

Accesso libero	Abbonamenti Standard	Abbonamenti Premium	Contatti	Abbonamenti
----------------	----------------------	---------------------	----------	-------------

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 23 giugno 2014 n. 3130 - Pres. Torsello, Est. Bianchi - Consulta regionale Ordine ingegneri Lombardia ed altri (Avv.ti Beretta e Titomanlio) c. Comune di Pavia (Avv. Ferrari) ed Università degli studi di Pavia (Avv. Stato Stigliano Messuti) - (annulla T.A.R. Lombardia - Milano, Sez. I, 22 aprile 2010 n. 1123).

1. Contratti della P.A. - Appalti pubblici - Affidamento senza gara - Nel caso di enti pubblici che istituiscano tra loro una cooperazione - Casi in cui non è possibile - Individuazione, alla stregua della giurisprudenza comunitaria.

2. Contratti della P.A. - Appalti pubblici - Direttive comunitarie in materia - Applicazione secondo un approccio funzionale - Necessità - Sussiste.

3. Contratti della P.A. - Appalti pubblici - Affidamento senza gara - Nel caso di accordi tra PP.AA. - Ove un'Amministrazione si ponga rispetto all'accordo come operatore economico - Impossibilità.

4. Contratti della P.A. - Appalti di servizi - Affidamento dell'incarico di studio e consulenza tecnico scientifica per la redazione del Piano di Governo del Territorio (P.G.T.) comunale - Avviso pubblico - Clausola che restringe la partecipazione alla procedura ai soli Istituti Universitari, pubblici e privati - Illegittimità, trattandosi di attività suscettibili di formare oggetto di servizi di ricerca e sviluppo e di urbanistica di cui alle categorie 8 e 12 dell'allegato II-A alla direttiva 2004/18.

1. Così come affermato dalla Corte di Giustizia U.E. (1), deve ritenersi che 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 istituiscano tra loro una cooperazione, nel caso in cui: a) un tale contratto non abbia il fine di garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune agli enti medesimi; b) non sia retto unicamente da considerazioni ed esigenze connesse al perseguimento di obiettivi di interesse pubblico; c) oppure sia tale da porre un prestatore privato in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti.

2. Le direttive sugli appalti, come tutto il diritto europeo, devono essere applicate sulla base di un approccio funzionale, e cioè in modo coerente con gli obiettivi ad esse sottesi: i quali consistono, in positivo, nell'imporre alle amministrazioni il rispetto della concorrenza laddove debba affidare attività economicamente contendibili e, conseguentemente, in negativo, nell'escludere l'operatività di detti imperativi quando non vi siano rischi di distorsioni del mercato interno, giacché in questo caso vi sarebbe un'eccedenza dei mezzi rispetto agli scopi anzidetti.

3. Visti nel prisma del diritto europeo, gli accordi tra pubbliche amministrazioni previsti dalla legge generale sul procedimento amministrativo sono necessariamente quelli aventi la finalità di disciplinare attività non deducibili in contratti di diritto privato, perché non inquadrabili in alcuna delle categorie di prestazioni elencate nell'allegato II-A alla direttiva 2004/18 di coordinamento degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture. 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 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.

4. E' illegittimo l'avviso di una selezione indetta da un Comune per l'affidamento dell'incarico di studio e consulenza tecnico scientifica per la redazione del Piano di Governo del Territorio (P.G.T.) comunale, nella parte in cui restringe la partecipazione alla procedura di affidamento ai soli Istituti Universitari, pubblici e privati, trattandosi di attività rientranti nella ricerca scientifica, ma al contempo suscettibili di formare oggetto di servizi di ricerca e sviluppo e di urbanistica di cui alle categorie 8 e 12 dell'allegato II-A alla direttiva 2004/18. In tal caso è quindi da escludere la configurabilità di una cooperazione tra enti pubblici *"finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune a questi ultimi"* (2), per il fondamentale rilievo che nel caso di specie difetta la comunanza tra gli enti pubblici stipulanti dell'elemento teleologico (3).

(1) Cfr. Corte di Giustizia, ordinanza del 16 maggio 2013 (causa n. C-564/11).

Con tale ordinanza è stato precisato che:

1) l'affidamento senza gara da parte di un'amministrazione aggiudicatrice di un contratto contrasta con le norme ed i principi sull'evidenza pubblica comunitaria quando ha ad oggetto servizi i quali, pur riconducibili ad attività di ricerca scientifica, *"ricadono, secondo la loro natura effettiva, nell'ambito dei servizi di ricerca e sviluppo di cui all'allegato II A, categoria 8, della direttiva 2004/18, oppure nell'ambito dei servizi d'urbanistica e dei servizi affini di consulenza scientifica e tecnica indicati nella categoria 12 di tale allegato"* (§ 29);

2) non sussiste per contro l'obbligo della gara in caso di *"contratti che istituiscono una cooperazione tra enti pubblici finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune a questi ultimi"* (§ 35);

3) questa ipotesi è configurabile quando dette forme di cooperazione rispettino le seguenti condizioni: *"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"* (§ 36).

(2) Cfr. § 35-40 della ordinanza Corte di Giustizia citata in precedenza.

(3) Ha osservato in particolare la sentenza in rassegna che le attività dedotte nel contratto erano nella specie da un lato riconducibili alla istituzionale funzione di ricerca scientifica e consulenza delle Università, ai sensi dell'art. 66 d.p.r. n. 382/1980, ma al contempo erano meramente strumentali rispetto ai compiti demandati dall'ordinamento alle Amministrazioni locali, attenendo alla redazione degli atti costituenti il Piano di Governo del Territorio.

Infatti, a termini di contratto, i risultati di questa attività di ricerca sono destinati ad essere incamerati nel patrimonio di quest'ultima amministrazione; vi è dunque l'acquisizione di una *utilitas* in via diretta all'ente pubblico ricevente.

Nel caso di specie, quindi, il contratto costituiva lo strumento con cui il Comune si conformava ad obblighi di carattere normativo, appropriandosi di un servizio offerto da un operatore

sostanzialmente privato.

N. 03130/2014REG.PROV.COLL.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6305 del 2010, proposto da:

Consulta Regionale Ordine Ingegneri della Lombardia, rappresentato e difeso dagli avv. Raffaele Titomanlio, Ernesto Beretta, con domicilio eletto presso Raffaele Titomanlio in Roma, via Terenzio N.7; Ordine degli Ingegneri della Provincia di Brescia, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Como, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Cremona, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecco, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lodi, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Milano, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Pavia, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Varese, rappresentati e difesi dagli avv. Ernesto Beretta, Raffaele Titomanlio, con domicilio eletto presso Raffaele Titomanlio in Roma, via Terenzio n.7;

contro

Comune di Pavia, rappresentato e difeso dall'avv.to Franco Ferrari, con domicilio eletto presso Giuseppe Franco Ferrari in Roma, via di Ripetta, 142;

nei confronti di

Università degli Studi di Pavia, rappresentata e difesa per legge dall'avv.to Marco Stigliano Messuti, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. Lombardia – Milano, Sezione I, n. 1123/2010, resa tra le parti, concernente affidamento incarico di studio e consulenza redazione Piano di governo del territorio (P. G. T.)

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Pavia e della Università degli Studi di Pavia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 gennaio 2014 il Cons. Antonio Bianchi e uditi per le parti gli avvocati Raffaele Titomanlio e Franco Ferrari e l'avv.to dello Stato Wally Ferrante;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

In data 19 agosto 2009 il Comune di Pavia pubblicava Avviso di selezione per l'affidamento dell'incarico di studio e consulenza tecnico scientifica per la redazione del Piano di Governo del Territorio (P. G. T.) comunale.

L'oggetto dell'incarico, veniva precisato al punto 1 dell'Avviso come di seguito:

"Oggetto dell'incarico

Prestazione dell'opera intellettuale di studio e consulenza tecnico scientifica finalizzata alla redazione degli atti costituenti il Piano di Governo del Territorio, e precisamente:

- documento di piano

- piano dei servizi

- piano delle regole

In premessa, l'avviso di selezione precisava *"che, in linea con le indicazioni della Giunta Comunale n. 133 del 6/8/2009 si ritiene che gli Istituti Universitari siano i più adatti a garantire, in ragione del carattere multidisciplinare della loro organizzazione e delle loro strutture scientifiche, un livello di attività di studio consulenza e coordinamento adeguata a consentire al Comune di Pavia di dare al redigendo P. G. T. un carattere innovativo nel rispetto dei tempi previsti dalla normativa regionale per l'approvazione del P. G. T. cittadino, anche in considerazione della difficoltà insita nel dover integrare e attualizzare il materiale e gli atti già predisposti dall'Ente";*

Sì che, al punto 4 dell'Avviso - *"Requisiti dei soggetti che intendono manifestare la propria candidatura al conferimento dell'incarico in oggetto"*, il Comune di Pavia restringeva la partecipazione alla procedura di affidamento ai soli Istituti Universitari, pubblici e privati.

Con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, gli odierni ricorrenti censuravano gli atti in oggetto in via giustiziale amministrativa, deducendo la violazione dei principi generali in materia di affidamento di incarichi di servizi, ai sensi della normativa nazionale e comunitaria.

Con atto ex art. 10 D.P.R. 1199/1971, il Comune di Pavia proponeva opposizione, domandando che il ricorso fosse deciso in sede giurisdizionale.

Con la sentenza n. 1123/2010 il Tar per la Lombardia adito respingeva il ricorso proposto, assumendo che:

- il diritto comunitario consente alle amministrazioni aggiudicatrici, in alternativa allo svolgimento di una procedura di evidenza pubblica, di stipulare accordi a titolo oneroso con altre amministrazioni pubbliche (Sentenze CGCE 13 novembre 2008, causa C 324/07 e 9 giugno 2009, causa C 480/06);

- il principio trova applicazione nell'ordinamento nazionale laddove è riconosciuta, alle amministrazioni pubbliche, la possibilità di concludere fra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune (art. 15 della L. n. 241/1990).

Avverso la sentenza del Tar, i ricorrenti hanno quindi interposto l'odierno appello, deducendo i seguenti motivi:

- avrebbe errato il giudice di primo grado nel non ritenere che nella specie si sia in presenza di una semplice transazione economica, assoggettata alla disciplina di cui al D. Lgs. n. 163/2006;

- avrebbe errato il giudice di primo grado nel ritenere che nella specie si sia in presenza di un accordo ex. Art. 15 l. 241/90;
- avrebbe errato il giudice di primo grado, nel non ritenere che la procedura concorsuale indetta dal Comune di Pavia non rientri soggettivamente ed oggettivamente nel novero dei contratti pubblici di appalto di servizi disciplinati dal D. Lgs. n. 163/2006;
- avrebbe errato il giudice di primo grado, nel ritenere che nella fattispecie le prestazioni previste e l'organizzazione richiesta per l'espletamento delle stesse non configurino un appalto di servizi.

Con ricorso notificato il 21 settembre 2010 ha proposto appello incidentale il Comune di Pavia, assumendo che la sentenza del Tar in contestazione non ha accolto le eccezioni preliminari di inammissibilità del gravame sollevate in primo grado, e chiedendone pertanto la riforma in *parte qua*.

Questa Sezione, con sentenza parziale, ha risolto le questioni di rito, respingendo i motivi di appello incidentale, in ordine alla dedotta inammissibilità del ricorso di primo grado.

Con separata ordinanza in data 1° febbraio 2011, n. 5207, poi, rimetteva alla Corte di Giustizia Ue la questione interpretativa pregiudiziale volta a verificare la compatibilità con la direttiva sugli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari 2004/18/CE dell'affidamento in via diretta di contratti della specie di quello in contestazione, a soggetti qualificabili a loro volta come amministrazioni aggiudicatrici ma al contempo come operatori economici in base alla suddetta direttiva.

Con ordinanza del 16 maggio 2013 (causa n. C-564/11) la Corte di Giustizia ha stabilito che:

- 1) l'affidamento senza gara da parte di un'amministrazione aggiudicatrice di un contratto contrasta con le norme ed i principi sull'evidenza pubblica comunitaria quando ha ad oggetto servizi i quali, pur riconducibili ad attività di ricerca scientifica, *"ricadono, secondo la loro natura effettiva, nell'ambito dei servizi di ricerca e sviluppo di cui all'allegato II A, categoria 8, della direttiva 2004/18, oppure nell'ambito dei servizi d'urbanistica e dei servizi affini di consulenza scientifica e tecnica indicati nella categoria 12 di tale allegato"* (§ 29);
- 2) non sussiste per contro l'obbligo della gara in caso di *"contratti che istituiscono una cooperazione tra enti pubblici finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune a questi ultimi"* (§ 35);
- 3) questa ipotesi è configurabile quando dette forme di cooperazione rispettino le seguenti condizioni: *"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"* (§ 36).

Il Giudice comunitario ha quindi demandato al giudice del rinvio l'accertamento delle predette condizioni. Nondimeno, lo stesso ha potuto rilevare, sulla base della lettura dell'ordinanza di rimessione, che le attività dedotte nel contratto, pur connotate da metodologie e fondamenti di carattere scientifico, si sostanziano in prestazioni *"che vengono generalmente svolte da ingegneri o architetti e che, pur se basate su un fondamento scientifico, non sono assimilabili però ad attività di ricerca scientifica. Di conseguenza.....la funzione di servizio pubblico che costituisce l'oggetto della cooperazione tra soggetti pubblici istituita da detto contratto non sembra garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune al Comune di Pavia e all'Università"* (§ 37).

DIRITTO

1. Occorre innanzitutto puntualizzare lo specifico ambito degli accertamenti demandati dalla Corte di Giustizia a questo giudice del rinvio.

Sulla questione interpretativa pregiudiziale, infatti, il giudice europeo ha disposto conclusivamente che *"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 istituiscano tra loro una cooperazione, nel caso in cui - ciò che spetta al giudice del rinvio verificare-*

un 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 di interesse pubblico;

oppure sia tale da porre un prestatore privato in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti".

Al riguardo, il Collegio reputa quindi rilevante accertare, in primo luogo, la natura delle prestazioni dedotte nel contratto in contestazione.

In relazione ad esse, infatti, il giudice europeo ha affermato trattarsi di attività rientranti nella ricerca scientifica, ma al contempo suscettibili di formare oggetto di servizi di ricerca e sviluppo e di urbanistica di cui alle categorie 8 e 12 dell'allegato II-A alla direttiva 2004/18. Ciò si ricava in particolare dalla lettura combinata dei paragrafi 29 e 38 della ordinanza resa sulla questione pregiudiziale comunitaria. Si afferma infatti nelle citate parti della pronuncia che al di là del fondamento scientifico, le attività sono oggettivamente ascrivibili a servizi tipici delle professioni di ingegnere ed architetto, il che escluderebbe *"l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune al Comune di Pavia e all'Università"* (§ 38).

2. Tanto precisato, possono passarsi in rassegna gli aspetti fattuali salienti nella presente vicenda contenziosa, a cominciare dalle prestazioni dedotte nel contratto tra le parti resistenti, che di seguito vengono sinteticamente elencate:

a) al punto 2 dell'Avviso di selezione, il corrispettivo dell'incarico veniva indicato nell'importo massimo presunto di € 195.000,00 IVA esclusa, *"in relazione alla complessità delle prestazioni richieste e della stretta tempistica del loro svolgimento"*;

b) inoltre, l'Avviso prevedeva che *"il corrispettivo contrattuale delle prestazioni sarà, in ogni caso, negoziato dall'amministrazione con il soggetto incaricato che sarà, prescelto a conclusione della procedura di cui al successivo punto 7 tenendo conto del programma operativo di studio-consulenza che sarà prodotto dallo stesso soggetto incaricato"*;

c) l'oggetto dell'incarico, veniva precisato al punto 1 dell'Avviso come di seguito.

Oggetto dell'incarico

- prestazione dell'opera intellettuale di studio e consulenza tecnico scientifica finalizzata alla redazione degli atti costituenti il Piano di Governo del Territorio, e precisamente:

- documento di piano

- piano dei servizi

- piano delle regole

- l'incarico consisterà nell'assistenza multidisciplinare volta ad assicurare, nei tempi previsti, la predisposizione di tutta la documentazione e degli elaborati individuati agli artt. 8, 9, 10 della legge regionale n. 12 dell'11 marzo 2005 e s. m. i., nonché da circolari e altri provvedimenti attuativi emanati al riguardo dalla Regione Lombardia, ivi inclusi gli studi e gli approfondimenti sulle componenti socio-economiche, commerciali, mobilità e infrastrutture, ecologiche, paesistiche e giuridiche e nel coordinamento del gruppo di lavoro che si verrà a creare tra il personale interno del comune ed i consulenti che l'aggiudicatario metterà a disposizione con la finalità del conseguimento dell'obiettivo di definire i documenti dei P. G. T. per la data dei 31/03/2010.

- l'Istituto Universitario prescelto dovrà utilizzare, per lo svolgimento delle attività di cui all'oggetto, il personale occorrente, nonché le attrezzature ed i mezzi occorrenti, usando tutte le conoscenze e le esperienze in merito. L'incaricato dovrà inoltre consentire al personale autorizzato del Comune di Pavia, l'accesso alle proprie strutture e al materiale in elaborazione, per tutta la durata dell'incarico;

- l'Istituto Universitario prescelto si impegnerà, nell'elaborazione dei documenti analitici programmatori, ad attuare con l'Amministrazione comunale una sinergica e stretta collaborazione.

L'incarico riguarderà anche:

- l'esame delle istanze pervenute in relazione all'avvio del procedimento citato in premessa;

- l'esame delle osservazioni e la formulazione tecnico-giuridica delle controdeduzioni alle osservazioni;

- riunioni, incontri, assemblee e quant'altro si rendesse necessario all'illustrazione degli argomenti all'Amministrazione Comunale (almeno con cadenza settimanale), ai cittadini, ad altri soggetti istituzionali, nonché la partecipazione alle conferenze di valutazione per la VAS;

- coordinamento e verifica degli studi e degli strumenti di settore e da affidarsi ad altri soggetti che costituiscono documenti propedeutici o strumenti specifici di pianificazione concorrenti alla redazione del P.G.T.;

- le modalità di trasposizione del P.G.T. nel Sistema Informativo Territoriale Integrato della regione Lombardia.

Per quanto riguarda il quadro conoscitivo e quanto altro già predisposto dal Comune di Pavia, nell'ambito delle attività svolte per la redazione del P.G.T., l'incaricato dovrà tenere conto della necessità di verifica, aggiornamento, sistematizzazione e, in generale della messa in coerenza, degli elaborati già predisposti con i redigendi nuovi elaborati e documenti nonché con atti piani e programmi nel frattempo approvati dagli enti sovraordinati.

Analogamente, per quanto riguarda il Piano dei servizi, l'incaricato dovrà sovrintendere e garantire il suo aggiornamento, assicurando la coerenza dello stesso con il complesso del Piano di Governo del Territorio e dovrà altresì sovrintendere e garantire la revisione delle "Linee Guida" in ordine all'attualizzazione delle stesse.

Dall'ambito dell'incarico sopraindicato sono esplicitamente escluse le attività specifiche in materia di:

- zonizzazione acustica

- studio geologico di cui all'ad. 57 della legge regionale n. 12 dell'11 marzo 2005 e s. m. i.

- valutazione ambientale strategica (VAS)

- piano urbano generale dei servizi nel sottosuolo (PUGGS), di cui all'ad. 38 della Legge regionale

n. 12 dell' 11 marzo 2005 e s. m. i.

Resta inteso che l'incaricato dovrà garantire il coordinamento con questi ultimi strumenti e processi, sia nel caso siano essi già predisposti e/o in corso di predisposizione e/o formazione.

Il Comune di Pavia provvederà alla fornitura delle cartografie di base e degli elaborati finora prodotti mediante servizi in rete riservata (extranet). in formato Esri.

Tutti i documenti del P. G. T. recheranno espressa indicazione dei consulenti.

L'istituto Universitario prescelto, ad affidamento avvenuto, dovrà allestire nella città di Pavia una sede operativa, alla cui struttura sarà sempre consentito l'accesso al personale incaricato dal Comune di Pavia.

In premessa, l'avviso di selezione precisava *"che, in linea con le indicazioni della Giunta Comunale n. 133 del 6/8/2 009 si ritiene che gli Istituti Universitari siano i più adatti a garantire, in ragione del carattere multidisciplinare della loro organizzazione e delle loro strutture scientifiche, un livello di attività di studio consulenza e coordinamento adeguata a consentire al Comune di Pavia di dare al redigendo P. G. T. un carattere innovativo nel rispetto dei tempi previsti dalla normativa regionale per l'approvazione del P. G. T. cittadino, anche in considerazione della difficoltà insita nel dover integrare e attualizzare il materiale e gli atti già predisposti dall'Ente"*.

Sì che, al punto 4 dell'Avviso, il Comune di Pavia restringeva la categoria dei soggetti che potevano partecipare alla procedura di affidamento ai soli Istituti Universitari, pubblici e privati .

3. Ciò precisato con riguardo alla natura delle attività dedotte in contratto, è quindi da escludere la configurabilità di una cooperazione tra enti pubblici *"finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune a questi ultimi"* (§ 35-40 della ordinanza Corte di Giustizia), per il fondamentale rilievo che nel caso di specie difetta la comunanza tra gli enti pubblici stipulanti dell'elemento teleologico.

4. Deve prima di tutto essere precisato che nella questione in esame rientra anche quella relativa alla possibilità che detto contratto sia riconducibile allo schema degli accordi tra pubbliche amministrazioni ex art. 15 l. n. 241/1990.

Quest'ultimo infatti contempla una delle possibili forme di cooperazione tra enti pubblici, comunque imperniato sul carattere *"comune"* delle attività il cui svolgimento viene con essa disciplinato.

Giova sul punto ricordare che le direttive sugli appalti, come tutto il diritto europeo, devono essere applicate sulla base di un approccio funzionale, e cioè in modo coerente con gli obiettivi ad esse sottesi. I quali consistono, in positivo, nell'imporre alle amministrazioni il rispetto della concorrenza laddove debba affidare attività economicamente contendibili e, conseguentemente, in negativo, nell'escludere l'operatività di detti imperativi quando non vi siano rischi di distorsioni del mercato interno, giacché in questo caso vi sarebbe un'eccedenza dei mezzi rispetto agli scopi anzidetti.

Visti nel prisma del diritto europeo, quindi, gli accordi tra pubbliche amministrazioni previsti dalla legge generale sul procedimento amministrativo sono necessariamente quelli aventi la finalità di disciplinare attività non deducibili in contratti di diritto privato, perché non inquadrabili in alcuna delle categorie di prestazioni elencate nell'allegato II-A alla direttiva 2004/18 di coordinamento degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture.

Il contenuto e la funzione elettiva degli accordi tra pubbliche amministrazioni è pertanto quella di regolare le rispettive attività funzionali, purché di nessuna di queste possa appropriarsi uno degli enti stipulanti.

Il Collegio reputa infatti che la pronuncia della Corte di Giustizia chiarisca il contrasto tra i principi comunitari da un lato ed alcune pronunce di questa Sezione che hanno reputato legittimo l'affidamento a titolo oneroso tra pubbliche amministrazioni di un servizio ricadente tra i compiti di uno degli enti (sentenze 12 aprile 2007, n. 1707; 13 luglio 2010, n. 4539; 10 settembre 2010, n. 6548).

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.

La dottrina interna aveva già intuito questa antitetività tra accordi e contratti, avendo coniato con riguardo ai primi l'espressione contratti "*ad oggetto pubblico*", ponendone quindi in rilievo la differenza rispetto al contratto privatistico ex art. 1321 cod. civ., del quale contengono solo l'elemento strutturale dato dall'accordo ai sensi del n. 1 della citata disposizione, senza che ad esso si accompagni tuttavia l'ulteriore elemento del carattere patrimoniale del rapporto che con esso si regola.

Come nel contratto, le amministrazioni pubbliche stipulanti partecipano all'accordo ex art. 15 in posizione di equiordinazione, ma non già al fine di comporre un conflitto di interessi di carattere patrimoniale, bensì di coordinare i rispettivi ambiti di intervento su oggetti di interesse comune. Il quale coordinamento può anche implicare la regolamentazione di profili di carattere economico, ma come necessario riflesso delle attività amministrative che in esso sono interessate.

5. Nella prospettiva ora accennata deve essere apprezzato il carattere "*comune*" alle amministrazioni stipulanti dell'interesse pubblico perseguito, che vale a distinguere gli accordi dai contratti.

Pertanto, il predicato in questione può essere soddisfatto solo quando vi sia una "*sinergica convergenza*" su attività di interesse comune, pur nella diversità del fine pubblico perseguito da ciascuna amministrazione.

Ma è proprio questa convergenza a difettare nel caso di specie, perché il contratto in contestazione è inquadrabile nel paradigma generale previsto dall'art. 1321 cod. civ., essendo caratterizzato dalla patrimonialità del rapporto giuridico con esso costituito e disciplinato, a causa della riconducibilità delle prestazioni demandate all'Università di Pavia ai servizi di cui alle categorie 8 e 12 dell'allegato II-A alla direttiva 2004/18 e del fatto che queste sono destinate ad essere fatte proprie dall'Amministrazione comunale affidante.

6. Quanto ora affermato si fonda sulle seguenti considerazioni:

- le attività dedotte nel contratto sono da un lato riconducibili alla istituzionale funzione di ricerca scientifica e consulenza delle Università, ai sensi dell'art. 66 d.p.r. n. 382/1980, ma al contempo sono meramente strumentali rispetto ai compiti demandati dall'ordinamento alle Amministrazioni locali, attenendo alla redazione degli atti costituenti il Piano di Governo del Territorio;
- infatti, a termini di contratto, i risultati di questa attività di ricerca sono destinati ad essere incamerati nel patrimonio di quest'ultima amministrazione;
- vi è dunque l'acquisizione di una *utilitas* in via diretta all'ente pubblico ricevente;
- nel caso di specie, quindi, il contratto costituisce lo strumento con cui il Comune di Pavia si conforma ad obblighi di carattere normativo, appropriandosi di un servizio offerto da un operatore sostanzialmente privato;

- né può invocarsi il carattere scientifico-applicativo delle attività dedotte in contratto in quanto, come visto sopra, la Corte di Giustizia (§ 29 della ordinanza) ha puntualmente segnalato che l'attività in questione è certamente svolta con metodo scientifico, ma si risolve in definitiva in un servizio prestato dall'Università.

7. Alla stregua delle considerazioni finora svolte consegue che, riguardato dal punto di vista dell'art. 15 l. n. 241/1990, il contratto non contiene una "*disciplina*" di attività comuni agli enti, ma regola gli interessi tra un ente pubblico che, grazie all'attività scientifica istituzionalmente svolta, offre prestazioni di ricerca e consulenza deducibili in contratti di appalto pubblico di servizi ed un diverso ente pubblico che, conformandosi a precetti normativi, domanda tali prestazioni in quanto strumentali allo svolgimento dei propri compiti istituzionali.

Il tutto secondo la logica dello scambio economico suggellata 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.

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.

Quest'ultima notazione è fondamentale per escludere, dal punto di vista europeo, che il contratto in contestazione dia luogo ad "*una cooperazione tra enti pubblici finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune a questi ultimi*" (§ 34-40 della ordinanza Corte di Giustizia), giacché l'Università di Pavia si pone rispetto ad essa nella veste di operatore economico privato, in grado di offrire al mercato servizi rientranti in quelli previsti nell'allegato II-A alla direttiva 2004/18.

8. In conclusione l'appello si appalesa fondato e, come tale, va accolto con conseguente riforma della sentenza impugnata.

9. Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese dei due gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza gravata, accoglie il ricorso proposto dagli odierni appellanti in primo grado ed annulla gli atti tramite questo impugnati.

Spese compensate dei due gradi.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 gennaio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Fulvio Rocco, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA il 23/06/2014.



*** Inizio pagina**