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
25/01/2013 U-rsp/426/2013

U-MC/13

Circ. n. 171/XVIII Sess.

Ai Consigli degli Ordini
degli Ingegneri
Loro Sedi

Oggetto: Sentenza Corte di Giustizia UE (Grande Sezione) 19 dicembre 2012 – domanda di pronuncia pregiudiziale – ASL di Lecce e Università del Salento contro Ordine Ingegneri Lecce e CNI – appalti pubblici – direttiva 2004/18/CE – studio e valutazione della vulnerabilità sismica di strutture ospedaliere – contratto concluso tra due enti pubblici – affidamento diretto delle attività di progettazione alle Università – illegittimità - necessità della gara

---

La Corte di Giustizia UE (Grande Sezione), con la sentenza 19 dicembre 2012 - pronunciata tra le parti ASL di Lecce e Università del Salento, contro Ordine degli Ingegneri di Lecce e CNI, nella causa C-159/11, – ha affermato importantissimi principi in tema di affidamento diretto, senza gara, dei servizi di progettazione a strutture universitarie da parte di una pubblica amministrazione (in allegato).

Per la prima volta in ambito comunitario – e al massimo livello – è stato posto un rigoroso limite alla possibilità di derogare ai principi della libera concorrenza e della *par condicio*, sconfessando il *modus operandi* tipico di molte amministrazioni, che affidavano direttamente alle Università, o a società da queste partecipate, i servizi di Ingegneria e di Architettura, impedendo la partecipazione dei liberi professionisti e sottraendo in questo maniera agli stessi rilevanti fette di mercato.

I FATTI

Nel 2009 l'ASL di Lecce ha deliberato l'affidamento – tramite contratto di consulenza - all'Università del Salento delle attività di studio e di valutazione della vulnerabilità sismica delle strutture ospedaliere della Provincia di Lecce, alla luce delle normative nazionali in materia di sicurezza degli edifici "strategici", per un importo di euro 200.000, al netto dell'IVA.

Tale incarico si strutturava nella individuazione della tipologia strutturale, dei materiali impiegati per la costruzione e dei metodi di calcolo adottati, nella verifica della regolarità strutturale e nell'analisi sommaria della risposta sismica globale dell'edificio, nell'elaborazione dei risultati delle attività e nella stesura di schede tecniche di diagnosi strutturale.

La base normativa di tale operazione è stata rinvenuta nell'art.66, primo comma, del DPR 11 luglio 1980 n.382, ("Riordinamento della docenza universitaria, relativa fascia di formazione nonché sperimentazione organizzativa e didattica"), che dispone che : "*Le Università, purché non vi osti lo svolgimento della loro funzione scientifica 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*".

L'Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce, con l'intervento *ad adiuvandum* del CNI, ha presentato ricorso al giudice amministrativo avverso la deliberazione di approvazione del suddetto disciplinare, lamentando la violazione della normativa nazionale e dell'Unione Europea in materia di appalti pubblici.

Lo stesso è accaduto nei confronti della delibera della ASL, e della successiva convenzione con l'Università, volta all'affidamento dell'incarico di redazione degli elaborati relativi al progetto definitivo e/o esecutivo, nonché dell'attività di coordinamento della progettazione per la costruzione di una nuova struttura ospedaliera nel plesso del Presidio Vito Fazzi di Lecce.

Il Tar per la Puglia, sede di Lecce, ha accolto i ricorsi con le sentenze gemelle 2 febbraio 2010 n.415 e 2 febbraio 2010 n.416.

E' interessante evidenziare che, rigettando le argomentazioni della ASL, il Tar pugliese ha affermato che "appare quindi evidente come debba considerarsi compito degli Ingegneri e degli Architetti quello di verificare la vulnerabilità sismica degli edifici in base alla normativa vigente ed eventualmente predisporre le misure di adeguamento necessario" (sentenza n.416/2010).

Secondo la sentenza n.415/2010, invece, l'ASL ha provveduto ad affidare l'incarico di progettazione del nuovo plesso ospedaliero "prescindendo da ogni doveroso ricorso a procedure di evidenza pubblica", mentre nell'ambito della "attività di ricerca e consulenza universitaria" cui all'art.66 DPR n.382/1980, non pare potersi ricomprendere l'elaborazione di un progetto per la realizzazione di un'opera pubblica.

Sul ricorso in appello proposto dalla Azienda Sanitaria Locale di Lecce, il Consiglio di Stato, V Sezione, ha pronunciato l'Ordinanza 15 febbraio 2011 n.966, di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea della questione, al fine di sollecitarne il pronunciamento. La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione degli articoli 1, paragrafo 2, lettere a) e d), e 28, nonché dell'allegato II A, categorie 8 e 12, della direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi.

E' interessante notare come, tra le argomentazioni avanzate dalla Università del Salento a difesa della legittimità della convenzione stipulata, c'era quello secondo cui il compenso pattuito era "idoneo a coprire solo i costi sostenuti dall'Università, senza alcuna percezione di profitti".

LA PRONUNCIA DEL CONSIGLIO DI STATO

Il Consiglio di Stato, V Sezione, nella sentenza non definitiva dell'8 febbraio 2011 n.861, - dopo aver riunito i ricorsi presentati dalla Azienda Sanitaria Locale di Lecce – ha chiarito che il giudizio riguarda *la sottoposizione o meno dell'affidamento di un incarico di studio e valutazione tecnica da parte e in favore di una pubblica amministrazione alla disciplina dei contratti pubblici relativi a servizi* (in particolare di ingegneria ed architettura).

Il punto dirimente della controversia ruota quindi intorno all'applicabilità all'affidamento dell'incarico di studio e di valutazione della vulnerabilità sismica delle strutture sanitarie della Provincia di Lecce all'Università del Salento della disciplina in materia di affidamento di servizi ai sensi del d.lgs. 12 aprile 2006 n.163, alla luce delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.

L'ASL e l'Università avevano rilevato che il contratto di consulenza costituisce un accordo di cooperazione tra amministrazioni pubbliche per lo svolgimento di attività di interesse generale. Il giudice del rinvio conferma che gli accordi tra pubbliche amministrazioni previsti dall'art.15 della legge n.241 del 1990 costituiscono una forma di cooperazione volta a consentire la più efficiente ed economica gestione di servizi pubblici.

Il Consiglio di Stato si è tuttavia chiesto se la conclusione di un accordo tra pubbliche amministrazioni (l'ASL e l'Università del Salento) non sia contraria al principio della libera concorrenza, qualora una delle amministrazioni interessate possa essere considerata un operatore economico, qualità 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.*

Poiché per la decisione della causa è necessario risolvere alcuni problemi interpretativi di norme di diritto comunitario, il giudice amministrativo d'appello – con separata ordinanza – ha rimesso la questione pregiudiziale di interpretazione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sospendendo il giudizio.

L'Avvocato Generale della Corte di Giustizia, rispondendo positivamente al quesito, aveva in precedenza concluso nel senso del contrasto fra la normativa interna sugli accordi fra amministrazioni e la disciplina europea degli appalti pubblici.

LA SENTENZA 19 DICEMBRE 2012 (CAUSA C-159/11) DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

Con la sentenza 19 dicembre 2012, emessa nella causa C-159/11, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Grande Sezione) – pronunciandosi sulla domanda pregiudiziale proposta dal Consiglio di Stato nella controversia tra l'Ordine degli Ingegneri di Lecce ed il Consiglio Nazionale nei confronti dell'Asl Lecce e dell'Università del Salento – ha affermato che il diritto

dell'Unione Europea in materia di appalti pubblici osta *ad una normativa nazionale che autorizzi la stipula di accordi tra pubbliche amministrazioni senza lo svolgimento di una previa gara, allorquando l'oggetto del contratto non corrisponda allo svolgimento di un servizio pubblico comune alle Amministrazioni stesse e crei una posizione privilegiata ad un contraente, quale operatore economico.*

In primo luogo la Corte di Giustizia afferma che anche le Università pubbliche, in linea di principio, possono partecipare ad un procedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi.

Ma, nello stesso tempo, afferma che attività quali quelle oggetto del contratto in discussione ("di ricerca scientifica") ricadono, per la loro natura effettiva, "tra i servizi di ricerca e sviluppo di cui all'allegato II A, categoria 8, della direttiva 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 – prosegue la sentenza – un contratto non può essere escluso 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 convenzionato.

E nemmeno si rientra nelle ipotesi, eccezionali, in cui gli appalti conclusi da enti pubblici non rientrano nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici (sentenza Teckal, causa C-107/98), dal momento che la ASL di Lecce non esercita alcun controllo sull'Università del Salento.

Analizzando lo specifico contratto stipulato tra la ASL e l'Università, quindi, la Corte di Giustizia, nelle motivazioni della decisione, afferma che l'attività di verifica della vulnerabilità sismica delle strutture ospedaliere corrisponde in misura estesa 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*".

Infine, l'oggetto del contratto stipulato potrebbe condurre a favorire imprese private, qualora tra i collaboratori esterni altamente qualificati cui l'Università del Salento, in base alla convenzione, è autorizzata a ricorrere per alcune prestazioni, fossero inclusi dei prestatori privati.

La Corte di Giustizia risponde pertanto alla questione sollevata dal Consiglio di Stato dichiarando che **il diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici è di ostacolo ad una normativa nazionale che autorizzi la stipulazione, senza previa gara, di un contratto mediante il quale taluni enti pubblici istituiscono tra loro una cooperazione, nel caso in cui** – ciò che spetta al giudice del rinvio verificare – **tale contratto non abbia il fine di garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune agli enti medesimi, non sia retto unicamente da considerazioni ed esigenze connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico, oppure sia tale da porre un prestatore privato in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti.**

Spetterà al Consiglio di Stato fare applicazione di questo principio nella causa sottoposta al suo esame, decidendo nel merito.

La sentenza 19 dicembre 2012, causa C-159/11, della Corte di Giustizia è comunque importante perché salvaguarda gli interessi e le prerogative dei liberi professionisti e delle imprese, garantendo che i contratti stipulati tra le Università e le amministrazioni aggiudicatrici debbano sottostare alla normativa nazionale e comunitaria in materia di appalti pubblici e quindi ai principi di libera concorrenza, trasparenza, proporzionalità e pubblicità nell'affidamento degli incarichi.

Ne deriva :

- che **è illegittimo procedere all'affidamento diretto alle Università dell'incarico per lo studio e la valutazione di vulnerabilità sismica delle strutture ospedaliere**, prescindendo dal ricorso alle procedure di evidenza pubblica nella scelta del contraente ;
- che **non è possibile per due amministrazioni pubbliche avvalersi dello strumento dell'accordo *ex* art.15 legge 7 agosto 1990 n.241 per raggiungere gli stessi risultati dell'affidamento di un appalto disciplinato dal diritto comunitario, senza osservare le prescrizioni e le regole dettate dalla normativa in materia di aggiudicazione degli appalti** ;
- che **le Università non possono ottenere incarichi pubblici di progettazione se non a seguito dell'affermazione tramite confronto concorrenziale in una gara pubblica**, nel rispetto dei principi di parità di

trattamento, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza dettati dal Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 163/2006).

Si tratta, come noto, delle battaglie da sempre portate avanti dalle rappresentanze istituzionali degli Ingegneri, che adesso vedono – per la prima volta a livello comunitario – un riconoscimento espresso e inequivocabile.

Il Consiglio Nazionale auspica che si tratti di un passo decisivo per spingere le Università a riconsiderare il proprio ruolo, mettendo al centro l'attività di insegnamento e di ricerca e cessando di fare concorrenza sleale ai professionisti, approfittando di una posizione di partenza privilegiata e *sui generis*.

Si invitano i destinatari della presente a favorire una ampia diffusione della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea allegata.

Cordiali saluti.

IL CONSIGLIERE SEGRETARIO
(Ing. Riccardo Pellegatta)

IL PRESIDENTE
(Ing. Armando Zambrano)

ALLEGATO :

1) sentenza Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 19 dicembre 2012, causa C-159/11.

MC1501Circ

SENTENZA DELLA CORTE (Grande Sezione)

19 dicembre 2012 (*)

«Appalti pubblici – Direttiva 2004/18/CE – Articolo 1, paragrafo 2, lettere a) e d) – Servizi – Studio e valutazione della vulnerabilità sismica di strutture ospedaliere – Contratto concluso tra due enti pubblici, uno dei quali è un'università – Ente pubblico qualificabile come operatore economico – Contratto a titolo oneroso – Corrispettivo non superiore ai costi sostenuti»

Nella causa C-159/11,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Consiglio di Stato (Italia), con decisione del 9 novembre 2010, pervenuta in cancelleria il 1° aprile 2011, nel procedimento

Azienda Sanitaria Locale di Lecce,

Università del Salento

contro

Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e altri,

LA CORTE (Grande Sezione),

composta dal sig. V. Skouris, presidente, dal sig. K. Lenaerts, vicepresidente, dai sigg. A. Tizzano, M. Ilešič, L. Bay Larsen e J. Malenovský, presidenti di sezione, dai sigg. U. Lõhmus, J.-C. Bonichot, A. Arabadjiev, dalla sig.ra C. Toader, dai sigg. J.-J. Kasel, M. Safjan e D. Šváby (relatore), giudici,

avvocato generale: sig.ra V. Trstenjak

cancelliere: sig.ra A. Impellizzeri, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 27 marzo 2012,

considerate le osservazioni presentate:

- per l'Azienda Sanitaria Locale di Lecce, da M. de Stasio e V. Pappalepore, avvocati;
- per l'Università del Salento, da E. Sticchi Damiani e S. Sticchi Damiani, avvocati;
- per il Consiglio Nazionale degli Ingegneri, da P. Quinto, avvocato;

- per l'Associazione delle Organizzazioni di Ingegneri, di Architettura e di Consultazione Tecnico-Economica (OICE) e altri, da A. Clarizia e P. Clarizia, avvocati;

- per il Consiglio Nazionale degli Architetti, Pianificatori, Paesaggisti e Conservatori (CNAPPC), da F. Sciaudone, M. Sanino, R. Sciaudone e A. Neri, avvocati;

- per il governo italiano, da G. Palmieri, in qualità di agente, assistita da C. Colelli, avvocato dello Stato;

- per il governo ceco, da M. Smolek e J. Vláčil, in qualità di agenti;

- per il governo polacco, da M. Szpunar e M. Laszuk, in qualità di agenti;

- per il governo svedese, da K. Petkovska, S. Johannesson e A. Falk, in qualità di agenti;

- per la Commissione europea, da E. Kružiková e C. Zadra, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 23 maggio 2012,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione degli articoli 1, paragrafo 2, lettere a) e d), 2 e 28, nonché dell'allegato II A, categorie 8 e 12, della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114), come modificata dal regolamento (CE) n. 1422/2007 della Commissione, del 4 dicembre 2007 (GU L 317, pag. 34; in prosieguo: la «direttiva 2004/18»).

2 Tale domanda è stata proposta nell'ambito di una controversia tra, da un lato, l'Azienda Sanitaria Locale di Lecce (in prosieguo: l'«ASL») e l'Università del Salento (in prosieguo: l'«Università») e, dall'altro, l'Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e altri, vertente su un contratto di consulenza stipulato tra l'ASL e l'Università (in prosieguo: il «contratto di consulenza»), avente ad oggetto lo studio e la valutazione della vulnerabilità sismica delle strutture ospedaliere della Provincia di Lecce.

Contesto normativo

Il diritto dell'Unione

3 Ai sensi del secondo considerando della direttiva 2004/18:

«L'aggiudicazione degli appalti negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico è subordinata al rispetto dei principi del trattato [CE] ed in particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché ai principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza. Tuttavia, per gli appalti pubblici con valore superiore ad una certa soglia è opportuno elaborare disposizioni di coordinamento comunitario delle procedure nazionali di aggiudicazione di tali appalti fondate su tali principi, in modo da garantirne gli effetti ed assicurare l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza. (...)».

4 L'articolo 1 di tale direttiva dispone quanto segue:

«(...)

2. a) Gli "appalti pubblici" sono 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 ai sensi della presente direttiva.

(...)

d) Gli "appalti pubblici di servizi" sono appalti pubblici diversi dagli appalti pubblici di lavori o di forniture aventi per oggetto la prestazione dei servizi di cui all'allegato II.

(...)

8. I termini "imprenditore", "fornitore" e "prestatore di servizi" designano una persona fisica o giuridica o un ente pubblico o un raggruppamento di tali persone e/o enti che offra sul mercato, rispettivamente, la realizzazione di lavori e/o opere, prodotti o servizi.

Il termine "operatore economico" comprende l'imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi. È utilizzato unicamente per semplificare il testo.

(...)

9. Si considerano "amministrazioni aggiudicatrici": lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli organismi di diritto pubblico e le associazioni costituite da uno o più di tali enti pubblici territoriali o da uno o più di tali organismi di diritto pubblico.

(...)».

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

6 Ai sensi dell'articolo 7, lettera b), della direttiva 2004/18, quest'ultima si applica in particolare agli appalti pubblici di servizi aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici diverse dalle autorità governative centrali menzionate nell'allegato IV di tale direttiva, purché si tratti di appalti non esclusi in forza delle eccezioni indicate nell'articolo suddetto e il loro valore stimato al netto dell'imposta sul valore aggiunto (in prosieguo: l'«IVA») sia pari o superiore a EUR 206 000.

7 In conformità all'articolo 9, paragrafi 1 e 2, di detta direttiva, il calcolo del valore stimato di un appalto pubblico è basato sull'importo totale pagabile al netto dell'IVA, valutato dall'amministrazione aggiudicatrice al momento dell'invio del bando di gara o, se del caso, al momento in cui la procedura di aggiudicazione dell'appalto è avviata.

8 L'articolo 20 della direttiva 2004/18 prevede che gli appalti aventi per oggetto servizi elencati nell'allegato II A di tale direttiva siano aggiudicati secondo gli articoli 23-55 di quest'ultima, nell'ambito dei quali l'articolo 28 stabilisce che, «[p]er aggiudicare gli appalti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici applicano le procedure nazionali adattate ai fini d[i] [detta] direttiva».

9 L'allegato II A della direttiva 2004/18 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, e

- 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.

Il diritto italiano

10 Ai sensi dell'articolo 15, primo comma, della legge n. 241 del 7 agosto 1990, recante nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi (GURI n. 192, del 18 agosto 1990, pag. 7), «le amministrazioni pubbliche possono sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune».

11 L'articolo 66 del decreto del Presidente della Repubblica n. 382 dell'11 luglio 1980, recante riordinamento della docenza universitaria, relativa fascia di formazione nonché sperimentazione organizzativa e didattica (Supplemento ordinario alla GURI n. 209, del 31 luglio 1980), dispone quanto segue:

«Le Università, purché non vi osti lo svolgimento della loro funzione scientifica 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 [universitari] 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 (...) dal Ministro della pubblica istruzione.

Il personale docente e non docente che collabora a tali prestazioni può essere ricompensato fino a 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 [di dette] 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».

Procedimento principale e questione pregiudiziale

12 Con deliberazione del 7 ottobre 2009 il Direttore generale dell'ASL ha approvato il disciplinare relativo all'esecuzione, da parte dell'Università, di un'attività di studio e di valutazione della vulnerabilità sismica delle strutture ospedaliere della Provincia di Lecce alla luce delle recenti normative nazionali emanate in materia di sicurezza delle strutture e, in particolare, degli edifici cosiddetti «strategici» (in prosieguo, rispettivamente: il «disciplinare» e l'«attività di studio»).

13 Conformemente al disciplinare, tale attività di studio si articola, per ogni singolo edificio interessato, nelle tre seguenti fasi:

- 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 di cui alla fase precedente e stesura di schede tecniche di diagnosi strutturale; in particolare è previsto che vengano fornite: relazioni sulla tipologia strutturale osservata, sui materiali e sullo stato di conservazione della struttura, con particolare riferimento agli aspetti che incidono maggiormente sulla risposta strutturale in relazione alla 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.

14 Il contratto di consulenza concluso il 22 ottobre 2009 relativo all'attività di studio prevede in particolare quanto segue:

- la durata massima di tale contratto è stabilita in sedici mesi;

- l'attività di studio è affidata al Gruppo di Tecnica delle costruzioni, con facoltà di ricorrere alla collaborazione di personale esterno altamente qualificato;

- tale attività è svolta in stretta collaborazione tra il gruppo di lavoro individuato dall'ASL ed il gruppo di lavoro dell'Università al fine di raggiungere gli obiettivi comuni di cui alla terza fase di detta attività;

- la responsabilità scientifica è assunta da due persone rispettivamente designate dalle due parti;

- all'ASL spetta la proprietà di qualunque risultato derivante dall'attività sperimentale, ma nel caso di pubblicazione dei risultati in ambito tecnico-scientifico l'ASL si impegna a citare espressamente l'Università; quest'ultima può utilizzare detti risultati per pubblicazioni o comunicazioni scientifiche previa autorizzazione dell'ASL, e

– per l'intera prestazione l'ASL corrisponde all'Università la somma di EUR 200 000 al netto dell'IVA, pagabile in quattro rate. Tuttavia, nel caso di risoluzione anticipata del contratto, l'Università ha diritto ad un importo dipendente dalla quantità di lavoro svolto e corrispondente alle spese sostenute e a quelle relative a obbligazioni giuridiche assunte nell'ambito dell'esecuzione dell'attività di studio.

15 Dal fascicolo sottoposto alla Corte risulta che detto importo di EUR 200 000 si compone delle seguenti somme:

– acquisto e uso di attrezzature: EUR 20 000;

– costi di missione del personale: EUR 10 000;

– costo del personale: EUR 144 000, e

– spese generali: EUR 26 000.

16 Risulta inoltre che il costo del personale pari a EUR 143 999,58, arrotondati a EUR 144 000, corrisponde alle seguenti voci:

– attivazione di tre assegni di ricerca della durata di un anno: EUR 57 037,98;

– costo per un professore associato, per 180 ore nel 2009 (costo orario pari a EUR 45,81) e per 641 ore nel 2010 (costo orario pari a EUR 48,93): EUR 39 609,93;

– costo per un ricercatore confermato, per 170 ore nel 2009 (costo orario pari a EUR 25,91) e per 573 ore nel 2010 (costo orario pari a EUR 32,23): EUR 22 936,95;

– costo per un ricercatore non confermato, per 170 ore nel 2009 (costo orario pari a EUR 20,50) e per 584 ore nel 2010 (costo orario pari a EUR 26,48): EUR 18 949,32, e

– costo per un tecnico di laboratorio, per 70 ore nel 2009 (costo orario pari a EUR 20,48) e per 190 ore nel 2010 (costo orario pari a EUR 21,22): EUR 5 465,40.

17 Diversi ordini e associazioni professionali ed alcune imprese hanno proposto vari ricorsi avverso la deliberazione di approvazione del disciplinare e ogni atto presupposto, consequenziale e connesso a quest'ultima dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, lamentando in particolare la violazione della normativa nazionale e dell'Unione in materia di appalti pubblici. Nelle sentenze con cui accoglieva detti ricorsi, tale giudice considerava che l'affidamento dell'incarico relativo all'attività di studio costituiva un appalto di servizi d'ingegneria, ai sensi della normativa italiana.

18 Nell'ambito dei ricorsi in appello proposti avverso tali sentenze, l'ASL e l'Università rilevano essenzialmente che, in conformità al diritto italiano, il contratto di consulenza costituisce un accordo di cooperazione tra amministrazioni pubbliche per lo svolgimento di attività di interesse generale. La partecipazione a titolo oneroso – ma per una remunerazione limitata ai costi sostenuti – dell'Università a un siffatto contratto rientrerebbe nell'ambito delle attività istituzionali di quest'ultima. Viene inoltre invocato il fatto che l'attività di studio è affidata a enti di ricerca e che essa riguarda ricerche da condurre mediante sperimentazioni e analisi da realizzare al di fuori di ogni metodologia standardizzata e di procedure codificate o individuate nella letteratura scientifica. La legittimità di tali accordi di cooperazione tra pubbliche amministrazioni sotto il profilo del diritto dell'Unione risulterebbe dalla giurisprudenza della Corte.

19 Il giudice del rinvio espone che gli accordi tra pubbliche amministrazioni previsti all'articolo 15 della legge n. 241 del 7 agosto 1990 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.

20 Il Consiglio di Stato si chiede tuttavia se la conclusione di un accordo tra pubbliche amministrazioni non sia contraria al principio della libera concorrenza qualora una delle amministrazioni interessate possa essere considerata un operatore economico, qualità 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. Il giudice del rinvio si riferisce, al riguardo, alla sentenza della Corte del 23 dicembre 2009, CoNISMa (C-305/08, Racc. pag. I-12129). In tale ottica, dal momento che l'Università può partecipare a una gara d'appalto, 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 direttiva 2004/18.

21 In tali circostanze, il Consiglio di Stato ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se la [direttiva 2004/18], ed in particolare l'articolo 1, paragrafo 2, lettere a) e d), l'articolo 2, l'articolo 28 e l'allegato II [A], categorie 8 e 12, ostino ad una disciplina nazionale che consente la stipulazione di accordi in forma scritta tra

due amministrazioni aggiudicatrici per lo studio e la valutazione della vulnerabilità sismica di strutture ospedaliere da eseguirsi alla luce delle normative nazionali in materia di sicurezza delle strutture ed in particolare degli edifici strategici, verso un corrispettivo non superiore ai costi sostenuti per l'esecuzione della prestazione, ove l'amministrazione esecutrice possa rivestire la qualità di operatore economico».

Sulla questione pregiudiziale

22 Con la sua questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se la direttiva 2004/18 debba essere interpretata nel senso che essa osta a una normativa nazionale che autorizzi la stipulazione, senza previa gara, di un contratto mediante il quale due amministrazioni pubbliche istituiscono tra loro una cooperazione come quella di cui al procedimento principale.

23 Preliminarmente, occorre osservare che l'applicazione della direttiva 2004/18 a un appalto pubblico è subordinata alla condizione che il valore stimato di quest'ultimo raggiunga 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 caso contrario, si applicano le norme fondamentali e i principi generali del Trattato FUE, segnatamente i principi della parità di trattamento e di non discriminazione a motivo della nazionalità, nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva, purché l'appalto in questione presenti un interesse transfrontaliero certo, tenuto conto, in particolare, della sua importanza e del luogo della sua esecuzione (v. in tal senso, in particolare, sentenza del 15 maggio 2008, SECAP e Santorso, C-147/06 e C-148/06, Racc. pag. I-3565, punti 20, 21 e 31 nonché la giurisprudenza citata).

24 Tuttavia, la circostanza che il contratto controverso nel procedimento principale possa rientrare, eventualmente, o nell'ambito di applicazione della direttiva 2004/18, o in quello delle norme fondamentali e dei principi generali del Trattato FUE non influisce sulla risposta da fornire alla questione sollevata. Infatti, i criteri enunciati nella giurisprudenza della Corte per valutare se il previo svolgimento di una gara sia o no obbligatorio rilevano sia per l'interpretazione di tale direttiva, sia per l'interpretazione di dette norme e principi del Trattato FUE (v., in tal senso, sentenza del 10 settembre 2009, Sea, C-573/07, Racc. pag. I-8127, punti 35-37).

25 Ciò precisato, si deve rilevare che, in conformità all'articolo 1, paragrafo 2, della direttiva 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.

26 Al riguardo, in primo luogo, è ininfluente la circostanza che tale operatore sia esso stesso un'amministrazione aggiudicatrice (v., in tal senso, sentenza del 18

novembre 1999, Teckal, C-107/98, Racc. pag. I-8121, punto 51). È inoltre indifferente che l'ente in questione non persegua un preminente scopo di lucro, che non abbia una struttura imprenditoriale, od anche che non assicuri una presenza continua sul mercato (v., in tal senso, sentenza CoNISMa, cit., punti 30 e 45).

27 In tal senso, riguardo a soggetti quali le università pubbliche, la Corte ha dichiarato che a siffatti enti è in linea di principio consentito partecipare ad un procedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi. Tuttavia, gli Stati membri possono disciplinare le attività di tali soggetti e, in particolare, autorizzarli o non autorizzarli ad operare sul mercato, tenuto conto dei loro fini istituzionali e statutari. Comunque, se e nei limiti in cui i suddetti soggetti siano autorizzati a offrire taluni servizi sul mercato, non può essere loro vietato di partecipare a una gara d'appalto avente ad oggetto i servizi in questione (v., in tal senso, sentenza CoNISMa, cit., punti 45, 48, 49 e 51). Orbene, nel caso di specie, il giudice del rinvio ha indicato che l'articolo 66, primo comma, del decreto del Presidente della Repubblica n. 382 dell'11 luglio 1980 autorizza espressamente le università pubbliche a fornire prestazioni di ricerca e consulenza a enti pubblici o privati, purché tale attività non comprometta la loro funzione didattica.

28 In secondo luogo, attività quali quelle costituenti l'oggetto del contratto in esame nel giudizio principale, pur potendo rientrare – come menzionato dal giudice del rinvio – nel campo della 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'ingegneria e dei servizi affini di consulenza scientifica e tecnica indicati nella categoria 12 di tale allegato.

29 In terzo luogo, come chiarito dall'avvocato generale ai paragrafi 32–34 delle sue conclusioni, e 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.

30 Salve le verifiche di competenza del giudice del rinvio, risulta che il contratto controverso nel procedimento principale presenta tutte le caratteristiche enunciate ai punti 26–29 della presente sentenza.

31 Emerge tuttavia dalla giurisprudenza della Corte che due tipi di appalti conclusi da enti pubblici non rientrano nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici.

32 Si tratta, in primo luogo, dei 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 (v., in tal senso, sentenza Teckal, cit., punto 50).

33 È comunque assodato che tale eccezione non è applicabile in un contesto come quello di cui al procedimento principale, dal momento che dalla decisione di rinvio risulta che l'ASL non esercita alcun controllo sull'Università.

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

35 In tale ipotesi, le norme del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici non sono applicabili, a condizione che – inoltre – 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 (v., in tal senso, sentenza Commissione/Germania, cit., punti 44 e 47).

36 Se è pur vero che, come rilevato dal giudice del rinvio, un contratto come quello controverso nel procedimento principale sembra soddisfare taluni dei criteri menzionati nei due precedenti punti della presente sentenza, un contratto siffatto può tuttavia esulare dall'ambito di applicazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici soltanto qualora soddisfi tutti i suddetti criteri.

37 Al riguardo, dalle indicazioni contenute nella decisione di rinvio sembra risultare, in primo luogo, che tale contratto presenti 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. Di conseguenza, contrariamente a quanto la Corte ha potuto constatare al punto 37 della citata sentenza Commissione/Germania, la funzione di servizio pubblico costituente l'oggetto della cooperazione tra enti pubblici istituita da detto contratto non sembra garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune all'ASL e all'Università.

38 In secondo luogo, il contratto controverso nel procedimento principale potrebbe condurre a favorire imprese private qualora tra i collaboratori esterni altamente qualificati cui, in base a detto contratto, l'Università è autorizzata a ricorrere per la realizzazione di talune prestazioni, fossero inclusi dei prestatori privati.

39 Spetta tuttavia al giudice del rinvio provvedere a tutti gli accertamenti necessari a questo proposito.

40 Alla questione sollevata occorre quindi rispondere dichiarando 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 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.

Sulle spese

41 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara:

Il diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici osta ad una normativa nazionale che autorizzi la stipulazione, senza previa gara, di un contratto mediante il quale taluni enti pubblici istituiscono tra loro una cooperazione, nel caso in cui – ciò che spetta al giudice del rinvio verificare – tale contratto non abbia il fine di garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune agli enti medesimi, non sia retto unicamente da considerazioni ed esigenze connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico, oppure sia tale da porre un prestatore privato in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti.

Firme

---

* Lingua processuale: l'italiano.