tuttavia è stata avallata l'opzione del ricorso all'autoproduzione attraverso l'istituto dell'*in House providing* e tale apertura ha portato la dottrina a sintetizzare efficacemente che: «*prius emerge un forte sfavore per l'autoproduzione pubblica, the inde una maggiore elasticità, senza tuttavia che la giurisprudenza, per così dire, molli mai la presa, in una continua ricalibratura tra aperture e chiusur*e», così M. MAZZAMUTO, *L'apparente neutralità comunitaria sull'autoproduzione pubblica: dall'in house al Partenariato ''Pubblico-Pubblico''*, in *Giur. it.*, 6/2013, 1417. Sul punto si cfr. altresì G. TACCOGNA, *I partenariati pubblico-pubblico orizzontali, in rapporto alla disciplina dell'aggiudicazione degli appalti*, *Federalismi.it*, 30.9.2015, n. 18/2015.

[16] In questi termini C. P. SANTACROCE, op. cit., 186

[17] Tra le tante si cfr. C.G.U.E., C-107/98, Teckal; C.G.U.E., C-324/07, Coditel, par. 48.

ISSN 2036-7821

Inoltre, sin da tempi risalenti, ed anche nel silenzio del legislatore comunitario, veniva riconosciuta la possibilità per le pp.aa. di perseguire detti interessi anche attraverso la collaborazione con altre autorità pubbliche[18].
Su tali presupposti venne considerato del tutto legittimo un accordo stipulato tra quattro *Landkreise* della Bassa Sassonia, ossia quelli di *Rotenburg (Wümme), di Harburg, di Soltau-Fallingbostel* e di *Stade*, e i servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo, avente ad oggetto lo smaltimento dei loro rifiuti nel costituendo impianto di termovalorizzazione di *Rugenberger Damm*[19].
In particolare, l'interpretazione che offre la Corte parte dalla centralità della cooperazione tra autorità pubbliche, tutte amministrazioni aggiudicatrici[20], finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune ai soggetti stipulanti l'accordo, consistente, nel caso che occupa, lo smaltimento dei rifiuti, considerato come obiettivo da parte di tutti gli Stati membri[21].
La Corte, pertanto, ha considerato del tutto legittimo il ricorso al partenariato – non istituzionalizzato – in quanto, da una parte, e facendo proprie le conclusioni cui era giunta la giurisprudenza comunitaria in tema di *in house providing*[22], la disciplina allora vigente non obbligava l'autorità pubblica ad affidare a soggetti esterni compiti d'interesse pubblico e, dall'altra, la cooperazione adottata era retta unicamente da considerazioni e prescrizioni connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico che non avrebbero potuto comportare una distorsione nel mercato, non potendo porre, in tal modo, alcun operatore economico in una posizione privilegiata rispetto ad altri, essendo stipulato tra amministrazioni aggiudicatrici.
Del resto, ha sostenuto la Corte, dall'accordo trapelava un'effettiva funzionalizzazione del contratto finalizzato a gestire il servizio di smaltimento di rifiuti, sottoscritto senza la partecipazione di eventuali parti private e con un riconoscimento solo di un mero rimborso spese, senza pregiudicare l'eventuale

[18] Par. 49, C-324/07,Coditel; C.G.U.E., C-340/04, Carbotermo.

[19] In siffatta fattispecie, la Commissione lamentava la qualità di amministrazioni aggiudicatrici dei Landkreise, nonché la qualifica di contratto a titolo oneroso dell'accordo e l'inquadramento come servizio sottoposto alla disciplina eurocomunitaria di allora (direttiva 92/50) dell'attività di smaltimento di rifiuti, lamentando, dunque, l'elusione della procedura di appalto da parte delle province tedesche. C.G.U.E., C-480/06, Commissione/Germania.

[20] Sul requisito dell'obbligo di sottoscrivere un partenariato da parte di due amministrazioni aggiudicatrici, e sul percorso giurisprudenziale che ha individuato tale limite, si cfr. S. FOÀ e M. R. CALDERARO, *Il partenariato tra università ed enti locali: strumenti pattizi e modello fondazionale*, in *federalismi*.it, 4/2016.

[21] In particolare, sul punto è stato evidenziato come: «*l'accordo organizzativo in questione, che pur aveva un risvolto economico significativo (il pagamento del canone per il servizio per vent'anni), definiva un oggetto ben più complesso in termini di collaborazione*», così C.E. Gallo, *Affidamenti diretti e forme di collaborazione tra enti locali*, in Urb. e app., 10/2009, 1181.

[22] Su tutte si cfr. la nota sentenza C.G.U.E. C-107/1998, Teckal, nonché C.G.U.E., cause riunite C-182/11 e C-183/11, Econord, e, causa C-573/07, *Sea SRL*, 65; C-340/04, Carbotermo.

ISSN 2036-7821

aggiudicazione degli appalti eventualmente necessari per la costruzione e la gestione dell'impianto di trattamento rifiuti all'uopo necessario[23].

Da quanto appena richiamato, dunque, si ricava un primo scheletro dell'istituto, i cui contorni di legittimità si sostanziano nell'effettiva realizzazione di un servizio d'interesse pubblico comune alle parti pubbliche contraenti.

Siffatta indicazione è stata poi oggetto di ulteriori specificazioni da parte di un ulteriore blocco di pronunce che si sono concentrate sull'analisi della prestazione oggetto dell'accordo per valutare l'effettiva comunanza d'interessi tra le parti.

In alcuni casi, la Corte, infatti, ha dichiarato la contrarietà al diritto comunitario di quegli accordi stipulati tra Università e autorità pubbliche proprio alla luce del servizio oggetto del rapporto controverso.

In particolare, è stato ritenuto contrario alle regole pro-concorrenziali il partenariato stipulato al fine di realizzare attività di studio e valutazione della vulnerabilità sismica delle strutture ospedaliere, ciò in quanto[24] le stesse non rientrano nell'attività di ricerca scientifica[25].

In tali occasioni, seppur le autorità pubbliche avessero motivato la scelta di sottoscrivere un partenariato con un'Università in virtù della multidisciplinarietà dell'organizzazione e delle strutture scientifiche, il tenore del contratto stipulato tra le parti era volto ad eludere la normativa comunitaria in materia di parità di trattamento e non discriminazione, poiché l'accordo, in realtà, aveva ad oggetto prestazioni che esulavano dall'ambito della ricerca scientifica, mancando, pertanto, una funzione d'interesse pubblico di uno dei contraenti.

La differenza rispetto al caso di scuola poc'anzi rappresentato è tuttavia evidente.

In quel caso, la Corte aveva concentrato l'esame della fattispecie sulla comunanza dell'interesse oggetto di accordo (raccolta e gestione dei rifiuti), perseguito allo stesso modo da tutte le parti del partenariato. Viceversa, in queste pronunce, l'interesse sotteso all'accordo non rivestiva la qualifica di interesse pubblico, manifestandosi l'illegittima scelta di non esternalizzare il servizio in virtù dell'allora obbligo di affidare al mercato quanto meno una parte delle attività oggetto di partenariato ed in particolare le attività generalmente svolte da ingegneri o architetti e che, se pur basate su un fondamento scientifico, non assomigliano ad attività di ricerca scientifica[26].

---

[23] In questi termini C.P. SANTACROCE, *op. cit.*, 184.

[24] C.G.U.E. C-159/2011, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce. Sul punto si cfr. S. FOÀ, M. R. CALDERARO, *op. cit.*, 11.

[25] La Corte, in particolare, aveva evidenziato che le attività oggetto di partenariato trovavano collocazione nell'allora disciplina europea di cui all'allegato II A, categoria 8, alla direttiva 2004/18, che ricomprendeva i servizi di ricerca e sviluppo sottoposti alle regole del mercato europeo. Allo stesso modo, sono stati dichiarati contrari al diritto comunitari accordi stipulati con l'obiettivo di realizzare Piani di Governo del Territorio comunali. Si cfr., su tutte, C.G.U.E. C-564/11 Ordine Ingegneri Pavia.

[26] Cfr. C.G.U.E., C-159/2011, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce, par. 37.

ISSN 2036-7821

A ben vedere, dunque, il discrimine è dettato dall'analisi delle attività oggetto di partenariato che avrebbero dovuto essere sottoposte alla disciplina concorrenziale in quanto connotate di una serie di funzioni svolte da ingegneri o architetti che non rientravano nel perseguimento dell'interesse pubblico[27] proprio delle amministrazioni contraenti[28] e che, pertanto, ponevano l'Università nella veste di mero operatore economico chiamato a prestare un servizio in favore di altro ente pubblico[29].

4. La cooperazione procedimentale.

Successivamente, con l'art. 12, par. 4, della direttiva n. 2014\24, sono stati riportati gli approdi della giurisprudenza comunitaria in tema di partenariati[30], stabilendo una serie di requisiti non derogabili, trasposti fedelmente dal legislatore nazionale all'interno del precedente art. 5, co. 6, del d.lgs. 50/2016: a) la comunanza della funzione pubblica perseguita dalle pp.aa. contraenti; b) l'interesse pubblico alla base dell'accordo; c) l'obbligo di non superare, attraverso l'attività oggetto del partenariato, la quota del 20% del mercato.

---

[27] In relazione a tale aspetto non è mancato chi è evidenziato che: «*la lesione della concorrenza virgola in virtù della quale gli stessi ordini professionali sono legittimati ad impugnare, come nel caso di specializzato, contratti di collaborazione conclusi tra amministrazioni pubbliche virgola non si configura laddove la cooperazione tra enti sia posto in essere in virtù del comune perseguimento dell'interesse pubblico, oltre che delle esclusività del servizio reso dell'attività svolta dall'amministrazione rispetto alle prestazioni che non sarebbero in grado di garantire i privati, stante la natura istituzionale dell'attività stessa*. Così B. DI GIACOMO RUSSO, *Il partenariato pubblico pubblico tra giurisprudenza comunitaria italiana,* in *I contr. Stat. Ent. Pubbl.*, 4, 2013 4/13, 27.

[28] Sul punto, è stato notato che il tema del complesso inquadramento della categoria fi "interesse pubblico comune", ha condotto la dottrina a sottolineare come l'elasticità della questione possa offrire una duplice lettura del fenomeno: una più restrittiva volto a legittimare il partenariato nelle sole ipotesi d'identità d'interessi perseguiti, ed una meno rigida, che valorizza esclusivamente il presupposto del perseguimento da parte di ciascun contraente di un interesse pubblico. In questi termini R. CARANTA, *op. cit.*, 395.

[29] Come è stato sottolineato in dottrina, nei casi appena richiamati l'applicazione della deroga non scritta del partenariato pubblico: *sarebbe risultata inapplicabile in tutti e tre i casi sottoposti dagli organi di giustizia amministrativa italiana all'attenzione della Corte di giustizia per mancanza di uno di quei presupposti cumulativi già indicati nella prima elaborazione del modello ossia che l'instaurazione del rapporto contrattuale o comunque convenzionale tra le pubbliche autorità potesse dirsi effettivamente finalizzato all'adempimento di una funzione di servizio pubblico ad esse comune*. Così C.P. SANTACROCE, *op. cit.*,194.

[30] Un contratto concluso esclusivamente tra due o più amministrazioni aggiudicatrici non rientra nell'ambito di applicazione della presente direttiva, quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) il contratto stabilisce o realizza una cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti, finalizzata a garantire che i servizi pubblici che esse sono tenute a svolgere siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che esse hanno in comune; b) l'attuazione di tale cooperazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico; e c) le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 % delle attività interessate dalla cooperazione. Tali presupposti, dunque, attengono ai limiti posti dall'ordinamento comunitario all'autorganizzazione dell'amministrazione, in favore delle regole del mercato:«*come i casi in cui la collaborazione è in grado di apportare, surrettiziamente, vantaggi competitivi solo a taluni operatori economici, finendo per alterare la concorrenza nel (o per il) mercato o, ancora, quando si tratta di una cooperazione non genuina, elusiva dei più elementari principi dell'evidenza pubblica*». Così E. Caruso, op. cit. 809.

ISSN 2036-7821

Sin dalle prime riflessioni, è emersa, tuttavia, una oggettiva difficoltà interpretativa nella catalogazione del requisito della cooperazione tra le autorità pubbliche stipulanti, ciò in quanto non è stato chiarito il portato di tale requisito, nonostante sia, evidentemente, al centro della tematica[31].

Da ciò ne è conseguita, come sottolineato in dottrina[32], una certa confusione, emergendo una duplice declinazione del requisito in parola.

Da una parte, alla luce di un'interpretazione meramente letterale della norma, sembrava albergare l'interesse ad una cooperazione del tutto paritetica, sia in termini di servizi da prestare, sia in termini di interessi perseguiti, tra le autorità stipulanti.

Dall'altra, in base alla lettura pretoria del requisito, è stata valorizzata una qualificazione elastica dello stesso, mossa non tanto da una considerazione legata all'omogeneità e/o identità d'interessi prefissati istituzionalmente dalle autorità pubbliche, quanto dal generale obbligo di perseguire un interesse pubblico che attraverso il partenariato avrebbe trovato piena e più efficace attuazione[33].

In particolare, l'interpretazione elastica del requisito muove dall'analisi di più aspetti, tra i quali l'esame dell'*iter* procedimentale intrapreso per la sottoscrizione dell'accordo, il quale, pertanto, rappresenta il momento dell'esternazione della motivazione[34] che ha portato le pp.aa. alla scelta di tale istituto, e l'effettività delle prestazioni oggetto di partenariato.

Sotto il primo profilo, emerge la necessità di vagliare il procedimento che ha portato alla stipulazione del partenariato.

---

[31] Sotto questo profilo già il *Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'Ue in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti, Bruxelles, 27.1. 2011,* consultabile su eur-lex.Europa.Eu, evidenziava come occorresse valutare un corretto bilanciamento tra il principio concorrenziale che avrebbe comportato con tutta evidenza una preclusione alla sottoscrizione di accordi di partenariato e il diritto all'auto organizzazione per il raggiungimento dei propri obiettivi ed in particolare per lo svolgimento di funzioni di servizio di pubblico interesse di cui le autorità pubbliche sono ontologicamente portatrici.

[32] Si cfr. sul punto R. CARANTA, *Accordi tra amministrazioni e contratti pubblici*, in *Urb. e App.*, 4/2013, 395-396.

[33] Ciò che occorre effettuare, secondo il giudice comunitario, è una valutazione del concreto servizio oggetto di partenariato, ponendo quasi sullo sfondo il ruolo dell'interesse pubblico comune che gli enti avrebbero dovuto perseguire, individuando, dunque: «*una funzione di servizio pubblico comune agli enti medesimi, non retta unicamente da considerazioni ed esigenze connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico, oppure tale da porre un prestatore privato in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti*», così C.G.U.E. C-564/11 Ordine Ingegneri Pavia, par. 40.

[34] In punto di motivazione, tuttavia, la disciplina in oggetto non offre un dato normativo chiaro a differenza di quanto prescritto per gli affidamenti in house dove, a riguardo, è stato evidenziato che in tali ipotesi sussiste un onere motivazione volto a riconoscere i vantaggi per la collettività, la congruità economica della prestazione, gli obiettivi di universalità e socialità nonché i vantaggi in termini di economicità, celerità o di perseguimento d'interessi strategici, restando esclusa: «*la necessità di prevedere una motivazione espressamente rivolta all'individuazione delle ragioni del mancato ricorso al mercato, prescritto nella versione abrogata dell'art. 192, ovvero al presupposto, considerato in precedenza fondamentale, del cd. fallimento del mercato*», così M. TIBERII, *Il principio di auto-organizzazione amministrativa negli appalti pubblici*, in *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*, AA.VV., Napoli, 2023,p. 149.

ISSN 2036-7821

In particolare, sono stati considerati sintomatici di detto *iter* procedimentale, l'interlocuzione costante tra i vari enti allo scopo di: «*fornire il supporto alla Regione per le finalità di pubblico interesse in parola*»[35].
Del resto, tali indicazioni derivano dalla differenza intrinseca tra la cooperazione e la procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, in cui la prima valorizza il dialogo tra gli enti per il raggiungimento dell'interesse in comune, dialogo che, ontologicamente, viene meno nella logica di mercato che accompagna le direttive europee, dove la stazione appaltante, generalmente[36], non individua le modalità di acquisto di beni, forniture o servizi attraverso un'intesa con l'operatore economico.
Sul punto, è stato chiarito che risulta necessaria una collaborazione più strutturata e articolata tra gli enti coinvolti nel partenariato, che non può essere semplicemente basata su una dichiarazione di intenti generici[37].
Infatti, l'attività di cooperazione richiede la definizione di una strategia comune, che preveda la concentrazione delle attività coincidenti o complementari dei vari enti, presentando una dimensione intrinsecamente collaborativa, che va oltre la semplice assegnazione di un contratto e che richiede un impegno congiunto per il raggiungimento di obiettivi comuni, nell'interesse pubblico e con standard di qualità adeguati. E tale processo non può che trovare precisa collocazione *nell'iter* procedimentale volto all'individuazione degli obblighi reciproci in capo alle singole autorità che poi saranno parte della convenzione[38], seppur la precedente formulazione normativa e l'art. 7 del nuovo codice non esplicitano tale requisito, facendolo ricavare dall'insieme di obblighi oggetto dell'accordo come conseguenza di elaborazione comune dell'intervento da operare.

5. L'effettività della cooperazione e la comunanza degli obiettivi.

Per quanto attiene al profilo dell'effettività della cooperazione, è stato rilevato come, seppur in assenza di una definizione normativa del termine, il riferimento contenuto

[35] Cons. St., Sez. III, 25.8.2021, n. 6034.

[36] Tuttavia, occorre rilevare che l'ordinamento prevede alcune forme di rapporto antecedente la stipulazione dei contratti pubblici. In particolare, ci si riferisce all'istituto del dialogo competitivo, oggi trasposto all'art. 74 del nuovo Codice, attraverso il quale le stazioni appaltanti indicano agli operatori economici le esigenze che intendono perseguire, i relativi requisiti, il criterio di aggiudicazione e la durata della procedura. Per un'analisi dell'istituto si cfr. F. GAMBRADELLA, *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, Torino, 2016, nonché P. CARBONE, *Il dialogo competitivo*, in *Riv. Trim. App.*, n. 3/2017, p.479; P. CONTESSA, C. DE SALVO, *La procedura di dialogo competitivo tra partenariato pubblico/privato e tutela della concorrenza*, in Urb. App., 2006, n. 5, 501. P. CARROZZA, R. FRACCHIA, *Il difficile equilibrio tra flessibilità e concorrenza nel dialogo competitivo disciplinato dalla direttiva 2004/18/CE*, www.giustamm.it, n. 11/2004.

[37] C.G.U.E. C. C-618/19, Automobile Club d'Italia.

[38] Si cfr. C.G.U.E., C-429/19, Remondis, par. 32: «*oltre, la conclusione di un accordo di cooperazione tra enti nell'ambito del settore pubblico deve costituire la conclusione di un'iniziativa di cooperazione tra le parti di quest'ultimo (v., in tal senso, sentenza del 9 giugno 2009, Commissione/Germania, C-480/06, EU:C:2009:357, punto 38). L'elaborazione di una cooperazione tra enti nell'ambito del settore pubblico presenta, infatti, una dimensione intrinsecamente collaborativa, che è assente in una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico rientrante nelle norme previste dalla direttiva 2014/24*».

ISSN 2036-7821

nel terzo comma del considerando 33 della direttiva 2014/24, secondo cui la cooperazione deve: «*fondarsi su un concetto cooperativistico*», comporta la necessità di indagare il reale oggetto dell'accordo e i relativi obblighi delle amministrazioni contraenti.

I parametri per riconoscere tale effettività sono da ricercare nella definizione delle reciproche esigenze delle parti stipulanti, nell'individuazione di soluzioni concordate per la gestione del servizio oggetto di partenariato, nella suddivisione di compiti e di responsabilità tra le stesse così che: «*le attività svolte in sinergia convergano nella realizzazione di un obiettivo comune*»[39].

Da tali indicazioni sembrerebbe derivare la constatazione che l'interesse pubblico comune potrebbe declinarsi in una molteplicità di interpretazioni.

In particolare, sarebbe concepibile sia un partenariato stipulato tra due amministrazioni che perseguono il medesimo fine pubblico, sia un accordo in cui l'interesse sia effetto di una sintesi di obiettivi, astrattamente non perfettamente coincidenti tra le autorità stipulanti, ma effetto dell'accordo[40].

Sintomatico di tale apertura, è il ricorso al partenariato nell'ipotesi di affidamento di servizio di elisoccorso da realizzarsi in un'area aeroportuale militare stipulata tra ENAC[41] - l'Autorità italiana di regolamentazione tecnica, certificazione e vigilanza nel settore dell'aviazione civile - e l'ente della Regione Lazio titolare del pertinente interesse di cura della gestione e coordinamento dell'attività di elisoccorso e del personale sanitario operante sui mezzi addetti[42] .

L'interesse comune, come sintesi, è incentrato sulla tutela della salute e sull'ordinato svolgimento del trasporto aereo, in particolare nel contesto dell'attività di elisoccorso.

Entrambe le parti coinvolte perseguono, infatti, obiettivi non perfettamente coincidenti ma rientranti nella categoria della tutela della salute da assicurare

[39] In particolare, Cons. St., Sez. V, 25.3.2022, n. 2201, ha sottolineato come: «*deve escludersi che la mera definizione delle attività come "di interesse comune delle parti per il raggiungimento delle rispettive attività istituzionali" sia da solo sufficiente a delineare una strategia comune da perseguire,ciò in quanto il percorso di cooperazione intrapreso dalle amministrazioni si arrestava alla mera dichiarazioni d'intenti ex art. 6 del disciplinare per cui: "La Regione e l'ACI si impegnano, ognuno per quanto di competenza, a predisporre le migliori condizioni per l'esecuzione delle attività previste nel presente Disciplinare, nel reciproco interesse pubblico e con un adeguato standard di qualità"*». Da tali presupposti, com'è stato evidenziato, ne deriva che: «*ciò non significa che ogni ente debba offrire lo stesso tipo di prestazione, la cooperazione si può infatti fondare anche sulla divisione dei compiti in base ai criteri di competenza e di specializzazione, al fine di concorrere tutti in modo sinergico alla realizzazione dell'obiettivo comune*», così M. Tiberii, *Il principio di auto-organizzazione amministrativa negli appalti pubblici*, in *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*, AA.VV., Napoli, 2023, p. 159.

[40] Ciò in quanto: «*il criterio distintivo fondato sul perseguimento di un "interesse pubblico comune" è, nella pratica, foriero di difficoltà applicative*», così A. BARTOLINI, *op. cit.*, 1262

[41] L'Autorità di regolazione tecnica, certificazione, vigilanza e controllo nel settore dell'aviazione civile, è responsabile del rilascio delle concessioni per le aree destinate alle basi di elisoccorso.

[42] Consiglio di Stato, Sez. III, 25.8.2021, n. 6034.

ISSN 2036-7821

attraverso il servizio di elisoccorso, espletato attraverso l'utilizzo di aree del demanio militare per funzioni esclusivamente pubbliche.
Si evidenzia, quindi, una dimensione collaborativa tra i due enti pubblici, nonostante i ruoli diversi che ricoprono nell'ambito dell'attività di elisoccorso[43], che attraverso la stipulazione del partenariato perseguono un obiettivo comune inteso quale sintesi degli interessi pubblici di cui sono portatori.
Questa interpretazione potrebbe trovare conferma laddove, in alcune occasioni[44], è stato evidenziato che risulta necessario individuare una: «*strategia comune condivisa basata sull'intercambio e sull'armonizzazione degli interessi rispettivi*».
Di conseguenza, sembrerebbe ragionevole sostenere che l'espressione "interessi rispettivi" debba essere interpretata come riferita agli interessi propri di ciascuna amministrazione, consentendo quindi la possibilità che il contratto di partenariato venga sottoscritto anche da amministrazioni che perseguono fini di interesse pubblico diversi.
In altre parole, le amministrazioni coinvolte nella cooperazione potrebbero avere obiettivi individuali distinti, ma lavorano insieme per creare una strategia comune che tenga conto di tali interessi diversi[45].
La *ratio* sottesa a tale ricostruzione muove dall'esigenza di non poter limitare le forme di partenariato esclusivamente alle amministrazioni che operano all'interno della medesima branca amministrativa, favorendo, di converso, la *"sinergica convergenza"* su attività di interesse comune, inteso come sintesi degli interessi di cui le autorità sono portatrici la cui individuazione, stando alla ricostruzione giurisprudenziale, è rimessa direttamente nelle mani della autorità pubbliche[46].
E tale ricostruzione è oggi fatta propria dal legislatore nazionale laddove richiama esplicitamente, a differenza del passato, la legittimità del partenariato stipulato: «*pur nella eventuale diversità del fine perseguito da ciascuna amministrazione*»[47], nonché dal riconoscimento dell'accordo stipulato tra due parti che abbiano: «*competenze diverse*»[48]

5.1. (Segue) La cooperazione sulle attività da espletare.

[43] Del resto, com'è stato evidenziato in dottrina: «*la Corte di Giustizia non impone che ciascuna amministrazione partecipi alla cooperazione nella stessa misura: l'esecuzione del compito potrebbe essere basata su una divisione dei compiti o su una certa specializzazione*», A. BARTOLINI, cit., 1262.
[44] Si confr. par. 75 delle conclusioni dell'Avv. Gen. V. Trstenjak, C.G.U.E., Causa C-159/11.
[45] Sul punto D. MARESCA, *La cooperazione inter-amministrativa tra appalti e accordi orizzontali: i recenti orientamenti della Corte di Giustizia*, in *Dir. pubbl. comp. eur*. 2/2013, 701. Si cfr. altresì A. DE MICHELE, *Modelli di collaborazione pubblico-pubblico*, (a cura di) F. MASTRAGOSTINO, *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, 2011, 713.
[46] In tal modo: «*se all'inizio della vicenda troviamo più soggetti pubblici con distinti interessi da coordinare per la realizzazione di un'iniziativa comune, alla fine abbiamo un progetto di azione per il conseguimento del risultato*», così G.D. COMPORTI, *Il coordinamento infrastrutturale. Tecniche e garanzie*, Milano, 1996, 330.
[47] Così art. 7, co. 4, l. c).
[48] Art. 7, co. 4, l. a).

ISSN 2036-7821

Al tempo stesso, l'effettività della cooperazione non comporta la necessità d'instaurare un rapporto sinallagmatico che conduca ad una vera e propria identità degli obblighi da prestare attraverso l'accordo[49].
Com'è stato evidenziato, infatti, tale presupposto non conduce a richiedere che tutte le amministrazioni partecipanti si assumano la responsabilità di eseguire i principali obblighi contrattuali[50].
Ciò anche in considerazione del fatto che l'attività oggetto di cooperazione può riguardare tutti i tipi di attività, così come espressamente indicato dal considerando n. 33 della direttiva 2014/24[51], connesse alla prestazione di servizi e alle responsabilità affidate alle amministrazioni partecipanti o da esse assunte.
E proprio dall'espressione "tutti i tipi di attività" si fa ricavare anche la possibilità di realizzare un'attività accessoria a un servizio pubblico, a condizione che tale attività contribuisca effettivamente alla realizzazione della funzione di servizio pubblico[52] oggetto della cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti[53].
Del resto, non sono mancati ulteriori specificazione sul tema, in particolare sull'assenza di obbligo alla identità di funzioni e\o attività che le parti dell'accordo devono sostenere.
In particolare, se in un primo momento la giurisprudenza comunitaria[54] vagliava il requisito della comunanza degli interessi alla stregua della omogeneità delle attività da realizzare, successivamente è stato chiarito che l'obiettivo dell'art. 12, par. 4, lettera a), della direttiva 2014/24 deve essere interpretato in modo da permette alle

[49] Anche sotto tale profilo, non risulta necessaria la «*perfetta sovrapposizione di competenze e di interessi pubblici, essendo invece sufficiente il ricorrere di un'evenienza in cui una determinata attività possa essere complementare e sinergica a un'altra di competenza di altra amministrazione*». In questi termini A. DE MICHELE, *op. cit.*, 732.

[50] Così C.G.U.E, caso *Remondis, C-429/19*, par. 18.

[51] A mente del quale: «tale cooperazione potrebbe riguardare tutti i tipi di attività connesse alla prestazione di servizi e alle responsabilità affidati alle amministrazioni partecipanti o da esse assunti».

[52] In particolare, la cooperazione in oggetto potrebbe, astrattamente, attenere qualsiasi attività connessa alla prestazione di servizi e responsabilità affidate dalle amministrazioni aggiudicatrici. Sul punto cfr. Cons. St., Sez. III, 4.10.2017, n. 4631, che cita le sentenze della CGUE nelle cause C- 159/11, C-564/11, C-386/11 e C-352/12.

[53] Nel caso in esame si discuteva di un accordo stipulato tra il circondario di *Mayen-Coblenza*, il circondario di *Cochem-Zell* e la città di Coblenza in Germania, le quali hanno affidato al consorzio da loro controllato congiuntamente l'incarico di gestire il recupero e lo smaltimento dei rifiuti prodotti nei rispettivi territori. Tuttavia, il giudice europeo ha ritenuto non soddisfatti i requisiti del partenariato, in quanto, dall'accordo sottoscritto emergeva che: «*né il fatto che, conformemente all'articolo 2, paragrafo 2, e all'articolo 4, paragrafo 3, della convenzione di cui al procedimento principale, il consorzio debba riprendere i rifiuti residui, al fine di metterli in discarica, i quali corrispondo al 46% dei materiali di input, né la circostanza che la remunerazione del Circondario, in forza dell'articolo 5, paragrafo 1, di tale convenzione, assume unicamente la forma di un rimborso spese senza presa in considerazione di un margine di profitto per le spese correnti di funzionamento, possono essere sufficienti per dimostrare l'esistenza di un'autentica cooperazione tra il consorzio e il Circondario*». *Così C.G.U.E., C-429/19, Remondis, par. 37.*

[54] Si cfr. Commissione/Germania, laddove gli enti cooperavano in vista della realizzazione del medesimo servizio pubblico che consisteva nella attività di smaltimento dei rifiuti e pertanto come è stato anche sottolineato in dottrina, la comunanza di interessi doveva: «*tradursi nella omogeneità degli interessi perseguiti dalle autorità cooperanti*», così M. MAZZAMUTO, *op. cit.*, 1419.

ISSN 2036-7821

amministrazioni aggiudicatrici coinvolte di svolgere sia congiuntamente che individualmente una funzione di servizio pubblico.
Il fondamento della disciplina risiede, pertanto, nella necessita che la cooperazione tra le autorità pubbliche consenta di raggiungere gli obiettivi che condividono, implicando l'assenza di identità tra le stesse ed ampliando il novero delle attività anche a funzioni complementari al fine del raggiungimento dell'obiettivo comune attraverso un'efficace collaborazione[55].
La nuova formulazione del partenariato sembrerebbe far propria questa interpretazione giurisprudenziale sia in relazione alla già ricordata diversità delle competenze che comunque legittimano il ricorso all'istituto in parola, sia sotto il profilo dello: «*svolgimento di compiti funzionali all'attività d'interesse comune*», potendo, dunque, questi coincidere anche con attività complementari rispetto all'obiettivo da realizzare.

6. Sul corrispettivo economico.
Un ulteriore elemento per valutare la legittimità di accordi di partenariato non elusivi della disciplina pro-concorrenziale emerge dalla effettiva partecipazione delle parti contraenti ad un rapporto sinallagmatico che possa prevedere la corresponsione di un corrispettivo economico.
In particolare, secondo la giurisprudenza, poiché l'accordo deve rispondere unicamente a considerazioni inerenti all'interesse pubblico, la partecipazione congiunta, indispensabile per garantire che i servizi pubblici di cui le parti dell'accordo devono garantire la prestazione vengano realizzati, non può essere considerata di per sé soddisfatta: «*quando l'unico contributo di taluni contraenti si limita a un mero rimborso delle spese sostenute da un altro dei contraenti*»[56].
Tale prescrizione, dunque, muove dall'obbligo per l'interprete d'indagare l'oggetto della convenzione ed i relativi obblighi di *facere* in capo ai contraenti, escludendosi la legittimità di quei partenariati che si fondano esclusivamente sul riconoscimento economico del servizio prestato in assenza di una cooperazione stipulata al fine del raggiungimento dell'interesse pubblico attraverso il riconoscimento di attività, complementari o sussidiarie, che in ogni caso devono essere realizzate da entrambi gli attori pubblici contraenti.[57]

[55] C.G.U.E., C-796/18, Ignis Plus.
[56] Par. 29 C.G.U.E., C-429/19 *Remondis.* Sul punto si è altresì osservato che il: «*coordinamento può anche implicare la regolamentazione di profili di carattere economico, ma come necessario riflesso delle attività amministrative che in esso sono interessate*», così Cons. St., Sez. V, 15.7.2013, n. 3849.
[57] E' stato in questo modo escluso il partenariato laddove: «*la prestazione onerosa dovuta dalla Regione all'A.C.I. come remunerazione dei servizi prestati, essendo superiore al mero rimborso delle spese, rappresenta un indicatore attendibile della mancanza di rispondenza della cooperazione unicamente all'interesse pubblico. Perché possa essere considerata un'effettiva cooperazione, è richiesto che essa avvenga senza remunerazione, ad eccezione del mero rimborso delle spese sostenute, anche in via forfettaria*» cfr. Cons. St., Sez. V, 25.3.2022, n. 2201.

ISSN 2036-7821

Anche sotto tale profilo, il legislatore ha inteso escludere la logica di scambio meramente economico laddove si riferisce allo svolgimento di attività: «*in un'ottica esclusivamente collaborativa e senza alcun rapporto sinallagmatico tra prestazioni*»[58].

7. Il partenariato nel settore del trasporto ambulatoriale.

Ulteriore aspetto d'indagine è rappresentato dal relazionarsi dell'istituto in oggetto con i servizi di trasporto in ambulanza che pone diverse questioni in rapporto al concreto atteggiarsi del partenariato pubblico nel settore socio-sanitario[59].

Sotto questo profilo, è noto come la disciplina del trasporto sanitario sia generalmente suddivisa tra trasporto ordinario e trasporto emergenziale[60] - inteso quale necessità di trasferire un paziente per il quale esiste un rischio di peggioramento dello stato di salute durante il percorso[61] - che riflette, sul piano interno, i rapporti tortuosi che connotano la disciplina del terzo settore con quella della contrattualistica pubblica.

In particolare, la disciplina europea considera oggetto di gara l'affidamento del servizio ambulatoriale ordinario[62] mentre, viceversa, l'art. 57 del Codice del Terzo

[58] art. 7, co. 4, l. b).

[59] Sul rapporto tra concorrenza e interessi mercantilistici nel settore in esame si cfr. M. MATTALIA, *Gli operatori economici nella disciplina sugli appalti e concessioni tra concorrenza e solidarietà*, in *Dir. amm.*, 2016, p. 465, laddove l'A. sottolinea come: «*rileva piuttosto la tendenza più recente di abbandonare la tutela della concorrenza come valore assoluto, poiché la stessa va bilanciata con tutte le altre posizioni soggettive pariordinate, a livello nazionale, europeo, o sovranazionale. A tal fine sono utile strumento per effettuare il bilanciamento i principi di solidarietà, di economicità e di equilibrio di bilancio*». Allo stesso modo F. TRIMARCHI BANFI, *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, 15, precisa che: «*come la realizzazione di condizioni di concorrenza accresce l'efficienza produttiva, cosi gli interventi pubblici che alterano il funzionamento dei mercati di concorrenza riducono tale efficienza e, con essa, la ricchezza aggregata. La contrapposizione tra la crescita economica promossa dalla concorrenza e l'equità distributiva (c.d. trade-off tra crescita ed equità), che ricorre nei ragionamenti degli economisti, esprime la relazione che corre tra la modalità dell'intervento redistributivo dei poteri pubblici e gli effetti che ne seguono per la crescita economica*». In generale sui servizi pubblici si rinvia a M. TRIMARCHI, *I servizi di interesse economico generale nel prisma della concorrenza*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n.1/2020, p. 53; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici, diritto alla concorrenza e funzioni dell'autorità garante*, in *www.federalismi.it*, 2010

[60] Ci si riferisce, in particolare, al considerando n. 28 della stessa direttiva, per il quale questa non dovrebbe applicarsi a taluni servizi di emergenza se effettuati da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro, in quanto il carattere particolare di tali organizzazioni sarebbe difficile da preservare qualora i prestatori di servizi dovessero essere scelti secondo le procedure di cui alla presente direttiva. La loro esclusione, tuttavia, non dovrebbe essere estesa oltre lo stretto necessario.

[61] Cfr. par. 46 sentenza C.G.U.E. C-465/17 *Falck*.

[62] Il riferimento è al regime c.d. alleggerito previsto dalla direttiva 2014/24/UE per i servizi sociali, assistenziali e sanitari, riconoscendo che tali categorie di servizi, per la loro stessa natura, continuano ad avere una dimensione limitatamente trans-frontaliera e sono prestati all'interno di un particolare contesto che variano notevolmente da uno Stato membro all'altro a causa delle diverse tradizioni culturali, per i quali viene riconosciuta agli Stati membri un'ampia discrezionalità nell'organizzazione della scelta dei fornitori di servizi pur nel rispetto dei principi fondamentali di trasparenza e parità di trattamento.

ISSN 2036-7821

settore permette di affidare in convenzione[63] alle organizzazioni di volontariato il servizio di trasporto emergenziale.

Tuttavia, e per quanto attiene l'oggetto è presente contributo, occorre rilevare come la generale distinzione sopra accennata e, pertanto, l'obbligo di evidenza pubblica nell'ipotesi di servizi emergenziali, sia subordinata al potere di autorganizzazione della p.a., rovesciando in tal modo il rapporto tra regola ed eccezione della gara per i servizi in oggetto[64].

Rilevante, a tal fine, è la giurisprudenza comunitaria, che si è pronunciata in relazione ad una legge regionale[65] che obbligava, attraverso una opzione a discrezionalità zero, le aziende sanitarie a stipulare degli accordi di partenariato con enti pubblici accreditati al fine di erogare il servizio in oggetto, e solo in assenza di eventuali di tali soggetti, permetteva il ricorso alla procedura ad evidenza pubblica.

In particolare, il servizio oggetto di partenariato si basava sul trasporto misto, ordinario e di "soccorso ed emergenza"[66].

Tuttavia, la stipulazione di partenariati pubblici nel settore del trasporto sanitario, sia esso ordinario, sia emergenziale, non può essere considerata una mera opzione alternativa all'affidamento mediante gara quanto, piuttosto, una libera scelta dell'amministrazione.

Ciò in quanto sembrerebbe emergere la volontà della giurisprudenza di garantire, oltre che il principio di libera amministrazione di cui al considerando n. 5 e all'art. 2 della direttiva[67] 23/2014, elevati livelli di qualità, sicurezza e accessibilità nonché la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici, nel rispetto dei limiti di cui all'art. 12, par. 4, della direttiva, che, in questo specifico settore, verrebbero assicurati in modo ottimale dall'autorità pubblica.

Pertanto, l'apertura fornita dalla Corte al partenariato pubblico nell'ambito dei servizi di trasporto, ordinario ed emergenziale, rispecchia un *favor* dell'ordinamento comunitario all'erogazione dei servizi pubblici attraverso forme di cooperazione, nel solco anche di precedenti pronunce che hanno posto in primo piano come la finalità

---

[63] In tema di convenzioni con specifico riguardo al Terzo Settore, si rinvia a M. TIBERII, *Il settore "no profit" nella programmazione e gestione dei servizi pubblici*, in *MUNUS*, 2/2019.

[64] C.G.U.E., C-11/19, Azienda ULSS n. 6 Euganea.

[65] Ai sensi dell'articolo 5 della legge regionale n. 26/2012, il trasporto «*di soccorso ed emergenza» in ambulanza, qualora non sia svolto direttamente dalle ULSS, dev'essere effettuato da soggetti iscritti nell'elenco regionale di cui all'articolo 4 di tale legge e i rapporti con tali ULSS, nonché le modalità di svolgimento del servizio, sono regolati da apposite convenzioni. Inoltre, soltanto qualora tale attività non possa essere assicurata dai soggetti iscritti a detto elenco regionale, l'appalto relativo all'attività di trasporto sanitario di soccorso ed emergenza in ambulanza potrebbe essere affidato mediante procedure concorsuali ad evidenza pubblica*».

[66] Per urgenza, si intende l'attività di trasporto di un paziente per il quale esiste un rischio di peggioramento dello stato di salute durante detto trasporto. Questa è l'interpretazione offerta da C.G.U.E., C-465/17, *Falck Rettungsdienste e Falck*, punto 51.

[67] Par. 45 C.G.U.E., C-285/18, Irgita.

ISSN 2036-7821

pubblica comune[68] dei contraenti, inserita e/o desumibile dall'oggetto di partenariato, non si ponga in contrasto con la disciplina pro-concorrenziale nel settore del trasporto sanitario[69].

8. Il partenariato come accordo.

In base alla ricostruzione pretoria offerta, emerge come il partenariato, inteso quale strumento di collaborazione istituzionale delle pubbliche amministrazioni, finalizzato a organizzare e/o svolgere delle attività di interesse comune nell'esercizio delle funzioni di cui sono portatrici[70], possa trovare legittimazione nell'ambito della contrattualistica pubblica, seppur con i limiti appena individuati.

Tale ricostruzione, del resto, consente d'individuare la reale portata dell'istituto e, in particolare, il suo relazionarsi con gli strumenti volti ad ampliare gli accordi tra pp.aa., da parte del legislatore nazionale e comunitario[71], nell'ambito di una sorta di amministrazione plurilivello[72], ammettendo così forme di coordinamento e cooperazione per il raggiungimento delle finalità pubbliche.

---

[68] Del resto, è stato notato che: «*il tratto caratterizzante dell'accordo fra amministrazioni pubbliche sembra dunque la necessità che più amministrazioni insieme cooperino per migliorare la qualità e l efficienza delle relative organizzazioni e attività*», così G. M. Racca, *op. cit.*, 103.

[69] Inoltre, secondo la ricostruzione della giurisprudenza, anche antecedente, su di un caso analogo relativo alla stipulazione della convenzione da parte della Croce Rossa Italiana, è stato rilevate che, ai sensi dell'art. 2 del relativo Statuto, la C.R.I.: «*ha, fra suoi compiti, quello di effettuare, con propria organizzazione, il servizio di pronto soccorso e trasporto infermi, anche in ambito locale, concorrendo all'adempimento delle finalità del Servizio sanitario nazionale attraverso la stipula di apposite convenzioni*». Così Cons. St., Sez. V, 12.4.2007, n. 1707.

La giurisprudenza di questa Sezione, in precedenza richiamata, dunque, attribuisce rilievo al perseguimento di obiettivi di interesse pubblico mediante accordi tra pubbliche amministrazioni e ne afferma la compatibilità con la normativa comunitaria in materia di appalti; in tale quadro, la comunione di interessi, che è alla base degli accordi di collaborazione tra amministrazioni previsti dall'art. 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241, rende, in definitiva, inapplicabili, per la conclusione degli accordi stessi, le regole del diritto dell'Unione in materia di evidenza pubblica, di cui detta conclusione non può considerarsi in alcun modo elusiva.

[70] G. M. RACCA, *op. cit.*, 101.

[71] R. FERRARA, *Intese, convenzioni e accordi amministrativi*, analizza le origini germaniche del modello di accordo poi trasposto all'interno dell'ordinamento nazionale attraverso gli artt. 11 e 15 della l. n. 241/1990. Sul punto, si cfr. altresì F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo,* Torino, 1962; M D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni,* Napoli, 1981; G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri,* Milano, 1984; A. MASUCCI, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali. Il contratto di diritto pubblico,* Napoli, 1988; N. BASSI, *Gli accordi tra soggetti pubblici nel diritto europeo,* Milano, 2004.

[72] Sul punto è stato evidenziato come:« *il modello di azione pubblicistica consensuale è consolidato sia nell'ordinamento italiano che in quello comunitario e che l'utilizzo di tale strumento sembra essere finalizzato non tanto a sostituire le forme tradizionali di esercizio del potere autoritativo, ma piuttosto per consentire che in una amministrazione multilivello il potere sia congiuntamente esercitato da diverse amministrazioni mediante forme concordate di coordinamento e di cooperazione*», così R. CHIEPPA, *Le nuove forme di esercizio del potere e l'ordinamento comunitario,* in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comp.*, 6/2009, 1325.

ISSN 2036-7821

La declinazione dell'accordo tra autorità pubbliche per il soddisfacimento comune degli interessi trova pieno riconoscimento, come noto, nell'ambito della disciplina interna attraverso l'art. 15 della l. n. 241/1990[73].
L'istituto in oggetto, assieme alle intese ed alle convenzioni in genere[74], rappresenterebbe uno strumento idoneo al raggiungimento dell'interesse "comune" degli enti contraenti, anche allo scopo di valorizzare la funzionalizzazione dell'attività amministrativa a discapito del carattere autoritativo della stessa[75].
Ne deriva, dunque, un quadro all'interno del quale la cooperazione assume un valore rilevante nell'ambito dell'organizzazione e/o dell'esercizio delle attività d'interesse pubblico che trova pieno riconoscimento su più livelli normativi.
Altresì rilevante è il riconoscimento europeo[76] del ruolo[77] svolto dagli accordi di cooperazione[78], legittimati con lo scopo di perseguire l'attuazione efficiente del diritto comunitario.
Sotto tale profilo, l'accordo tra autorità pubbliche diverrebbe, da una parte, istituto a carattere generale, funzionale e strumentale al raggiungimento degli interessi

[73] Il percorso di riconoscimento di tale strumento è del resto frutto di svariate interpretazioni. Da una parte, ed in una prospettiva dinamica, si suole far discendere l'origine dell'accordo come conseguenza dell'aumento delle competenze delle singole amministrazioni e della loro autonomia effetto, com'è stato sottolineato in dottrina, della riforma del titolo V della Costituzione, nei rapporti tra centro e periferia, al fine di coordinare efficacemente l'azione amministrativa volta al perseguimento dell'interesse pubblico. In questi termini R. CHIEPPA, *op. cit*., 1325.

[74] Non mancano, inoltre, ulteriori ipotesi di accordo che, nel tempo, sono state introdotte nell'ordinamento. Ci si riferisce, in particolare all'art. 30 del T.U. enti locali, il quale prevede la facoltà per le pp.aa. di stipulare convenzioni al fine di realizzare un coordinamento delle funzioni e dei servizi predeterminati, nonché il successivo art. 34, il quale disciplina gli accordi di programma riguardanti: «*la definizione e l'attuazione di opere, di interventi o di programmi di intervento per progetti che coinvolgono più enti quali comuni, province e regioni*».

[75] Sul punto, è noto che l'emersione di figure tipiche di accordo tra pubbliche amministrazioni trovano fondamento nella problematica della scelta da parte dell'amministrazione del perseguimento dell'interesse pubblico attraverso l'utilizzo di strumenti privatistici da affiancare al provvedimento amministrativo, Si cfr. sul punto in particolare G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, 165 e ss.

[76] In particolare, si cfr. l'art. 6 del T.F.U.E., a mente del quale l'Unione europea svolge azioni intese a sostenere, tra gli altri, la cooperazione amministrativa.

[77]In particolare, si suole distinguere gli accordi in oggetto tra accordi cd. orizzontali, caratterizzati dalla stipulazione da parte di amministrazioni dello stesso livello, ed accordi cd. verticali, possono assumere carattere orizzontale (tra amministrazioni dello stesso livello) o verticale, nell'ambito dei quali le amministrazioni si trovano su livelli di governo distinti.

[78] In materia è stato evidenziato come: «la cooperazione offre un bilanciamento tra concorrenza nell'esercizio delle libertà economiche e principio di solidarietà — con un'effettiva attuazione dei diritti sociali, già riconosciuti negli ordinamenti degli Stati Membri — perseguendo una coesione sociale e economica, che può favorire lo sviluppo di servizi pubblici europei, anche mediante forme di aggregazione di contratti pubblici, strumentali all'erogazione degli stessi, ed in favore dell'innovazione, della crescita e dello sviluppo sostenibile» così R. CAVALLO PERIN-G.M. RACCA, *La cooperazione amministrativa europea nei contratti e servizi pubblici,* in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 6/2016, 1461. In tema di servizi pubblici, in generale si cfr., tra gli altri, D. D'ORSOGNA - M. OCCHIENA, *I servizi pubblici a rilevanza economica e sociali: un bilancio*, in *Munus*, 2, 2013, 330 ss; M. DUGATO, *I servizi pubblici locali,* in *Trattato di diritto amministrativo* a cura di S. Cassese, Parte Speciale, vol I., Milano, 2003; D. SORACE, *I servizi 'pubblici' economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Dir. Amm.*, 2010, 3; F. CINTIOLI, *La dimensione europea dei servizi di interesse economico generale*, in *Federalismi.it*, 2012, 11 e ss.

ISSN 2036-7821

pubblici perseguiti[79] e, dall'altra, in base all'art. 197 T.F.U.E., un valido strumento di realizzazione effettiva del diritto europeo, essenziale per il funzionamento dell'Unione, intesa quale questione d'interesse comune.
Ed in aderenza alla funzionalizzazione dell'istituto, la *ratio* della cooperazione, dunque, sarebbe rinvenibile nella valorizzazione del raggiungimento di elevati livelli di qualità, sicurezza e accessibilità dei servizi pubblici, di cui l'art. 2 della direttiva 23/2014, in favore della collettività, anche in una prospettiva di coesione sociale[80].

8. Conclusioni

Alla luce di quanto appena esposto, l'attuale formulazione normativa del partenariato sembrerebbe, com'è stato evidenziato[81], maggiormente in linea con l'interpretazione giurisprudenziale offerta in materia.
Tale dato è offerto in modo nitido dalla ricostruzione del concetto di comunanza d'interessi.
In particolare, la previgente versione del Codice, e l'interpretazione che ne è stata offerta, declinavano il requisito in parola sia come interesse istituzionale comune alle parti, sia come obiettivo derivante dalle medesime competenze perseguite dai contraenti.
Alla luce dell'art. 7 del nuovo Codice, tuttavia, sembrerebbero essere state abbracciate quelle tesi che consideravano non necessaria l'identità delle competenze svolte dalle parti, né la coincidenza dell'interesse pubblico perseguito.
La comunanza d'interessi non si pone come prerequisito istituzionale e/o per competenze tra le parti ma, viceversa, come effetto stesso dell'accordo, determinando: «*una convergenza sinergica su attività di interesse comune*», a prescindere, dunque, dalla differenza branca amministrativa in cui sono collocate le autorità procedenti.
Ed il fulcro dell'istituto, dettato dalla convergenza sinergica tra le autorità per il raggiungimento d'un interesse comune, legittima il partenariato come modello di esecuzione di servizi del tutto parallelo, e con eguale dignità, rispetto all'esternalizzazione della commessa pubblica, trovando anzi un *favor* in settori specifici, come sopra evidenziato.

---

[79] N. BASSI, *op. cit.*, 188

[80] S. CIMINI, M. D'ORSOGNA, *Le politiche comunitarie di coesione economica e sociale. Nuovi strumenti di sviluppo territoriale in un approccio multidimensionale*, Napoli, 2011, R. SAPIENZA, *La politica comunitaria di coesione economica e sociale*, Roma, 2000 (VEDI TESTO A CASA)

[81] Si cfr. Cons. st., relazione allo Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici", Roma 7 dicembre 2022

ISSN 2036-7821

La cooperazione pubblica, pertanto, si presta ad essere veicolo di efficace attuazione delle finalità pubbliche, anche a scapito della disciplina pro-concorrenziale e dagli obblighi da esso nascenti, nei limiti descritti nei paragrafi precedenti.

ISSN 2036-7821