Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
VERICA TRSTENJAK
presentate il 23 maggio 2012 [1]

Causa C-159/11

Azienda Sanitaria Locale di Lecce
contro
Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce
Consiglio Nazionale degli Ingegneri
Associazione delle Organizzazioni di Ingegneri, di Architettura e di Consultazione Tecnico-Economica (OICE)
Etacons srl
Ing. Vito Prato Engineering srl
Barletti – Del Grosso e Associati srl
Ordine degli Architetti della Provincia di Lecce
Consiglio Nazionale degli Architetti, Pianificatori, Paesaggisti e Conservatori

(domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Consiglio di Stato)

«Normativa in materia di aggiudicazione di appalti — Partenariato pubblico-pubblico — Direttiva 2004/18/CE — Mancato ricorso ad una procedura di aggiudicazione pubblica — Prestazione di un servizio consistente nello studio e nella valutazione della vulnerabilità sismica di determinati ospedali — Contratti conclusi tra un'amministrazione aggiudicatrice e un'Università di diritto pubblico — Contratti a titolo oneroso in cui il corrispettivo non è superiore ai costi sostenuti — Qualità di operatore economico»

I – Introduzione

1. Nel presente procedimento di pronuncia pregiudiziale, introdotto ai sensi dell'articolo 267 TFUE, il Consiglio di Stato (in prosieguo: il «giudice del rinvio») sottopone alla Corte di giustizia una questione riguardante l'interpretazione 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 [2].

2. Il procedimento pregiudiziale trae origine da una controversia tra l'Azienda Sanitaria Locale di Lecce (in prosieguo: la «ASL Lecce») ed una serie di associazioni di ingegneri e di architetti, vertente su una convenzione stipulata tra la ASL Lecce e l'Università del Salento (in prosieguo: l'«Università») per l'esecuzione, a titolo oneroso, di attività di studio e di valutazione della vulnerabilità sismica delle strutture ospedaliere della Provincia di Lecce. Le menzionate associazioni di ingegneri e di architetti, che non hanno partecipato a tale progetto, lamentano che la ASL Lecce abbia conferito l'incarico

1 — Lingua originale: il tedesco.
2 — GU L 134, pag. 114.

all'Università senza ricorrere ad una procedura di evidenza pubblica e dunque illegittimamente. La ASL Lecce si oppone sostenendo che l'accordo rientrerebbe nel settore della cooperazione e del coordinamento tra autorità pubbliche, in quanto esso sarebbe stato stipulato in vista del conseguimento di un obiettivo di interesse pubblico.

3. Con la presente fattispecie alla Corte di giustizia viene fornita, ancora una volta, l'opportunità di sviluppare ulteriormente la propria giurisprudenza concernente la normativa in materia di aggiudicazione di appalti. Prendendo le mosse dalla sua sentenza Commissione/Germania [3], la Corte deve decidere se sia giustificata un'applicazione delle norme in materia di aggiudicazione di appalti in una situazione come quella di cui al procedimento principale, in cui un'Università di diritto pubblico riceve l'incarico per un'attività di consulenza da un'autorità pubblica. A tal riguardo devono essere presi in considerazione diversi aspetti, ad esempio la facoltà dell'Università di intervenire nella qualità di operatore economico nonché il carattere di copertura integrale dei costi proprio del corrispettivo ricevuto.

II – Contesto normativo

A – *Diritto dell'Unione*

4. L'articolo 1, paragrafi 2, 8 e 9, della direttiva 2004/18 prescrive:

«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.

Per "organismo di diritto pubblico" s'intende qualsiasi organismo:

a) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale,

3 — Sentenza del 9 giugno 2009, Commissione/Germania (C-480/06, Racc. pag. I-4747).

b) dotato di personalità giuridica, e

c) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

(...)».

5. A norma del suo articolo 7, la direttiva si applica agli appalti pubblici il cui valore stimato al netto dell'imposta sul valore aggiunto (in prosieguo: l'«IVA») è superiore alla soglia di EUR 206 000, allorché tali appalti pubblici di forniture e di servizi vengano aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici diverse da quelle indicate nell'allegato IV. Ai sensi dell'articolo 9 della direttiva, il calcolo del valore stimato di un appalto pubblico è basato sull'importo totale pagabile al netto dell'IVA, valutato dall'amministrazione aggiudicatrice. Questo calcolo tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di eventuali opzioni e di eventuali rinnovi del contratto.

6. A norma dell'articolo 16, lettera f), della direttiva, quest'ultima non si applica agli appalti pubblici di servizi concernenti i servizi di ricerca e sviluppo diversi da quelli i cui risultati appartengono esclusivamente all'amministrazione perché li usi nell'esercizio della propria attività, a condizione che la prestazione del servizio sia interamente retribuita da tale amministrazione.

7. Dall'articolo 20 della direttiva risulta che gli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II A sono aggiudicati secondo gli articoli da 23 a 55. L'articolo 28 dispone che, per aggiudicare gli appalti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici applichino le procedure nazionali adattate ai fini di tale direttiva. L'allegato II A elenca, inter alia, le seguenti categorie di prestazioni di servizi: «Servizi di ricerca e sviluppo» (categoria 8) e «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» (categoria 12).

B – *Normativa nazionale*

8. L'articolo 15, paragrafo 1, della legge n. 241 del 7 agosto 1990, che introduce nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi [4], enuncia che le amministrazioni pubbliche possono sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune.

9. L'articolo 66 del decreto del Presidente della Repubblica n. 382/1980 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 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 (...).

4 — GURI n. 192, del 18 agosto 1990.

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.

(...)

I proventi derivati dall'attività di cui al comma precedente costituiscono entrate del bilancio dell'Università».

10. Dall'ordinanza di rinvio risulta inoltre che le Università, in base alle specifiche norme concernenti la loro attività, sono sedi primarie della ricerca scientifica.

III – Fatti, procedimento principale e questione pregiudiziale

11. Attraverso il disciplinare approvato dal Direttore generale della ASL Lecce con deliberazione del 7 ottobre 2009 e la successiva convenzione denominata «contratto di consulenza» veniva concluso un accordo in forma scritta tra la summenzionata ASL Lecce e l'Università. Oggetto di detto accordo era l'esecuzione, a titolo oneroso, dell'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, particolarmente degli edifici strategici.

12. Il disciplinare individuava la prestazione da eseguire secondo la seguente articolazione:

— 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 di cui al trattino precedente e stesura di schede tecniche di diagnosi strutturale; in particolare: 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.

13. In base al contratto di consulenza, l'attività sarebbe stata svolta in stretta collaborazione tra il gruppo di lavoro individuato dalla ASL Lecce e quello dell'Università, eventualmente con l'aiuto di personale esterno altamente qualificato; la responsabilità scientifica sarebbe ricaduta su due soggetti designati, rispettivamente, dalla parte committente e dal Dipartimento universitario incaricato; tutti i risultati derivanti dall'attività sperimentale sarebbero appartenuti alla ASL Lecce con l'impegno, tuttavia, nel caso di pubblicazione dei risultati in ambito tecnico-scientifico, di citare espressamente il

Dipartimento. Per l'intera prestazione di servizio la ASL Lecce doveva versare in quattro rate all'Università la somma di EUR 200 000 al netto dell'IVA. Nel caso di scioglimento anticipato del contratto, l'Università avrebbe avuto diritto ad una somma corrispondente al valore della prestazione fino ad allora eseguita e ai costi sostenuti.

14. Su tre ricorsi, rispettivamente, dell'Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce, dell'Associazione delle Organizzazioni di Ingegneri, di Architettura e di Consultazione Tecnico-Economica (OICE) - unitamente alle società Etacons srl, Ing. Vito Prato Engineering srl, Barletti - Del Grosso & Associati srl - e dell'Ordine degli Architetti della Provincia di Lecce, il TAR Puglia dichiarava illegittimo l'affidamento diretto all'Università dell'incarico sopradescritto per omesso ricorso alle procedure di evidenza pubblica.

15. Avverso le rispettive sentenze la ASL Lecce e l'Università hanno proposto ricorsi in appello al giudice del rinvio. Nella sua decisione di rinvio tale giudice dubita se la direttiva 2004/18 possa ostare alla conclusione di un contratto come quello oggetto del contendere. In considerazione di ciò, il giudice chiede se l'accordo in questione soddisfi i requisiti di diritto di un partenariato pubblico-pubblico, come sono stati sviluppati nella giurisprudenza della Corte. A favore di detta conclusione sussisterebbero invero taluni elementi, ma non si potrebbe affermare con sicurezza la sua legittimità in quanto altri aspetti deporrebbero per una risposta contraria. Dato che, a suo avviso, dalla giurisprudenza della Corte non è possibile trarre indicazioni interpretative dirimenti, il Consiglio di Stato ha sospeso il procedimento e sottoposto 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, 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».

IV – Procedimento dinanzi alla Corte

16. La decisione di rinvio, datata 9 novembre 2010, è pervenuta alla cancelleria della Corte il 1º aprile 2011.

17. Hanno presentato osservazioni scritte, nei termini di cui all'articolo 23 dello Statuto della Corte di giustizia, la ASL Lecce, l'Università, il Consiglio Nazionale degli Ingegneri (CNI), l'Associazione delle Organizzazioni di Ingegneri, di Architettura e di Consultazione Tecnico-Economica (OICE), il Consiglio Nazionale degli Architetti, Pianificatori, Paesaggisti e Conservatori (CNAPPC), i governi italiano, ceco, polacco e svedese, nonché la Commissione europea.

18. Nell'udienza del 27 marzo 2012 hanno presentato osservazioni orali i rappresentanti della ASL Lecce, dell'Università, del CNI, dell'OICE, del CNAPPC, dei governi italiano, polacco e svedese, nonché della Commissione.

V – Argomenti principali delle parti del procedimento

19. Nell'ambito delle mie osservazioni farò riferimento agli argomenti delle parti del procedimento per quanto di rilevanza.

VI – Valutazione giuridica

A – *Osservazioni generali*

20. In base alla formulazione della questione pregiudiziale, il giudice del rinvio vorrebbe sapere, in sostanza, se la normativa nazionale applicabile possa essere considerata compatibile con la direttiva 2004/18 nella misura in cui consente accordi del tipo di quelli descritti nella questione pregiudiziale. Tuttavia, ove si considerino i problemi giuridici della presente causa nelle loro interconnessioni, va senz'altro osservato che la questione centrale della quale la Corte dovrà prioritariamente occuparsi è quella della compatibilità dell'accordo in questione con la direttiva 2004/18. Al fine di offrire al giudice nazionale una risposta utile alla questione sollevata in vista della soluzione della controversia, appare ragionevole spostare il fuoco dell'analisi su tale aspetto. Pertanto, nell'ambito della mia analisi, rivolgerò la mia attenzione alla questione se nella fattispecie oggetto del procedimento principale siano state violate le norme della direttiva 2004/18. A tal fine non ritengo assolutamente necessaria una riformulazione della questione pregiudiziale, atteso che l'accertamento di un'eventuale violazione è dirimente rispetto alla circostanza se la normativa nazionale applicabile sia conforme al diritto dell'Unione. Qualora, in base al risultato dell'analisi, l'accordo in questione risultasse non corrispondente alle prescrizioni della direttiva 2004/18, neanche la situazione normativa vigente in Italia potrà essere considerata conforme al diritto dell'Unione.

21. La direttiva 2004/18 osterebbe ad un accordo come quello stipulato tra la ASL Lecce e l'Università qualora l'appalto per l'esecuzione di attività di studio e valutazione della vulnerabilità sismica di determinate strutture ospedaliere sia, in base al diritto dell'Unione, una procedura assoggettata ad obbligo di aggiudicazione, in quanto nella fattispecie oggetto del procedimento principale non è stata indetta una gara. Come può evincersi dalla decisione di rinvio, l'appalto in questione è stato invece direttamente assegnato all'Università. Laddove venisse confermata la necessità di una procedura assoggettata ad obbligo di aggiudicazione, occorrerebbe stabilire se sia eventualmente possibile una deroga la quale consenta di prescindere da una gara pubblica, nel qual caso nella fattispecie oggetto del procedimento principale verrebbero in questione sia le deroghe codificate nella stessa direttiva 2004/18 sia la figura giuridica, sviluppata dalla giurisprudenza della Corte, del partenariato tra autorità pubbliche finalizzato allo svolgimento di una funzione di interesse pubblico.

B – *Applicabilità della direttiva 2004/18*

22. Condizione preliminare è che l'accordo in questione rientri nell'ambito di applicazione della direttiva; è questo il primo punto dell'esame al quale mi accingo.

1. Sussistenza di un appalto pubblico

a) Prestazione di servizi

23. Affinché possa ritenersi interessato l'ambito di applicazione ratione materiae della direttiva, è necessario che si configuri un «appalto pubblico». L'accordo in questione si può ascrivere ad uno dei tipi elencati nell'articolo 1, paragrafo 2, della direttiva. A mio parere, sulla base delle informazioni disponibili sui fatti, si prospetta una qualificazione come «appalto pubblico di servizi» ai sensi della definizione normativa contenuta nell'articolo 1, paragrafo 2, lettera d). Gli appalti pubblici di servizi sono ivi definiti come «appalti pubblici diversi dagli appalti pubblici di lavori o di forniture aventi per oggetto la prestazione dei servizi di cui all'allegato II». In considerazione del loro oggetto, i lavori che devono essere eseguiti da parte dell'Università, a termini dell'accordo, corrispondono al tipo di servizi elencato alla categoria 12 dell'allegato II A («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»). Si tratta, invero, di complessi lavori tecnici, aventi ad oggetto sia l'esame di conformità alle norme in materia di costruzione, sia la pericolosità sismica degli edifici. Essi presentano un'evidente connessione con il settore dell'architettura e richiedono un'ampia attività di consulenza in tale campo da parte di personale adeguatamente qualificato dell'Università.

b) Contratto tra un'amministrazione aggiudicatrice ed un operatore economico

24. D'altro canto, la definizione dell'«appalto pubblico di servizi», basandosi sulla nozione di appalto pubblico di cui all'articolo 1, paragrafo 2, lettera a), della direttiva, presuppone un contratto scritto tra un'amministrazione aggiudicatrice ed un operatore economico.

25. L'obbligo di legge della forma scritta è soddisfatto in quanto il «contratto di consulenza» concluso il 29 ottobre 2009 è stato redatto per iscritto.

26. Ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 9, della direttiva, 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». Nella sua qualità di organismo della Pubblica amministrazione, la ASL Lecce soddisfa i presupposti per essere qualificata come amministrazione aggiudicatrice ai sensi della direttiva.

27. Per quanto riguarda l'eventuale qualificazione dell'Università come «operatore economico», occorre constatare che tale nozione, a norma dell'articolo 1, paragrafo 9, della direttiva, comprende anche il «prestatore di servizi». Con detta espressione si intende «una persona fisica o giuridica o un ente pubblico o un raggruppamento di tali persone e/o enti», «che offra sul mercato la realizzazione di servizi». La stessa Università del Salento, come si può dedurre dalle sue osservazioni scritte [5], è un ente di diritto pubblico. Appare rilevante in detto contesto la disposizione di cui all'articolo 66 del decreto del Presidente della Repubblica n. 382/1980, in quanto essa autorizza le Università a concludere contratti e convenzioni con enti pubblici e privati al fine di eseguire attività di ricerca e consulenza. Se ne può desumere che la normativa nazionale consente alle Università non solo di fungere da sedi di didattica e ricerca, ma anche di agire nella qualità di operatore economico ai sensi della suddetta definizione.

28. Si consideri sin d'ora la sentenza CoNISMa [6], in cui la Corte ha confermato che le Università, nella qualità di operatori economici, possono partecipare anche a gare d'appalto. La Corte ha chiarito in tale sentenza che la qualità di operatore economico non è riservata esclusivamente a prestatori di servizi dotati di un'organizzazione d'impresa [7]. Al contrario, è ammesso a candidarsi qualsiasi soggetto o ente che possa garantire l'esecuzione di detto appalto, indipendentemente dal fatto di essere un soggetto di diritto privato o di diritto pubblico e di essere attivo sul mercato in modo sistematico oppure soltanto occasionale o, ancora, dal fatto di essere sovvenzionato tramite fondi pubblici o meno [8]. Inoltre la Corte ha affermato 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 a un preminente scopo di lucro non sarebbero considerati «appalti pubblici», potrebbero essere aggiudicati in modo informale e, in tal modo, sarebbero sottratti alle norme dell'Unione in materia di parità di trattamento e di trasparenza, in contrasto con la finalità delle medesime norme.

29. Di conseguenza, l'accordo concluso tra la ASL Lecce e l'Università va considerato un contratto scritto tra un'amministrazione aggiudicatrice e un operatore economico.

5 — Pag. 2 della memoria dell'Università.

6 — Sentenza del 23 dicembre 2009, CoNISMa (C-305/08, Racc. pag. I-12129).

7 — Ibidem, punto 35.

8 — Ibidem, punto 42.

c) Titolo oneroso della prestazione di servizi

30. Un ulteriore presupposto ai fini della qualificazione di un accordo come «appalto pubblico» ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 2, lettera a), della direttiva è il suo carattere oneroso. La nozione di «titolo oneroso» richiede che alla prestazione del servizio da parte dell'offerente corrisponda un obbligo di remunerazione a carico del committente. Oltre alla partecipazione di due soggetti, si fa qui riferimento alla reciprocità nella forma dello scambio materiale delle prestazioni. Tale reciprocità del rapporto contrattuale è necessaria per una procedura assoggettata ad obbligo di aggiudicazione.

31. Nella fattispecie oggetto del procedimento principale, in base all'accordo in questione la ASL Lecce aveva certamente un obbligo di remunerazione nei confronti dell'Università, ma emerge la particolarità che il corrispettivo promesso era calcolato in modo tale da non essere superiore ai costi sostenuti. In tale contesto, si pone la questione se rientrino nella nozione di «titolo oneroso» anche le remunerazioni a copertura integrale dei costi. A mio avviso, alcuni argomenti depongono a favore di un'interpretazione estensiva di tale nozione, e precisamente nel senso che essa comprende ogni tipo di remunerazione consistente in un valore in denaro.

32. Come è stato giustamente illustrato dal giudice del rinvio nella sua decisione [9], la mera assenza di profitto non conferisce carattere di gratuità all'accordo contrattuale. Da un punto di vista economico, quest'ultimo continua ad avere titolo oneroso, visto che il beneficiario riceve pur sempre una prestazione in denaro [10] e potrebbe pertanto, in linea di principio, rientrare nell'ambito di applicazione della direttiva 2004/18. A prescindere da tale rilievo, si può sostenere che soltanto un'interpretazione estensiva della nozione di «titolo oneroso» soddisfa la finalità delle direttive in materia di aggiudicazione degli appalti, consistente nell'apertura dei mercati ad una concorrenza effettiva [11]. Solo così può essere salvaguardato l'effetto utile di dette direttive ed evitata l'elusione della pertinente normativa, per esempio attraverso la stipulazione di diverse forme di compenso che non lascino trasparire immediatamente uno scopo lucrativo, quali le operazioni di scambio o la rinuncia a pretese reciproche esistenti tra le parti contrattuali [12].

33. Una siffatta interpretazione della nozione di compenso è inoltre coerente con l'ampia definizione di retribuzione fornita dalla Corte a proposito della libera prestazione dei servizi di cui all'articolo 56 TFUE [13]. In considerazione del fatto che la direttiva 2004/18, come risulta dal fondamento normativo costituito dall'articolo 95 CE (ora articolo 114 TFUE), è diretta a consentire l'attuazione delle libertà fondamentali nel mercato interno, secondo quanto espresso nel secondo considerando, un'interpretazione estensiva della nozione di «titolo oneroso» appare una naturale conseguenza. In conformità di detta ampia interpretazione, può non essere richiesta la realizzazione di un profitto da parte del prestatore di servizi. Piuttosto, ai fini del riconoscimento del requisito del titolo oneroso, può essere sufficiente che il prestatore di servizi riceva come remunerazione un rimborso integrale dei costi. Nella nozione di remunerazione risultano pertanto comprese anche le mere indennità [14].

9 — V. pag. 22, punto 34, della decisione di rinvio.

10 — V. Hailbronner, K., *Das Recht der Europäischen Union* (a cura di Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf), sezione B5, paragrafo 24, pag. 4, ad avviso del quale il titolo oneroso deve ritenersi implicito in ogni vantaggio economicamente valutabile. Similmente anche Eisner, C., «Interkommunale Kooperationen und Dienstleistungskonzessionen (Teil 1)», *Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis*, 2011, pag. 190, secondo il quale la relativa procedura deve essere valutata sulla base delle norme in materia di aggiudicazione di appalti laddove sia stato convenuto effettivamente un compenso per l'esecuzione della prestazione.

11 — V. Frenz, W., *Handbuch Europarecht*, III volume (Beihilfe- und Vergaberecht), Heidelberg, 2007, pag. 617, paragrafo 2012.

12 — Ibidem.

13 — V. sentenza del 27 settembre 1988, Humbel & Edel (263/86, Racc. pag. 5365, punto 18). Budischowsky, J., *Kommentar zu EU- und EG-Vertrag* (a cura di Heinz Mayer), Vienna, 2003, articolo 49 CE, paragrafo 8, pag. 5, ritiene sussistente il titolo oneroso già se il corrispettivo copre integralmente i costi.

14 — V. Frenz, W., op. cit. (nota 11), pag. 618, paragrafo 2013.

34. A seguito di dette considerazioni, l'accordo in questione è a titolo oneroso e, nella fattispecie oggetto del procedimento principale, sussiste un «appalto pubblico di servizi» ai sensi della definizione contenuta nell'articolo 1, paragrafo 2, lettera d), della direttiva.

2. Raggiungimento della soglia pertinente

a) Mancato raggiungimento della soglia pertinente

35. Le direttive in materia di aggiudicazione di appalti, con i loro rigorosi requisiti procedurali, non si applicano ad ogni piccolo appalto. Il controvalore in denaro dell'appalto in questione deve invece essere pari ad una certa soglia per rientrare nel campo di applicazione della normativa in materia di aggiudicazione di appalti. Già sotto l'aspetto della proporzionalità, non è necessario applicare le procedure di aggiudicazione, in parte molto complesse, ad ogni appalto di importo limitato. Inoltre, un modico valore dell'appalto non consente di individuare un apprezzabile interesse commerciale transfrontaliero.

36. Pertanto, attraverso il sistema delle soglie si realizza una divisione in due classi della normativa in materia di aggiudicazione di appalti. Al di sopra delle soglie occorre rispettare le dettagliate norme delle direttive. Al di sotto di esse risulta applicabile soltanto il diritto primario dell'Unione in materia, insieme con i principi non scritti derivanti dalla giurisprudenza della Corte. Tale bipartizione si dimostra rilevante nella presente causa, poiché la soglia può non essere stata raggiunta nella fattispecie oggetto del procedimento principale, il che costituirà oggetto di esame approfondito.

37. A norma dell'articolo 9, paragrafo 1, della direttiva 2004/18, il calcolo del valore stimato di un appalto pubblico è basato sull'importo totale pagabile al netto dell'IVA, valutato dall'amministrazione aggiudicatrice. Il calcolo tiene conto dell'importo massimo stimato, compresa qualsiasi forma di eventuali opzioni e di eventuali rinnovi del contratto. Emerge dagli atti di causa che la ASL Lecce si è obbligata al versamento di un corrispettivo di EUR 200 000 al netto dell'IVA. Qualora si prenda in considerazione detto importo come valore stimato delle prestazioni di servizi stipulate per contratto, va constatato che esso è inferiore alla soglia di EUR 206 000, come stabilita dall'articolo 7, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2004/18, nella versione applicabile al 29 ottobre 2009, vale a dire al momento della stipula dell'accordo in questione, la cui compatibilità con la normativa in materia di aggiudicazione di appalti pertanto non dovrebbe essere neanche esaminata in base ai criteri di cui alla direttiva 2004/18. Criterio di esame potrebbe essere soltanto il diritto primario, in primo luogo le disposizioni sulle libertà fondamentali.

38. D'altra parte, come rileva la Commissione nelle sue osservazioni scritte [15], non si può trascurare il fatto che, dopo poco tempo, l'importo della soglia è stato abbassato a EUR 193 000, e precisamente con il regolamento (CE) n. 1177/2009 della Commissione, del 30 novembre 2009, con effetto dal 1º gennaio 2010 [16]. Con ciò, il valore stimato delle prestazioni di servizi si collocherebbe al di sopra della nuova soglia. Ci si chiede allora quale sia la soglia da utilizzare nella fattispecie oggetto del procedimento principale e, conseguentemente, quale sia la versione della direttiva 2004/18 che trova applicazione nello specifico. Al fine della soluzione di tale questione è necessario che venga stabilito il momento rilevante ai fini dell'applicabilità di una direttiva in materia di aggiudicazione di appalti.

15 — V. nota 22 della memoria della Commissione.

16 — Regolamento (CE) n. 1177/2009 della Commissione, del 30 novembre 2009, che modifica le direttive del Parlamento europeo e del Consiglio 2004/17/CE, 2004/18/CE e 2009/81/CE riguardo alle soglie di applicazione in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti (GU L 314, pag. 64).

39. La direttiva 2004/18 contempla una serie di norme destinate a soccorrere l'operatore del diritto nel determinare il momento rilevante ai fini del calcolo del valore dell'appalto. Per esempio, l'articolo 9, paragrafo 2, della direttiva prevede che il momento rilevante ai fini del calcolo sia il momento dell'invio del bando di gara o, nei casi in cui quest'ultimo non sia necessario, quello dell'avvio della procedura di aggiudicazione. Sarebbe quindi immaginabile, in linea di principio, fondarsi su tali norme al fine di stabilire l'applicabilità ratione temporis della versione rilevante della direttiva 2004/18. Va però osservato che dette norme presuppongono una situazione di fatto in cui abbia avuto luogo effettivamente una procedura di aggiudicazione, mentre non dispongono alcunché sul modus procedendi in un caso in cui – come nel procedimento principale – per qualsiasi motivo non sia stata indetta una gara. Dato che non esistono regole espresse relative alla situazione da ultimo menzionata, occorre elaborare alcune osservazioni di principio per trovarvi un'adeguata soluzione.

40. Nelle conclusioni da me presentate nella causa Commissione/Germania [17] avevo richiamato l'attenzione sul fatto che le soglie stabilite nelle direttive in materia di aggiudicazione di appalti costituiscono oggetto di aggiornamenti periodici. Alla luce di ciò, occorrono norme precise ai fini della determinazione delle pertinenti soglie di rilevanza. Per tale motivo ho proposto, in quelle conclusioni, nel caso di mancata indizione della gara, di porre il momento dei negoziati contrattuali come momento rilevante al fine di stabilire la soglia pertinente e pertanto, indirettamente, ai fini dell'applicabilità ratione temporis di una direttiva in materia di aggiudicazione di appalti [18]. Soluzione ragionevole, visto che occorre utilizzare un momento in cui sussiste sufficiente certezza circa l'ammontare complessivo del volume dell'appalto nonché il suo prevedibile valore. Le norme summenzionate di cui all'articolo 9, paragrafo 2, della direttiva 2004/18 si fondano sulla medesima idea. Dato che bisogna ritenere che la certezza definitiva circa il valore stimato dell'appalto poteva raggiungersi al più tardi al momento della conclusione del contratto, dovrebbe essere questo il momento rilevante nella fattispecie oggetto del procedimento principale. Ciò comporta che, nel caso di specie, risulta applicabile la direttiva 2004/18 nella versione precedente. Giacché il valore della prestazione di servizi stipulata per contratto è inferiore alla soglia ivi stabilita, come si è detto, la compatibilità dell'accordo in questione con la normativa dell'Unione in materia di aggiudicazione di appalti dovrebbe essere esaminata, in linea di principio, solo alla luce del diritto primario.

41. Sebbene non si rinvenga nei Trattati alcuna disposizione esplicita sulla normativa in materia di aggiudicazione di appalti [19], nondimeno la Corte ha desunto principi in materia di appalti dalle libertà fondamentali, dal divieto di discriminazione in base alla nazionalità nonché dal principio della parità di trattamento e ha formulato di volta in volta, con riguardo al singolo caso sottoposto alla sua valutazione, specifici requisiti di diritto in materia di appalti che le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute a rispettare. Il principio di diritto primario della parità di trattamento nel settore dell'attribuzione degli appalti pubblici implica, per esempio, che tutti gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte, a prescindere dalla loro nazionalità [20]. Da questo obbligo di parità di trattamento e dal divieto di discriminazione per motivi di nazionalità discende un obbligo di trasparenza, consistente nel dovere di garantire ad ogni potenziale offerente un adeguato livello di pubblicità, che consenta l'apertura alla concorrenza dell'affidamento dell'appalto nonché il controllo sull'imparzialità della procedura di aggiudicazione [21].

17 — Conclusioni del 14 aprile 2010, Commissione/Germania (C-271/08, paragrafo 143; sentenza del 15 luglio 2010, Racc. pag. I-6817).

18 — Ibidem.

19 — V. Frenz W., op. cit. (nota 11), pag. 533, paragrafo 1721.

20 — Sentenza del 13 ottobre 2005, Parking Brixen (C-458/03, Racc. pag. I-8585, punto 48).

21 — V. sentenze del 15 ottobre 2009, Acoset (C-196/08, Racc. pag. I-9913, punto 49), e del 6 aprile 2006, ANAV (C-410/04, Racc. pag. I-3303, punto 21). Su detto rapporto tra il divieto di discriminazione e il principio di trasparenza, v. sentenze del 13 novembre 2007, Commissione/Irlanda (C-507/03, Racc. pag. I-9777, punti 30 e seg.); del 21 febbraio 2008, Commissione/Italia (C-412/04, Racc. pag. I-619, punto 66); del 21 luglio 2005, Coname (C-231/03, Racc. pag. I-7287, punti 17 e seg.), e del 7 dicembre 2000, Telaustria e Telefonadress (C-324/98, Racc. pag. I-10745, punti 60 e segg.).

42. Ai fini di un'indagine approfondita concernente l'osservanza dei principi in materia di appalti derivanti dal diritto primario, manca tuttavia una congrua esposizione dei fatti da parte del giudice del rinvio. Ciò è dovuto non da ultimo al fatto che quest'ultimo ha limitato la sua domanda di interpretazione del diritto dell'Unione alla direttiva 2004/18. Le osservazioni del giudice del rinvio si riferiscono, conseguentemente, solo ad aspetti rilevanti ai fini dell'interpretazione di tale atto di diritto derivato.

43. Andrebbe rammentato in tale contesto che la Corte, in relazione alla ricevibilità delle ordinanze di rinvio, ha richiamato l'attenzione sul requisito di una descrizione sufficiente del contesto normativo e fattuale del procedimento principale nella decisione di rinvio. Esso mira, da un lato, a consentire alla Corte di fornire un'interpretazione del diritto dell'Unione che sia utile per il giudice nazionale [22] e, dall'altro, a dare ai governi degli Stati membri, nonché agli altri interessati, la possibilità di presentare osservazioni in conformità dell'articolo 23 dello Statuto della Corte di giustizia [23]. Tuttavia, si potrà tener conto di entrambe le finalità, almeno per quanto concerne la fattispecie oggetto del procedimento principale, solo qualora il giudice del rinvio sottoponga alla Corte una conforme domanda di interpretazione del diritto primario e completi la sua descrizione del contesto normativo e fattuale del procedimento principale con pertinenti osservazioni. Si raccomanda pertanto di segnalare al giudice del rinvio la possibilità di un nuovo rinvio.

44. Eppure un nuovo rinvio potrebbe essere preso in considerazione solo se venga definitivamente confermato che la soglia pertinente non è stata effettivamente superata. Spetta al giudice nazionale svolgere i necessari accertamenti sui fatti per escludere con sicurezza che non debbano essere presi ancora in considerazione ulteriori importi come parte del corrispettivo convenuto. Un'attenzione particolare dovrà essere riservata al modo in cui è stato calcolato il valore dell'appalto della ASL Lecce. Il giudice nazionale dovrà esaminare una serie di aspetti, inter alia, se le voci siano state eventualmente sottostimate, se l'accordo contrattuale abbia previsto il successivo aggiornamento di siffatte voci in base ai costi effettivi e se sia stata convenuta tra le parti contrattuali una suddivisione degli appalti, ivi compreso un calcolo separato delle voci [24]. In considerazione della minima differenza per difetto rispetto alla soglia pertinente nella fattispecie oggetto del procedimento principale, tali aspetti appaiono come particolarmente meritevoli di chiarimento.

b) Presunzione di rilevanza della questione pregiudiziale ai fini della decisione

45. Ove il valore dell'appalto risulti essere effettivamente al di sotto della pertinente soglia di EUR 206 000 nella fattispecie oggetto del procedimento principale, tale circostanza desterebbe dubbi in relazione alla rilevanza della questione pregiudiziale, visto che essa è diretta espressamente all'interpretazione della direttiva 2004/18 anziché al diritto primario applicabile. La questione pregiudiziale potrebbe eventualmente risultare non rilevante ai fini della decisione laddove non sia del tutto chiaro il suo rapporto con la realtà o con l'oggetto del procedimento principale.

46. In proposito occorre ricordare che, secondo costante giurisprudenza, nel contesto della cooperazione tra la Corte e i giudici nazionali prevista dall'articolo 267 TFUE, spetta esclusivamente al giudice nazionale, cui è stata sottoposta la controversia e che deve assumersi la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale, valutare, alla luce delle particolari circostanze della

22 — V. sentenza del 26 gennaio 1993, Telemarsicabruzzo e a. (da C-320/90 a C-322/90, Racc. pag. I-393, punto 6).

23 — V. sentenze del 25 marzo 2004, Azienda Agricola Ettore Ribaldi e a. (da C-480/00 a C-482/00, C-484/00, da C-489/00 a C-491/00 e da C-497/00 a C-499/00, Racc. pag. I-2943, punto 73), e del 21 settembre 1999, Albany (C-67/96, Racc. pag. I-5751, punto 40).

24 — Connessi con i metodi di calcolo si trovano i divieti di elusione espressamente disciplinati in tutte le direttive in materia di aggiudicazione di appalti. Da un lato, è vietata la suddivisione degli appalti, qualora sia effettuata con l'intenzione di sottrarli all'applicazione della rispettiva direttiva. Dall'altro, le direttive vietano l'elusione operata attraverso la scelta dei metodi di calcolo. Inoltre, dai divieti di elusione si può desumere un divieto generale di dolosa o colposa sottostima [v. Frenz, W., op. cit. (nota 11), pag. 209, paragrafo 822; Trepte, P., *Public Procurement in the EU*, II ed., Oxford, 2007, pagg. 262 e seg.].

controversia di cui è investito, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere in grado di pronunciare la propria sentenza sia la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte [25]. Dato che le questioni poste riguardano l'interpretazione del diritto dell'Unione, la Corte è, in via di principio, tenuta a statuire [26].

47. Di conseguenza, la presunzione di rilevanza inerente alle questioni proposte in via pregiudiziale dai giudici nazionali può essere esclusa solo in casi eccezionali, segnatamente qualora risulti manifestamente che la sollecitata interpretazione delle disposizioni del diritto dell'Unione considerate in tali questioni non abbia alcun rapporto con la realtà o con l'oggetto del procedimento principale [27]. Ma tale rilievo non è pertinente nel caso di specie, giacché non può essere escluso che il giudice del rinvio, a seguito di valutazione di tutte le circostanze del caso, in particolare del modo in cui è stato calcolato il valore dell'appalto della ASL Lecce [28], giunga alla conclusione che sia quanto mai opportuna nello specifico l'applicazione della direttiva 2004/18, in quanto la soglia pertinente è stata superata.

48. La Corte è pertanto tenuta a dare seguito alla domanda del giudice del rinvio e ad interpretare la direttiva 2004/18.

3. Non pertinenza di una deroga

49. Mentre le soglie pongono una prima delimitazione puramente finanziaria della normativa in materia di aggiudicazione di appalti, le direttive contengono pure deroghe esplicite per specifici settori. Occorre distinguere da queste ultime quelle eccezioni non scritte sviluppate dalla Corte nella sua giurisprudenza e concernenti sostanzialmente le situazioni in cui autorità pubbliche regionali o locali svolgono in comune funzioni di interesse pubblico. Le deroghe sono dirette, in considerazione del loro scopo, alla migliore implementazione delle direttive in materia di aggiudicazione di appalti. In particolare, devono essere esclusi dall'ambito di applicazione della pertinente normativa quei settori in cui non sussistono rischi specifici per la concorrenza correlati all'aggiudicazione di appalti, manca un interesse commerciale transfrontaliero o l'applicazione della normativa in questione non sarebbe adeguata alle peculiarità e alle particolari esigenze dei settori esclusi [29].

50. A prescindere da quale tipo di eccezione sia pertinente in un determinato caso, occorre tener presente che, in ragione dello scopo delle direttive in materia di aggiudicazione di appalti, vale a dire quello di sottoporre l'aggiudicazione di appalti pubblici a norme comuni in tutti gli Stati membri e di aprire il settore degli appalti pubblici in generale all'idea di concorrenza, le deroghe previste dalle direttive sono tassative e inoltre, in linea di massima, devono essere interpretate restrittivamente [30].

51. Nella fattispecie oggetto del procedimento principale vengono in considerazione sia deroghe codificate sia deroghe non scritte, la cui applicabilità dovrà essere di seguito esaminata in questo stesso ordine sistematico.

25 — In base a detta giurisprudenza si ritiene che il giudice nazionale abbia conoscenza diretta dei fatti della causa come pure degli argomenti delle parti e pertanto sia nella situazione più idonea per valutare, con piena cognizione di causa, la pertinenza delle questioni di diritto sollevate dalla causa di cui è investito e la necessità di una pronuncia pregiudiziale per poter emettere la sentenza (v. sentenza del 22 giugno 2000, Marca Mode, C-425/98, Racc. pag. I-4861, punto 21).

26 — V., inter alia, sentenze del 13 marzo 2001, PreussenElektra (C-379/98, Racc. pag. I-2099, punto 38); del 22 maggio 2003, Korhonen e a. (C-18/01, Racc. pag. I-5321, punto 19); del 19 aprile 2007, Asemfo (C-295/05, Racc. pag. I-2999, punto 30), e del 1° ottobre 2009, Gottwald (C-103/08, Racc. pag. I-9117, punto 16).

27 — V., inter alia, sentenze del 15 dicembre 1995, Bosman (C-415/93, Racc. pag. I-4921, punto 61); del 1° aprile 2008, Gouvernement de la Communauté française e Gouvernement wallon (C-212/06, Racc. pag. I-1683, punto 29), e Gottwald (cit. supra alla nota 26, punto 17).

28 — V. paragrafo 44 delle presenti conclusioni.

29 — V. Frenz, W., op. cit. (nota 11), pag. 670, paragrafo 2197.

30 — V. sentenze del 10 marzo 1987, Commissione/Italia (199/85, Racc. pag. 1039, punto 14); del 18 novembre 1999, Teckal (C-107/98, Racc. pag. I-8121, punto 43); del 17 novembre 1993, Commissione/Spagna (C-71/92, Racc. pag. I-5923, punto 10), e del 13 gennaio 2005, Commissione/Spagna (C-84/03, Racc. pag. I-139, punti 48 e 58).

a) Deroghe codificate

i) Appalto di servizi in base a un «diritto esclusivo»

52. In primo luogo va considerata la deroga di cui all'articolo 18 della direttiva 2004/18, a termini del quale «[l]a (…) direttiva non si applica agli appalti pubblici di servizi aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice a un'altra amministrazione aggiudicatrice (…) in base a un diritto esclusivo di cui esse beneficiano in virtù di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative pubblicate, purché tali disposizioni siano compatibili con il trattato». Tale deroga sarebbe pertanto pertinente solo qualora si potesse dimostrare l'esistenza di un diritto esclusivo dell'Università di prestare i servizi del tipo convenuto.

53. A tal proposito, è sufficiente osservare che, sebbene la normativa italiana dichiari le Università, all'articolo 6, paragrafo 4, della legge n. 168/1989, le «sedi primarie della ricerca scientifica» e l'articolo 15, paragrafo 1, della legge n. 241/1990 le autorizzi a «concludere accordi con altre amministrazioni pubbliche per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune», non se ne può desumere un diritto esclusivo nel senso sopra esposto. Un diritto esclusivo delle Università, sancito per legge, di eseguire attività di studio e valutazione della vulnerabilità sismica di strutture ospedaliere su incarico della Pubblica amministrazione non si riscontra né nell'ordinamento giuridico italiano né nel diritto dell'Unione. Si deve convenire con il governo ceco [31] che tali attività, per loro natura, integrano piuttosto un'attività di ricerca accessoria dell'Università e non sono dirette alla realizzazione della fondamentale funzione scientifica di quest'ultima di sede di trasmissione del sapere accademico, rispetto alla quale l'Università, nel sistema di formazione di ciascuno Stato membro, vanta un diritto esclusivo.

54. Di conseguenza, la deroga stabilita dall'articolo 18 della direttiva 2004/18 non è pertinente nella fattispecie oggetto del procedimento principale.

ii) Esclusione specifica per i servizi di ricerca e sviluppo

55. Occorre poi vagliare se sia pertinente, nella fattispecie oggetto del procedimento principale, la specifica esclusione disposta dall'articolo 16, lettera f), della direttiva 2004/18. Secondo tale disposizione, la direttiva non si applica agli appalti pubblici di «servizi di ricerca e sviluppo diversi da quelli i cui risultati appartengono esclusivamente all'amministrazione perché li usi nell'esercizio della propria attività, a condizione che la prestazione del servizio sia interamente retribuita da tale amministrazione».

56. Quest'ultimo requisito è soddisfatto in quanto la ASL Lecce si è obbligata per contratto al pagamento di un corrispettivo. Non è invece chiaro se siano soddisfatti gli altri presupposti richiesti dalla fattispecie. Infatti, sebbene, a termini del contratto di consulenza, tutti i risultati derivanti dall'attività sperimentale appartenessero alla ASL Lecce, quest'ultima era comunque tenuta, in caso di pubblicazione dei risultati in ambito tecnico-scientifico, a citare espressamente il Dipartimento. Ciò solleva la questione della misura in cui la proprietà dei risultati della ricerca spettasse alla ASL Lecce. Non può escludersi, in linea di principio, che sia proprio questo il caso. In mancanza di un'esposizione dei fatti più precisa circa il contenuto dell'accordo e le connesse conseguenze giuridiche di diritto nazionale, non è possibile stabilire con certezza se sia soddisfatto tale presupposto della deroga a norma all'articolo 16, lettera f), della direttiva 2004/18. A tal proposito, sarebbe necessario dedurre e valutare i fatti, ma la Corte, nell'ambito di un procedimento introdotto ai sensi

31 — V. punti 17 e 18 della memoria del governo ceco.

dell'articolo 267 TFUE, non ne ha il potere [32]. Ciò rientra piuttosto nella competenza del giudice nazionale. A quest'ultimo incombe l'esame della pertinenza della deroga di cui all'articolo 16, lettera f), della direttiva 2004/18, alla luce dell'insieme degli elementi della fattispecie oggetto del procedimento principale.

b) Deroghe non scritte

57. Come già indicato supra, la Corte ha sviluppato in via giurisprudenziale due ulteriori deroghe concernenti rispettivamente le cosiddette operazioni «in house» e diverse forme di cooperazione intercomunale [33]. È opportuno descriverle nei loro fondamenti essenziali ai fini dell'esame della loro applicabilità alla fattispecie oggetto del procedimento principale.

i) Operazioni di «affidamento in house»

58. Le operazioni di «affidamento in house» presuppongono, per definizione, uno scambio di prestazioni che – dal punto di vista giuridico – si svolge all'interno di uno stesso soggetto di diritto. Le operazioni di «affidamento in house» non costituiscono dunque operazioni rilevanti ai fini della fornitura, poiché un'amministrazione aggiudicatrice fornisce le prestazioni con propri mezzi. Ciò è ammissibile in base alla normativa in materia di aggiudicazione di appalti, come ha stabilito la Corte nella sentenza Stadt Halle e RPL Lochau [34]. In essa la Corte ha precisato che «[u]n'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi». Secondo quanto affermato dalla Corte «[i]n tal caso, non si può parlare di contratto a titolo oneroso concluso con un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice». Non sussistono dunque i presupposti per applicare ad una situazione siffatta le norme dell'Unione in materia di appalti pubblici [35].

59. Nell'ambito della medesima tematica viene trattata anche l'ipotesi in cui un'autorità pubblica aggiudichi un appalto ad un soggetto invero giuridicamente autonomo, che si trovi però in particolari relazioni con essa [36]. Anche in tal caso è rilevante, in ultima analisi, se sussista un appalto assoggettato a obbligo di gara. A tal proposito si pone, in primo luogo, la questione se abbiano preso parte alla procedura due soggetti distinti che possono intervenire rispettivamente nella qualità di amministrazione aggiudicatrice e offerente. Mentre un'identità tra i soggetti si può escludere già facendo riferimento alla loro autonomia dal punto di vista giuridico, pone non di rado difficoltà la questione se essi, relativamente ad una specifica procedura, presentino rispettivamente la qualità di amministrazione aggiudicatrice e di offerente. In base ad un determinato contratto, due soggetti possono eventualmente essere così reciprocamente connessi che in mancanza di un appalto viene meno l'obbligo di indizione della gara.

32 — V. sentenze del 6 aprile 1962, Bosch (13/61, Racc. pag. 89), e del 5 febbraio 1963, Van Gend en Loos (26/62, Racc. pag. 1).

33 — V. il *Libro verde della Commissione del 27 gennaio 2011 sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici — Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti* COM(2011) 15 def., pag. 24, in cui sono menzionate entrambe le ipotesi sviluppate nella giurisprudenza della Corte. La Commissione si esprime ivi a favore dell'individuazione, al momento dell'elaborazione di progetti legislativi, delle forme di cooperazione che non debbono rientrare nell'ambito di applicazione delle direttive in materia di appalti pubblici. A tal riguardo, occorre prendere in considerazione anche i rilievi della giurisprudenza della Corte.

34 — Sentenza dell'11 gennaio 2005, Stadt Halle e RPL Lochau (C-26/03, Racc. pag. I-1).

35 — Ibidem, punto 48.

36 — V. Holoubek, M., *EU-Kommentar* (a cura di Jürgen Schwarze), II ed., art. 49/50 CE, paragrafo 151, pag. 753, il quale sottolinea che la giurisprudenza della Corte ha escluso dall'ambito di applicazione delle direttive in materia di aggiudicazione degli appalti e da quello delle libertà fondamentali non solo la relazione di appalto nei rapporti interni di una persona giuridica, ma anche le relazioni di appalto tra la Pubblica amministrazione e le istituzioni indipendenti.

60. La Corte ritiene sufficiente, in linea di massima, ai fini della sussistenza di un obbligo di indizione di gara, che il contratto sia stato stipulato da un'amministrazione aggiudicatrice e da un soggetto giuridicamente distinto da quest'ultima. A partire dalla fondamentale sentenza Teckal [37], la Corte conclude però per la mancanza di un obbligo di indizione, e dunque per un'operazione di «affidamento in house», «nell'ipotesi in cui l'autorità pubblica, che è un'autorità aggiudicatrice, eserciti sull'ente distinto di cui si tratta un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi e in cui tale ente realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano» [38].

61. Occorre invero constatare che, nella fattispecie oggetto del procedimento principale, non ci si trova dinanzi a nessuna delle due ipotesi. In primo luogo, il contratto in questione nel presente caso è stato concluso tra due soggetti di diritto distinti. In secondo luogo, in base alle informazioni fornite dal giudice del rinvio [39], risulta che l'Università non è sottoposta ad alcun tipo di controllo da parte della ASL Lecce. Conseguentemente non si può trattare di un'operazione di «affidamento in house».

ii) Cooperazione intercomunale

62. Un'ulteriore eccezione non scritta risulta dai principi giurisprudenziali sanciti [40] nella sentenza Commissione/Germania [41]. Si può desumere da detta sentenza in quali circostanze e in quali forme la cooperazione intercomunale debba essere esclusa dall'ambito di applicazione della normativa in materia di aggiudicazione di appalti [42]. Non da ultimo per tale motivo è opportuno riassumere nei loro tratti fondamentali i fatti alla base di tale decisione, nonché l'argomentazione svolta dalla Corte.

– L'argomentazione della Corte nella sentenza Commissione/Germania

63. Oggetto di quel procedimento di infrazione era l'assegnazione, effettuata senza l'indizione di una gara a livello europeo, dello smaltimento dei rifiuti dei quattro Landkreise della Bassa Sassonia, ossia quelli di Rotenburg (Wümme), di Harburg, di Soltau-Fallingbostel e di Stade, alla Stadt Reinigung Hamburg (servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo), un'impresa pubblica operante nella forma giuridica di ente di diritto pubblico. A titolo di remunerazione era previsto un compenso annuo con un meccanismo di aggiornamento del prezzo basato sui quantitativi consegnati. La durata del contratto era di 20 anni. Le parti avevano convenuto di avviare i negoziati al più tardi cinque anni prima della fine del contratto per decidere in merito a un'eventuale proroga.

64. La Corte ha respinto il ricorso della Commissione in quanto non ha ravvisato nella conclusione del contratto concernente i servizi di smaltimento dei rifiuti senza ricorrere alla procedura di appalto né ad un'aggiudicazione a livello comunitario alcuna violazione della direttiva 92/50. La Corte non ha riconosciuto un eventuale obbligo di indizione di gara argomentando, in sostanza, che il contratto controverso avrebbe istituito una cooperazione tra enti locali finalizzata a garantire l'adempimento di

37 — Sentenza Teckal (cit. supra alla nota 30).

38 — V. sentenze Teckal (cit. supra alla nota 30, punto 50); Stadt Halle e RPL Lochau (cit. supra alla nota 34, punto 49), nonché Commissione/Germania (cit. supra alla nota 3, punto 34).

39 — V. punto 35 della decisione di rinvio.

40 — V. Chaminade, A., «Des possibilités de coopération accrues pour les collectivités territoriales», *La Semaine Juridique - édition générale*, 2010, n. 363, pag. 662, il quale discute di un ulteriore sviluppo della giurisprudenza della Corte a partire dalle sentenze concernenti gli affidamenti in house. V. Ferk, P./Ferk, B., «Osebe javnega prava kot ponudniki», *Podjetje in delo*, n. 4, pagg. 481 e seg., i quali, in relazione alla sentenza Commissione/Germania, in tanto parlano di un'integrazione della dottrina finora elaborata sugli affidamenti in house, in quanto si tratti di un rapporto contrattuale e non istituzionale tra le parti.

41 — Cit. supra alla nota 3.

42 — V. Pirker, B., «La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Arrêt Commission c/Allemagne», *Revue du droit de l'Union européenne*, 2009, n. 3, pag. 574; Broussy, E./Donnat, F./Lambert, C., *Chronique de jurisprudence communautaire, Droit administratif*, 2009, pag. 1542, i quali sostengono che la sentenza Commissione/Germania istituirebbe una nuova eccezione alla normativa in materia di aggiudicazione di appalti.

una funzione di servizio pubblico comune a tutti loro, ossia lo smaltimento di rifiuti [43]. Per accertare detta circostanza, la Corte ha sottoposto il contratto ad un'analisi dettagliata nel corso della quale ha esaminato a fondo quegli aspetti che, a suo avviso, caratterizzano tipicamente la cooperazione intercomunale. Tali aspetti costituiscono nel contempo, come si vedrà nel prosieguo, i criteri alla stregua dei quali si può stabilire se un determinato accordo tra autorità pubbliche rientri nell'eccezione non scritta della cooperazione intercomunale. In altre parole, essi rappresentano gli elementi costitutivi della deroga.

65. È evidente che la cooperazione intercomunale, nell'ottica della Corte, è caratterizzata dallo sforzo profuso da tutti gli enti partecipanti di assicurare lo svolgimento effettivo in comune di una funzione di interesse pubblico. Ai fini dell'esclusione di detto settore dall'ambito di applicazione della normativa in materia di aggiudicazione di appalti funge da fondamento di legittimità il riconoscimento – già emerso nella sentenza Coditel Brabant [44] – che un'autorità pubblica ha la possibilità di adempiere i compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti o anche in collaborazione con altre autorità pubbliche, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi. Detta autonomia presuppone, però, ad avviso della Corte, che un'amministrazione aggiudicatrice debba avere anche la libertà di collaborare con altre amministrazioni aggiudicatrici e così di mettere insieme i rispettivi strumenti propri [45]. Sulla base di tale argomentazione la Corte ha ugualmente riconosciuto alle autorità pubbliche la libertà di scelta circa la forma giuridica della collaborazione per assicurare in comune le loro funzioni di servizio pubblico, se, come nel caso di specie, ricorrendo unicamente ad un semplice contratto oppure in maniera istituzionalizzata [46] attraverso un ente di diritto pubblico appositamente costituito. Tale conclusione è stata motivata, da un lato, con l'argomento formale che non ci sarebbe alcuna norma di diritto dell'Unione ad imporre, a tal riguardo, una determinata forma giuridica [47]. Dall'altro, la Corte non ha scorto, sotto il profilo teleologico, la necessità di un corrispondente obbligo di forma della cooperazione, finché la concorrenza nel mercato interno degli appalti non viene falsata dal fatto che un'impresa privata viene privilegiata e in tal modo altre sono discriminate [48].

– I criteri stabiliti dalla Corte

66. Diversamente dalla giurisprudenza sulle operazioni di «affidamento in house» in cui la Corte, già nella sentenza Teckal, sintetizzava i due criteri applicabili in una concisa massima, non si può individuare, in tale decisione fondamentale, alcuna formula altrettanto pregnante per i presupposti in base ai quali, al di là del caso deciso, possa essere considerata, in generale, ammissibile una cooperazione intercomunale non soggetta alla normativa in materia di aggiudicazione di appalti. Nondimeno, come esposto supra, dalla linea argomentativa della Corte può ricavarsi una serie di criteri rilevanti che devono sussistere congiuntamente. Conseguentemente, la Corte sottrae la cooperazione intercomunale all'ambito di applicazione della normativa in materia di aggiudicazione di appalti in base ai criteri seguenti:

— svolgimento di una funzione comune di interesse pubblico ovvero di funzioni connesse al perseguimento di obiettivi di interesse pubblico;

— da parte di sole autorità pubbliche senza la partecipazione di una parte privata;

43 — Sentenza Commissione/Germania (cit. supra alla nota 3, punto 37).

44 — Sentenza del 13 novembre 2008, Coditel Brabant (C-324/07, Racc. pag. I-8457, punto 48).

45 — V. sentenza Commissione/Germania (cit. supra alla nota 3, punto 45).

46 — V. Steiner, M., «Ausschreibungsfreier Abfallentsorgungsvertrag: Ist das der Anfang vom Ende der sogenannten Teckal-Kriterien?», *European Law Reporter*, 2009, pag. 283, il quale, a proposito della fattispecie alla base della sentenza Commissione/Germania, parla di una «cooperazione istituzionalizzata» di fatto.

47 — V. sentenza Commissione/Germania (cit. supra alla nota 3, punto 47).

48 — Ibidem.

— sulla base di un contratto oppure di una forma giuridica istituzionalizzata, come ad esempio un'associazione di scopo;

— con riguardo alla conclusione del contratto, nessuna impresa privata viene posta in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti;

— il contratto non è diretto ad eludere la normativa in materia di aggiudicazione di appalti.

67. Contro una diretta applicabilità di detta giurisprudenza alla fattispecie oggetto del procedimento principale si potrebbe, in linea di principio, argomentare che – diversamente che nella situazione di fatto all'origine della sentenza Commissione/Germania – non si tratta qui di una cooperazione tra enti locali. Infatti, oggetto della presente causa è piuttosto un accordo contrattuale tra un ente locale e un ente di diritto pubblico. In tale contesto si dovrebbe esaminare approfonditamente in che misura, sulla base di detta giurisprudenza, sia lecito parlare di una deroga che contempli forme di cooperazione come quelle di cui al presente caso.

iii) Figura giuridica del «partenariato pubblico-pubblico»

– Estensione della deroga a diverse forme di cooperazione tra autorità pubbliche

68. Un'attenta lettura della sentenza Commissione/Germania chiarisce invero che l'eccezione sviluppata dalla Corte non è contraria, in linea di principio, a siffatte forme di cooperazione.

69. A favore di detta tesi si può, in primo luogo, dedurre che in quella causa si trattava di un contratto stipulato tra i servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo e quattro Landkreise limitrofi, in cui i primi costituivano un ente di diritto pubblico e non un ente locale [49]. In secondo luogo, va considerato che la Corte utilizza spesso nella sentenza il concetto neutro di «autorità pubblica» [50], con il quale essa allude al fatto che la cooperazione, come presupposto di applicazione della deroga non scritta, non è riservata solo ai Comuni [51]. Una limitazione della deroga esclusivamente alla cooperazione tra enti locali risulterebbe, alla luce della diversa struttura delle organizzazioni amministrative nei rispettivi Stati membri, troppo formalistica e difficilmente comprensibile. In tale contesto è anzi ragionevole interpretare l'ambito di applicazione di detta deroga non scritta in senso più ampio e, pertanto, parlare piuttosto di una «cooperazione tra autorità pubbliche».

70. Di conseguenza, si deve ritenere che detta deroga non scritta può contemplare, in linea di principio, anche un'ipotesi in cui siano parti di uno stesso contratto un'autorità sanitaria e un'Università.

– Soddisfacimento dei criteri nella fattispecie oggetto del procedimento principale

71. Affinché la ASL Lecce e l'Università possano avvalersi di detta eccezione non scritta, i summenzionati criteri di individuazione di una cooperazione tra autorità pubbliche devono risultare soddisfatti nella fattispecie oggetto del procedimento principale. È pacifico che sussiste un accordo contrattuale tra sole autorità pubbliche senza alcuna forma di partecipazione da parte di privati, in cui risultano soddisfatti insieme svariati criteri. Si incontrano invece difficoltà relativamente ad altri criteri, i quali impongono un esame più approfondito.

49 — In tal senso Wagner, S., «Öffentliche Aufträge: Eine förmliche europaweite Ausschreibung ist nicht erforderlich, wenn öffentliche Stellen i.R. interkommunaler Zusammenarbeit einen Vertrag zur Erfüllung einer ihnen allen obliegenden öffentlichen Aufgabe (Abfallentsorgung) schließen», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, 2009, pag. 328.

50 — V. sentenza Commissione/Germania (cit. supra alla nota 3, punti 34, 44, 45 e 47).

51 — In tal senso Öhler, M./Gruber, C., «'Zusammenarbeit' iSd EuGH-Urteils Rs Stadtreinigung Hamburg nicht auf Kooperationen zwischen Gebietskörperschaften beschränkt», *Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis*, 2011, pag. 288.

Svolgimento di una funzione di interesse pubblico

72. Una delle questioni più dibattute che si pongono nella presente causa è stabilire se il contratto di cui si tratta sia stato stipulato da entrambe le parti con lo scopo di svolgere una funzione *di interesse pubblico*.

73. Come già esposto, l'Università è stata incaricata di eseguire attività di studio e valutazione della vulnerabilità sismica delle strutture ospedaliere della Provincia di Lecce. Detti lavori dovevano essere eseguiti in conformità delle normative nazionali in materia di sicurezza delle strutture, in particolare degli edifici strategici. Come ha affermato la ASL Lecce [52] nelle sue osservazioni scritte, i risultati di detto studio erano destinati a fungere da fondamento per propri futuri progetti finalizzati al miglioramento della resistenza delle strutture interessate. Se ne deve concludere che, tramite l'appalto per l'esecuzione dello studio, la ASL Lecce ha inteso effettivamente ottemperare ad un obbligo posto a suo carico dalla normativa nazionale allo scopo di garantire la sicurezza degli ospedali. Una funzione siffatta concorre all'interesse pubblico e rientra nella competenza dello Stato.

74. Pertanto il contratto in questione è stato concluso da entrambe le parti con lo scopo di svolgere una funzione di interesse pubblico.

Cooperazione ai fini dello svolgimento di una funzione pubblica comune

75. È inoltre necessario che la cooperazione sia diretta allo svolgimento di una funzione pubblica *comune* [53]. Non è, pertanto, sufficiente che l'obbligo legale di svolgere le funzioni pubbliche in questione incomba su una sola delle autorità pubbliche coinvolte, mentre l'altra si limiti ad un ruolo di ausiliare dell'adempimento, che assume in appalto l'esecuzione di detta funzione altrui. Ciò appare comprensibile qualora si rammenti il significato etimologico della parola «cooperazione», in quanto l'essenza di una cooperazione siffatta consiste proprio in una strategia comune condivisa dalle parti che si basa sullo scambio e sull'armonizzazione dei rispettivi interessi. Il perseguimento unilaterale di propri interessi ad opera di una sola parte si può molto difficilmente descrivere come «cooperazione» nel senso summenzionato [54].

76. Concreti elementi a favore della sussistenza di un analogo requisito di effettiva cooperazione tra autorità pubbliche sono forniti dalle affermazioni della Corte nella sentenza Commissione/Germania [55], relative alla specifica forma di cooperazione tra quattro enti locali e un ente pubblico che consentiva loro di svolgere in comune una funzione di servizio pubblico incombente su ognuno di essi, vale a dire lo smaltimento di rifiuti. Nelle affermazioni della Corte vi è un riferimento esplicito a detto aspetto. Come essa ha constatato, il rapporto tra le parti contrattuali si caratterizzava per il riconoscimento di diritti e obblighi reciproci. Inoltre le parti erano tenute ad una reciproca assistenza e considerazione. Oggetto della sentenza era, pertanto, un rapporto di scambio che andava al di là di una prestazione di servizi verso semplice pagamento di un corrispettivo [56].

52 — V. pag. 3 della memoria della ASL Lecce.

53 — V. Struve, T., «Durchbruch für interkommunale Zusammenarbeit», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2009, pag. 807; Veldboer, W., «Zur Entscheidung für interkommunale Zusammenarbeit durch das EuGH-Urteil 'Hamburger Stadtreinigung'», *Die öffentliche Verwaltung*, 2009, pag. 360.

54 — V. Öhler, M./Gruber, C., op. cit. (nota 51), pag. 289, i quali assumono che l'accordo tra le autorità pubbliche presenti un «carattere cooperativo».

55 — V. sentenza Commissione/Germania (cit. supra alla nota 3, punto 37).

56 — In tal senso Struve, T., op. cit. (nota 53), pag. 807.

77. Come a ragione riconosciuto dal governo polacco [57], dal CNI [58] e dalla Commissione [59], la fattispecie oggetto del procedimento principale differisce, tuttavia, in modo sostanziale dalla situazione sopra descritta, in quanto le finalità delle autorità pubbliche coinvolte, nello specifico, divergono l'una dall'altra. Mentre un obbligo legale di studio e valutazione della vulnerabilità sismica delle strutture ospedaliere incombe sulla sola ASL Lecce, il ruolo dell'Università, stabilito dalla legge, consiste nella ricerca scientifica. Detto ruolo viene integrato dalla funzione tradizionale di sedi di trasmissione del sapere accademico alla quale si è già fatto riferimento [60]. In tale contesto, appare chiaro che lo studio e la valutazione della vulnerabilità sismica delle strutture ospedaliere non possono essere considerati rientrare nella competenza originaria di un'Università. A ben guardare, infatti, gli aspetti concreti della fattispecie oggetto del procedimento principale, va constatato che non sussiste alcun corrispondente incarico affidato dalla legge all'Università. Ciò è già stato accertato nell'ambito dell'analisi dell'articolo 18 della direttiva 2004/18 [61]. Ugualmente non sussistono elementi a supporto del fatto che l'Università avrebbe assunto motu proprio detta funzione. Nondimeno essa dispone sia delle necessarie conoscenze specialistiche, sia delle risorse personali e materiali per svolgerla. A tali mezzi fa ricorso la ASL Lecce nell'espletare la sua funzione pubblica. Essa è per così dire beneficiaria delle risorse dell'Università. In ultima analisi sono, però, i soli interessi della ASL Lecce ad essere perseguiti.

78. In tale contesto acquista significato la natura del rapporto tra le due parti. Una cooperazione tra autorità pubbliche può essere configurata in maniera diversa, come si può derivare dalla sentenza Commissione/Germania: o su un fondamento istituzionale attraverso la costituzione di una struttura adattata alle esigenze delle parti cui vengano trasferiti i poteri ovvero tramite la quale essi vengano esercitati congiuntamente, oppure anche su una base contrattuale attraverso la conclusione di un contratto di cooperazione ovvero di un accordo concernente lo svolgimento di una funzione pubblica comune [62]. Nella fattispecie oggetto del procedimento principale non sussiste nulla del genere. Il contratto di consulenza stipulato tra la ASL Lecce e l'Università non stabilisce né il fondamento né il quadro normativo necessario per una cooperazione al servizio di una funzione pubblica comune. Invece, esso prevede esclusivamente una prestazione di servizi nella forma di una consulenza specialistica per la quale si deve pagare un compenso. In ultima analisi, la ASL Lecce «acquista» uno studio dall'Università, tant'è vero che essa ne acquisisce l'esclusivo diritto di proprietà e può disporne a suo piacimento. D'altra parte, l'Università viene remunerata per detto studio, per cui va di nuovo rilevato che il carattere di copertura integrale dei costi proprio del corrispettivo non influisce minimamente sull'onerosità della prestazione di servizi [63].

79. Inoltre, il contratto di consulenza di cui si tratta nel presente caso, diversamente dall'accordo contrattuale alla base della sentenza Commissione/Germania, non prevede obblighi di assistenza reciproca. A tal riguardo nulla può cambiare la circostanza che le attività previste debbano svolgersi in stretta cooperazione tra il gruppo di lavoro individuato dalla ASL Lecce e quello dell'Università, in quanto, a termini di contratto, potrebbe farsi ricorso anche a personale esterno. I reciproci obblighi di assistenza erano, pertanto, limitati e chiaramente non dovevano eccedere quanto fosse necessario a rendere possibile al gruppo di lavoro dell'Università l'esecuzione dello studio.

57 — V. punto 22 della memoria del governo polacco.

58 — V. pag. 6 della rispettiva memoria, in cui il CNI contesta addirittura che lo studio e la valutazione della vulnerabilità sismica delle strutture ospedaliere costituiscano una funzione affidata per legge alla ASL Lecce.

59 — V. punto 86 della memoria della Commissione.

60 — V. paragrafo 53 delle presenti conclusioni.

61 — V. paragrafo 53 delle presenti conclusioni.

62 — In tal senso Dreyfus, J.-D./Rodrigues, S., «La coopération intercommunale confortée par la CJCE?», *L'actualité juridique; droit administratif*, 2009, pag. 1720.

63 — V. paragrafo 34 delle presenti conclusioni.

80. A prescindere da quanto osservato, le osservazioni scritte della ASL Lecce [64] fanno intendere che non ha avuto luogo alcuno scambio effettivo tra i due gruppi di lavoro istituiti dalla stessa ASL e dall'Università al fine dello svolgimento della funzione pubblica asseritamente comune. Piuttosto, il gruppo di lavoro della ASL Lecce, sulla base dei risultati raggiunti, cioè a seguito dell'esecuzione dello studio da parte dell'Università, si sarebbe dedicato all'elaborazione di strategie finalizzate al miglioramento della sicurezza delle strutture esaminate. Tale fatto corrobora la tesi già esposta secondo cui la ASL Lecce ha effettivamente dato in appalto una consulenza e ha pagato per quest'ultima un corrispettivo.

81. Tenuto conto dell'insieme delle considerazioni che precedono, occorre dichiarare che il contratto di consulenza in questione non fonda, nel senso inteso dalla giurisprudenza, una vera e propria cooperazione tra le autorità pubbliche interessate diretta allo svolgimento di una funzione pubblica comune. Si tratta piuttosto di un contratto avente ad oggetto servizi prestati verso compenso.

Nessuna impresa privata deve essere posta in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti

82. D'altro canto, ai sensi dei criteri stabiliti dalla Corte per l'affidamento in appalto dell'esecuzione dello studio, nessuna impresa privata potrebbe essere posta in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti.

83. Come affermato in premessa, l'Università è intervenuta nella qualità di «operatore economico» ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 9, della direttiva 2004/18 [65]. Pertanto, essa aveva, dal punto di vista della normativa in materia di aggiudicazione di appalti, la medesima posizione giuridica di un'impresa privata. In considerazione del fatto che l'Università ha ottenuto detto appalto senza che abbia avuto luogo una gara pubblica, essa è stata posta in una situazione privilegiata rispetto alle associazioni di ingegneri e architetti, che sarebbero state forse ugualmente in condizione di effettuare lo studio in questione.

84. Tale criterio presuppone necessariamente, dal punto di vista logico, che fossero presenti potenziali concorrenti. Al riguardo occorre constatare che la ASL Lecce, nelle sue osservazioni scritte, non contesta in maniera espressa che anche altri operatori economici avrebbero potuto eseguire lo studio in questione. Sebbene vengano esaltate l'economicità, le risorse materiali e la competenza dell'Università [66], un'analoga capacità, in linea di massima, non è stata disconosciuta ad altri operatori economici, come ad esempio gli studi di ingegneri e di architetti. Alla luce delle osservazioni del CNI [67] a sostegno della tesi che una siffatta attività rientra piuttosto nella competenza primaria di ingegneri e architetti, sarebbe arduo sostenere un'argomentazione in tal senso. Per quanto la ASL Lecce abbia correttamente esposto il suo punto di vista nell'udienza, e precisamente nel senso che la complessità dell'attività avrebbe oberato eccessivamente gli studi di ingegneri o architetti, essa non ha potuto però contestare, in risposta ad un apposito quesito della Corte, che anche altre Università ed enti privati di ricerca nel territorio nazionale e all'estero avrebbero potuto essere all'altezza del compito.

85. Tuttavia, spetta al giudice nazionale competente per l'accertamento dei fatti chiarire definitivamente detta questione. A tal riguardo, questi deve valutare se le procedure necessarie per lo studio e la valutazione della vulnerabilità sismica fossero effettivamente di tale complessità che solo l'Università menzionata – e nessun'altra – avrebbe potuto eseguire lo studio. Ai fini del presente procedimento pregiudiziale è sufficiente la constatazione che la ASL Lecce avrebbe avuto prevedibilmente la possibilità di scegliere tra diversi potenziali concorrenti, qualora avesse indetto una gara d'appalto per l'esecuzione dello studio menzionato.

64 — V. pag. 3 della memoria della ASL Lecce.

65 — V. paragrafi 27 e 28 delle presenti conclusioni.

66 — V. pagg. 23 e seg. della memoria della ASL Lecce.

67 — V. pag. 2 della memoria del CNI.

86. Di conseguenza, l'Università, riguardo alla conclusione del contratto, è stata posta in una situazione privilegiata rispetto ai potenziali concorrenti, per cui non risulta soddisfatto un ulteriore presupposto di applicazione dell'eccezione non scritta.

Assenza di elusione della normativa in materia di aggiudicazione di appalti

87. Come ulteriore presupposto di applicabilità della deroga non scritta alla fattispecie oggetto del procedimento principale è necessario che, concludendo il contratto, non siano state eluse le norme in materia di aggiudicazione degli appalti.

88. Per quanto attiene a detto presupposto, va condivisa la posizione del governo polacco [68], secondo cui si può intravedere una distorsione della concorrenza già nel fatto che non sia stata indetta una gara nonostante che lo studio in questione avrebbe potuto essere eseguito prevedibilmente anche da associazioni di ingegneri e di architetti in concorrenza con l'Università. Degno di nota a tale riguardo è il fatto che, nella sua qualità di amministrazione aggiudicatrice, la ASL Lecce avrebbe avuto tutto l'interesse ad ammettere all'appalto il più elevato numero possibile di concorrenti. Come è stato affermato dalla Corte nella sentenza CoNISMa [69], uno degli obiettivi della normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici è costituito dall'apertura alla concorrenza nella misura più ampia possibile. Siffatta apertura è prevista non soltanto nell'interesse dell'Unione alla libera circolazione dei prodotti e dei servizi [70], bensì anche nell'interesse della stessa amministrazione aggiudicatrice in questione, la quale disporrà così di una più ampia scelta circa l'offerta più vantaggiosa e più rispondente alle sue necessità di autorità pubblica. Non concedendo ai potenziali offerenti l'occasione di presentare le loro offerte, la ASL Lecce si è preclusa tale possibilità.

89. In tale contesto, l'argomentazione della ASL Lecce [71] secondo cui l'affidamento dell'appalto all'Università le avrebbe assicurato un consistente risparmio di spese non appare convincente, tanto più che, in mancanza di una gara pubblica, non ha avuto la possibilità di esaminare le offerte di potenziali concorrenti. Non solo la ASL Lecce non ha fornito il minimo elemento di prova a supporto di tale asserzione, ma neppure è stata in grado di dimostrare come sia pervenuta all'importo stimato di EUR 800 000, che gli altri concorrenti, a suo avviso, avrebbero richiesto, qualora avessero potuto eseguire lo studio. La supposizione, non comprovata, secondo cui solo l'Università avrebbe potuto eseguire lo studio in questione ad un prezzo tanto conveniente denota un travisamento dell'obiettivo perseguito dalla normativa in materia di aggiudicazione di appalti.

90. Se si consentisse alle amministrazioni aggiudicatrici di rivolgersi – al di là del settore del partenariato pubblico-pubblico – ad altre autorità pubbliche al fine di ottenere prestazioni di servizi senza essere assoggettate alle prescrizioni della normativa in materia di aggiudicazione di appalti, sarebbe fondato il timore che queste ultime possano essere alla lunga eluse e con ciò verrebbe frustrato, in ultima analisi, l'obiettivo dell'Unione di assicurare la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi nonché una concorrenza priva di restrizioni nel mercato interno. Al fine di impedire siffatto risultato, è necessario un rigoroso controllo dell'applicazione dei criteri stabiliti dalla Corte nella sentenza Commissione/Germania.

91. Va dunque constatato che il contratto stipulato tra la ASL Lecce e l'Università mirava ad eludere la normativa in materia di aggiudicazione di appalti. Anche detta circostanza depone contro l'applicazione dell'eccezione non scritta.

68 — V. punto 23 della memoria del governo polacco.

69 — Sentenza CoNISMa (cit. supra alla nota 6, punto 37).

70 — La normativa in materia di aggiudicazione di appalti, nell'interesse della concorrenza, stabilisce dei limiti all'agire delle autorità pubbliche sul piano dell'autonomia privata proprio per quanto riguarda la scelta della parte contrattuale. A proposito dell'influenza esercitata sul diritto privato dalle finalità politiche relative al mercato interno, v. Wendehorst, C., «Methodenlehre und Privatrecht in Europa», *Vom praktischen Wert der Methode – Festschrift für Heinz Mayer zum 65. Geburtstag*, Vienna, 2011, pag. 829.

71 — V. pag. 15 della memoria della ASL Lecce.

– Argomenti contrari ad una qualificazione in termini di «partenariato pubblico-pubblico»

92. La precedente disamina ha fatto emergere che, nella fattispecie oggetto del procedimento principale, non è stata soddisfatta una serie di criteri necessari per inquadrare l'interazione tra autorità pubbliche nell'ambito di un «partenariato pubblico-pubblico». Ciò vale anzitutto per il requisito della cooperazione diretta allo svolgimento di una funzione pubblica comune [72]. Non si constata una «cooperazione» vera e propria nel senso anzidetto, né le parti perseguono uno scopo comune loro affidato dalla legge. Piuttosto ricorre l'ipotesi di un'autorità pubblica che utilizza in economia le risorse di un'altra autorità pubblica. Dal punto di vista giuridico si tratta di un contratto avente ad oggetto servizi prestati verso compenso. Inoltre, la circostanza che l'Università, riguardo alla conclusione del contratto, sia stata posta in una situazione privilegiata rispetto ai potenziali concorrenti [73] e che il contratto in questione fosse diretto ad eludere la menzionata normativa [74] depone contro l'esclusione, nel presente caso, del procedimento in questione dall'ambito di applicazione della normativa in materia di aggiudicazione degli appalti. Tenuto conto di tale risultato non si può parlare di un «partenariato pubblico-pubblico».

c) Conclusione intermedia

93. In conclusione, non c'è spazio per una deroga che escluderebbe l'applicabilità della direttiva 2004/18.

4. Conclusioni riassuntive

94. In sintesi, occorre constatare che l'incarico di esecuzione di attività di studio e valutazione della vulnerabilità sismica di determinati ospedali di cui al presente caso è necessariamente assoggettato a procedura di aggiudicazione di appalto, cui è applicabile la direttiva 2004/18. Dato che, nella fattispecie oggetto del procedimento principale, non è stata indetta una gara, sussiste una violazione della direttiva. Siccome la normativa nazionale ammette accordi come quelli tra la ASL Lecce e l'Università, essa è a sua volta contraria alla direttiva.

95. Ne consegue che la direttiva 2004/18, in particolare gli articoli 1, paragrafo 2, lettere a) e d), 2 e 28, nonché l'allegato II, categorie 8 e 12, deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una disciplina nazionale che consente la stipulazione di accordi in forma scritta tra un'amministrazione aggiudicatrice ed un'Università di diritto pubblico 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'Università esecutrice possa rivestire la qualità di operatore economico.

VII – Conclusione

96. Sulla base delle considerazioni sopra svolte, propongo alla Corte di rispondere alla questione pregiudiziale sottoposta dal Consiglio di Stato come segue:

La 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, in particolare gli articoli 1, paragrafo 2, lettere a) e d), 2 e 28, nonché l'allegato II, categorie 8 e 12, deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una disciplina nazionale che consente la

72 — V. paragrafo 81 delle presenti conclusioni.

73 — V. paragrafo 86 delle presenti conclusioni.

74 — V. paragrafo 91 delle presenti conclusioni.

stipulazione di accordi in forma scritta tra un'amministrazione aggiudicatrice e un'Università di diritto pubblico 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'Università esecutrice possa rivestire la qualità di operatore economico.