

N. 00966/2011 REG.PROV.COLL.

N. 05809/2010 REG.RIC.

N. 05810/2010 REG.RIC.

N. 05811/2010 REG.RIC.



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

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 5809 del 2010, proposto da:

Azienda Sanitaria Locale di Lecce, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Vito Aurelio Pappalepore, con domicilio eletto presso Antonia De Angelis in Roma, via Portuense, 104;

contro

Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce, in persona del Presidente p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Pietro Quinto, con domicilio eletto presso l'avv. Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2; Consiglio Nazionale degli Ingegneri, in persona del Presidente p.t., rappresentato e difeso dagli avv. Gianluigi Pellegrino, Pietro Quinto, con domicilio eletto presso l'avv. Gianluigi Pellegrino in Roma, Corso del Rinascimento, 11;

nei confronti di

Universita' del Salento, in persona del Rettore p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Ernesto Sticchi Damiani, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, V. Bocca di Leone 78(St. Bdl);

sul ricorso numero di registro generale 5810 del 2010, proposto da: Azienda Sanitaria Locale di Lecce, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Vito Aurelio Pappalepore, con domicilio eletto presso Antonia De Angelis in Roma, via Portuense, 104;

contro

Oice - Associazione delle Organizzazioni di Ingegneri, di Architettura e di Consultazione Tecnico.-Economica., in persona del legale rappresentante p.t., Etacons Srl, Ing. Vito Prato Engineering Srl, Barletti - del Grosso & Associati Srl, rappresentate e difese dagli avv. Angelo Clarizia, Gianluigi Pellegrino, con domicilio eletto presso l'avv. Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2; Consiglio Nazionale degli Ingegneri, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Gianluigi Pellegrino, con domicilio eletto presso lo stesso in Roma, Corso del Rinascimento, 11;

nei confronti di

Universita' del Salento, rappresentato e difeso dall'avv. Ernesto Sticchi Damiani, con domicilio eletto presso Ernesto Sticchi Damiani in Roma, V. Bocca di Leone 78(St. Bdl);

sul ricorso numero di registro generale 5811 del 2010, proposto da: Azienda Sanitaria Locale di Lecce, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Vito Aurelio Pappalepore, con domicilio eletto presso Antonia De Angelis in Roma, via Portuense, 104;

contro

Ordine degli Architetti della Provincia di Lecce, in persona del Presidente p.t. rappresentato e difeso dall'avv. Angelo Vantaggiato, con domicilio eletto presso Studio Lenoci in Roma, via Cola di Rienzo, 271; Consiglio Nazionale Architetti Pianificatori Paesaggisti e Conservatori - Cnappc, in persona del Presidente p.t., rappresentato e difeso dagli avv. Carlo Celani, Mario Sanino, con domicilio eletto presso Studio Legale Sanino in Roma, viale Parioli, 180;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:
Universita' del Salento, in persona del Rettore p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Ernesto Sticchi Damiani, con domicilio eletto presso Studio Legale Bdl in Roma, via Bocca di Leone, 78;

per la riforma

quanto al ricorso n. 5809 del 2010:

della sentenza del T.a.r. Puglia - Sez. Staccata Di Lecce: Sezione II n. 00416/2010, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO INCARICO

quanto al ricorso n. 5810 del 2010:

della sentenza del T.a.r. Puglia - Sez. Staccata Di Lecce: Sezione II n. 00417/2010, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO INCARICO

quanto al ricorso n. 5811 del 2010:

della sentenza del T.a.r. Puglia - Sez. Staccata Di Lecce: Sezione II n. 01028/2010, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO INCARICO

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell' Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce, e del Consiglio Nazionale Degli Ingegneri , dell' Universita' del Salento , dell' Oice - Associazione delle Organizzazioni di Ingegneri, di Architetture e di Consulenza . Tecn.-Econ. , di Etacons Srl , di Ing. Vito Prato Engineering Srl , di

Barletti - del Grosso & Associati Srl , dell' Ordine degli Architetti della Provincia di Lecce e del Consiglio Nazionale Architetti Pianificatori Paesaggisti e Conservatori - Cnappc;

Viste le memorie difensive;

Visto l'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea;

Visto l'art. 79, comma 1, cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 novembre 2010 il Cons. Francesca Quadri e uditi per le parti gli avvocati Pappalepore, Quinto, Pellegrino e Sticchi Damiani;

I fatti di causa.

1. Con la deliberazione n. 3202 in data 7.10.09 ,il Direttore generale dell'Azienda sanitaria di Lecce ha approvato il disciplinare per l'affidamento all'Università del Salento – Dipartimento di ingegneria dell'innovazione dell'incarico di studio e valutazione della vulnerabilità sismica delle strutture ospedaliere ricadenti nella Provincia di Lecce, da eseguirsi alla luce delle recenti normative nazionali emanate in materia di sicurezza delle strutture ed in particolare degli edifici strategici (OPCM 3274/03, Norme Tecniche per le costruzioni DM 14/1/2008, Eurocodici).

2. Il disciplinare individua la prestazione da eseguire secondo la seguente articolazione:

1) individuazione della tipologia strutturale, dei materiali impiegati per la costruzione, individuazione dei metodi di calcolo adottati, verifica sommaria dello stato di fatto rispetto alla documentazione progettuale resa disponibile;

2) 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;

3) elaborazione dei risultati di cui al punto 2) e stesura di schede tecniche di diagnosi strutturale; in particolare , saranno 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.

3. In base al contratto di consulenza di seguito stipulato, l'attività è svolta in stretta collaborazione tra il gruppo di lavoro individuato dall'Azienda sanitaria di Lecce ed il gruppo di lavoro universitario al fine di raggiungere gli obiettivi comuni di cui al punto 3; la durata pattuita è di 16 mesi; l'attività è effettuata dal Gruppo di Tecnica delle costruzioni, con facoltà di ricorrere alla collaborazione di personale esterno altamente qualificato; la responsabilità scientifica ricade su due soggetti designati, rispettivamente, dalla parte committente e dal Dipartimento; la proprietà di qualunque risultato derivante dall'attività sperimentale spetta alla ASL di Lecce e nel caso di pubblicazione dei risultati in ambito tecnico-scientifico la ASL si impegna a citare espressamente il Dipartimento.

4. Con tre distinti ricorsi , rispettivamente l'Ordine degli ingegneri della Provincia di Lecce, l'Associazione delle Organizzazioni di Ingegneria di Architettura e di Consulenza tecnico- economica - unitamente a Etacons srl, Vito Prato

Engeneering srl, Barletti Del Grosso e associati a r.l.- e l'Ordine degli Architetti della Provincia di Lecce hanno impugnato dinanzi al Tar Puglia Sez. di Lecce la deliberazione di approvazione del disciplinare ed ogni atto presupposto, consequenziale e connesso.

5. I ricorrenti hanno sostenuto la violazione dei principi generali in materia di affidamento di incarichi di servizi ai sensi della normativa nazionale (d.lgs. n. 163 del 2006) e comunitaria ed eccesso di potere sotto diversi profili sintomatici.

6. Il Tribunale amministrativo regionale, con sentenze n. 416, n. 417 del 2 febbraio 2020 e n. 1028 del 27 aprile 2010, respinte le eccezioni di inammissibilità ed improcedibilità dei ricorsi, li ha accolti sul rilievo che illegittimamente l'Azienda avrebbe proceduto all'affidamento diretto all'Università dell'incarico per lo studio e la valutazione di vulnerabilità sismica delle strutture ospedaliere della Provincia, omettendo il doveroso ricorso a procedure di evidenza pubblica, in violazione delle regole di libera concorrenza, trasparenza, proporzionalità e pubblicità della normativa comunitaria e nazionale.

7. L'incarico, lungi dal soddisfare un interesse comune delle parti, sarebbe infatti caratterizzato dalla sinallagmaticità delle prestazioni e, avuto riguardo alla convenzione stipulata, atterrebbe all'esecuzione di una prestazione tecnico-scientifica rientrante tra i compiti propri di ingegneri ed architetti e non concepibile come attività di puro studio e ricerca.

Avverso le sentenze del Tribunale amministrativo regionale, hanno proposto appello dinanzi al Consiglio di Stato sia l'Azienda Sanitaria Locale di Lecce che l'Università del Salento.

I motivi di ricorso .

8. L'appello dell'Azienda Sanitaria Locale di Lecce è affidato ai seguenti motivi:

- avrebbe errato il giudice di primo grado nel configurare come affidamento di un servizio di ingegneria di cui all'allegato II del d. lgs. n. 163/2006 l'attività di studio e valutazione della vulnerabilità sismica, da intendersi come propensione di una struttura a subire danni per effetto di un terremoto, svolta in via esclusiva da enti di ricerca, per la quale non esistono procedure codificate né individuate univocamente nella letteratura scientifica né metodologie standardizzate e pertanto oggetto di attività di ricerca mediante indagini sperimentali ed analisi dei risultati per i quali risultano idonei i Laboratori di Ricerca del Dipartimento di ingegneria dell'Università;
- avrebbe errato il giudice di primo grado nel non considerare che la legislazione universitaria (art. 65 D.P.R. n. 382 del 1980 e l. n.168 del 1989) prevede per le Università la possibilità di eseguire attività di ricerca e consulenza mediante contratti e convenzioni con enti pubblici e privati e che tale facoltà sarebbe confermata dalla legislazione regionale (art. 21 legge Regione Puglia 20.6.2008, n. 15);
- erroneamente il Tar avrebbe richiamato le normative tecniche di riferimento posto che esse non riguardano la vulnerabilità sismica ma solo la verifica di sicurezza delle costruzioni esistenti;
- erroneamente il primo giudice avrebbe escluso l'applicazione alla fattispecie dell'art. 15 L. n. 241 del 1990, che espressamente prevede per le amministrazioni pubbliche la possibilità di concludere accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune. In tale ambito andava ricondotto il rapporto tra Azienda ed Università, caratterizzato da una proficua collaborazione in termini di ricerca e supporto tecnico. Peraltro, la possibilità per le Università di erogare prestazioni in favore di altre amministrazioni a pagamento è prevista dall'art. 66 del d.P.R. n. 382 del 1980 e dall'art. 132 del R.D. 6.4.1924 n. 674. L'interesse comune dell'Università attraverso l'implementazione e la

sperimentazione di nuove metodologie da presentare successivamente al mondo scientifico sarebbe, tra l'altro, dimostrato dal notevole risparmio offerto all'azienda

9. L'appello dell'Università del Salento è affidato ai seguenti motivi:

- la convenzione de qua rientrerebbe tra gli accordi di collaborazione tra università ed altre amministrazioni pubbliche nel quadro costituzionale (art. 9 e 33 Cost.) della promozione della ricerca scientifica e tecnica, con il quale risulta coerente lo Statuto dell'Università del Salento (in particolare art. 52, ai sensi del quale sarebbe stata approvata la convenzione), il D.P.R. 382/1980, la legislazione di riordino degli enti di ricerca (legge-delega 165/2007 e d. lgs di attuazione 213/2009), la legislazione di specifici enti come il Consiglio Nazionale delle Ricerche (d. lgs. n. 127/2003) , l'Agenzia Spaziale Italiana (d. lgs. n. 128/2003), l'ENEA (d.lgs. n. 257/2003) la Scuola Superiore della Pubblica amministrazione (d. lgs. n. 178/2009) – per i quali è prevista la possibilità di erogazione in favore di soggetti pubblici di servizi a contenuto tecnologico, di studio e di ricerca- la legislazione regionale . In senso non difforme deporrebbero anche le indicazioni di livello comunitario (Comunicazione Commissione COM(2008)468 del 15 luglio 2008, COM(2007)182 del 4 luglio 2007 e ,di recente, la Risoluzione del Parlamento Europeo 18 maggio 2010 “Nuovi sviluppi in materia di appalti pubblici”) a favore della cooperazione pubblico-pubblico;

- l'art. 15 della L. n. 241 del 1990 prevede gli accordi di collaborazione tra amministrazioni pubbliche, dai quali erroneamente il Tar avrebbe escluso la convenzione de qua , come modulo organizzativo espressione dell'autonomia delle pubbliche amministrazioni non interferente con la tutela comunitaria del mercato, come confermato dalla più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee ((sent. Coditel Brabant 13.11.2008 in causa C-324/07, Commissione c. Germania 9.6.2009 in causa C- 480/2006).D'altra parte la Corte di

Giustizia ha ammesso lo schema della “autoproduzione” in alternativa alla “etero produzione” già attraverso il ricorso all’in house providing (sentenze Stadt Halle e RPL Lochau);

- ai principi summenzionati andrebbe ricondotta la convenzione tra Università ed Azienda sanitaria, stipulata ai sensi dell’art. 52 dello statuto e caratterizzata da obiettivi comuni, riportati nell’oggetto del contratto e dalla pattuizione di un corrispettivo idoneo a coprire solo i costi sostenuti dall’Università senza alcuna percezione di profitti;

- la sentenza sarebbe comunque da riformare per aver ignorato la circolare della Presidenza del Consiglio 9.3.2010, la Risoluzione del Parlamento Europeo 18 maggio 2010, sulla cooperazione pubblico-pubblico, per non aver colto la natura pubblica dell’attività non coinvolgente alcun soggetto privato, la partecipazione attiva in chiave collaborativa di entrambe le amministrazioni attraverso due gruppi di lavoro interagenti.

10. Si sono costituiti in resistenza nei giudizi l’Ordine degli ingegneri della Provincia di Lecce , il Consiglio Nazionale degli ingegneri , il Consiglio Nazionale Architetti pianificatori paesaggisti e conservatori e l’Associazione delle organizzazioni di ingegneria, di architettura e di consulenza tecnico- economica (OICE), oltre alle imprese ricorrenti in primo grado, sostenendo , nel merito, che la convenzione stipulata tra Azienda sanitaria ed Università ricadrebbe nell’ambito dei contratti pubblici per l’affidamento di servizi regolati dalla direttiva 2004/18/CE e dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 che ne risulterebbero violati poiché:

i) l’applicazione delle norme tecniche espressamente prevista dalla deliberazione (O.P.C.M. n. 3274; decreto PCM 21 ottobre 2003 pubbl. in G.U. 29.10.2003 n. 252; D.M. 14.11.2008 e circolare esplicativa, Linee guida della Regione Basilicata

del 2005) permette di escludere il campo delle prestazioni da quelle di ricerca istituzionalmente rientranti tra le attività universitarie ;

ii) il contratto prevede la fissazione di un corrispettivo congruo;

iii) il contratto è stipulato in applicazione del Regolamento dell'Università che esclude le prestazioni quale quelle oggetto della convenzione dall'attività istituzionale e le riconduce a quelle per le quali è prevalente l'interesse del committente;

iv) è riconosciuta la proprietà esclusiva dei risultati alla ASL committente ai sensi dell'art. 8 della convenzione;

v) è inapplicabile l'art. 15 l. n. 241 del 1990 ad attività non rientrante nei compiti istituzionali, per le quali non vi è un interesse comune;

vi) le prestazioni oggetto del contratto sono riconducibili ai compiti svolti dagli ingegneri ed in particolare ai servizi attinenti alla ricerca e sviluppo (categoria 8 dell'allegato II al decreto legislativo n. 163 del 2006) ovvero ai servizi di architettura e ingegneria, di consulenza scientifica e tecnica, di sperimentazione tecnica e analisi (categoria 12).

11. Questa Sezione , con sentenza parziale, ha risolto le questioni di rito, respingendo i motivi di irricevibilità degli appelli e di ammissibilità dei ricorsi di primo grado sollevati dalle parti.

12. Nel merito, ritiene necessaria , ai fini del decidere, la risoluzione di problemi interpretativi della disciplina comunitaria in materia di procedure di affidamento di appalti pubblici di servizi che di seguito si espongono.

La normativa nazionale rilevante .

13. Attraverso il disciplinare approvato dal Direttore generale della Azienda sanitaria locale di Lecce e la successiva convenzione denominata “contratto di consulenza” è stato concluso un accordo in forma scritta tra due pubbliche

amministrazioni per l'esecuzione, a titolo oneroso, di attività di studio e di valutazione della vulnerabilità sismica degli edifici utilizzati come strutture sanitarie della Provincia di Lecce, da eseguirsi alla luce delle recenti normative nazionali emanate in materia di sicurezza delle strutture, particolarmente degli edifici strategici.

14. Gli appellanti sostengono che l'attività di studio e ricerca richiesta all'Università rientrerebbe tra quella istituzionalmente svolta e che pertanto l'accordo trarrebbe il proprio fondamento giuridico dall'art. 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241, che al primo comma così recita:

“Anche al di fuori delle ipotesi previste dall'art. 14, le amministrazioni pubbliche possono sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune.”

15. In base alla legislazione di settore, le Università costituiscono la sede naturale degli studi e della ricerca scientifica e tecnologica.

16. In tal senso prevede l'art. 6 della legge n. 168/1989 con disposizione che conferma l'art. 63 del d.P.R. n. 382 /1980 (“le università sono sedi primarie della ricerca scientifica”).

17. L'art. 66 dello stesso d.P.R. n. 382 prevede :

“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.

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 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 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.”

18. Lo statuto dell'Università del Salento si conforma a detta disciplina prevedendo, all'art. 1 , che l'Università ha come compito primario l'istruzione superiore e l'istruzione scientifica e tecnologica.

19. L'art.52 prevede , ai commi 2 e 3 che “L'Università favorisce i rapporti con gli altri enti pubblici e privati per la diffusione e valorizzazione dei risultati della ricerca scientifica.....I rapporti con enti esterni sono regolati da apposite convenzioni...”

20. L'art. 53 prevede che “L'Università può concludere accordi con altre amministrazioni pubbliche per lo svolgimento di comuni attività istituzionali.”

Profili di contrasto col diritto dell'Unione europea.

21. Gli accordi tra pubbliche amministrazioni regolati dalla legge fondamentale sul procedimento (art. 15) 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 .

22. In materia di accordi tra pubbliche amministrazioni, al di fuori dell'ipotesi più ricorrente di svolgimento di funzioni comuni (quali, ad esempio, la costituzione di un consorzio tra enti per la gestione tecnica ed amministrativa di aree industriali o la gestione di un servizio comune) , è stato ritenuto dalla giurisprudenza amministrativa che sia possibile ricorrere all'art. 15 l. n. 241/1990 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 ritenuto legittimo l'affidamento del servizio di trasporti intra-inter ospedalieri da parte di un'azienda ospedaliera alla Croce Rossa Italiana, ente 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. St. Sez. V, 12 aprile 2007, n. 1707).

23. 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 di una Regione al Ministero dell'Interno- Dipartimento dei Vigili del Fuoco (Cons. St. 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. St. Sez. V, 10 settembre 2010, n. 6548).

Negli ultimi due casi, l'insussistenza dell'obbligo a carico dell'amministrazione affidante di fare ricorso alle procedure di scelta 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 diretti per il perseguimento di fini di interesse pubblico.

24. Sul piano comunitario, il tema della cooperazione pubblico- pubblico ha costituito oggetto della Risoluzione del Parlamento europeo del 18 maggio 2010 sui nuovi sviluppi in materia di appalti pubblici (2009/2175(INI)).

25. 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 (sent. 19 aprile 2007 in causa C- 295/05 Tragsa; 18 dicembre 2007 in causa C- 532/03 Commissione contro Irlanda; 13 novembre 2008 in causa C-324/07 Coditel Brabant; 10 settembre 2009 in causa C- 206/08 Eurawasser; 9 ottobre 2009 in causa C- 573/07 Sea s.r.l.; 15 ottobre 2009 in causa C- 196/08 Acoset; 15 ottobre 2009 in causa C- 275/08 Commissione contro Germania; 25 marzo 2010 in causa C-451/08 Helmut Muller) 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- 480/06 Commissione contro Germania, i partenariati pubblico-pubblico così come gli

accordi di collaborazione tra autorità locali non rientrino 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;
- l'attività è espletata essenzialmente per le autorità pubbliche coinvolte.

26. 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.

27. Potrebbe, quindi, effettivamente ritenersi che l'accordo intervenuto tra Azienda Sanitaria di Lecce e Università del Salento soddisfi gli indicati criteri poiché:

- l'accordo soddisfa un interesse comune in base alla normativa nazionale citata 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 della Azienda;
- non è prevista alcuna partecipazione di privati.

28. Deve inoltre rilevarsi che l'Università non ha carattere commerciale e che l'espletamento dei compiti di studio e di ricerca, anche applicata, rientranti nell'attività oggetto della convenzione sono tra quelli che essa può svolgere in base al proprio Statuto. Quindi, seguendo la giurisprudenza di cui alla sentenza Coditel Brabant, dovrebbe essere ammesso a due amministrazioni pubbliche di ricorrere allo strumento della collaborazione per adempiere alle missioni di servizio pubblico.

29. Tuttavia, questa Sezione dubita 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, n. 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. 28 secondo cui per aggiudicare gli appalti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici applicano le procedure nazionali adattate ai fini della direttiva;
- l'allegato II categoria 8 recante "servizi di ricerca e sviluppo" e categoria 12 recante "servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, anche integrata; servizi attinenti all'urbanistica e alla paesaggistica; servizi affini di consulenza scientifica e tecnica, servizi di sperimentazione tecnica e analisi".

30. 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 stesso la qualità di operatore economico.

31. 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. Stadt Hall e RPL Lochau), 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 (p. 43).

32. Alla luce di tale sentenza, le Università devono considerarsi ammesse a partecipare ad una gara come qualsiasi altro operatore economico ed i contratti conclusi tra queste ed amministrazioni aggiudicatrici rientrano nell'ambito delle norme comunitarie sulle aggiudicazioni.

33. Parimenti, sembrerebbe non decisiva la circostanza che il corrispettivo pattuito per l'esecuzione della prestazione non abbia carattere remunerativo servendo a ripianare unicamente i costi sostenuti dall'Università.

34. Invero, la fissazione di un corrispettivo pari ai costi sostenuti dal soggetto esecutore e l'assenza di un profitto non vale a conferire gratuità all'accordo che rimane a titolo oneroso e che quindi, sotto tale profilo, potrebbe rientrare nel campo di applicazione della disciplina comunitaria degli appalti.

35. Anche il riferimento al modulo di autoproduzione dell'in house providing (sentenze Tragsa e Sea s.r.l.) appare poco perspicuo ove si consideri che l'Università è amministrazione distinta dall'Azienda, sottratta a qualsiasi genere di controllo (in specie, controllo analogo) e che in alcun modo può considerarsi derivazione o longa manus dell'Azienda. Pertanto, in base alla giurisprudenza Teckal (v anche sent. 13 gennaio 2005 Commissione contro Regno di Spagna in causa C- 84/03),

l'esclusione dall'applicazione della disciplina dei contratti pubblici di servizi degli accordi di collaborazione tra pubbliche amministrazioni, in mancanza di controllo analogo tra gli enti, sarebbe in contrasto con la disciplina comunitaria in materia di aggiudicazione di appalti pubblici di servizi.

36. Infine, mentre ad avviso del Collegio le prestazioni di rilevazione, di ricerca, tecniche e scientifiche, sebbene sottoposte alle normative nazionali in materia di sicurezza delle strutture, potrebbero rientrare tra quelle eseguibili istituzionalmente dall'Università per l'interesse che esse assumono nel campo della ricerca scientifica e tecnologica, a prescindere dalla proprietà dei risultati, quando ne sia regolata la diffusione in sede scientifica da parte dell'amministrazione committente, non è certo che le stesse fuoriescano dall'ambito dei servizi indicati nelle categorie n. 8 e n. 12 dell'allegato II alla Direttiva, che non sembrerebbero escludere la sussistenza di un interesse scientifico per la loro peculiarità, il carattere tecnologicamente avanzato o sperimentale.

37. In conclusione, poiché dalla giurisprudenza comunitaria non si traggono decisive indicazioni interpretative per risolvere i problemi enunciati, il Collegio sottopone alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la seguente questione interpretativa pregiudiziale:

Se la direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 31.3.2004 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'articolo 1, n. 2 lettere a) e d), l'articolo 2, l'articolo 28 e l'allegato II categorie n. 8 e n. 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.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) visti l'articolo 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, l'articolo 79 del codice del processo amministrativo e l'art. 295 del codice di procedura civile, chiede alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea di pronunciarsi in via pregiudiziale sulla questione di interpretazione del diritto dell'Unione europea specificata in motivazione;

ordina la sospensione del processo e la trasmissione di copia della presente ordinanza alla Cancelleria della Corte di Giustizia.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 novembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Aldo Scola, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/02/2011

IL SEGRETARIO

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