



Stampa l'articolo | Chiudi

23 luglio 2013

Senza l'interesse pubblico comune l'accordo (oneroso) tra enti è una forma di elusione della concorrenza sugli appalti

di Roberto Mangani

Gli accordi tra amministrazioni pubbliche che implicano lo svolgimento di determinate prestazioni, per essere legittimi devono avere ad oggetto una collaborazione tra le stesse finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico di interesse comune.

Di conseguenza, non può considerarsi legittimo un accordo che nei fatti si sostanzia nello svolgimento di determinate prestazioni da parte di un ente pubblico a favore di altro ente pubblico in mancanza di un interesse comune dei due enti, collegato alle finalità istituzionali che gli stessi perseguono.

In quest'ultima ipotesi, infatti, il cosiddetto accordo tra enti pubblici in realtà dissimula l'affidamento diretto di un appalto di servizi e si pone quindi in violazione delle regole comunitarie e nazionali che impongono per esso lo svolgimento di una procedura di gara.

Sono questi i più rilevanti principi contenuti nella **sentenza del Consiglio di Stato, n. 3849 del 15 luglio 2013**, che chiude una lunga vicenda che ha visto il coinvolgimento anche della Corte di Giustizia UE.

Il fatto. La ASL di Lecce aveva concluso un accordo con l'Università del Salento avente ad oggetto l'affidamento dell'incarico di studio e valutazione della vulnerabilità sismica delle strutture ospedaliere della Provincia di Lecce, a fronte di un corrispettivo di 200.000 euro.

Tale accordo veniva inquadrato nella categoria degli accordi ex articolo 15 della legge 241/90, cioè quegli accordi che le amministrazioni pubbliche possono concludere per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune.

La conclusione di tale accordo è stata contestata con un ricorso proposto dagli Ordini professionali degli ingegneri e degli architetti e dall'OICE davanti al giudice amministrativo. Alla base delle censure mosse dai ricorrenti vi era la considerazione fondamentale che non si trattava di una forma di collaborazione istituzionale tra enti per il perseguimento di un interesse comune, quanto piuttosto dell'affidamento diretto – e quindi in violazione delle norme comunitarie e nazionali in materia di appalti – di prestazioni riconducibili ai servizi di ingegneria, quali definiti alle voci 8 e 12 dell'**Allegato II – A del D.lgs. 163/2006**.

In sostanza, secondo la tesi dei ricorrenti, l'accordo in questione dissimulava in realtà l'affidamento di un appalto di servizi, rispetto al quale l'ASL di Lecce non avrebbe potuto procedere in via diretta, dovendo invece svolgere una procedura di gara ai sensi del Codice dei contratti pubblici. L'affidamento in via fiduciaria non poteva trovare giustificazione nella semplice circostanza che il prestatore di servizi era a sua volta un ente pubblico. Infatti, ai fini dell'ordinamento comunitario, l'ente pubblico, nel momento in cui svolge prestazioni che rientrano nel campo di applicazione della normativa sugli appalti, è equiparato a tutti gli effetti a un operatore economico ed è quindi sottoposto alle regole concorrenziali che valgono in via generale per tutti gli operatori economici.

Questa tesi è stata accolta dal giudice amministrativo di primo grado. L'ASL Lecce ha proposto appello contro la sentenza del Tar Puglia e il Consiglio di Stato, prima di pronunciarsi, ha rimesso alla Corte di Giustizia UE la questione pregiudiziale volta ad accertare se fosse compatibile con la Direttiva 2004/18 in materia di appalti nei settori ordinari una disposizione nazionale che consente la stipulazione di accordi tra amministrazioni pubbliche aventi come contenuto lo studio e la valutazione della vulnerabilità sismica di strutture ospedaliere appartenenti a una delle due amministrazioni, verso un corrispettivo non superiore ai costi sostenuti per l'esecuzione delle prestazioni.

La sentenza della Corte di Giustizia. Il giudice comunitario si è pronunciato con la **sentenza del 19 dicembre**

2012, causa C-159/11.

In via preliminare la Corte di giustizia si è preoccupata di precisare che la circostanza secondo cui il corrispettivo previsto per lo svolgimento del servizio si limiti a un rimborso dei costi effettivamente sostenuti non può far ritenere che si sia fuori dal campo di applicazione della disciplina in tema di appalti pubblici. Infatti, la nozione di contratto di appalto accolta dalle direttive UE si incentra sul carattere di onerosità di tale contratto, che ben può essere rappresentata anche da una remunerazione costituita da un mero rimborso dei costi.

Ciò detto, la pronuncia del giudice comunitario ha fornito una serie di indicazioni che risultano fondamentali per capire a quali condizioni gli accordi tra amministrazioni pubbliche possono considerarsi legittimi e quando, invece, sono da ritenere conclusi in violazione delle norme che regolano l'affidamento degli appalti pubblici.

La prima indicazione è che l'accordo deve essere indirizzato a una cooperazione tra gli enti pubblici interessati che ha alla base unicamente esigenze connesse al perseguimento di obiettivi di interesse pubblico. La seconda è che la funzione di servizio pubblico cui la collaborazione è indirizzata deve essere comune a entrambi gli enti. L'ultima condizione è che l'accordo deve essere stipulato unicamente tra enti pubblici senza la partecipazione di soggetti privati, e che nessun soggetto privato, in virtù di tale accordo, deve essere posto in una posizione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti.

Sulla base di queste conclusioni la Corte di giustizia ha rinviato al giudice nazionale l'accertamento se nel caso di specie queste condizioni fossero rispettate.

La pronuncia del Consiglio di Stato. Il punto fondamentale dell'analisi svolta dal giudice amministrativo si è incentrato sull'accertamento della circostanza che l'accordo fosse finalizzato a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune sia alla ASL che all'Università del Salento.

Il giudice amministrativo ha ritenuto che nel caso di specie questa condizione non sussistesse. Nella pronuncia viene infatti sottolineato che gli accordi ex articolo 15 della legge 241/90 presuppongono che le amministrazioni stipulanti siano in una posizione di equiparazione, rispetto alla quale l'accordo ha il solo fine di coordinare i rispettivi ambiti di intervento su attività e oggetti di interesse comune.

Nel caso preso in esame ciò che manca è il carattere comune dell'interesse pubblico perseguito. E' infatti vero che il carattere comune dell'interesse pubblico non può essere inteso in termini di «identità ontologica», nel senso cioè di piena coincidenza del settore materiale di attività delle amministrazioni stipulanti. Ciò infatti significherebbe restringere eccessivamente e ingiustificatamente l'ambito di utilizzabilità degli accordi in questione, nei fatti rendendoli praticabili solo per le amministrazioni che agiscono nel medesimo ambito operativo.

Tuttavia, pur riconoscendo che l'interesse pubblico perseguito da ciascun ente stipulante può essere diverso, il Consiglio di Stato sottolinea che vi deve essere una «sinergica convergenza» su attività di interesse comune. In sostanza, le prestazioni che costituiscono oggetto dell'accordo devono soddisfare in maniera congiunta l'interesse pubblico perseguito da ciascuno dei due enti stipulanti.

Nel caso di specie questo presupposto non sussiste. Le prestazioni oggetto dell'accordo rientrano sicuramente nelle finalità istituzionali dell'Università, risolvendosi in attività di ricerca scientifica e consulenza, ma non attengono all'interesse pubblico primario perseguito dalla ASL. Quest'ultima, infatti, deve assolvere istituzionalmente al soddisfacimento delle prestazioni sanitarie, finalità rispetto alla quale l'attività di verifica della vulnerabilità sismica delle strutture ospedaliere ha evidentemente una funzione meramente strumentale.

In questa prospettiva, l'accordo concluso tra i due enti non è diretto a perseguire un interesse pubblico comune agli stessi, ma si configura piuttosto in termini di svolgimento di prestazioni da parte di un ente (Università) a favore di un altro (ASL) che ne è l'unico beneficiario, acquisendo interamente i risultati dell'attività svolta. Ma questo schema è quello tipico dell'appalto di servizi, in cui vi è un soggetto che presta la sua attività a favore di un altro soggetto che ne è l'esclusivo beneficiario, verso il pagamento di un corrispettivo. Attività che, va rilevato, rientra pienamente nelle prestazioni professionali che possono essere svolte da ingegneri e architetti, che vedono quindi sottratto all'ambito concorrenziale che gli è proprio il relativo affidamento.

Da qui la conclusione del Consiglio di Stato: un accordo tra enti pubblici configurato nei termini descritti non può rientrare nello schema (legittimo) degli accordi tra amministrazioni pubbliche ex articolo 15 della legge 241/90, ma rappresenta piuttosto un affidamento (illegittimo) di un appalto di servizi, posto in essere in violazione delle norme comunitarie e nazionali che disciplinano tali affidamenti.

Gli accordi tra enti pubblici: il confine tra legittimità e violazione delle regole concorrenziali. L'elaborazione giurisprudenziale degli ultimi tempi, di cui le pronunce della Corte di Giustizia UE e del Consiglio di Stato relative

alla vicenda esaminata costituiscono un esempio emblematico, sono indirizzate a definire una linea di confine nell'ambito della categoria degli accordi tra enti pubblici, diretta a individuare quali possano considerarsi leciti e quali, al contrario, si pongano in violazione delle regole poste a tutela della concorrenza.

L'applicazione dei principi sopra richiamati - volti a definire tale linea - ai singoli casi concreti non sempre è agevole. Per offrire qualche esempio, può essere utile ricordare due recenti interventi del giudice nazionale e del giudice comunitario che hanno preso in esame due fattispecie.

Una prima pronuncia del **Tar Lazio , Sez. II, 8 aprile 2013, n.3517**, ha dichiarato illegittimo l'accordo stipulato tra il Corpo di Polizia municipale di Roma capitale e il Corpo forestale dello Stato avente ad oggetto lo svolgimento del servizio di monitoraggio del territorio comunale con elicotteri. Tale accordo era stato impugnato dall'Associazione elicotterista italiana, sulla base del fatto che esso avrebbe in realtà dissimulato l'affidamento di un appalto di servizi.

Il giudice amministrativo ha accolto il ricorso, ritenendo che nel caso di specie difettesse lo svolgimento di un'attività di interesse comune posta in essere con una stretta collaborazione tra gli enti pubblici stipulanti. Al contrario, l'accordo risultava finalizzato a soddisfare esclusivamente l'attività istituzionale – monitoraggio del territorio - di competenza di uno solo degli enti pubblici (Polizia municipale), mentre l'altro ente (Corpo Forestale) finiva per svolgere un ruolo di mero ausilio, consistente nella messa a disposizione degli elicotteri con relativo conducente. Non vi è quindi comunanza di interesse pubblico e di attività, ma piuttosto lo svolgimento di prestazioni di un ente a vantaggio esclusivo di altro ente, secondo lo schema tipico dell'appalto di servizi.

La seconda pronuncia è stata resa dalla **Corte di Giustizia UE, Sez. V, 13 giugno 2013, C- 386/2011**, in una controversia avente ad oggetto un accordo tra due enti locali della Germania in base al quale uno aveva trasferito all'altro il compito della pulizia di alcuni edifici ad uso uffici, locali amministrativi e istituti scolastici, con la possibilità per il secondo ente di ricorrere a soggetti terzi per la materiale esecuzione delle prestazioni e dietro pagamento di un corrispettivo corrispondente alle spese sostenute.

Dopo avere rilevato che le prestazioni oggetto dell'accordo corrispondevano esattamente ai servizi di pulizia inseriti nell'Allegato II A, Categoria 14 della Direttiva UE 2004/18, il giudice comunitario ha evidenziato che l'accordo in questione non appare finalizzato ad istituire una cooperazione tra i due enti pubblici ai fini dell'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune. Inoltre, la possibilità riconosciuta all'ente chiamato a svolgere le prestazioni di servirsi di un soggetto terzo per la materiale esecuzione delle stesse pone quest'ultimo in una posizione privilegiata rispetto agli altri operatori economici presenti sul mercato, con ciò violando un'altra delle condizioni cui è subordinata la legittimità dell'accordo.

La logica conclusione è che un accordo di questo tipo rappresenta in realtà un appalto di servizi, il cui affidamento non può essere sottratto alle regole comunitarie sugli appalti. Come tale l'accordo in questione deve considerarsi illegittimo.

L'orientamento interpretativo che si è andato consolidando - e le casistiche esaminate evidenziano come il punto centrale su cui si incentra l'analisi in merito alla legittimità degli accordi tra enti pubblici - è costituito dalla nozione di «interesse pubblico comune» agli enti che concludono l'accordo. Si tratta quindi di stabilire quando possa considerarsi esistente questo «interesse pubblico comune».

Come ha correttamente evidenziato il Consiglio di Stato nella pronuncia in commento, non si deve trattare del medesimo interesse pubblico, nel senso che la legittimità dell'accordo non postula che le attività da svolgere siano finalizzate a un interesse pubblico identico dei due enti. Ciò che è necessario è che vi sia una «convergenza» di interessi pubblici, ancorché di natura diversa, che devono entrambi rientrare nelle finalità istituzionali degli enti in questione.

In sostanza, l'accordo – per essere legittimo - deve concretizzarsi nello svolgimento di prestazioni che vanno a beneficio comune di entrambi gli enti ai fini dello svolgimento dei compiti di servizio pubblico, anche di natura diversa, che sono propri di ciascuno di essi.

Non è agevole individuare, in astratto, le ipotesi in cui questa condizione possa ritenersi realizzata. Si può pensare, ad esempio, a tematiche trasversali a più enti, quali la valorizzazione dei patrimoni immobiliari pubblici o lo sviluppo di servizi al turismo. Tenendo tuttavia sempre presente – e ciò costituisce il vero punto critico e il limite pratico all'ampia utilizzabilità dello strumento - che la legittimità dell'accordo passa per l'elemento fondamentale rappresentato dalla necessità che siano i singoli enti a possedere il know how e le risorse anche materiali necessarie per lo svolgimento della relativa attività. Non è infatti ammissibile che a tal fine si utilizzino soggetti terzi, poiché ciò renderebbe evidente la funzione elusiva dell'accordo e la conseguente violazione delle regole in materia di affidamento degli appalti pubblici.