

QUANDO LA COOPERAZIONE TRA ENTI PUBBLICI RICHIEDE LA GARA.

(Nota a sentenza n. 1418/2017)

1. Introduzione

Il 28 marzo 2017, il Consiglio di Stato si è definitivamente pronunciato nel giudizio pendente tra l'Ordine degli ingegneri della Provincia di Como e Unione dei Comuni di Lario e Monti e nei confronti di Politecnico di Milano e con l'intervento *ad adiuvandum* di Consiglio Nazionale degli Ingegneri, Consulta Regionale dell'Ordine degli Ingegneri della Lombardia, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Monza e Brianza, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Varese, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lodi, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Sondrio, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Pavia, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Milano, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Bergamo, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecco, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Cremona, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Mantova, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Brescia, - avente ad oggetto l'erronea interpretazione da parte del Giudice di prime cure (Tar Milano 2361/2013) dei principi di diritto enunciati, in materia di cooperazione tra enti pubblici, sia dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) che dal Consiglio di Stato.

In particolare, la questione, risolta favorevolmente per l'Ordine degli ingegneri di Como, verteva sulla illegittimità dell'affidamento disposto dall'Unione in favore del Politecnico di Milano e della conseguente convenzione, in quanto contrari al modello di cooperazione affermato nella sentenza della Corte di Giustizia 9 giugno 2009 (causa C-480/06, c.d. Amburgo).

Il Consiglio di Stato ha dichiarato l'illegittimità dell'affidamento e riformato la sentenza appellata, richiamando una precedente decisione, Consiglio di Stato, sez. V, 23 giugno 2014, n. 3130.

2. Il tema della cooperazione pubblico-pubblico

Per meglio comprendere la questione occorre inquadrare giuridicamente gli istituti coinvolti.

La disciplina sugli appalti pubblici è rivolta da un lato alle c.d. amministrazioni aggiudicatrici (oltre al novero degli altri soggetti qualificati), dall'altro all'operatore economico, da intendersi *ex art. 3 D.Lgs 50/2016*, come l'imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi o un raggruppamento o consorzio di essi.

Gli accordi stipulati tra pubbliche, secondo la tesi sostenuta dall'Unione dei Comuni, non sarebbero assoggettabili alle procedure ad evidenza pubblica.

Si pone, dunque, la questione circa la normativa applicabile nei casi in cui le amministrazioni aggiudicatrici concludano tra loro accordi a titolo oneroso, cooperando con l'intento di perseguire il solo interesse pubblico: ove il contratto fosse qualificato ad oggetto pubblico la disciplina resta quella dell'art. 15 L.P.A., al contrario, ove l'oggetto del contratto fosse qualificabile come privato, è imprescindibile l'applicazione di procedure ad evidenza pubblica ed in particolare il codice dei contratti pubblici.

Si precisa che la cooperazione pubblico-pubblico può realizzarsi secondo due modalità:

- a) verticale/istituzionalizzata, che si realizza attraverso la creazione di entità *in-house*
- b) cooperazione orizzontale/non istituzionalizzata, che si realizza attraverso un accordo senza previa gara d'appalto.

Quest'ultima modalità di cooperazione è quella esaminata dalla decisione in commento.

3. La giurisprudenza in materia di cooperazione p-p orizzontale

La **Corte di Giustizia UE** ha trattato per la prima volta l'argomento in esame nella c.d. "Sentenza Amburgo" (CGUE, sent. 9.6.2009, Causa C-480/06, Commissione delle Comunità europee c/ Rep.

Fed. di Germania), nella quale ha stabilito che gli accordi di cooperazione tra amministrazioni pubbliche aggiudicatrici, finalizzati all'esecuzione congiunta di compiti comuni d'interesse pubblico, sono perfettamente legittimi a condizione, però: a) che siano stipulati esclusivamente tra enti pubblici, escludendosi la partecipazione del privato o la sua collocazione in una situazione di privilegio che non contempli una procedura di gara; b) che la cooperazione istituita tra tali enti sia incentrata sul solo ed esclusivo perseguimento dell'interesse pubblico; c) che, pur non essendo necessario che ciascuna pubblica amministrazione partecipi nell'identica misura all'effettiva esecuzione dell'oggetto dell'accordo, sia esclusa la previsione di trasferimenti finanziari tra le parti cooperanti, fatti salvi i rimborsi dei costi sostenuti; d) le parti cooperanti non possono svolgere alcuna attività commerciale nell'ambito della cooperazione, né tanto meno il servizio oggetto della cooperazione può essere offerto sul mercato, fatta salva in tal caso l'applicazione delle norme in materia di appalti.

Più di recente, il Giudice dell'Unione Europea si è trovato a dover risolvere la questione pregiudiziale concernente la compatibilità alle norme europee in materia di appalti di una normativa nazionale che consenta ad un'università di diritto pubblico di ricevere l'incarico, senza previa gara d'appalto, per lo svolgimento di un'attività di consulenza, affidatole da un'autorità pubblica.

In particolare, la Corte di Giustizia, all'esito del procedimento (C-159/11), ha pronunciato il seguente principio, peraltro confermato, con identica formulazione, dall'ordinanza della stessa Corte sulla questione pregiudiziale relativa al procedimento r.g. 6305/2010 (causa C-564/11): *«Il diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici osta ad una normativa nazionale che autorizzi la stipulazione, senza previa gara, di un contratto mediante il quale taluni enti pubblici istituiscono tra loro una cooperazione, nel caso in cui – ciò che spetta al giudice del rinvio verificare – tale contratto non abbia il fine di garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune agli enti medesimi, non sia retto unicamente da considerazioni ed esigenze connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico, oppure sia tale da porre un prestatore privato in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti».*

I criteri ivi espressi devono essere tutti presenti.

Pertanto, guardando alla giurisprudenza del Giudice europeo, la regola generale è che la gara deve essere esperita anche qualora si preveda un accordo tra pubbliche amministrazioni; eccezionalmente, però, in presenza dei presupposti riferiti, è possibile derogarvi.

La Corte ha altresì affermato, nei casi sopra citati, che gli accordi con cui sono stati affidati alle università, senza gara, taluni servizi riconducibili a quelli dell'ingegneria sono illegittimi, poiché presentano: *«un insieme di aspetti materiali corrispondenti in misura estesa, se non preponderante, ad attività che vengono generalmente svolte da ingegneri o architetti e che, se pur basate su un fondamento scientifico, non assomigliano ad attività di ricerca scientifica».*

Allo stesso modo, la **giurisprudenza amministrativa** (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 28.03.2017, n. 1418; Consiglio di Stato, sez. V, 23.6.2014, n. 3130; Consiglio di Stato, sez. V, 15.7.2013, n. 3849) ha ribadito tali principi e, nel riempire di contenuto il principio secondo cui le pubbliche amministrazioni devono perseguire un interesse esclusivamente pubblico, ha evidenziato la differenza tra un contratto (disciplinato dalla normativa sugli appalti) ed un accordo organizzativo (ex art. 15 LPA) intercorrente in ciascun caso tra enti pubblici.

Secondo il giudice di massimo grado della giustizia amministrativa, il contratto ha ad oggetto lo scambio tra prestazione e corrispettivo; al contrario, l'accordo organizzativo permette una collaborazione tra enti pubblici al fine di coordinare gli interventi di ciascun ente su di un oggetto di interesse comune.

Nonostante la distinzione almeno sotto il profilo teorico appare chiara, le pubbliche amministrazioni talvolta ricorrono ad accordi che, non rispettando i criteri individuati dalla giurisprudenza europea, sono illegittimi.

Come nel caso oggetto della sentenza in nota (Consiglio di Stato, sez. V, 28.03.2017, n. 1418) il contratto, stipulato secondo la logica dello scambio economico, con la dalla previsione di un corrispettivo calcolato secondo il criterio del costo necessario alla produzione del servizio e, dunque, in perfetta aderenza allo schema tipico dei contratti di diritto comune ex art. 1321 cod. civ, sebbene

valido sul piano civilistico, si pone in contrasto con le norme in materia di appalti pubblici.

Conseguentemente, in tali casi, lo strumento impiegato, essendo estraneo alla logica del coordinamento di convergenti attività di interesse pubblico di più amministrazioni, non potrà che essere dichiarato illegittimo dall'autorità giudiziaria.

Seguendo tale ragionamento, il Consiglio di Stato, nella sentenza in nota, ha affermato che *“Qualora un'amministrazione si ponga rispetto all'accordo come operatore economico, ai sensi di quanto stabilito dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 23 dicembre 2009, in C 305/08, prestatore di servizi ex all. II-A più volte citato e verso un corrispettivo anche non implicante il riconoscimento di un utile economico ma solo il rimborso dei costi, non è possibile parlare di una cooperazione tra enti pubblici per il perseguimento di funzioni di servizio pubblico comune, ma di uno scambio tra i medesimi”*.

E ancora, ha di seguito chiarito come: *“Nel caso di specie, dunque, l'accordo tra il Politecnico e l'Unione, oggetto dell'originario gravame, va bene qualificato come un appalto di servizi, per tale vincolato al rispetto delle regole di evidenza pubblica nazionali ed Europee [...] Ne consegue che lo strumento impiegato è estraneo alla logica del coordinamento di convergenti attività di interesse pubblico di più enti pubblici, ma vede uno di questi fare ricorso a prestazioni astrattamente reperibili presso privati. Analogo principio viene espresso da Cons. Stato, V, 15 luglio 2013, n. 3849”*.

Le conclusioni esposte cui è giunta la giurisprudenza, richiamate dalla recentissima sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 28.03.2017, n. 1418, sono state enunciate in ambito europeo, oltre che tradotte nel contesto nazionale.

4. La disciplina europea e nazionale in materia di cooperazione p-p orizzontale

La Commissione europea (cfr. documento di lavoro dei servizi della Commissione concernente l'applicazione del diritto UE in materia di appalti pubblici ai rapporti tra amministrazioni aggiudicatrici “cooperazione pubblico-pubblico” – 2011) ha affermato che la cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici non istituzionalizzata si realizzerebbe concorrendo tre condizioni:

1) la cooperazione coinvolge soltanto amministrazioni aggiudicatrici, senza partecipazione di capitale privato; 2) ha carattere di cooperazione reale, diretta all'esecuzione congiunta di un compito comune, contrariamente a quanto avviene in un normale appalto pubblico di lavori; 3) persegue l'interesse pubblico.

Coerentemente, il legislatore europeo, attesi gli approdi giurisprudenziali citati, nel considerando n. 31 della direttiva 2014/24/UE, in tema di appalti, lavori e forniture, afferma: *«Vi è una notevole incertezza giuridica circa la misura in cui i contratti conclusi tra enti nel settore pubblico debbano essere disciplinati dalle norme relative agli appalti pubblici. La giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea a tale riguardo viene interpretata in modo divergente dai diversi Stati membri e anche dalle diverse amministrazioni aggiudicatrici. È pertanto necessario precisare in quali casi i contratti conclusi nell'ambito del settore pubblico non sono soggetti all'applicazione delle norme in materia di appalti pubblici. Tale chiarimento dovrebbe essere guidato dai principi di cui alla pertinente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea. Il solo fatto che entrambe le parti di un accordo siano esse stesse autorità pubbliche non esclude di per sé l'applicazione delle norme sugli appalti. Tuttavia, l'applicazione delle norme in materia di appalti pubblici non dovrebbe interferire con la libertà delle autorità pubbliche di svolgere i compiti di servizio pubblico affidati loro utilizzando le loro stesse risorse, compresa la possibilità di cooperare con altre autorità pubbliche»*.

Sul piano nazionale, nel recepimento della direttiva sopracitata, il recente codice dei contratti pubblici (D.lgs 50/2016) all'art. 5 c. 6, ha espressamente previsto le condizioni secondo cui l'accordo tra due pubbliche amministrazioni è soggetto all'applicazione del codice, affermando, in particolare che: *«Un accordo concluso esclusivamente tra due o più amministrazioni aggiudicatrici non rientra nell'ambito di applicazione del presente codice, quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:*
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».

La citata norma non recepisce integralmente l'orientamento della giurisprudenza comunitaria in materia, la quale pone chiari limiti all'utilizzazione degli accordi di cooperazione tra pubbliche amministrazioni, ancor più penetranti di quelli imposti dal legislatore nazionale.

Tale previsione normativa si inserisce nella più generale disciplina nazionale prevista all'art. 15 della L. 241/1990 secondo cui le pubbliche amministrazioni possono concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività che rivestono un interesse comune.

Per la disciplina sostanziale degli accordi tra pubbliche amministrazioni, il comma 2 dell'art. 15 della L. n. 241/90 svolge un espresso rinvio ai commi 2 e 3 dell'art. 11, L. n. 241/90: entrambe le disposizioni possono ascriversi nella c.d. attività amministrativa consensuale.

Tale *modus operandi*, oggi invalso nella prassi amministrativa, rappresenta una rottura netta col passato allorquando il provvedimento amministrativo era la risultante dell'attività unilaterale della pubblica amministrazione.

5. Conclusioni

Non è raro che enti locali o comuni facciano ricorso ad accordi al fine di attuare cooperazioni pubblico-pubblico, non istituzionalizzate, con università o altri enti di studio o di ricerca che, grazie alla propria attività scientifica, possono contribuire all'attuazione dei fini istituzionali dei primi che potranno acquisire, a loro, volta, elementi utili alle finalità di studio e ricerca.

Tali atti negoziali sono legittimi.

Occorre, però, che tali accordi non si pongano in contrasto con il principio della concorrenza.

Ove non siano rispettati i criteri enunciati dalla giurisprudenza europea gli accordi potranno essere annullati: ciò non significa che non sia possibile per alcuni enti, come ad esempio le università o altri organismi di ricerca, divenire affidatari di un servizio tecnico, ma è necessario che essi partecipino ad una procedura ad evidenza pubblica, nel rispetto della *par condicio* insieme agli altri operatori interessati.

L'affidamento diretto di appalti pubblici di servizi è in contrasto con il generale principio di libera concorrenza stabilito agli articoli da 101 a 109 del TFUE, declinato nelle direttive appalti e concessioni e recepito nel Codice dei contratti pubblici (D.lgs 50/2016).

Del resto, la violazione dei criteri previsti per concludere legittimamente un accordo di cooperazione tra pubbliche amministrazioni introduce elementi di grave distorsione del mercato impedendo ad operatori dotati delle necessarie competenze di concorrere per l'affidamento di servizi erogati professionalmente.

In particolare, gli operatori economici nazionali si troverebbero ostacolati dalla stessa pubblica amministrazione per le ragioni sopra indicate e svantaggiati rispetto agli operatori economici che operano in altri Paesi europei che applichino correttamente la normativa in materia di appalti pubblici. Conclusivamente, le pubbliche amministrazioni possono legittimamente ricorrere ad accordi di partenariato pubblico-pubblico nelle situazioni in cui, nel perseguimento dell'interesse pubblico, debbano conseguire obiettivi che rientrano negli scopi istituzionali; viceversa, ove debbano acquisire servizi erogati dal mercato, il rispetto dei principi del Trattato in materia di libera concorrenza rendono necessaria l'applicazione delle procedure di gara.