

ORDINANZA DELLA CORTE (Decima Sezione)

16 maggio 2013 (*)

«Articolo 99 del regolamento di procedura – Appalti pubblici – Direttiva 2004/18/CE – Articolo 1, paragrafo 2, lettere a) e d) – Servizi – Attività di studio e consulenza tecnico-scientifica per la redazione degli atti costituenti un Piano di Governo di un Territorio comunale – Contratto concluso tra due enti pubblici, uno dei quali è un'università – Ente pubblico qualificabile come operatore economico»

Nella causa C-564/11,

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

Consulta Regionale Ordine Ingegneri della Lombardia e altri

contro

Comune di Pavia,

nei confronti di:

Università degli Studi di Pavia,

LA CORTE (Decima Sezione),

composta da A. Rosas, presidente di Sezione, D. Šváby (relatore) e C. Vajda, giudici,

avvocato generale: N. Wahl

cancelliere: A. Calot Escobar

vista la decisione, adottata dopo aver sentito l'avvocato generale, di giudicare la causa con ordinanza motivata, ai sensi dell'articolo 99 del regolamento di procedura della Corte,

ha emesso la seguente

Ordinanza

- 1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione degli articoli 1, paragrafo 2, lettere a) e d), 2 e 28, nonché dell'allegato II A, categorie 8 e 12, della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114), come modificata dal regolamento (CE) n. 1422/2007 della Commissione, del 4 dicembre 2007 (GU L 317, pag. 34; in prosieguo: la «direttiva 2004/18»).
- 2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la Consulta Regionale Ordine Ingegneri della Lombardia e a. e il Comune di Pavia, a proposito di un accordo con il quale quest'ultimo ha attribuito all'Università degli Studi di Pavia (in prosieguo:

l'«Università») un incarico di studio e consulenza tecnico-scientifica per la redazione degli atti costituenti il Piano di Governo del Territorio comunale 1996.

Contesto normativo

Il diritto dell'Unione

3 Ai sensi del considerando 2 della direttiva 2004/18:

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

4 L'articolo 1 della direttiva in parola stabilisce che:

«(...)

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 di opere, prodotti o servizi.

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

(...)

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

[...]».

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

- 6 Ai sensi dell'articolo 7, lettera b), della direttiva 2004/18, quest'ultima si applica in particolare agli appalti pubblici di servizi assegnati da amministrazioni aggiudicatrici diverse dalle autorità governative centrali menzionate nell'allegato IV a tale direttiva, purché si tratti di appalti non esclusi in forza delle eccezioni indicate nell'articolo suddetto e il loro valore stimato al netto dell'imposta sul valore aggiunto sia pari o superiore a EUR 206 000.
- 7 In conformità all'articolo 9, paragrafi 1 e 2, di detta direttiva, il calcolo del valore stimato di un appalto pubblico è basato sull'importo totale pagabile, al netto dell'imposta sul valore aggiunto, valutato dall'amministrazione aggiudicatrice al momento dell'invio del bando di gara o, se del caso, al momento dell'avvio della procedura di aggiudicazione dell'appalto.
- 8 L'articolo 20 della direttiva 2004/18 dispone che gli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II A a detta direttiva siano aggiudicati secondo gli articoli da 23 a 55 della direttiva medesima, fra i quali l'articolo 28 dispone che, «[p]er aggiudicare gli appalti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici applicano le procedure nazionali adattate ai fini della presente direttiva».
- 9 L'allegato II A alla direttiva 2004/18 comprende, in particolare, le categorie di servizi seguenti:
- categoria 8, relativa a servizi di ricerca e sviluppo, ad esclusione dei servizi di ricerca e sviluppo diversi da quelli i cui risultati appartengono esclusivamente all'amministrazione aggiudicatrice e/o all'ente aggiudicatore perché li usi nell'esercizio della sua attività, a condizione che la prestazione del servizio sia interamente retribuita dall'amministrazione aggiudicatrice e/o dall'ente aggiudicatore, e
 - categoria 12, relativa a servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, anche integrata; a servizi attinenti all'urbanistica e alla paesaggistica; a servizi affini di consulenza scientifica e tecnica, nonché a servizi di sperimentazione tecnica e analisi.

Il diritto italiano

- 10 Ai sensi dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 241, del 7 agosto 1990, recante nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi (GURI n. 192, del 18 agosto 1990, pag. 7), «le amministrazioni pubbliche possono sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune».
- 11 In conformità alla normativa italiana, segnatamente all'articolo 63 del decreto del Presidente della Repubblica n. 382 dell'11 luglio 1980, recante riordinamento della docenza universitaria, relativa fascia di formazione nonché sperimentazione organizzativa e didattica (supplemento ordinario alla GURI n. 209, del 31 luglio 1980), le università sono il luogo privilegiato per la ricerca scientifica.
- 12 L'articolo 66, primo comma, di tale decreto così dispone:
- «Le Università, purché non vi osti lo svolgimento della loro funzione scientific[o] didattica, possono eseguire attività di ricerca e consulenza stabilite mediante contratti e convenzioni con enti pubblici e privati. L'esecuzione di tali contratti e convenzioni sarà affidata, di norma, ai dipartimenti [universitari] o, qualora questi non siano costituiti, agli istituti o alle cliniche universitarie o a singoli docenti a tempo pieno».

Procedimento principale e questione pregiudiziale

- 13 Il 19 agosto 2009 il Comune di Pavia pubblicava Avviso di selezione in vista della conclusione di un contratto concernente un'attività di studio e consulenza tecnico-scientifica per la redazione degli atti che dovevano costituire il Piano di Governo del Territorio comunale 1996. Tale attività doveva consistere nell'assistenza multidisciplinare volta ad assicurare, entro il 31 marzo 2010, la predisposizione di tutta la documentazione e la realizzazione dell'insieme dei compiti legalmente richiesti sulla base di tale piano, nonché nel coordinamento di un gruppo di lavoro composto dai membri interessati del personale del Comune di Pavia e da consulenti messi a disposizione dal futuro aggiudicatario. Il corrispettivo economico veniva fissato nell'importo massimo di EUR 195 000 al netto di tasse, dovendo essere determinato l'importo definitivo al termine di negoziazioni tra detto Comune e il soggetto preselezionato in funzione del programma operativo di studio e consulenza presentato da quest'ultimo.
- 14 Tale avviso era destinato agli istituti universitari pubblici e privati. Tale scelta era motivata dalla considerazione che, a motivo del carattere multidisciplinare della loro organizzazione e delle loro strutture scientifiche, i suddetti istituti sarebbero più adatti a garantire un livello di attività di studio, consulenza e coordinamento adeguato a consentire al Comune di Pavia di dare al futuro Piano un carattere innovativo nel rispetto dei tempi previsti. E, ancora, detto avviso qualificava l'incarico in termini di «un'attività di consulenza intellettuale» e precisava che essa derivava da una scelta eminentemente discrezionale, rinviando al riguardo alla normativa nazionale in materia di creazione intellettuale.
- 15 L'incarico in parola veniva affidato all'Università.
- 16 Il ricorso proposto avverso detto avviso e l'accordo conseguente da parte della Consulta Regionale Ordine Ingegneri della Lombardia e a. veniva respinto in primo grado, in quanto il diritto dell'Unione lascerebbe alle amministrazioni aggiudicatrici la facoltà di stipulare contratti a titolo oneroso con altre amministrazioni pubbliche senza ricorrere a una procedura di evidenza pubblica, con particolare riferimento alle sentenze del 13 novembre 2008, Coditel Brabant (C-324/07, Racc. pag. I-8457), e del 9 giugno 2009, Commissione/Germania (C-480/06, Racc. pag. I-4747), nonché alla circostanza che l'articolo 15, paragrafo 1, della legge n. 241, del 7 agosto 1990, permetterebbe di ricorrere a detta facoltà per lo svolgimento di attività di interesse comune.
- 17 Chiamato a giudicare in appello, il Consiglio di Stato sottolinea che gli accordi stipulati tra amministrazioni pubbliche sulla base di tale disposizione rappresentano una forma di collaborazione mediante la quale tali amministrazioni coordinano l'azione dei loro apparati amministrativi, ciascuno portatore di uno specifico interesse pubblico, al fine di assicurare la più efficiente ed economica gestione dei servizi pubblici. Tale giudice precisa che, allo stato della giurisprudenza nazionale, la nozione di interesse comune è ampia, corrispondendo, in sostanza, al perseguimento dell'interesse pubblico da parte degli enti partecipanti all'accordo in conformità ai loro scopi istituzionali. Quindi, è possibile ricorrere a detta disposizione quando una pubblica amministrazione intenda affidare a titolo oneroso ad altra pubblica amministrazione un servizio, ove questo ricada tra i compiti di quest'ultima, essendo esclusa la necessità di una gara d'appalto in quanto l'amministrazione aggiudicataria non è un operatore economico e il corrispettivo economico non consiste in una remunerazione, bensì nel rimborso dei costi sostenuti.
- 18 Il Consiglio di Stato si chiede, tuttavia, se la conclusione di un accordo tra pubbliche

amministrazioni non sia contraria al principio della libera concorrenza qualora una delle amministrazioni interessate possa essere considerata un operatore economico, qualità riconosciuta ad ogni ente pubblico che offra servizi sul mercato, indipendentemente dal perseguimento, in via principale, di uno scopo di lucro, dalla dotazione di una organizzazione di impresa o dalla presenza continua sul mercato. Il giudice del rinvio si riferisce, al riguardo, alla sentenza del 23 dicembre 2009, CoNISMa (C-305/08, Racc. pag. I-12129). In tale ottica, dal momento che l'Università può partecipare a una gara d'appalto, i contratti da essa stipulati con amministrazioni aggiudicatrici rientrerebbero nell'ambito di applicazione della normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici quando tali contratti abbiano ad oggetto, come nel procedimento principale, prestazioni di studio e consulenza tecnico-scientifica che non appaiano incompatibili con i servizi menzionati nelle categorie 8 e 12 dell'allegato II A alla direttiva 2004/18.

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

«Se [la direttiva 2004/18] e in particolare il suo articolo 1, paragrafo 2, lettere a) e d), i suoi articoli 2 e 28, nonché l'allegato II [A], categorie 8 e 12, osti(...) ad una disciplina nazionale che consente la stipulazione di accordi in forma scritta tra due amministrazioni aggiudicatrici per lo studio e la consulenza tecnico-scientifica finalizzata alla redazione degli atti costituenti il Piano di Governo del Territorio comunale così come individuati dalla normativa nazionale e regionale di settore verso un corrispettivo in ipotesi non sostanzialmente remunerativo, ove l'amministrazione esecutrice possa rivestire la qualità di operatore economico».

Sulla questione pregiudiziale

20 In virtù dell'articolo 99 del regolamento di procedura della Corte, quando una questione pregiudiziale è identica a una questione sulla quale essa ha già statuito, quando la risposta a tale questione può essere chiaramente desunta dalla giurisprudenza o quando la risposta alla questione pregiudiziale non dà adito a nessun ragionevole dubbio, la Corte, su proposta del giudice relatore, sentito l'avvocato generale, può statuire in qualsiasi momento con ordinanza motivata.

21 Tale disposizione va applicata nella presente causa.

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

23 A titolo preliminare, occorre rilevare anzitutto che, poiché tale questione non riguarda le eventuali conseguenze, in una situazione come quella di cui al procedimento principale, di talune sue particolarità, quali la pubblicazione di un avviso di selezione o il fatto che detto avviso era rivolto esclusivamente agli istituti universitari pubblici e privati, non occorre che la Corte affronti detti aspetti.

24 Occorre rilevare, poi, che l'applicazione della direttiva 2004/18 a un appalto pubblico è subordinata alla condizione che il valore stimato di quest'ultimo raggiunga la soglia stabilita all'articolo 7, lettera b), di detta direttiva, tenendo conto del valore normale sul mercato dei lavori, delle forniture o dei servizi oggetto di tale appalto pubblico. In caso contrario, si applicano le norme fondamentali e i principi generali del Trattato FUE, segnatamente i principi della parità di trattamento e di non discriminazione a motivo della cittadinanza,

nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva, purché l'appalto in parola presenti un interesse transfrontaliero certo, tenuto conto, in particolare, della sua importanza e del luogo della sua esecuzione (sentenza del 19 dicembre 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a., C-159/11, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 23 e giurisprudenza ivi citata).

25 Tuttavia, la circostanza che il contratto controverso nel procedimento principale possa rientrare, eventualmente, o nell'ambito di applicazione della direttiva 2004/18, o in quello delle norme fondamentali del Trattato FUE e dei principi generali del diritto dell'Unione non influisce sulla risposta da fornire alla questione sollevata (sentenza Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a., cit., punto 24).

26 Ciò precisato, occorre rilevare che, in conformità all'articolo 1, paragrafo 2, della direttiva 2004/18, un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto tra un operatore economico e un'amministrazione aggiudicatrice, ed avente per oggetto la prestazione di servizi di cui all'allegato II A a tale direttiva, costituisce un appalto pubblico.

27 Al riguardo, in primo luogo, è ininfluenza, da una parte, che tale operatore sia esso stesso un'amministrazione aggiudicatrice e, dall'altra, che l'ente in questione non persegua un preminente scopo di lucro, che non abbia una struttura imprenditoriale, o, ancora, che non assicuri una presenza continua sul mercato (sentenza Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a., cit., punto 26).

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

29 In secondo luogo, attività come quelle oggetto del contratto controverso nel procedimento principale, pur potendo rientrare – come menzionato dal giudice del rinvio – tra gli incarichi conferiti alle università, in particolare nella ricerca scientifica, ricadono, secondo la loro natura effettiva, nell'ambito dei servizi di ricerca e sviluppo di cui all'allegato II A, categoria 8, alla direttiva 2004/18, oppure nell'ambito dei servizi d'urbanistica e dei servizi affini di consulenza scientifica e tecnica indicati nella categoria 12 di tale allegato.

30 In terzo luogo, come risulta dal senso normalmente e abitualmente attribuito ai termini «a titolo oneroso», un contratto non può esulare dalla nozione di appalto pubblico per il solo fatto che la remunerazione in esso prevista sia limitata al rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio convenuto (sentenza Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a., cit., punto 29).

31 Salve le verifiche di competenza del giudice del rinvio, risulta che il contratto controverso nel procedimento principale presenta tutte le caratteristiche enunciate ai punti da 25 a 29 della presente ordinanza.

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

appalti pubblici.

- 33 Si tratta, in primo luogo, degli appalti conclusi da un ente pubblico con un soggetto giuridicamente distinto da esso, quando detto ente eserciti su tale soggetto un controllo analogo a quello che esso esercita sui propri servizi e, al contempo, il soggetto in questione realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti che lo controllano (v., in tal senso, sentenze del 18 novembre 1999, Teckal, C-107/98, Racc. pag. I-812, punto 50, e Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a., cit., punto 32).
- 34 È comunque assodato che tale eccezione non è applicabile in un contesto come quello di cui al procedimento principale, dal momento che dalla decisione di rinvio risulta che il Comune di Pavia non esercita alcun controllo sull'Università.
- 35 In secondo luogo, si tratta dei contratti che istituiscono una cooperazione tra enti pubblici finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune a questi ultimi (sentenza Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a., cit., punto 34 e giurisprudenza ivi citata).
- 36 In tale ipotesi, le norme del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici non sono applicabili a condizione che, inoltre, tali contratti siano stipulati esclusivamente tra enti pubblici, senza la partecipazione di una parte privata, che nessun prestatore privato sia posto in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti e che la cooperazione da essi istituita sia retta unicamente da considerazioni ed esigenze connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico (sentenza Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a., cit., punto 35 e giurisprudenza ivi citata).
- 37 Se è pur vero che, come rilevato dal giudice del rinvio, un contratto come quello controverso nel procedimento principale sembra soddisfare taluni dei criteri menzionati nei due precedenti punti della presente ordinanza, un contratto siffatto può tuttavia esulare dall'ambito di applicazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici soltanto qualora soddisfatti tutti i suddetti criteri.
- 38 Al riguardo, dalle indicazioni contenute nella decisione di rinvio sembra risultare che tale contratto presenti un insieme di aspetti materiali, una parte consistente, se non preponderante, dei quali corrisponde ad attività che vengono generalmente svolte da ingegneri o architetti e che, pur se basate su un fondamento scientifico, non sono assimilabili però ad attività di ricerca scientifica. Di conseguenza, contrariamente a quanto la Corte ha potuto constatare al punto 37 della citata sentenza Commissione/Germania, la funzione di servizio pubblico che costituisce l'oggetto della cooperazione tra enti pubblici istituita da detto contratto non sembra garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune al Comune di Pavia e all'Università.
- 39 Spetta, tuttavia, al giudice del rinvio provvedere agli accertamenti necessari al riguardo.
- 40 Occorre, quindi, rispondere alla questione sollevata dichiarando che il diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici osta ad una normativa nazionale che autorizzi la stipulazione, senza previa gara, di un contratto mediante il quale taluni enti pubblici istituiscano tra loro una cooperazione, nel caso in cui – ciò che spetta al giudice del rinvio verificare – un tale contratto non abbia il fine di garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune agli enti medesimi, non sia retto unicamente da considerazioni ed esigenze connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico oppure sia tale da porre un prestatore privato in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti.

Sulle spese

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

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

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

Firme

* Lingua processuale: l'italiano.