

REDAZIONALI

COMMENTO ALLA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA UE – GRANDE SEZIONE – 19 DICEMBRE 2012. ELEMENTI IDENTIFICATIVI DEGLI ACCORDI DI COOPERAZIONE, EX ART. 15 LEGGE 241 DEL 1990 E S.M.I. E OBBLIGO DI RISPETTARE LE REGOLE DELL'UNIONE EUROPEA SUGLI APPALTI PUBBLICI

dell'Avv. Luisa Capicotto

La Corte Europea di Giustizia è perentoria: l'obbligo della previa indizione della gara, in applicazione della normativa europea sugli appalti pubblici, non può essere derogato dalla normativa nazionale nel caso in cui l'accordo stipulato tra enti pubblici, configuri un contratto tramite il quale le amministrazioni istituiscono tra di loro una cooperazione ma non garantisca 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 attribuisca ad un prestatore privato una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti

The European Court of Justice is peremptory: 's requirement of prior call for competition, in application of European rules on public procurement can not be waived by the national legislation if the agreement stipulato between public entities, constitutes a contract through which the government set up a co-operation between them but does not guarantee the fulfillment of a public service common to the institutions themselves, not be governed solely by considerations and requirements relating to the pursuit of objectives in the public interest, or conferring on a private lender a privileged position compared to its competitors

Sommario: 1.Introduzione.2.La fattispecie.3.La normativa dell'Unione Europea. 4-La normativa italiana.5-La decisione. 6.Gli accordi tra amministrazioni ex articolo 15 della Legge 241 del 1990 s.m.i tra normativa nazionale e orientamento dell'Unione europea.6.1.Le linee guida europee. 6.2.La disciplina degli accordi e i limiti al potere per l'amministrazione consensuale. 6.3.Accordi di cooperazione ed appalti pubblici. Presupposti e differenze. 6.4.La rilevanza degli accordi di cooperazione nell'ordinamento interno..

1.Introduzione.

Con la sentenza pronunciata il 19.12.2012¹ nella causa C-159/11, la Grande Sezione della C.giust.CE ha sancito che anche i contratti di cooperazione stipulati tra enti pubblici devono rispettare le regole sulle

gare di appalto. Infatti, la normativa nazionale deve conformarsi al diritto dell'Unione Europea- dir. 2004/18/CE – art. 1 paragrafo 2,lett.a) e d)- che impone, in materia di appalti pubblici, la previa indizione di una procedura ad evidenza pubblica per individuare il contraente migliore nel mercato, e quindi procedere con l'aggiudicazione e con la stipulazione del contratto.

¹ C.giust.CE – Grande Sezione – 19.12.2012 – Pres. Skouris, Rel. J. Kasel, M. Safjan e D. Svaby

Chiarisce la Corte che la normativa nazionale non può derogare all'obbligo della previa gara nel caso in cui l'accordo di cooperazione, sostanzialmente, configura un contratto tramite il quale enti pubblici istituiscono tra di loro una cooperazione e il contratto non garantisca 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 attribuire ad un prestatore privato una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti.

Il caso sottoposto all'attenzione della Corte riguardava la domanda di pronuncia pregiudiziale, proposta dal Consiglio di Stato italiano in data 9 novembre 2010, nel procedimento avviato da due enti pubblici, l'Azienda Sanitaria Locale di Lecce (ASL) e l'Università del Salento (Università) contro l'Ordine degli Ingegneri della provincia di Lecce e altri, con riferimento ad un contratto di consulenza, stipulato nel 2009 tra ASL e Università, avente ad oggetto lo studio e la valutazione della vulnerabilità sismica delle strutture ospedaliere della Provincia di Lecce, senza previo esperimento di una gara ad evidenza pubblica.

La questione pregiudiziale verteva, in particolare, sull'interpretazione degli articoli 1, paragrafo 2, lettere a) e d), 2 e 28, nonché dell'allegato II A, categorie 8 e 12, della dir. 2004/18/CE del Parlamento e del Consiglio del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, come modificata dal regolamento (CE) n. 1422/2007 della Commissione, del 4 dicembre 2007.

2. La fattispecie.

Nello specifico, oggetto di controversia è il contratto di consulenza tra ASL e Università, per lo studio e valutazione della vulnerabilità sismica delle strutture ospedaliere della Provincia di Lecce.

L'attività di studio prevista nel disciplinare approvato dalla ASL, prevedeva l'esecuzione da parte dell'Università di tre fasi, senza sancire l'obbligo di esperire preliminarmente la procedura ad evidenza pubblica.

- individuazione della tipologia strutturale,

dei materiali impiegati per la costruzione e dei metodi di calcolo adottati; verifica sommaria dello stato di fatto rispetto alla documentazione progettuale resa disponibile;

- verifiche della regolarità strutturale, analisi sommaria della risposta sismica globale dell'edificio, eventuali analisi locali su elementi o sottosistemi strutturali significativi per l'individuazione della risposta sismica globale;

- elaborazione dei risultati delle attività e stesura di schede tecniche di diagnosi strutturale; in particolare relazioni sulla tipologia strutturale osservata, sui materiali e sullo stato di conservazione della struttura, con particolare riferimento agli aspetti che incidono sulla pericolosità sismica del sito di ubicazione dell'opera; schede tecniche di classificazione della vulnerabilità sismica degli ospedali; relazioni tecniche sugli elementi o sottosistemi strutturali rilevati come critici in relazione alla verifica di vulnerabilità sismica; suggerimenti preliminari e sommaria descrizione delle opere di adeguamento o miglioramento sismico adottabili, con particolare riferimento ai vantaggi e limiti delle diverse tecnologie possibili, in termini tecnico-economici.

Veniva pattuito per l'esecuzione della prestazione un corrispettivo di 200 mila euro, al netto dell'IVA, da corrispondere all'Università a carico dell'ASL.

La deliberazione di approvazione del disciplinare è stata impugnata da diversi ordini e associazioni lamentando la violazione della normativa dell'Unione in materia di appalti.

Il Giudice Amministrativo accogliendo il ricorso ha riconosciuto che l'attività di studio configura un appalto di servizi di ingegneria nella normativa italiana, mentre ASL ed Università sostengono che il contratto di consulenza costituisca un accordo di cooperazione tra amministrazioni pubbliche per lo svolgimento di attività di interesse generale e la legittimità di tali accordi discende dalla giurisprudenza della Corte.

Il Consiglio di Stato, in fase di gravame, ha deciso di sottoporre alla Corte la questione pregiudiziale così formulata: se la dir. 2004/18/CE, ed in particolare articolo 1 paragrafo 2, lettere a e d, l'art. 2 e 38 e all. II ca-

tegorie 8 e 12 ed il principio della libera concorrenza ostino ad una disciplina nazionale che autorizzi la stipulazione di accordi in forma scritta tra due amministrazioni aggiudicatrici per lo studio della vulnerabilità sismica di strutture ospedaliere, senza previa gara, verso un corrispettivo non superiore ai costi per l'esecuzione della prestazione, qualora l'amministrazione esecutrice possa qualificarsi come "operatore economico".

Per "operatore economico" si intende ogni ente pubblico che offra servizi sul mercato, indipendentemente dal perseguimento di uno scopo di lucro, dalla dotazione di una organizzazione di impresa o dalla presenza continua sul mercato.

Il giudice del rinvio richiama, al riguardo, alla sentenza della Corte del 23 dicembre 2009, CoNISMa (C 305/08, Racc. pag. I 12129). Secondo l'orientamento della Corte Europea considerato che l'Università può partecipare a una gara d'appalto, deve ritenersi che i contratti con essa stipulati da amministrazioni aggiudicatrici rientrerebbero nell'ambito di applicazione della normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici quando abbiano ad oggetto, come nel procedimento principale, prestazioni di ricerca che non appaiono incompatibili con i servizi menzionati nelle categorie 8 e 12 dell'allegato II A della dir. 2004/18/CE.

Inoltre il giudice del rinvio espone che gli accordi tra pubbliche amministrazioni, previsti all'art. 15 della l.n. 241 del 7.8.1990 s.m.i., sono preordinati al coordinamento dell'azione di diversi apparati amministrativi, ciascuno portatore di uno specifico interesse pubblico, e costituiscono una forma di cooperazione volta a consentire la più efficiente ed economica gestione di servizi pubblici. Un siffatto accordo può essere concluso quando una pubblica amministrazione intenda affidare a titolo oneroso ad altra pubblica amministrazione la prestazione di un servizio e tale servizio ricada tra i compiti dell'amministrazione, conformemente agli obiettivi istituzionali degli enti parti dell'accordo.

3. La normative dell'Unione Europea

La dir. 2004/18/CE, all'art. 1, paragrafo 2, lett. a) definisce gli appalti pubblici «contratti

a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi» mentre gli appalti pubblici di servizi sono qualificati dalla lettera d) «appalti pubblici diversi dagli appalti pubblici di lavori o di forniture aventi per oggetto la prestazione dei servizi di cui all'allegato II».

Ai sensi dell'articolo 2, « Le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità, in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza».

L'articolo 20 prevede che gli appalti aventi per oggetto servizi elencati nell'allegato II A della direttiva siano aggiudicati secondo gli articoli 23-55 di quest'ultima, nell'ambito dei quali l'articolo 28 stabilisce che, «per aggiudicare gli appalti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici applicano le procedure nazionali adattate ai fini di detta direttiva».

L'allegato II A indica, in particolare, le seguenti categorie di servizi:

– categoria 8, relativa ai servizi di ricerca e sviluppo, ad esclusione dei servizi di ricerca e sviluppo diversi da quelli di cui beneficiano esclusivamente le amministrazioni aggiudicatrici e/o gli enti aggiudicatori per loro uso nell'esercizio della propria attività, nella misura in cui la prestazione di servizi sia interamente retribuita da dette amministrazioni e/o detti enti;

– categoria 12, relativa ai servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, anche integrata, ai servizi attinenti all'urbanistica e alla paesaggistica, ai servizi affini di consulenza scientifica e tecnica, nonché ai servizi di sperimentazione tecnica e analisi.

4. La Normativa italiana

Si impone, ad integrazione di quanto osservato dalla Corte di Giustizia un, sia pur breve, accenno alla normativa italiana sugli accordi di cooperazione, disciplinati dalla l. n.241 del 1990 e s.m.i., all' art. 15, co. 1.

Testualmente l'art. 15 della legge sul procedimento amministrativo, dispone "Anche al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 14, le amministrazioni pubbliche possono sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di

interesse comune. Per detti accordi si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni previste dall'articolo 11, commi 2, 3 e 5".

La norma detta una disciplina generica ed essenziale, e per la disciplina degli accordi si limita a rinviare alle disposizioni previste dall'art. 11, co. 2, 3 e 5 della l.n. 241 del 1990 s.m.i., dettate in tema di accordi determinativi del contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero di accordi sostitutivi di provvedimento, nei limiti in cui siano applicabili alla fattispecie concreta. Manca una prescrizione specifica in merito alla procedura da osservare per concludere l'accordo e tanto meno viene delimitato, in maniera stringente, l'oggetto dell'accordo e i soggetti che possono stipularlo.

Pare alquanto corretto rinvenire nell'articolo 15 il *genus* degli accordi tra le amministrazioni anche denominati "accordi atipici" e la *species* è rappresentata dagli "accordi tipici" disciplinati molto più dettagliatamente e rigorosamente dall'art.34 del d.lgs. 267 del 2000 e s.m.i.

Non può trascurarsi infine, come "*Entrambe queste norme sono espressione di una generalizzazione del principio dell'esercizio consensuale della potestà amministrativa*"², inoltre individuano "*momenti antecedenti alla successiva attività amministrativa di esecuzione dell'accordo: una fonte di regole che pur essendo frutto di una sequenza procedimentale possiede come elemento caratterizzante quello del consenso*"(cfr. Consiglio di Stato sez. IV 10 agosto 2001 n. 4206)

L'articolo 15 della legge 241 del 1990 s.m.i. si pone dunque come norma generale che favorisce la c.d. amministrazione consensuale e la collaborazione tra le amministrazioni. Tale assunto trova conferma nel tenore letterale della norma che, appunto, consente alle amministrazioni pubbliche di concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento, in collaborazione, di attività di interesse comune.

Peraltro, ad integrazione del quadro normativo nazionale, deve aggiungersi, come ha ricordato la Corte di Giustizia Europea nella

sentenza in commento, che il D.p.r. 11 luglio 1980 n. 382, all'art. 66, autorizza le Università pubbliche a fornire prestazioni di ricerca e di consulenza mediante contratti e convenzioni con gli enti pubblici o privati, nella misura in cui tale attività non pregiudichi la loro funzione didattica.

5. La decisione

La Corte ha, preliminarmente, chiarito i presupposti di applicazione della dir. 2004/18/CE agli appalti pubblici. In primo luogo, il valore stimato dell'appalto pubblico deve raggiungere la soglia stabilita all'articolo 7, lettera b), della direttiva medesima, tenendo conto del valore normale sul mercato dei lavori, delle forniture o dei servizi oggetto di tale appalto pubblico. In assenza di quanto richiesto, si applicheranno le norme fondamentali e i principi generali del Trattato UE, in particolare i principi della parità di trattamento e di non discriminazione nonché l'obbligo di trasparenza se sussiste interesse transfrontaliero e tenuto conto dell'importanza e luogo di esecuzione (sentenza 15 maggio 2008, SECAP e Santorso, C-147/06 e C-148/06)

Aggiunge la Corte, che nel caso di specie i criteri enunciati dalla giurisprudenza della Corte per accertare se sussiste o meno l'obbligo del previo esperimento della gara rilevano ugualmente sia che si applichi la direttiva sia le norme e principi del Tr.UE (sentenza 10 settembre 2009, SEA C-573/07).

In conformità all'articolo 1, paragrafo 2, della dir. 2004/18, un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto tra un operatore economico e un'amministrazione aggiudicatrice, ed avente per oggetto la prestazione di servizi di cui all'allegato II A di tale direttiva, costituisce un appalto pubblico.

E' ininfluente che l'operatore sia un'amministrazione aggiudicatrice (sentenza del 18.11.1999, Teckal, C 107/98, Racc. pag. I 8121, punto 51) o che persegua un preminente scopo di lucro, che non abbia struttura imprenditoriale o non sia presente con continuità sul mercato (sentenza CoNISMa punti 30,45).

La Corte - chiarito che i soggetti come le Università pubbliche possono partecipare all'aggiudicazione di un appalto pubblico di

² F. CARINGELLA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, DIKE 2009, p. 1323.

servizi ed operare sul mercato nei limiti in cui siano autorizzati (sentenza CoNISMa punti 45,48,49 e 51) - precisa che le attività come quelle costituenti l'oggetto del contratto in esame, pur potendo rientrare nel campo della ricerca scientifica, ricadono, secondo la loro natura effettiva, nell'ambito dei servizi di ricerca e sviluppo di cui all'all. II A, categoria 8, della dir.2004/18, oppure nell'ambito dei servizi d'ingegneria e dei servizi affini di consulenza scientifica e tecnica indicati nella categoria 12 di tale allegato.

Inoltre, come risulta dal senso normalmente e abitualmente attribuito all'espressione «a titolo oneroso», un contratto non può esulare dalla nozione di appalto pubblico per il solo fatto che la remunerazione in esso prevista sia limitata al rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio convenuto.

Sempre la giurisprudenza della Corte insegna che solo due tipi di appalti conclusi da enti pubblici non rientrano nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici. Ovvero in primo luogo, i contratti di appalto stipulati da un ente pubblico con un soggetto giuridicamente distinto da esso, quando detto ente eserciti su tale soggetto un controllo analogo a quello che esso esercita sui propri servizi e, al contempo, il soggetto in questione realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti che lo controllano (sentenza Teckal punto 50).

Tuttavia, nel caso in esame, tale eccezione non è applicabile poiché non risulta che l'ASL eserciti un controllo sull'Università³.

³ La Corte di Giustizia europea è molto chiara ed intransigente nel sancire che il diritto dell'Unione Europea deve essere interpretato in maniera rigorosa, con riguardo ai presupposti di applicabilità dell'affidamento diretto, cd "in house", di un servizio pubblico che consente di derogare alla previa procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento di servizio pubblico, riconoscendovi un carattere di eccezionalità. Con una recente pronuncia la Corte di Giustizia europea, Sez. III ha osservato "Quando più autorità pubbliche, nella loro veste di amministrazioni aggiudicatrici, istituiscono in comune un'entità incaricata di adempiere compiti di servizio pubblico ad esse spettanti, oppure quando un'autorità pubblica aderisce ad un'entità siffatta, la condizione enunciata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, secondo cui tali autorità, per essere dispensate dal loro obbligo di avviare una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico in conformità alle norme del diritto dell'Unione, debbono esercitare congiuntamente sull'entità in questione un

In secondo luogo, i contratti che istituiscono una cooperazione tra enti pubblici finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune a questi ultimi (sentenza del 9 giugno 2009, Commissione/Germania, C 480/06, Racc. pag. I 4747, punto 37).

Nelle fattispecie descritte, le norme del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici non sono applicabili, a condizione che tali contratti siano stipulati esclusivamente tra enti pubblici, senza la partecipazione di una parte privata, che nessun prestatore privato sia posto in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti, e che la cooperazione da essi istituita sia retta unicamente da considerazioni ed esigenze connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico (sentenza Commissione/Germania punti 44 e 47).

A parere della Corte di Giustizia il contratto controverso per esulare dalla applicazione del diritto dell'Unione Europea sugli appalti pubblici deve integrare tutti i criteri sopra specificati.

Dalle risultanze di causa emerge che il contratto possiede 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.

Prosegue la Corte, evidenziando che la funzione di servizio pubblico, costituente l'oggetto della cooperazione tra enti pubblici istituita dal contratto, non sembra garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune all'ASL e all'Università. Peraltro, il contratto potrebbe favorire imprese private qualora tra i collaboratori esterni altamente qualificati fossero inclusi dei prestatori privati.

Conclude la Corte, evidenziando che «Il diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici osta ad una normativa nazionale che autorizzi la stipulazione, senza previa gara, di

controllo analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi, è soddisfatta qualora ciascuna delle autorità stesse partecipi sia al capitale sia agli organi direttivi dell'entità suddetta. evidenza pubblica" (cfr. C.giust.CE 29.11.2012 in C-183/11).

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».

6. Gli accordi tra amministrazioni ex art. 15 della Legge 241 del 1990 s.m.i tra normativa nazionale e orientamento dell'Unione Europea.

6.1. Le linee guida europee

Due i punti fondamentali evidenziati dalla Corte di Giustizia.

I- La normativa nazionale che autorizza la stipulazione, senza previa gara, di un contratto mediante il quale taluni enti pubblici istituiscono tra loro una cooperazione è contraria alle norme del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici (dir. 2004/18/CE) qualora tale contratto (disciplinare nella fattispecie) 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.

II- Il Disciplinare tra una Azienda Sanitaria e l'Università per l'esecuzione di attività di studio e valutazione della vulnerabilità sismica delle strutture ospedaliere di una Provincia stipulato senza il preventivo esperimento di una procedura di evidenza pubblica viola le norme del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici.

La sentenza offre diversi spunti interessanti per meglio interpretare e applicare la normativa nazionale in materia di accordi tra le amministrazioni e appalti pubblici.

Non può l'interprete discostarsi dall'orientamento della Unione Europea e tantomeno derogare dai principi del Trattato UE, in tema di aggiudicazione degli appalti negli Stati membri per conto dello Stato e de-

gli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico.

Come sancito dalla dir. 2004/18/CE, secondo considerando, gli appalti pubblici devono conformarsi ai principi di libera circolazione delle merci, libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi, libera concorrenza, e conseguentemente deve essere garantita la parità di trattamento e non discriminazione, riconoscimento reciproco, proporzionalità e trasparenza.

Sopra una certa soglia è opportuno che vi siano delle disposizioni di coordinamento comunitario delle procedure nazionali di aggiudicazione degli appalti fondate sui principi appena menzionati in modo da garantire l'effettiva apertura degli appalti pubblici alla concorrenza.

La Corte di Giustizia nella sentenza in commento, detta le direttive europee essenziali da applicare per l'interpretazione di un istituto del diritto amministrativo interno quale gli accordi tra le pubbliche amministrazioni c.d. "accordi o contratti di collaborazione". Inoltre, l'Unione Europea fornisce gli elementi essenziali per meglio individuare le procedure da applicare per la conclusione degli accordi tra amministrazioni che rientrano nella fattispecie dell'art. 15 della l.n. 241 del 1990 s.m.i. e le procedure da rispettare quando gli accordi tra amministrazioni non integrano tutti i presupposti specificati dalla UE, ovvero i) siano stipulati esclusivamente tra enti pubblici, senza la partecipazione di una parte privata; ii) nessun prestatore privato sia posto in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti; iii) la cooperazione da essi istituita è retta unicamente da considerazioni ed esigenze connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico.

Qualora gli accordi tra enti pubblici comportino affidamento di un servizio pubblico non si può sfuggire all'obbligo della previa procedura ad evidenza pubblica e al rispetto dei principi di libera concorrenza, trasparenza e non discriminazione che regolano la materia degli appalti pubblici.

6.2. La disciplina degli accordi e i limiti al potere dell'amministrazione consensuale

La disciplina sostanziale degli accordi tra amministrazione è contenuta nell'articolo 15 della l. 241 del 1990 s.m.i. il cui comma 2 rinvia alle disposizioni dei commi 2,3,5 dell'art. 11 della l.n. 241 del 1990 s.m.i. dettate in tema di accordi determinativi del contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero di accordi sostitutivi di provvedimento, limitando, peraltro, la cogenza e la piena vigenza delle stesse alla condizione che esse siano applicabili alla fattispecie de qua.

Invero, gli accordi ex art. 15 della l. 241 del 1990 s.m.i. sono uno strumento di cooperazione o collaborazione che integrano, a ben vedere, una modalità di esercizio consensuale della potestà amministrativa tra più soggetti ed una misura di coordinamento e di semplificazione procedimentale nello svolgimento delle attività in comune tra più amministrazioni. Conferma se ne trae dalla collocazione nel capo della l.n. 241 del 1990 s.m.i. sulla semplificazione procedimentale.

La misura di collaborazione tra amministrazioni, si rende sempre più spesso opportuna, in presenza di una pluralità di poteri ed enti o soggetti pubblici portatori di interessi pubblici diversificati, al fine di favorire una gestione di servizi pubblici più efficiente ed economica⁴.

Gli accordi tra amministrazioni cui fa riferimento il legislatore nell' art. 15 citato possono essere di varia tipologia, manca una predeterminazione tassativa ex lege, piuttosto il legislatore li concepisce come "accordi atipici" – aventi ad oggetto la disciplina relativa allo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune⁵.

⁴ E' lasciata alla giurisprudenza la nozione piuttosto ampia ed articolata dell'interesse comune e/o funzione di servizio pubblico che le amministrazioni che stipulano l'accordo devono perseguire in coerenza con i propri scopi statuari e istituzionali. Anche sulla nozione di servizio pubblico esiste amplissima giurisprudenza, non potendosi cristallizzare le tipologie di servizio pubblico.

⁵ Una forma di collaborazione tra i privati e la pubblica amministrazione si rinviene nella definizione dei piani e dei progetti della legge 285/97 come partecipazione alla definizione degli strumenti di programmazione e/o progettazione che si può concretizzare nella gestione dei servizi e degli interventi, eventualmente con il sostegno delle amministrazioni.

L'atto con cui una Comunità montana ed un Comune affidano ad un Consorzio per lo sviluppo industriale l'attuazione di un piano degli insediamenti produttivi è un accordo tra pubbliche amministrazioni ai sensi dell'art. 15 L.

Gli unici e soli vincoli sono rappresentati dall'irrinunciabilità della titolarità delle funzioni attribuite dalla legge, dal rispetto di eventuali norme imperative che possano costituire ostacolo agli accordi in questione naturalmente, dal rispetto dei principi di buona amministrazione⁶.

Tra le norme imperative vanno menzionate le regole imposte dal diritto europeo in materia di appalti pubblici, tra queste l'uguaglianza, la parità di trattamento e non discriminazione, la libera concorrenza così come la proporzionalità e trasparenza, che sono tutti corollari derivanti dai principi di libera circolazione delle merci, libera prestazione dei servizi e libertà di stabilimento.

Non vi è dubbio alcuno, che l'esercizio del potere pubblicistico di stipulare accordi o contratti di collaborazione o cooperazione, nel perseguimento di attività di interesse comune, incontra i limiti imposti dalla normativa europea sugli appalti pubblici a tutela del libero mercato. La Corte vuole scongiurare che il ricorso agli accordi o contratti tra istituzioni pubbliche possa essere utilizzato in modo distorto dalla *ratio legis* e divenire un tentativo di elusione della normativa europea a tutela del mercato degli appalti pubblici.

Questa è una delle conclusioni che si trae dalla pronuncia della Corte di Giustizia – sezione generale- del 19 dicembre 2012.

Ulteriore considerazione concerne la scelta da parte delle amministrazioni del modulo giuridico da adottare in concreto per garantire lo svolgimento in comune delle loro funzioni di servizio pubblico. La forma giuridica pre-

241/90 (CdS, IV, 12.11.2009, n. 7057). L'accordo dal quale trae origine un consorzio tra comuni (art. 31 del T.U.E.L.), nel caso di specie, consorzio per la gestione associata, da parte degli Enti locali che vi aderiscono, del servizio di polizia municipale, rientra nell'ampia categoria generale degli accordi fra amministrazioni pubbliche, previsti dall'art. 15 L. 241/90. (CdS,V, 8.10.2008, n. 4952). Tra gli accordi ex art.11 L. 241/90, non rientrano solo quelli che precedono il provvedimento di cui prefigurano il contenuto, ma anche quelli che lo seguono cronologicamente, purché il provvedimento rinvii espressamente al successivo accordo per la determinazione del suo contenuto. (Fattispecie di affidamento della concessione di costruzione e gestione di discarica "in conformità con il progetto approvato" e "sulla base della convenzione" che sarebbe stata stipulata successivamente) (Cass. sez. un. 16.7.2008, n.19494

⁶ F. MONNI, *Gli accordi tra le pubbliche amministrazioni, con particolare riguardo all'ordinamento degli enti locali* in *Lex Italia* 11/2003.

scelta da un lato deve essere tale da assicurare l'effettivo rispetto delle disposizioni normative comunitarie in tema di appalti pubblici e quindi la libera circolazione dei servizi e la concreta ed effettiva apertura alla concorrenza in tutti gli Stati membri; dall'altro escludere favoritismi verso i privati ovvero che una impresa privata venga posta in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti.

Altro passaggio fondamentale della sentenza in commento concerne la nozione di "pubblica amministrazione" ai fini della corretta interpretazione e applicazione dell'art. 15 della legge sul procedimento amministrativo. Il riferimento imprescindibile per la definizione di "amministrazione aggiudicatrice" è contenuto nella disposizione dell'articolo 3 del D.lgs n. 163 del 2006 e s.m.i. (Codice dei contratti pubblici)⁷.

Solo i soggetti rientranti nella nozione di amministrazione aggiudicatrice come sopra individuata, possono stipulare accordi di collaborazione per lo svolgimento del servizio e/o l'attività di interesse generale. Non deve esserci coinvolgimento di soggetti privati⁸.

⁷ Ai sensi dell'articolo 3 del d.lgs. 12 aprile 2006 n.163 e s.m.i. "amministrazione aggiudicatrice sono le amministrazioni dello Stato, gli enti pubblici territoriali, gli enti pubblici non economici, gli organismi di diritto pubblico le associazioni, unioni, consorzi comunque denominati comunque denominati, costituiti da detti soggetti"

⁸ E' opportuno segnalare, a parere di chi scrive, come l'orientamento della Corte di Giustizia appena citato sta consolidandosi maggiormente nell'ordinamento nazionale giungendo ad orientare con sempre maggiore convinzione il Giudice Amministrativo nazionale; infatti, considerazioni analoghe a quelle espresse dalla Corte di Giustizia nella sentenza in commento del 19 dicembre 2012 e nella sentenza CoNISMa, vengono espresse, da CdS, III 30.10.2012 n. 5522, laddove viene sancito che l'Università Cattolica del Sacro Cuore rientra nel novero delle "amministrazioni aggiudicatrici" e che vige l'obbligo per l'Università citata di ricorrere alla procedura di evidenza pubblica per l'affidamento dei servizi di ambulanza e trasporto infermi. Il presupposto è che l'Università è persona giuridica di diritto pubblico secondo lo statuto dell'ente, e rientra nella categoria degli "enti pubblici non economici", che l'art.2, c.1, lett. a), e l'art.2 del d.lgs. n.157/1995 (ora d.lgs 12 aprile 2006 n 163 s.m.i., codice dei contratti pubblici in attuazione dir. 2004/17/CE e 2004/18/CE) qualifica come "amministrazioni aggiudicatrici", obbligate quindi all'osservanza delle regole di evidenza pubblica per l'aggiudicazione degli appalti di servizi. Non sussiste quindi alcun motivo plausibile per escludere

Ne consegue, che la partecipazione di soggetti privati o di imprese private esterne nello svolgimento del servizio e/o attività di interesse generale, comporta l'obbligo di rispettare le regole e i principi delle procedure di evidenza pubblica per l'aggiudicazione e stipula del contratto.

6.3. Accordi di cooperazione ed appalti pubblici. Presupposti e differenze

La natura degli accordi di collaborazione è indubbiamente pubblicistica anche se di tipo pattizio poiché contraddistinti dallo scambio del consenso tra le parti.

L'ampia tipologia di accordi tra amministrazioni si distingue in accordi che si inseriscono all'interno di un procedimento amministrativo con la conseguente adozione di un atto finale e accordi con rilevanza autonoma, tra questi ultimi il modello generale è delineato dalla disposizione contenuta nell'articolo 15 della legge 241 del 1990 s.m.i.

In tale ultimo caso, l'accordo sintetizza l'atto tra soggetti pariaordinati che produce effetti e che fissa direttamente il regolamento di interessi senza che occorra ulteriore atto di adesione, poiché già l'articolo 15 della legge citata, costituisce la fonte generale del potere di concludere accordi⁹.

La Corte di Giustizia coglie nel segno, nella sentenza in commento, laddove lascia emergere che le collaborazioni fra istituzioni pubbliche e soggetti privati sono istituti distinti dagli appalti di servizi ed altrettanto diversi sono i rapporti che ne conseguono. Pertanto, se gli accordi, configurano, sostanzialmente, modalità di affidamento dei servizi che rientrano negli appalti pubblici, occorrerà conformarsi ai principi imposti dalla dir.2004/18/CE, con obbligo di esperire la gara per l'affidamento del servizio.

Invero, appalto pubblico è un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto tra una pubblica amministrazione e uno o più opera-

l'Università in epigrafe dall'obbligo di ricorrere alla procedura di evidenza pubblica per l'affidamento dei servizi di ambulanza, trasporto infermi, trasporto bioliquidi, organi e sangue, né i presupposti dell'urgenza e della necessità per ricorrere alla trattativa privata.

⁹ V. E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, 2012, p.606,

tori economici avente per oggetto l'esecuzione di lavori, fornitura di prodotti o di servizi, in cambio di un corrispettivo nei confronti di quest'ultimo (art. 3 d.lgs. 163 del 2006 e s.m.i. attuativo della dir. 2004/18/CE).

6.4. *La rilevanza degli accordi di cooperazione nell'ordinamento interno*

Gli accordi di collaborazione sono indubbiamente distinti dagli appalti pubblici, essi sono, infatti, fondati su una finalità di cooperazione e condivisione che si inquadra nella logica della sussidiarietà orizzontale, per il raggiungimento di obiettivi aventi rilevanza pubblica e, dunque, implicanti un esercizio di funzioni pubbliche.

I rapporti conseguenti alla logica della collaborazione che derivano dagli accordi di cooperazione, sono totalmente diversi dai rapporti legati all'appalto; tendenzialmente vanno individuati nei contratti di diritto pubblico che sono stati introdotti nel nostro ordinamento dalle norme contenute nell'art. 11 della l.n.241 del 1990 s.m.i. in tema di accordi integrativi e sostitutivi tra amministrazione e privati (accordi endoprocedimentali, accordi sostitutivi). Gli accordi in esame, vengono a collocarsi in una fase procedimentale già avviata al fine di determinare il contenuto discrezionale di provvedimenti ovvero per sostituirli e, pertanto, occorre che gli stessi siano conclusi esclusivamente nell'esercizio di potestà amministrative.

In base ad un orientamento della dottrina consolidato: *“Una prima condizione alla possibilità di concludere accordi ex articolo 15 legge 241 del 1990 s.m.i. è quella che possono essere parti di siffatti accordi esclusivamente amministrazioni pubbliche che abbiano un interesse allo svolgimento dell'attività per la cui disciplina si inducono ad addivenire alla conclusione di tali accordi e, quindi, che abbiano titolo a svolgere tale attività. Ulteriore considerazione deve avere riguardo al termine “attività” contenuto nella disposizione in commento senza ulteriori specificazioni. Per “attività” si intende generalmente qualsiasi tipo di attività giuridica, sia essa amministrativa di diritto pubblico sia essa amministrativa di diritto privato, cioè attività funzionalizzata, in quanto immedia-*

tamente intesa al perseguimento di interessi pubblici, sia essa, infine, attività di diritto comune, relativamente ai rapporti patrimoniali e alle acquisizioni di beni e di servizi strumentali allo svolgimento delle attività finali della amministrazione, nonché attività materiale (prestazioni). Pertanto, parrebbe possibile concludere accordi sia per lo svolgimento di funzioni amministrative strictu sensu, cioè di attività amministrative costituenti esercizio di potestà amministrative, che di attività che esercizio di potestà amministrative non sono (attività connessa alla prestazione di servizi pubblici ovvero attività atinenti alla gestione patrimoniale o alla acquisizione di beni e servizi)”¹⁰.

Discende, da quanto osservato, una limitazione in merito al contenuto dell'accordo, ex articolo 15 citato che, infatti, non può intervenire e predeterminare il contenuto discrezionale ovvero sostituire gli atti e i provvedimenti che intervengono nella fase che precede la stipulazione dei contratti di diritto comune (ad evidenza pubblica), non sono espressione di potestà pubblicistica e neanche rientrano nell'ambito della nozione di attività amministrativa, che propriamente è attività funzionalizzata, cioè immediatamente diretta al perseguimento dell'interesse pubblico.

In ordine al regime giuridico, il richiamo al comma 2 dell'art. 11 comporta la forma scritta *ad substantiam* di stipulazione degli accordi come regola generale, derogabile dalla legge in casi specifici, nonché l'applicabilità dei principi dettati dal codice civile in materia di obbligazioni e contratti sempre che ricorrano due condizioni, ovvero che non vi sia una diversa disciplina e che tali principi siano compatibili con la natura degli accordi in esame. Il comma 3 dell'articolo 11, richiamato dall'articolo 15, comporta la sottoposizione ai medesimi controlli previsti per i provvedimenti amministrativi che gli accordi vanno a sostituire; infine, sotto il profilo processuale, il richiamato comma 5, devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi. La mancata applicazione del comma

¹⁰ Monni Federico cit..



4, dell'art.11 esclude che l'amministrazione possa recedere, unilateralmente, dall'accordo per sopravvenuti motivi di pubblico interesse

e prevede un contestuale obbligo di liquidazione di un indennizzo alla controparte per i pregiudizi dannosi che questa abbia subito.

«.....GA.....»