

Il partenariato e il nuovo Codice degli appalti pubblici (*)

di Fabrizio Urbani Neri

Con il termine “partenariato” si intende un gruppo di soggetti che partecipano congiuntamente ad una gara o selezione pubblica d'appalto di lavori, servizi e forniture con lo scopo, una volta che la *partnership* risulti vincitrice della gara o della selezione pubblica, di costituirsi in una persona giuridica (ad esempio, in un consorzio), che provvederà all'esecuzione dell'opera od allo svolgimento del servizio aggiudicato od affidato.

La presente definizione è atecnica ed è desunta dalla pratica del diritto amministrativo, dal momento che non vi è alcuna norma che disciplini tale fattispecie.

Dubbi sono stati mossi e continuano a perdurare sull'ammissibilità di una simile figura nel nostro ordinamento giuridico.

La prima obiezione riguarda il fatto che la *partnership* non è un ente, ma un soggetto giuridico.

La seconda obiezione riguarda il fatto che la gara pubblica è aggiudicata ad un soggetto che muta di natura giuridica a seguito della chiusura della gara.

La terza obiezione riguarda il fatto che il partenariato non è previsto da alcuna disciplina interna di diritto positivo regolativa della materia degli appalti pubblici.

Rispondere al primo punto significa interrogarsi sulla possibilità di dare rilevanza giuridica nel diritto amministrativo a soggetti che non siano enti.

È nota la definizione del Giannini secondo cui il soggetto giuridico nel diritto pubblico è rappresentato da un centro d'imputazione di interessi, diritto e doveri, distinto dalla persona giuridica, che è il soggetto entificato per legge destinatario di diritti e di doveri.

La differenza, quindi, tra soggettività e personalità giuridica sta nella entificazione, ossia nella venuta ad esistenza nel mondo del diritto di un soggetto, titolare di propri diritti e doveri, distinto dagli esseri umani (1).

(*) Testo riveduto ed ampliato della relazione svolta dall'Avvocato dello Stato Fabrizio Urbani Neri presso l'Università degli Studi di Teramo alla tavola rotonda del 5 maggio 2006, sul tema “*Il nuovo Codice degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture*”, presieduta dal Presidente del T.A.R. Lazio Prof. Pasquale De Lise.

(1) Per la nozione generale di soggettività e di personalità giuridica nel diritto pubblico, si vedano: FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939 in *Enc. Dir.*, III, 8; ROMANO (S.A.), *L'attività privata degli enti pubblici*, Milano, 1979, 63; LIPARI, *Spunti problematici in tema di soggettività giuridica*, in *Riv. Trim. dir. Proc. civ.*, 1988, 641; AGNOLI, *La personalità giuridica in Amm.it.*, 1991, 298; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1990; SANDULLI, *Manuale di Diritto amministrativo*, Milano (15° ed.), 1989; nonché per un ulteriore approfondimento le opere fondamentali di O. GIERKE, *Das Wesen der menschlichen Verande*, Lipsia, 1904, 34 ss. e di H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1963, 190.

La persona giuridica è un ente astratto, distinto da tutti gli altri consociati (ad es., la società rispetto ai soci), portatore di un interesse proprio superiore e non riferibile agli esseri umani che lo costituiscono e ne fanno parte (come l'interesse della società trascende l'interesse dei singoli soci).

Per distinguere a questo punto dalla nozione di persona giuridica la definizione di soggetto di diritto occorre fare una breve digressione storica.

Il concetto, com'è noto, di persona giuridica matura nella scienza del diritto alla metà dell'Ottocento, sia nel diritto pubblico, che nel diritto privato, allo scopo di configurare in termini radicalmente nuovi i rapporti delle nascenti società industrializzate nell'Occidente (2).

Così assistiamo nel campo del diritto pubblico al sorgere dello "Stato-persona", caratterizzato dalla ubbidienza ad esso dei sudditi e non più, come in precedenza ad una classe dominante (sovrana od aristocratica) e, d'altro canto, parallelamente, nel diritto privato, al riconoscimento delle persone giuridiche, prime fra tutti le società per azioni, dove l'interesse aziendale si distingue e prevale su quello dei soci di minoranza e limita, altresì, la responsabilità personale dei soci rispetto alle obbligazioni sociali.

Si può ben vedere, quindi, come in quest'ottica bipolare, di rimando tra persona fisica e persona giuridica, che divengono sottospecie del genere persona, scompare ogni rilevanza nell'ordinamento della figura della mera soggettività giuridica.

Ecco forse spiegato il perché, tanto nel diritto pubblico che in quello privato, si è dovuto attendere il superamento della metà del secolo scorso per l'introduzione nel linguaggio giuridico del termine "soggetto" come distinto dalla nozione di persona.

In realtà, già il diritto romano distingueva fra posizioni giuridiche spettanti solo ai singoli come tali, *res communia pluribus uti singuli*, ed interessi spettanti ai singoli come membri di una collettività organizzata, *res communia pluribus uti universi*. Anzi la codificazione postclassica arrivò a disciplinare l'attività del gruppo organizzato finalizzato a svolgere una sola attività giuridica per poi sciogliersi: *si alicuius rei contracta societas sit et finis negotio impositus est, finitur societas*, appunto (3).

A ben vedere la stessa codificazione giustiniana appare più rigida della precedente disciplina della *communio* nel periodo classico, a sua volta tributaria dell'esperienza più libera e flessibile della *koinè praxian* della Grecia del V secolo, ossia della semplice rilevanza giuridica data al "fare insieme" spersonalizzato, che non è altro, guarda caso, che la versione *ante litteram* del moderno partenariato.

(2) Per una sintesi storica, v. la voce *Stato* in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino e la voce *Persona giuridica* in *Enc. Dir.*, Padova, 2001, 978.

(3) È l'ipotesi della *societas alicuius negotiationis* in *Iustiniani Inst.*, III, XXV, *De societate*, par. 6. Ulpiano distingue, invece, tra società di beni e società di servizi, tra *societas universorum bonorum*, *societas questuaria*, *alicuius negotiationis* e *societas vectigalis*.

Comunque, la rivoluzione ottocentesca portò ad un sostanziale restringimento delle ipotesi di soggetti privi di personalità giuridica, ma giuridicamente rilevanti, come le associazioni non riconosciute.

La rivalutazione della soggettività si sarebbe, dunque, dovuta ascrivere a settori specifici dell'ordinamento, come accaduto nel diritto tributario, già con l'art. 8 del t.u. 29 gennaio 1958 n. 645 e, poi, con la successiva riforma contenuta nel d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (ai fini Irpef, Irpeg ed Ilor in base agli artt. 5, 87 e 116), che estesero la soggettività tributaria anche a quelle organizzazioni di beni o di persone formalmente sfornite di capacità giuridica.

Conclusivamente, si ritiene possibile ammettere nel nostro ordinamento l'esistenza di soggetti giuridici, non entificati, anche nel diritto amministrativo, come già riconosciuto dalla prima dottrina citata, ma con una precisazione: al prezzo, cioè, di limitare tale affermazione, nel contesto della teoria generale del diritto, entro l'ambito della pregiudiziale kelseniana, secondo cui prima della norma non esiste soggettività giuridica alcuna.

Calando, quindi, nel nostro discorso quanto detto, possiamo affermare che la figura del partenariato rimane astrattamente ammissibile nell'ordinamento, purché giustificata normativamente da una disposizione di legge o finanche da una speciale disciplina del bando pubblico, che ne preveda la partecipazione.

Va, invece, respinta ogni possibile introduzione fattuale della *partnership* all'interno del sistema di diritto, come nella cosiddetta teoria della realtà, elaborata dalla dottrina organicista del Gierke, in base alla quale il fatto od il soggetto preesistono alla norma; così facendo, si finirebbe col negare rilevanza al carattere di giuridicità dell'ordinamento, allargando a dismisura la creazione di figure operanti nel mondo del diritto, ma non create da esso.

Pertanto, dalla scienza romanistica riceviamo l'idea che l'uomo può costituire gruppi organizzati, in cui è quantomeno essenziale la presenza dell'elemento materiale (la collettività di persone), mentre non è essenziale per dare soggettività al gruppo, l'elemento formale, ossia l'attribuzione della personalità.

Dal diritto moderno, concepiamo il soggetto come giuridicamente rilevante, ancorché non entificato, solo se il sostrato materiale che lo compone è previsto e preso in considerazione da una norma di diritto positivo.

Vedremo in seguito come la lettura del nuovo Codice degli appalti pubblici non eliminerà in radice l'ammissibilità in concreto della figura del partenariato, pur suggerendo una soluzione di diritto positivo evolutiva del sistema attualmente ancora in vigore.

In relazione al secondo punto di dibattito, non si può che cogliere la difficoltà di ammettere che l'aggiudicatario muti di composizione a seguito dell'aggiudicazione dell'appalto.

La mutabilità o flessibilità del soggetto vincitore della gara pubblica è in realtà il carattere peculiare del partenariato, che partecipa inizialmente alla gara come gruppo di soggetti, uniti da una mera intesa, consacrata nella presentazione dell'offerta pubblica e che solo in seguito all'eventuale vittoria si costituisce in persona giuridica.

Prima dell'entificazione è, perciò, possibile l'adesione all'offerta presentata anche di altri soggetti, che entrano a fare parte del partenariato.

È, quindi, possibile una modificazione dell'aggiudicatario dal momento della presentazione della domanda di partecipazione fino al momento dell'esecuzione dell'opera promessa o del servizio offerto (4).

Questa prospettiva va apertamente contro il principio dell'intangibilità dell'offerta, secondo cui l'offerta in ogni suo aspetto e contenuto, quindi anche sotto il profilo soggettivo, non può più essere modificata all'atto di apertura delle buste, in applicazione dei principi di parità di trattamento e di divieto di comportamenti anticoncorrenziali (5).

Nel partenariato, invece, si ammette che anche successivamente all'apertura delle buste di gara, chi vince possa integrarsi con altri esecutori dell'opera pubblica messa in bando.

In sostanza, la *partnership* ha funzione di guida di un gruppo flessibile nella sua configurazione anche dopo la chiusura della gara (6).

Qui, per meglio comprendere questo fenomeno, nuovo per la prassi amministrativa, dobbiamo affidarci ad una esemplificazione pratica, riferendoci ad una particolare fattispecie di partenariato.

Emergeranno, così, non solo gli aspetti salienti di questa figura, ma anche le diverse interpretazioni ed orientamenti dati dalla giurisprudenza amministrativa chiamata a decidere il caso che segue.

Viene redatto un bando dalla Regione Abruzzo per la partecipazione ad una gara d'affidamento di servizi di progettazione di attività di sviluppo rurale in ambito regionale (7).

Nel bando di gara, approvato con delibera regionale di Giunta n. 395/2002 si dispone la possibilità di partecipazione, oltre che a soggetti quali enti consortili od imprese pubbliche e private, costituenti un gruppo, anche a "partners", che siano in grado di gestire le risorse pubbliche, per lo più consistenti in contributi comunitari versati dalla Unione Europea.

(4) Ad esempio, si costituisce un gruppo di *partners* formato da vari "soci", quali un Comune, una Provincia, un istituto di credito, una cooperativa, un sindacato dei lavoratori; la *partnership* è assunta di norma da un soggetto privato. Se il gruppo ottiene l'appalto, si apre all'apporto di altri "soci", come un'altra banca o un altro sindacato, che partecipano all'esecuzione dell'opera. È il caso che tra poco verrà presentato.

(5) Principi recepiti anche in ambito comunitario: v. Corte Giust., sent. 25 aprile 1996, causa n. C-87/94 Bus Wallons.

(6) Corollario è il problema se la *partnership* possa essere assunta da un soggetto pubblico: secondo Cons. Stato, sez. V, dec. 4327/2003, non vi è incompatibilità tra ente pubblico e stipulazione di contratti d'appalto; ma *contra* Cons. Stato, IV, dec. n. 1344/2004 e T.A.R. Umbria n. 382/2003, per cui vi è incoerenza tra fine istituzionale dell'ente e stipulazione di contratti o svolgimento di attività paraprofessionali, violandosi, tra l'altro, il principio di libera concorrenza.

(7) Come scriverà il T.A.R. Abruzzo, sez. Pescara, nella sentenza fra breve menzionata, "il contorno normativo non è dei più lineari". Le fonti di questa fattispecie, riguardanti un finanziamento comunitario ad un progetto regionale denominato *LeaderPlus* sono, infatti, costituite da un coacervo di norme comunitarie e regionali, e cioè dal Regolamento Ce n. 1260/99, che dà alla Regione competenza in materia di sviluppo rurale, dai Programmi di sviluppo regionale finanziati dalla Ue, deliberati dalla Regione pubblicati nel *Bura* n. 16/2002 e n. 68 speciale del 2002, nelle deliberazioni della Giunta regionale n. 1243/02 e n. 395/2002, che fissano i criteri di valutazione dei partecipanti alla gara per l'affidamento del progetto .

La redazione del bando di gara viene basata sul rispetto dei criteri di compilazione del bando stesso, che si trovano pubblicati nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità Europee* contenuti in un atto determinativo della Commissione europea, che fissa contesto, obiettivi ed ambiti di partecipazione soggettiva a tale gara (Comunicazione Commissione CE n. 139/05 del 14 aprile 2000).

In particolare, si prevede, a livello di fonte comunitaria, la possibilità di partecipazione alla gara pubblica, accanto alla nota previsione di enti personificati od imprese capofila di associazione temporanee, anche di soggetti in “partenariato”, come almeno risulta dalla traduzione letterale del termine usato di “*partnership*”, alla quale è, appunto, consentita l’abilitazione alla gara.

Il problema di fondo sorge, quando il consorzio giunto secondo alla gara d’affidamento del servizio contesta in giudizio la vittoria del partenariato, per violazione della concorrenza, dell’intangibilità delle offerte che avrebbero, in sintesi, causato la sostanziale vanificazione del punteggio dato ad un programma presentato da un soggetto, per sua stessa definizione, mutante e non costituito al momento di chiusura della gara.

Senonché la domanda giudiziale porta ad interrogarsi sulla giusta ermeneutica da dare al partenariato (8).

Dall’incertezza lessicale di questo termine, il dubbio sulla sua reale portata; la conseguente controversia che nasce e che verrà definita con due sentenze di segno opposto, una del T.A.R. Abruzzo sez. di Pescara n.293/2004, l’altra in appello del Consiglio di Stato, IV sezione n. 3347/2005 produrrà questo risultato pratico: risolverà il problema in concreto ed lascerà intatta la questione in campo giuridico.

Infatti, la formazione del bando non ha regole sue proprie, né le fonti attualmente esistenti aiutano l’interprete.

Vediamo perché. Il punto di rottura con la normativa interna e la comune interpretazione della soggettività idonea a partecipare alle gare pubbliche è dato, com’è facile intuire, dall’uso che si vuol dare al termine partenariato.

Secondo la fonte comunitaria, la *partnership* rimanda ad un’idea flessibile di costituzione del soggetto pubblico partecipante alla gara, di modo che è sufficiente che vi sia un partner in posizione anche non di leader del raggruppamento, tale anche da consentire successivamente alla chiusura della gara l’apporto contributivo di altri soggetti, che entrano a fare parte del cosiddetto partenariato.

Questa possibilità, quindi, di mutazione della compagine che vince la gara, se è consentita dalla fonte comunitaria, dove il termine *partnership* rimanda a quanto detto, non è consentita dalle norme interne, che prevedono la generale non modificabilità dell’aggiudicatario della gara pubblica.

(8) Sul punto: F. FRACCHIA, L. CARROZZA, *Il difficile equilibrio fra flessibilità e concorrenza nel dialogo competitivo disciplinato dalla direttiva 2004/18/Ce* sul sito della giustizia amministrativa e M. CLARICH, *Il dialogo competitivo ed i possibili riflessi sul partenariato pubblico privato* negli atti dell’omonimo Seminario sul sito di “Igitalia”.

Ma la formazione del bando di cosa avrebbe dovuto tenere conto?

Sicuramente della fonte comunitaria, dove esplicitamente si prevede la figura del *partner* destinato a costruire una struttura comune con personalità giuridica; tale norma non esclude che la costituzione della *partnership* avvenga anche *in progress*, cioè anche dopo la presentazione delle domande di partecipazione alla gara e fino all'esecuzione del servizio affidato.

Perciò, il bando regionale ha previsto una natura flessibile dell'aggiudicatario, che può mutare di soggetti che lo compongono anche dopo la vittoria nella gara stessa.

Vediamo allora la posizione assunta dai giudici amministrativi:

secondo il T.A.R. Abruzzo, sezione di Pescara, la figura dell'affidatario *in progress*, seppur opinabile, non è da considerarsi illegittima, perché non vi è lesione del principio della concorsualità, dal momento che il finanziamento pubblico è erogato solo quando il servizio è effettivamente reso; il controllo dell'opera è a valle e, quindi, la mancata costituzione d'una valida *partnership* è a rischio del partner affidatario del servizio, che se non esegue la prestazione promessa non riceve nulla dalla Ue.

Secondo, invece, il Consiglio di Stato, l'ammissibilità della figura del partenariato nella gara pubblica viola il principio della concorsualità, perché altera il principio di leale concorrenza, dal momento che "gli elementi di valutazione del partenariato non possono essere dedotti prescindendo dal definitivo assetto della compagine societaria e della formale costituzione dell'ente".

In realtà, sottotraccia entrambe le sentenze sopra riportate si adattano ad un canone di ermeneutica, che potrebbe persino apparire superato, o meglio, quantomeno non aggiornato con la dottrina attuale, che tende a cogliere gli aspetti innovativi del diritto amministrativo nell'ambito della sua intersecazione col diritto comunitario.

Un'occasione perduta, dunque, *de iure condito*? Vediamo fino a che punto.

Entrambe le decisioni, si è detto, sono in linea col diritto interno ed il portato giurisprudenziale comune e corrente.

Lo è la prima sentenza, perché parte dal presupposto implicito del bando di gara quale *lex specialis* e lo dispiega nelle sue naturali conseguenze.

È legittima l'attività della P.A. conforme ai principi stabiliti nel bando; quindi, poiché l'articolato di bando lascia aperta la porta alla costituzione di soggetti *in fieri* anche dopo la fase iniziale dell'"apertura delle buste", è altrettanto legittima la riformulazione in corso d'opera dell'offerta con mutamento dei *partners*.

In sostanza, è corretta la lettura del bando laddove consente la personalizzazione della *partnership* successivamente all'approvazione dell'offerta progettuale più congrua e più idonea al raggiungimento dei fini concorsuali.

Ma, d'altronde, si caratterizza pure per concordia con la giurisprudenza comune e corrente l'estensione della sentenza d'appello, nel senso che ravvisa nel mutamento d'offerta in corso di gara o anche dopo in corso d'opera una palese violazione del principio di parità tra i concorrenti; come dare torto

a tale assunto? La costituzione in fieri del soggetto vincitore della selezione, qualora ammessa sul piano del diritto “verserebbe in un caso patente di violazione del principio fondamentale della *par condicio*”.

Ma se è la stessa Commissione europea che ammette ciò? *Quid iuris* allora?

Non resta a questo punto che affrontare il terzo nodo della questione, in premessa prospettato.

Bisogna, infatti, notare che, se si guarda alla disciplina generale interna in materia di appalti di servizi e forniture, nonché d’opera, il quadro non sembra mutare affatto.

Anche la legislazione è pedissequa nella volontà di seguire le orme della giurisprudenza nel redigere e nel fissare i paletti selettivi utili per la partecipazione soggettiva alle gare (9).

Si prenda, come esempio a titolo di disciplina generale, il d.p.c.m. 10 gennaio 1991, n. 55, recante norme sulla formazione dei bandi di gara pubblici, il quale prevede all’art. 4 la possibilità di partecipazione alle imprese, singolarmente o riunite in associazioni temporanee o in consorzio.

E solo di questi soggetti.

Cioè, la legge ed i giudici nazionali sconoscono la partecipazione soggettiva “flessibile” e danno cittadinanza alla sola soggettività “rigida” del concorrente alla gara pubblica (10).

Quindi, non appare possibile per l’Amministrazione *de iure condito* fissare quale requisito di capacità soggettiva la flessibilità del soggetto partecipante, perché, anche se l’altra ipotesi assicura un miglior fine, l’ordinamento interno, a differenza di quello comunitario, sconosce la mutabilità e la trasformazione dell’aggiudicatario in corso d’opera.

Questo anche se è la stessa Ue a finanziare l’opera od il servizio.

In realtà, si osserva che il punto di rottura tra i due ordinamenti sta nella diversa concezione ancora oggi esistente tra la nozione di evidenza pubblica tradizionale nazionale ed, invece, quella di derivazione comunitaria (11).

Nel diritto interno prevale a livello contabile il meccanismo di controllo a monte dell’opera pubblica; a livello comunitario il controllo è a valle.

Per gli amministratori pubblici nazionali è importante verificare che chi partecipa alla gara abbia sin dall’inizio le carte in regola per realizzare l’opera promessa.

(9) V. R. GAROFOLI, *Codice degli Appalti, di servizi e forniture e dei servizi pubblici locali*, Milano, 2005, 1047.

(10) A. CLARIZIA, *La Corte suona il de profundis per l’in house*, sul sito della giustizia amministrativa (l’A. si riferisce alla sentenza della Corte Costituzionale n. 272 del 2004, ndr., che si legge in *Giur. It.*, 2005, 836 e ss., con nota di Rolando); R. DE NICTOLIS, *Sistemi di scelta del contraente, criteri di aggiudicazione e offerte anomale nella Merloni ter in Urbanistica ed appalti*, 1999, fasc. 5, 178. Più in generale, sulla diffidenza del nostro legislatore all’ingresso di particolari nuove figure realizzative dell’appalto pubblico, si veda G. MONTEDORO, *Il leasing pubblico e la capacità generale di diritto privato della P.A.*, sul sito di Lexfor.

(11) V. F. CARINGELLA, *Corso di Diritto Amministrativo*, Milano, 2005, 2251, Sez. I, Cap. 1.

Per l'ambito comunitario, si eroga il finanziamento in varie *tranches*, che costituiscono tante tappe di passaggio, che non danno affatto per scontato il rendiconto finale, né la sua approvazione.

Si ricontrolla tutto, volta per volta, ad ogni singolo passaggio di consegna dell'opera o di effettuazione del servizio, dal pagamento dei contributi alle maestranze dell'impresa fino alla composizione dei *partners* che eseguono parte dei lavori affidati.

Quindi, per l'ottica d'oltralpe, il soggetto può anche mutare di composizione (ad es. una banca che co-finanzia l'opera può subentrare ad altra od affiancarla; persino il perdente la gara può affiancare il vincitore), tanto la validità della sua compagine sarà valutata a bocce ferme all'atto di rendicontazione finale.

Quindi, il funzionario regionale che redasse quel bando, fece bene a sbagliare, interpretando come possibile il cambio di gestione nel momento dell'esecuzione del servizio.

Comunque, sono noti gli sforzi del nostro ordinamento di adeguarsi ad una visione più unitaria della materia *de qua*.

Giova ricordare che con circolare della Presidenza del Consiglio, Dipartimento Politiche Comunitarie del 1° marzo 2002, n. 945 è stata riprodotta la comunicazione Ue del 12 aprile 2000, che riassume i fondamentali principi in tema di rispetto della concorrenza e della *par condicio* negli appalti pubblici, quali la parità di trattamento, la trasparenza, la proporzionalità, il mutuo riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali.

Il punto è, tuttavia, che finché tali principi saranno diversamente interpretati per difetto d'aggiornamento, od anzi, anche per il riferimento a presupposti teoretici diversi (si veda ad es. l'attualità del dibattito sulla separazione degli ordinamenti nazionale e comunitario) (12), si rischierà, come accaduto, che un bando formato seguendo le direttive della Ue finanziatrice dell'opera, sarà considerato mal fatto, perché non rispondente alla normativa ed alla tradizionale prassi interpretativa nazionale.

Da ultimo ed in attesa delle sue prime applicazione giunge la novella del codice de Lise (13).

In attuazione degli artt. 1,2 e 25 della legge 18 aprile 2005 n. 62 (Legge comunitaria 2004), è stato approvato in data 23 marzo 2006, il "Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture", dopo aver acquisito i prescritti pareri del Consiglio di Stato, della Conferenza Unificata Stato-Regioni-Città e dei competenti organi della Camera e del Senato della Repubblica.

(12) In sintesi, la *querelle* dottrinarie verte sul considerare l'ordinamento nazionale come separato o integrato con il superiore ordinamento comunitario.

(13) V. oltre agli *Atti del Convegno sul nuovo Codice dei contratti pubblici* tenutosi il 5 maggio 2006 presso l'Università di Teramo, relatori P. De Lise, A. Zito, A. Cancrini, G. Carinci, A. Contieri, T. Capitanio, N. Paolantonio, A. Police, D. de Carolis e F. Urbani Neri, anche C. CONTESSA, *Oggetto del contratto e procedure di scelta del contraente nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Atti del Convegno su "La riforma degli appalti pubblici"*, tenutosi nel mese di marzo 2006 presso l'Unioncamere a Roma.

Seguendo le indicazioni contenute nella legge delega, il Codice recepisce le previsioni contenute, rispettivamente, nella direttiva comunitaria 17/2004/CE, relativa agli appalti ed alle concessioni di lavori, servizi e forniture nei settori speciali (quali, ad es. gas, energia elettrica ed acqua) e nella direttiva 18/2004/CE, relativa all'unificazione della disciplina degli appalti e delle concessioni di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari.

Il Testo Unico riscrive, nel complesso, l'intera normativa in materia d'appalti vigente ed adempie all'obbligo previsto nella disciplina comunitaria di adeguare la normativa interna all'evoluzione del diritto comunitario, come anche interpretato ed integrato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia europea.

Al partenariato non è dedicata alcuna disciplina specifica, ma se ne parla solo a margine della disposizione dettata all'art. 194 del Codice, contenuta nella Sezione IV – Disposizioni particolari sugli interventi per lo sviluppo infrastrutturale.

La norma si occupa di fissare i criteri per l'erogazione delle risorse, rese disponibili dall'art. 1 comma 2 del D.L. n. 415/1992, conv. con legge n. 488/1992, da parte del Cipe, al fine di razionalizzare gli interventi per lo sviluppo infrastrutturale a livello nazionale.

In particolare, al punto 3 dell'art. 194 si stabilisce che: "L'individuazione degli interventi strategici di cui al comma 2 è effettuata valorizzando la capacità propositiva dei Comuni, sulla base dei criteri e delle intese raggiunte dai Ministeri dell'Economia e delle Finanze e delle Infrastrutture e dei Trasporti, da tutte le Regioni interessate, da rappresentanti dei Comuni e dal *partenariato istituzionale ed economico-sociale a livello nazionale*, come previsto dal punto 1.1 della delibera Cipe n. 20/2004 del 29 settembre 2004, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 265 dell'11 novembre 2004".

Occorre rilevare in sede di primo sommario commento che, tenuto conto di quanto detto in precedenza, in ordine alla complessità del tema tracciato, il neonato Codice non appare essere di maggiore conforto ad una migliore lettura del problema di fondo, legato all'ammissibilità della figura in esame.

Sembra, altresì, evidente, in chiave di interpretazione sistematica, come la scelta del legislatore di conservare, d'altro canto, allo Stato, ex art. 5 del Codice, la disciplina in materia di qualificazione del soggetto che partecipa alla gara (lettera g. art. 5 del Codice) non sia in linea con l'auspicato allargamento degli operatori economici concorrenti all'aggiudicazione dell'appalto pubblico.

Infatti, il soggetto pubblico redattore del bando di gara avrà, si pensa, ancora meno libertà di prima di fissare i requisiti soggettivi di partecipazione, dal momento che la discrezionalità del committente pubblico sarà ancor più vincolata al necessario rispetto della legge nazionale.

Tanto che appare coerente con quanto appena detto il disposto dell'art. 5 lettera g), secondo cui, appunto, i requisiti soggettivi, le certificazioni di qualità, nonché la qualificazione degli operatori economici devono conformarsi ai criteri stabiliti nel regolamento d'attuazione del menzionato Codice.

Anche, quindi, il rinvio che il Codice fa ai criteri di scelta stabiliti nel Codice stesso e nel pedissequo regolamento d'esecuzione (art. 7), se confrontato col sostanziale silenzio serbato rispetto alla figura del partenariato, depone più a favore di una *mens legis* conservatrice all'interpretazione della disciplina di bando che ad un'apertura verso una più flessibile concezione della figura del contraente aggiudicatario.

Se è vero che, comunque, il Codice si caratterizza per una serie di notevoli innovazioni nella disciplina di bando, proprio in tema di scelta del contraente, la mancata previsione della *partnership* non lascia adito ad altre interpretazioni del sistema.

Neppure facendo riferimento all'art. 58 del Codice, che, in applicazione dei principi di cui alla Direttiva 2004/18/CE, riconosce l'ipotesi di allargamento partecipativo nel caso di "appalti particolarmente complessi", ma solo allo scopo di ampliare gli spazi d'intervento della diversa fattispecie del "dialogo competitivo".

Si ritiene, pertanto, che sarebbe stato opportuno che il Codice avesse contenuto una qualche disposizione diretta oppure, perlomeno, una piattaforma normativa minima, tale da costituire una valida base di discussione per un futuro positivo intervento giurisprudenziale (14).

Si reputa, infatti, che sarebbe bastato introdurre un ulteriore criterio aggiuntivo alla definizione degli elementi soggettivi *ex art. 5* Codice Appalti per dare ingresso al partenariato, un istituto comunitario di origine pretoria e del quale, peraltro, lo stesso legislatore comunitario non ha dettato alcuna disciplina specifica.

Si può concludere, perciò, nel prevedere, in linea generale, che, fino a quando il diritto amministrativo non tenderà a riconoscersi come referente anche di sistemi di *common law*, e, quindi, anche ad ipotesi di diversa configurazione soggettiva del contraente, la lettura e la conseguente applicazione dei bandi di gara tenderà a sua volta a trasformarsi in un puzzle a soluzione multipla per gli interpreti e gli operatori del diritto.

Tuttavia, però, alla tesi qui sopra configurata, si può obiettare come l'istituto del partenariato costituisca ormai un principio del diritto comunitario vivente, non incompatibile coi principi generali del diritto amministrativo, con conseguente sua ammissibilità ed applicabilità in via interpretativa, specie in ambito di redazione di bandi di gara regionali, secondo i caratteri ed i limiti individuati dalla giurisprudenza.

In base a quanto esposto, non apparirebbe corretto, invero, ritenere che la mancata inclusione di una norma *ad hoc* nel Codice debba automaticamente comportare l'ammissibilità di questo istituto nell'ambito dell'ordinamento giuridico italiano.

(14) Tanto che già si parla di imminenti necessari "ritocchi" a cui andrebbero incontro alcune sezioni del Codice: così nell'Editoriale di M. Clarich su *Guida al Diritto* fasc. n. 25/2006.