



CONSIGLIO NAZIONALE DEGLI INGEGNERI

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA - 00186 ROMA - VIA ARENULA, 71

PRESIDENZA E SEGRETERIA

00187 ROMA - VIA IV NOVEMBRE, 114

TEL. 06.6976701 r.a. - FAX 06.69767048

CONSIGLIO NAZIONALE INGEGNERI

25/07/2012 U-nd/3641/2012



/U-PA/12

Circ. n. **101**/XVIII Sess.

Ai Consigli degli Ordini
degli Ingegneri

Loro Sedi

Oggetto: Ordinanza TAR Abruzzo n. 476/2012 – affidamento incarichi professionali alle Università – rimessione alla Corte di Giustizia UE

Con la presente si informano gli Enti in indirizzo che, a seguito di ricorso proposto da questo Consiglio nei confronti di due Comuni in provincia de L'Aquila (Barisciano e Castevecchio) per annullare la stipula di convenzioni con Dipartimenti Universitari il cui oggetto è costituito da affidamento di incarichi professionali relativi alla ricostruzione post-sisma, il TAR ABRUZZO, Sez. I, L'Aquila, ha pronunciato l'ordinanza 17/07/2012 n. 476 (allegata), di rimessione alla Corte di Giustizia UE di una serie di questioni pregiudiziali sulla controversa tematica degli affidamenti di servizi professionali alle Università.

In particolare il TAR dell'Aquila ha richiesto l'intervento della Corte Comunitaria per le seguenti questioni:

- 1) "Se la direttiva del parlamento europeo e del Consiglio 313.2004 n. 20204/18/CR relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e di servizi ed in particolare l'art. 1, n. 2 lettere a) e d), l'articolo 2, l'articolo 28 e l'allegato I categorie n. 8 e n. 12 ostino ad una disciplina nazionale che consente la stipulazione di accordi di forma scritta tra due amministrazioni aggiudicatrici per le attività di supporto ai Comuni relative allo studio, all'analisi ed al progetto per la ricostruzione dei centri storici del comune di Barisciano e Castelvecchio Subequo, come meglio specificate nel capitolato tecnico allegato alla convenzione e come individuati dalla

- normativa nazionale e regionale di settore, verso un corrispettivo la cui non remuneratività non è manifesta, ove l'amministrazione esecutrice possa rivestire la qualità di operatore economico";*
- 2) *"Se la direttiva del parlamento europeo e del Consiglio 313.2004 n. 20204/18/CR relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi ed in particolare l'art. 1, n. 2 lettere a) e d), l'articolo 2, l'articolo 28 e l'allegato I categorie n. 8 e n. 12 ostino ad una disciplina nazionale che consente la stipulazione di accordi di forma scritta tra due amministrazioni aggiudicatrici per le attività di supporto ai Comuni relative allo studio, all'analisi ed al progetto per la ricostruzione dei centri storici del comune di Barisciano e Castelvecchio Subequo, come meglio specificate nel capitolato tecnico allegato alla convenzione e come individuati dalla normativa nazionale e regionale di settore, verso un corrispettivo la cui non remuneratività non è manifesta, ove il ricorso all'affidamento diretto sia espressamente motivato alla stregua di normativa primarie e secondarie post-emergenziali e tenuto conto degli esplicitati specifici interessi pubblici".*

Il TAR abruzzese ricorda ancora che, per l'art. 2 della direttiva 2004/18/CR, le amministrazioni aggiudicatrici, oltre a trattare gli operatori economici (facendo rientrare in detta nozione anche le Università) su un piano di parità e non discriminatorio, devono agire con trasparenza ed inoltre, per aggiudicare gli appalti pubblici, devono applicare le procedure nazionali dell'evidenza pubblica.

Il Tar, infatti, ritiene, in particolare, che il ricorso al partenariato pubblico-pubblico possa profilare il pericolo di contrasto con i principi di concorrenza quando l'amministrazione con cui sia concluso un accordo di collaborazione possa rivestire al tempo stesso anche la qualità di operatore economico, anche quando, come nella specie, siano evidentemente ravvisabili fini ed interessi pubblicistici.

Il giudice amministrativo si pone però il problema se, vista la peculiarità del caso (emergenza post-sisma), sia possibile configurare una forma ammissibile di partenariato pubblico-pubblico a carattere oneroso.

Per tali motivi il Tar, prima di decidere, ha preferito rivolgersi alla Corte di Giustizia, ponendo i quesiti sopra riportati, il primo dei quali analogo a quello proposto dal Consiglio di Stato (ed oggetto delle cause C 159/2011 e c-564/11) ed il secondo diretto ad esaminare la specificità della problematica aquilana.

Come noto, il Consiglio Nazionale ha sempre sostenuto che le Università non possono risultare affidatarie in via diretta (e quindi senza il ricorso all'evidenza pubblica) di servizi professionali di Ingegneria, perché altrimenti verrebbero lesi gli irrinunciabili principi comunitari e nazionali di *par condicio* e libera concorrenza.

Si ritiene che l'ordinanza sia favorevole alla suesposta tesi.

Si confida, inoltre, che la Corte di Giustizia prenda una posizione netta sugli affidamenti agli Istituti Universitari nella direzione auspicata dalla nostra Categoria.

Di ogni novità intervenuta, in ogni caso, verrà data tempestiva comunicazione agli Ordini tramite circolare.

Cordiali saluti.

IL CONSIGLIERE SEGRETARIO
(Ing. Riccardo Pellegatta)



IL PRESIDENTE
(Ing. Armando Zambrano)



Allegato:

- Ordinanza di rimessione Tar Abruzzo, Sezione Prima, 17/07/2012 n. 476

ORDINANZA TAR ABRUZZO

17/07/2012 n. 476

N. 00476/2012 REG.PROV.COLL.

N. 00399/2011 REG.RIC.

N. 00401/2011 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Abruzzo

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 399 del 2011, proposto da:

Consiglio Nazionale degli Ingegneri, rappresentato e difeso dagli avv. Maurizio Marti, Manuela Toma, con domicilio eletto presso avv. Luigia Urbani in L'Aquila, via G. Pascoli, N. 1/A - 3/B;

contro

Comune di Castelvechio Subequo in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Luigi Maria Di Cesare, con domicilio eletto presso avv. Dario Visconti in L'Aquila, via XX Settembre, 19;

nei confronti di

Università degli Studi Chieti Pescara - Dipartimento Scienze e Storia dell'Architettura;

sul ricorso numero di registro generale 401 del 2011, proposto da:

Consiglio Nazionale degli Ingegneri, rappresentato e difeso dagli avv. Maurizio Marti, Manuela Toma, con domicilio eletto presso avv. Luigia Urbani in L'Aquila, via G. Pascoli, N. 1/A - 3/B;

contro

Comune di Barisciano in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Fabio Alessandroni, con domicilio eletto presso avv. Fabio Alessandroni in Scoppito, SS17 - Km 24,650 N.1;

nei confronti di

Scuola di Architettura e Design Vittoria (SAD) dell'Università degli Studi di Camerino;

per l'annullamento

quanto al ricorso n. 399 del 2011:

degli atti recanti approvazione convenzione per la redazione dei piani di ricostruzione (delibera di C.C. n.13 del 14 aprile 2011).

quanto al ricorso n. 401 del 2011:

degli atti recanti approvazione schema di convenzione per la realizzazione di attività relative alla ricostruzione post-sisma del 6.4.2009 (delibera di C.C. n.12 del 25 febbraio 2011).

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Castelvecchio Subequo in persona del Sindaco p.t. e di Comune di Barisciano in persona del Sindaco p.t.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 maggio 2012 il dott. Maria Abbruzzese e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

I. La vicenda fattuale e processuale

I.1) Il Consiglio Nazionale degli Ingegneri (CNI), con due separati ricorsi proposti innanzi a questo Tribunale amministrativo regionale (TAR), ha impugnato:

- l'atto (delibera di consiglio comunale n.13 del 14 aprile 2011), avente ad oggetto “approvazione convenzioni per la redazione dei piani di ricostruzione”, con il quale il Comune di Calstelvecchio Subequo (AQ) ha deliberato di approvare la bozza di convenzione con il Dipartimento di scienze, storia dell'Architettura, restauro e rappresentazione della facoltà di Architettura dell'Università di Pescara, inerente la redazione del piano di ricostruzione, e di dare mandato al sindaco per la stipula della convenzione, dichiarando la deliberazione immediatamente eseguibile;

- l'atto (delibera di consiglio comunale n.12 del 25 febbraio 2011), avente ad oggetto “Schema di convenzione per la realizzazione di attività relative alla ricostruzione post-sisma del 6.4.2009, tra il Comune di Barisciano e la Scuola di Architettura e Design “Eduardo Vittoria” dell'Università degli studi di Camerino”, con il quale il Comune di Barisciano (AQ) ha approvato lo schema di convenzione per la realizzazione delle attività relative alla ricostruzione post-sisma

del 6 aprile 2009 e di demandare la sottoscrizione del contratto di convenzione al sindaco del Comune, dichiarando la deliberazione immediatamente eseguibile.

Il CNI ha contestualmente richiesto dichiararsi le convenzioni suddette inefficaci per violazione delle norme comunitarie.

I.2) Va premesso che il disastroso sisma che nell'aprile 2009 ha distrutto ingente parte del patrimonio edilizio del Comune dell'Aquila e dei comuni limitrofi, tra i quali Castelvechio Subequo e Barisciano, ha reso necessaria la predisposizioni di piani per la sistemazione urbanistica e la ricostruzione dei centri distrutti o danneggiati dal sisma.

Va pure doverosamente osservato che gli uffici comunali normalmente preposti alle attività di ordinaria gestione del territorio sono dichiaratamente inidonei alla straordinaria emergenza incorsa; da qui l'esigenza di reperire aliunde professionalità in grado di far fronte a tali attività.

Le convenzioni in questione si inseriscono in tale contesto, al rappresentato fine di istituire "una cooperazione tra enti pubblici finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico di interesse comune"; l'incarico, a sua volta, riguarda "le attività di supporto relative allo studio, all'analisi e al progetto di ricostruzione" (cfr. delibera n.13/2011 impugnata).

I.3). Entrambe le bozze di convenzione in questione specificano in termini sostanzialmente analoghi l'oggetto dell'incarico che consiste

nello studio preliminare, nella previa analisi e nella predisposizione del progetto di ricostruzione.

La bozza approvata dal Comune di Castelvechio, analogamente a quanto può leggersi nella bozza relativa a Barisciano, lo definisce come “attività di supporto per quanto riguarda le azioni inerenti la ripianificazione dei territori da parte dei Comune colpiti dal sisma del 6 aprile 2009”, distinguendo quattro fasi come segue: 1) fase preliminare: perimetrazione ambiti da sottoporre a Piano di ricostruzione; 2) fase propedeutica della formazione del piano di ricostruzione (P.d.R.): individuazione aggregati ed interventi pubblici; 3) fase di formazione e approvazione dei P.d.R.: definizione dei criteri e delle modalità di intervento. 4) fase di attuazione del P.d.R.: coordinamento, verifica e sorveglianza.

Per ognuna di tali fasi, sono richieste al dipartimento affidatario dell'incarico una serie di prestazioni, riassuntivamente elencate all'art. 7 della convenzione, e in particolare, oltre all'assistenza tecnica all'Amministrazione, la impostazione del piano edilizio e del piano delle opere pubbliche, con perimetrazione degli ambiti, individuazione degli aggregati edilizi e degli interventi pubblici, nella fase 1; elaborazione del progetto preliminare con redazione di planimetrie, sezioni e prospetti e valutazione della prefattibilità, piano di evacuazione delle macerie, nella fase 2; redazione piano di ricostruzione delle relazioni, comprendenti i criteri e le modalità di intervento e le valutazione di fattibilità, nonché del quadro di area

vasta con relazioni, schema strutturale e masterplan, nella fase 3; infine, nella fase 4, di preadozione del piano e di attuazione, viene affidato al dipartimento il compito del completamento del P.d.R. in versione definitiva di adeguamento degli strumenti di pianificazione vigenti e di monitoraggio.

I.4) Entrambe le convenzioni in esame prevedono un corrispettivo globale per l'esecuzione delle attività, che, per il Comune di Castelvecchio Subequeo, è pari ad Euro 213.851,20 e, per il Comune di Barisciano, è pari ad Euro 450.000.00.

Tutto il materiale prodotto resterà di proprietà del Comune, come espressamente statuito rispettivamente nell'art. 11 della Convenzione Castelvecchio e nell'art. 12 della Convenzione Barisciano.

I.5) Si tratta dunque di convenzioni aventi ad oggetto la redazione del Piano di ricostruzione, a fronte del pagamento di un corrispettivo determinato.

Gli importi previsti qualificano la prestazione sopra soglia comunitaria.

I.6) Assumono i ricorrenti che le prestazioni richieste rientrano, oggettivamente, tra quelle comprese dall'allegato IIA del Codice dei contratti pubblici, in quanto "attinenti all'urbanistica ed alla paesaggistica" o, comunque, a "servizi affini di consulenza scientifica e tecnica", servizi che, ai sensi dell'art. 20, comma 2 dello stesso Codice, sono espressamente sottoposti alle disposizioni in esso contenute e, in primo luogo, ai principi dell'evidenza pubblica.

I ricorsi all'esame si fondano essenzialmente sulla violazione dei principi comunitari espressi dall'art. 102 (ex art. 82 Trattato CE) del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (versione consolidata, pubblicata in G.U. 30.3.2010, n.C.83).

Da qui l'esigenza di scrutinare la legittimità degli atti gravati alla luce dell'interpretazione conforme degli atti CE riservata dalla Corte di giustizia adita.

II. Riunione dei ricorsi

Va preliminarmente disposta la riunione dei due ricorsi che vertono sulla medesima questione di diritto.

III. Le questioni di diritto

III.1) I Consigli comunali dei due Comuni resistenti hanno autorizzato i rispettivi sindaci a sottoscrivere con i Dipartimenti controinteressati le convenzioni, i cui schemi sono approvati nelle medesime delibere, aventi ad oggetto lo studio, l'analisi ed il progetto per la ricostruzione dei centri storici dei Comuni di Castelvechio Subequo (AQ) e Barisciano (AQ) e in particolare la redazione dei piani di ricostruzione.

III.2) Il CNI ha impugnato le delibere in questione sulla base di quattro motivi di censura e segnatamente: con il primo si rileva la violazione dell'art. 134 TUEL (con riguardo alla dichiarazione di immediata eseguibilità delle delibere); con il secondo si solleva

violazione dei principi di trasparenza, concorrenza e parità di trattamento e pubblicità; violazione del D.Lgs. 163/2006, dell'art. 102 ex Trattato CE, violazione art. 97 Cost.; con il terzo motivo si rileva violazione del codice dei contratti, in particolare dell'art. 90 che individua i soggetti possibili destinatari di incarichi di progettazione; con il quarto motivo si eccepisce l'inefficacia del contratto ex art. 121 c.p.a., sul presupposto della necessità della gara pubblica per quanto già sopra eccepito.

III.3) Rileva il Collegio la pregiudizialità della definizione della questione sollevata con il secondo motivo di gravame atteso che il primo motivo è rivolto unicamente alla dichiarazione di immediata eseguibilità della delibera che non inficerebbe la sua intrinseca legittimità; il terzo motivo presuppone la delibata infondatezza del secondo, attenendo alla scelta del soggetto affidatario una volta acclarata la possibilità di affidamento diretto; il quarto, al contrario, presuppone la delibata fondatezza del secondo, posto che la richiesta inefficacia discenderebbe, a termini dell'art.121 Codice dei contratti, dalla "grave" violazione di norme comunitarie.

Da qui l'esigenza di esaminare con priorità il secondo motivo che involge tuttavia questione di rilevanza comunitaria.

III.4) Per contrastare la tesi del ricorrente, i Comuni resistenti hanno anzitutto posto la questione della natura delle Università la cui natura giuridica non sarebbe ostativa al conferimento di incarichi relativi ad attività di interesse economico, sostanzialmente per confutare il terzo

motivo di ricorso.

Quanto al secondo motivo, le difese resistenti oppongono l'operatività, nella specie, del disposto di cui all'art. 15 della L. 241/1990 che afferma testualmente che "le amministrazioni pubbliche possono sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune".

IV. Il quadro normativo e giurisprudenziale

IV.1) In generale, il diritto comunitario non vieta alle amministrazioni aggiudicatrici, in alternativa allo svolgimento di una procedura di evidenza pubblica, di stipulare accordi a titolo oneroso con altre amministrazioni pubbliche (sentenza CG E 13 novembre 2009, causa C 324/07 e 9 giugno 2009, causa C 480/056).

IV.2) 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, L.241/1990), anche al di fuori delle ipotesi previste dall'art.14.

Gli accordi tra pubbliche amministrazioni regolati dalla legge fondamentale sul procedimento (L.241/1990) sono preordinati al coordinamento dell'azione di diversi apparati amministrativi, ciascuno portatore di uno specifico interesse pubblico, e possono essere utilizzati come forma di collaborazione per la più efficiente ed

economica gestione di servizi pubblici.

L'accezione di interesse comune è, allo stato della giurisprudenza, piuttosto ampia e coincide, nella sostanza, con il perseguimento dell'interesse pubblico da parte degli enti partecipanti all'accordo conformemente ai loro scopi istituzionali, anche ove non si verta nell'ipotesi di "funzioni comuni".

In materia di accordi tra pubbliche amministrazioni, è stato ritenuto dalla giurisprudenza amministrativa che sia possibile ricorrere all'art. 15 L. n.241/00 quando una pubblica amministrazione intenda affidare a titolo oneroso ad altra pubblica amministrazione un servizio ove questo ricada tra i compiti dell'ente.

In questo quadro, è stato, ad esempio, ritenuto legittimo l'affidamento del servizio di trasporti intra/inter-ospedalieri da parte di un'azienda ospedaliera alla Croce Rossa italiana, organismo di diritto pubblico, avente, tra i propri compiti, quello di effettuare, con propria organizzazione, il servizio di pronto soccorso e trasporto infermi, concorrendo all'adempimento delle finalità del servizio sanitario nazionale attraverso apposite convenzioni (Cons. di Stato, Sez.V, 12 aprile 2007, n.1707).

Anche prescindendo dalla diretta applicazione dell'art. 15, il Consiglio di Stato ha comunque ammesso l'affidamento senza gara, considerando la materia esclusa dall'ambito di applicazione della disciplina sugli appalti pubblici, del servizio di elisoccorso integrato tecnico sanitario da parte del Ministero dell'interno – dipartimento

dei vigili del fuoco (Cons.di Stato, sez.V, 13 luglio 2010, n.4539) e l'affidamento dell'incarico di studio e di consulenza tecnico scientifica per la redazione del Piano regolatore comunale da parte di un comune ad una Università (Cons. di Stato, sez. V, 10 settembre 2010, n.6548).

Negli ultimi due casi, l'insussistenza a carico dell'amministrazione affidante dell'obbligo di fare ricorso alle procedure di scelte ad evidenza pubblica è stata giustificata con riferimento alla non configurabilità dell'amministrazione affidataria come operatore economico, alla mancanza di remunerazione qualificabile come corrispettivo quando venga pattuito per l'esecuzione della prestazione un mero rimborso dei costi, al riconoscimento da parte della giurisprudenza comunitaria della possibilità che amministrazioni pubbliche concludano accordi per il perseguimento di fini di interesse pubblico.

IV.3) Sul piano comunitario, il tema della cooperazione pubblico-pubblico ha costituito recentemente oggetto della risoluzione del Parlamento europeo del 18 maggio 2010 sui nuovi sviluppi in materia di appalti pubblici (2009/2 175 - INI).

Il Parlamento europeo, ricordando che il Trattato di Lisbona entrato in vigore il 1° dicembre 2009 ha introdotto per la prima volta nel diritto dell'Unione europea un riconoscimento del diritto all'autonomia regionale e locale, ha posto l'accento sulla possibilità accordata dalla più recente giurisprudenza comunitaria alle autorità

pubbliche di ricorrere ai propri strumenti per adempiere alle proprie missioni di diritto pubblico in collaborazione con altre autorità pubbliche ed ha sottolineato come, in particolare in base alla sentenza della Corte (Grande sezione) del 9 giugno 2009 (nella causa C-4880/06 Commissione contro Germania), i partenariati pubblico-pubblico, così come gli accordi di collaborazione tra autorità locali, non rientrano nel campo di applicazione delle direttive sugli appalti pubblici a condizione che siano soddisfatti i seguenti criteri:

- lo scopo del partenariato è l'esecuzione di un compito di servizio pubblico spettante a tutte le autorità locali in questione;
- il compito è svolto esclusivamente dalle autorità pubbliche, senza la partecipazione di privati o di imprese private e l'attività espletata essenzialmente per le autorità pubbliche coinvolte.

Ha poi ricordato che detti principi hanno validità generale e di conseguenza possono essere applicati alla cooperazione tra tutte le amministrazioni aggiudicatrici pubbliche e non esclusivamente a quelle locali.

La giurisprudenza amministrativa ha in più occasioni ritenuto non legittima la diretta conclusione di accordi ex art. 15, rilevando la natura elusiva della normativa in materia di evidenza pubblica; in particolare osservando che non può discorrersi di interesse comune allorché “un'amministrazione ha inteso acquisire da un'altra amministrazione un servizio di proprio esclusivo interesse verso corrispettivo” ovvero quando gli accordi in questione “siano in realtà

diretti ad ottenere prestazioni lavorative o professionali (cfr. TAR Puglia, Lecce, n.1791/2010; 417 e 418 del 2010).

La questione della possibile violazione della direttiva appalti pubblici è stata sollevata dal Consiglio di Stato, sez.V, con Ordinanza n.966 del 15 febbraio 2011 alla Corte di giustizia, ritenendo che “il ricorso al partenariato pubblico-privato (basato sull’art. 14 della legge n.241 del 1990) possa profilare il pericolo di contrasto con i principi di concorrenza quando l’amministrazione con cui sia deciso un accordo di collaborazione rivesta la qualità di operatore economico” e quando l’onerosità del contratto fosse resa palese dalla presenza di un corrispettivo.

Con la stessa ordinanza, il Consiglio di stato, con considerazioni mutuabili nel caso di specie, ha escluso che l’incarico potesse essere ascritto ad un “in house providing”, nel quale l’amministrazione opta per una scelta contraria al processo di “outsourcing”, stabilendo di affidare l’attività a cui è interessata ad un altro ente che solo formalmente è distinto dalla propria organizzazione, ma su cui sostanzialmente essa esercita un controllo analogo a quello che espleterebbe nei confronti di un servizio proprio e che concorre a realizzare, insieme ad essa, la parte più importante della sua attività, trattandosi, come nel caso sotteso al presente esame, di soggetto diverso dall’Amministrazione conferente che in alcun modo può considerarsi *longa manus* dell’amministrazione stessa.

IV.4) Anche questo TAR sospetta che, nel caso in esame, osti alla

conclusione di un contratto come quello oggetto del contendere la direttiva n.2004/18/CE relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi ed in particolare l'art. 1, c.2 lett. a) e d) che definisce l'ambito di applicazione della direttiva in riferimento agli appalti pubblici di servizi, l'art. 2, secondo cui le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità, in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza, l'art. 2, secondo cui per aggiudicare gli appalti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici applicano le procedure nazionali adottate ai fini della direttiva.

Ritiene in particolare il Collegio che il ricorso al partenariato pubblico-pubblico possa profilare il pericolo di contrasto con i principi di concorrenza quando l'amministrazione con cui sia concluso un accordo di collaborazione possa rivestire al tempo stessa (anche) la qualità di operatore economico, anche quando, come nella specie, siano evidentemente ravvisabili fini ed interessi pubblicistici.

IV.5) Occorre dunque verificare quale sia lo specifico scopo, nella singola fattispecie, del partenariato, previa disamina dei compiti di servizio pubblico rispettivamente rimessi alle singole autorità, e quali le concrete modalità di svolgimento dello stesso.

V. La fattispecie concreta

V.1) In base alla legislazione di settore, le Università costituiscono la sede naturale degli studi e della ricerca scientifica e tecnologica (art.

63 D.P.R. n.382/1980 : "Le Università sono sedi primarie della ricerca scientifica").

A termini dell'art. 66 dello stesso D.P.R., "le Università, purché non vi osti lo svolgimento della loro funzione scientifica e didattica, possono eseguire attività di ricerca e consulenza stabilite mediante contratti e convenzioni con enti pubblici e privati. L'esecuzione di tali contratti e convenzioni sarà affidata, di norma, ai dipartimenti o, qualora questi non siano costituiti, agli istituti o alle cliniche universitarie o a singoli docenti a tempo pieno. I proventi delle prestazioni dei contratti e convenzioni di cui al comma precedente sono ripartiti secondo un regolamento approvato dal consiglio di amministrazione dell'Università, sulla base di uno schema predisposto, su proposta del Consiglio universitario nazionale, dal Ministro della pubblica istruzione. Il personale docente e non docente che collabora a tali prestazioni può essere ricompensato fino ad una somma annua totale non superiore al 30 per cento della retribuzione complessiva. In ogni caso la somma così erogata al personale non può superare il 50 per cento dei proventi globali delle prestazioni. Il regolamento di cui al secondo comma determina la somma da destinare per spese di carattere generale sostenute dall'Università e i criteri per l'assegnazione al personale della somma di cui al terzo comma. Gli introiti rimanenti sono destinati ad acquisto di materiale didattico e scientifico e a spese di funzionamento dei dipartimenti, istituti o cliniche che hanno

eseguito i contratti e le convenzioni. Dai proventi globali derivanti dalle singole prestazioni e da ripartire con le modalità di cui al precedente secondo comma vanno in ogni caso previamente detratte le spese sostenute dall'Università per l'espletamento delle prestazioni medesime. I proventi derivati dall'attività di cui al comma precedente costituiscono entrate del bilancio dell'Università".

Dunque, normativamente, le Università possono stipulare contratti e convenzioni con enti pubblici e privati ove ragionevolmente motivati dalla funzione di "ricerca e consulenza", collegata alla primaria funzione "scientifica e didattica".

Potrebbe quindi ritenersi che l'accordo intervenuto tra i comuni resistenti e i dipartimenti universitari controinteressati, nel caso di specie, soddisfi gli indicati criteri perché l'accordo persegue un interesse comune in base alla normativa nazionale esaminata ed ai compiti svolti dall'università, avvalorato dalla collaborazione tra due gruppi di lavoro di entrambe le amministrazioni e dalla possibilità di diffusione nel mondo scientifico dei risultati della ricerca, ferma la proprietà dell'Amministrazione.

Inoltre, la eventuale partecipazione di privati alle attività in questione, che la convenzione non esclude, prevede che gli stessi siano reperiti sul mercato seguendo le ordinarie procedure concorsuali.

V.2) Sotto diverso profilo, deve osservarsi che, di norma, le Università non sono qualificate come enti a carattere commerciale.

Il che non osta, tuttavia, alla loro qualificazione di "operatore

economico”.

Alla luce della sentenza della Corte di Giustizia 23 dicembre 2009 in causa C-305/08 CONisMA la qualità di operatore economico è riconosciuta ad 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.

La Corte, richiamando la propria giurisprudenza per cui, nell’ottica di apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile, la normativa comunitaria è applicabile qualora il soggetto con cui un’amministrazione aggiudicatrice intenda concludere un contratto a titolo oneroso sia a sua volta un’amministrazione aggiudicatrice (sent. StadtHall e RPL Lahcau), ha considerato ammesso a presentare un’offerta un ente indipendentemente dal fatto di essere un soggetto di diritto privato o di diritto pubblico, aggiungendo che un’interpretazione restrittiva della nozione di operatore economico avrebbe come conseguenza che i contratti conclusi tra amministrazioni aggiudicatrici e organismi che non agiscono in base ad uno scopo di lucro non sarebbero considerati come appalti pubblici e sarebbero sottratti alle norme comunitarie in materia di parità di trattamento e di trasparenza, in contrasto con la finalità delle medesime norme.

Alla luce di tale sentenza le Università devono considerarsi ammesse a partecipare a una gara come qualsiasi altro operatore economico ed

i contratti conclusi tra queste e le amministrazioni giudicatrici rientrano nell'ambito delle norme comunitarie sulle aggiudicazioni.

In tale contesto, l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici ha, con determinazione n.7 del 21 ottobre 2010, concluso per la possibilità di ammettere alle gare per l'aggiudicazione dei contratti pubblici soggetti giuridici diversi da quelli ricompresi nell'elenco di cui all'articolo 34 del d.lgs. n.163/2006, quali ad esempio le fondazioni, gli istituti di formazione e/o di ricerca, le Università, che annoverino, tra le attività statutariamente ammesse, quella di svolgere compiti aventi rilevanza economica e limitatamente al settore di pertinenza, ove in possesso dei requisiti richiesti dal singolo bando di gara; il tutto in condizioni di par condicio.

Significativamente, l'Autorità ha riconosciuto che l'esclusione della Università dalla possibilità di partecipare a procedure di evidenza pubblica avrebbe potuto avere come conseguenza quella di considerare "non contratti" gli accordi che comunque verrebbero conclusi tra tali soggetti e le stazioni appaltanti, eludendo l'applicazione delle direttive 17/2004/CE e 18/004/CE.

La citata deliberazione ha precisato che tali accordi debbano avere le seguenti caratteristiche per evitare l'elusione della normativa sugli appalti pubblici: 1) l'accordo deve regolare la realizzazione di un interesse pubblico, effettivamente comune ai partecipanti, che le parti hanno l'obbligo di perseguire come compito principale; 2) alla base dell'accordo deve esserci una reale divisione di compiti e

responsabilità; 3) i movimenti finanziari tra i soggetti che sottoscrivono l'accordo devono configurarsi solo come ristoro delle spese sostenute, essendo escluso il pagamento di un vero e proprio corrispettivo, comprensivo di un margine di guadagno; 4) il ricorso all'accordo non può interferire con il perseguimento dell'obiettivo principale delle norme comunitarie in tema di appalti pubblici, ossia la libera circolazione dei servizi e l'apertura alla concorrenza non falsata negli stati membri.

Pertanto, la collaborazione tra amministrazioni non può trasformarsi in una costruzione di mero artificio diretta ad eludere le norme menzionate e gli atti che approvano l'accordo, nella motivazione, devono dar conto di quanto su esposto.

V.3) Tale conclusione, ove interpretata nel senso di equiparare le Università in toto ad operatori economici imporrebbe che le stesse Università, ove offrano servizi sul mercato, debbano concorrere con tutti gli altri operatori economici interessati in un procedimento concorsuale che sia rispettoso delle regole sulla concorrenza.

In sostanza, l'affidamento diretto, benché giustificato dal perseguimento di interessi pubblici comuni, eluderebbe la normativa comunitaria di settore.

V.4) Infine, la fissazione di un corrispettivo nell'accordo, pur non esplicitando il conseguimento di un sostanziale profitto, ma, tuttavia, non sembrando oggettivamente rapportato ai soli costi da sostenere da parte del soggetto incaricato, qualifica comunque il contratto a

titolo oneroso, anche sotto tale profilo facendolo rientrare nel campo di applicazione della disciplina comunitaria degli appalti.

V.5) Passando all'oggetto dell'incarico, occorre doverosamente dare conto della peculiarità della fattispecie.

Già si è sopra evidenziato che le prestazioni in esame sono oggettivamente connesse alla esigenza, che risponde ad uno specifico interesse pubblico, di ridefinire il contesto urbanistico ed edilizio compromesso dal disastroso sisma aquilano del 2009, con modalità, in buona parte, innovative, tenuto conto dell'ampiezza e complessità degli interventi da realizzare.

Detti interventi sono stati definiti da normative, primarie e secondarie, esplicitamente "straordinarie", in quanto rese da organi straordinari (Commissario straordinario per l'emergenza) per la soluzioni di emergenze imprevedibili e non diversamente regolate.

In tale contesto, la definizione di "Piano di ricostruzione", la cui predisposizione è, come sopra detto, l'oggetto dell'incarico, e, giova dire, non risulta diversamente configurato o regolato, è data dal decreto del Commissario straordinario n.3/2010 nei seguenti termini.

L'art. 4 del citato decreto, intitolato "Piani di ricostruzione – Definizione dei criteri di delimitazione", dispone che ciascun Comune debba dotarsi di piani di ricostruzione nel rispetto delle seguenti condizioni: a) individuazione di una o più parti che si configurino come ambiti urbanistici ed edilizi finalizzati ad un insieme di interventi integrati, aventi ad oggetto uno o più aggregati

edilizi; b) deliberazione degli ambiti ricadenti in strade o altri spazi pubblici ed includenti, oltre al patrimonio edilizio da ricostruire o recuperare, eventuali opere di urbanizzazione primaria e secondaria.

Al successivo art.5, si individuano gli obiettivi ed i contenuti dei piani, che devono assicurare la ripresa socio-economica del territorio di riferimento; promuovere la riqualificazione dell'abitato, in funzione anche della densità, qualità e complementarietà dei servizi di prossimità e dei servizi pubblici su scala urbana, nonché della più generale qualità ambientale; facilitare il rientro delle popolazioni nelle abitazioni recuperate a seguito dei danni provocati dagli eventi sismici del 6 aprile 2009.

Inoltre i piani di ricostruzione devono individuare, tenuto conto delle risultanze della microzonazione sismica e degli esiti delle valutazioni di agibilità, gli interventi idonei a garantire la migliore sicurezza delle costruzioni, rilevare lo stato dei luoghi attuale e tenere conto, ove possibile, di quello preesistente agli eventi sismici, definendo in particolare i seguenti elementi: a) individuazione degli interventi; b) messa in sicurezza di ciascun ambito ai fini dei successivi interventi di ricostruzione; c) stima economica degli interventi previsti; d) individuazione dei soggetti interessati; e) cronoprogramma degli interventi con l'individuazione delle priorità.

Il piano deve contenere, infine, le modalità di collegamento dei vari ambiti, individuare i settori di intervento e le opere di urbanizzazione primaria e secondaria da realizzare e definire, in modo coordinato, la

programmazione ed esecuzione delle opere pubbliche e private.

Si tratta, in definitiva, di un nuovo strumento urbanistico, che realizza finalità ri-pianificatorie tenendo conto delle specificità indotte dalle conseguenze del sisma.

Per i Comuni, la ri-pianificazione è funzione imposta dalle normative post-sisma

ai sensi dell'art.2, co. 12 bis del D.L. n.39 del 28 aprile 2009, convertito con modificazioni dalla legge n.77 del 24 giugno 2009.

I Comuni di cui all'art. 1, co. 2 (quelli che sono stati interessati dall'evento sismico) predispongono, d'intesa con il Presidente della regione Abruzzo commissario delegato ai sensi dell'art.4, co.2, sentito il presidente della provincia, e d'intesa con quest'ultimo nelle materie di sua competenza, la ripianificazione del territorio comunale, definendo le linee di indirizzo strategico per assicurarne la ripresa socio-economica, la riqualificazione dell'abitato e garantendo un'armonica ricostituzione del tessuto edilizio urbano abitativo e produttivo, tenendo anche conto degli insediamenti abitativi realizzati ai sensi del comma 1 (insediamenti temporanei).

Le pertinenti linee di indirizzo strategico sono finalizzate ad assicurare la ripresa socioeconomica del territorio e la riqualificazione dell'abitato, nonché per facilitare il rientro delle popolazioni sfollate nelle abitazioni danneggiate dagli eventi sismici del 6 aprile 2009.

Le relative attività sono normativamente svolte "in collaborazione con i diversi soggetti pubblici e privati che sono coinvolti nei

processi propri della ricostruzione, nonché per fornire il necessario supporto tecnico-amministrativo ai soggetti istituzionali coinvolti”.

VI. Rilevanza e non manifesta infondatezza della questione

VI.1) Dispone l'art. 267 TFUE (ex art. 234 del TCE) che “la Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale: a) sull'interpretazione dei trattati, b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione; quando un questione del genere è sollevata dinnanzi ad un organo giurisdizionale di uno degli stati membri, tale organo giurisdizionale può, qualora reputi necessaria per emanare le sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla corte di pronunciarsi sulla questione.

VI.2) Nel caso di specie, la questione di interpretazione delle norme comunitarie è senz'altro pertinente, attenendo a specifici motivi di ricorso e la sua soluzione influisce sull'esito della lite; la questione non è materialmente identica ad altra già decisa (o pendente) innanzi alla Corte sicché nessuno dei precedenti sembra risolvere in maniera esaustiva il punto di diritto controverso e la corretta applicazione del diritto comunitario non si impone con tale evidenza da non lasciare adito a nessun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione sollevata.

Sussistono dunque i presupposti per il rinvio pregiudiziale di cui al art. 267, par. 2, TFUE.

VI.3) Il giudizio non può essere deciso se non risolvendo in via pregiudiziale la questione sollevata che si riduce a verificare se l'affidamento diretto in esame sia o meno conforme alla sopra indicata normativa comunitaria tenendo conto delle peculiarità della fattispecie e se, in particolare, sia possibile configurare nella specie una forma ammissibile di partenariato pubblico-pubblico, a carattere oneroso, tenuto conto delle peculiarità del caso in esame, ove l'affidamento diretto sia espressamente motivato alla stregua delle specifiche missioni di diritto pubblico involte.

La convenzione dichiaratamente “istituisce una cooperazione scientifica tra enti pubblici finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico d'interesse comune”.

Le finalità perseguite dal Comune sono quelle sopra individuate e dettate da normativa speciale post-emergenziale, espressamente richiamate in convenzione (cfr. punto che precede).

La scelta del soggetto pubblico affidatario dell'incarico è a sua volta giustificata nell'atto deliberativo di affidamento sul rilievo che “la pianificazione di interventi sul territorio, soprattutto di scala sovracomunale, sia finalizzata ad uno sviluppo sostenibile, coeso ed intelligente di tutto il comprensorio e che la visione globale di una Università qualificata...può offrire opportunità tecniche e specialistiche esclusivamente nell'interesse collettivo” (cfr.delibera n.12/2011 del C.C. di Barisciano).

Le finalità perseguite dall'Università sono espresse pure in

convenzione con riferimento “alla straordinaria unicità delle attività fa svolgere, impregnate tra l’altro di ricerca scientifica applicata”, con conseguente interesse all’attivazione della convenzione medesima.

Sotto altro opposto, l’interesse manifestato dai Dipartimenti controinteressati non è di esclusiva natura economica, essendo certamente non irragionevole ritenere la sussistenza di uno specifico interesse scientifico che la messa a gara delle attività in questione potrebbe risultare insoddisfatto.

Pertanto, l’Amministrazione conferente acquisisce un servizio di proprio interesse verso corrispettivo; l’amministrazione conferitaria accetta l’incarico verso corrispettivo, soddisfacendo così (anche) un proprio interesse all’approfondimento scientifico delle problematiche sottese alla pianificazione e ricostruzione post-sisma, peraltro in stretta connessione con le esigenze proprie del territorio di competenza.

La questione che si pone è dunque se l’art 15 della l. 241/1990 sopra citato sia strumento idoneo ad derogare la normativa sugli appalti pubblici laddove l’attività in questione sia di “interesse” pubblico per entrambe le Amministrazioni contraenti e l’affidamento diretto giustificato dalla peculiarità del caso in esame.

VI.4) In conclusione si rimettono alla Corte di Giustizia CE le seguenti questioni pregiudiziali di interpretazione:

- Se la direttiva al parlamento europea e del Consiglio 313.2004 n.20204/18/CR relativa al coordinamento delle procedure di

aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi ed in particolare l'art. 1, n.2 lettere a) e d), l'articolo 2, l'articolo 28 e l'allegato I categorie n.8 e n.12 ostino ad una disciplina nazionale che consente la stipulazione di accordi di forma scritta tra due amministrazioni aggiudicatrici per le attività di supporto ai Comuni relative allo studio, all'analisi ed al progetto per la ricostruzione dei centri storici del comune di Barisciano e Castelvechio Subequo, come meglio specificate nel capitolato tecnico allegato alla convenzione e come individuati dalla normativa nazionale e regionale di settore, verso un corrispettivo la cui non remuneratività non è manifesta, ove l'amministrazione esecutrice possa rivestire la qualità di operatore economico;

- Se in particolare la direttiva al parlamento europea e del Consiglio 313.2004 n.20204/18/CR relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi ed in particolare l'art. 1, n.2 lettere a) e d), l'articolo 2, l'articolo 28 e l'allegato I) categorie n.8 e n.12 ostino ad una disciplina nazionale che consente la stipulazione di accordi di forma scritta tra due amministrazioni aggiudicatrici per le attività di supporto ai Comuni relative allo studio, all'analisi ed al progetto per la ricostruzione dei centri storici del comune di Barisciano e Castelvechio Subequo, come meglio specificate nel capitolato tecnico allegato alla convenzione e come individuati dalla normativa nazionale e regionale di settore, verso un corrispettivo la cui non

remuneratività non è manifesta, ove il ricorso all'affidamento diretto sia espressamente motivato alla stregua di normative primarie e secondarie post-emergenziali e tenuto conto degli esplicitati specifici interessi pubblici.

VI.5) Ai sensi della “nota informativa riguardante la proposizione di domande di pronuncia pregiudiziale da parte dei giudizi nazionali” 2011/C 160/01 in G.U.C.E. 28 maggio 2011, vanno trasmessi alla cancelleria della Corte mediante plico raccomandato in copia i seguenti atti:

- fascicolo di causa contenente i provvedimenti impugnati;
- presente ordinanza.
- copia delle seguenti norme nazionali: L.241/1990, artt.14 e 15.

VI.6) Il presente giudizio viene sospeso nelle more della definizione dell'incidente comunitario.

Ogni ulteriore decisione, anche in ordine alle spese, è riservata alla pronuncia definitiva.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo regionale per l'Abruzzo - L'AQUILA, non definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, dispone:

- a cura della Segreteria, la trasmissione degli atti alla Corte di giustizia dell'unione europea ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nei sensi e con le modalità di cui in motivazione, e con copia degli atti ivi indicati;
- la sospensione del presente giudizio.

Riserva alla decisione definitiva ogni ulteriore statuizione, in rito, in merito e in ordine alle spese.

Così deciso in L'Aquila nella camera di consiglio del giorno 9 maggio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Mastrocola, Presidente

Elvio Antonelli, Consigliere

Maria Abbruzzese, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/07/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)