

CIPPITANI R. (2013). Applicazione della disciplina degli appalti agli accordi tra enti pubblici per lo svolgimento di attività di ricerca. APPALTI & CONTRATTI, ISSN: 1827-9716
[manoscritto dell'autore]

Applicazione della disciplina degli appalti agli accordi tra enti pubblici per lo svolgimento di attività di ricerca

A proposito della sentenza Corte giust. 19 dicembre 2012, Causa C-159/11, Azienda Sanitaria Locale di Lecce (ancora non pubblicata sulla Raccolta)

di Roberto Cippitani¹

1. La questione oggetto della controversia.

Alla Corte di Giustizia è stato richiesto dal Consiglio di Stato di fornire in via pregiudiziale la propria interpretazione riguardo all'applicabilità della disciplina dei pubblici appalti (di cui alla direttiva 2004/18/CE e della relativa normativa nazionale di recepimento) ad un accordo tra l'Azienda Sanitaria Locale di Lecce (di seguito «ASL») e l'Università del Salento (di seguito «Università»).

La richiesta di interpretazione nasce da un contenzioso che oppone, da una parte, l'ASL e l'Università e, dall'altra parte, l'Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e altri.

L'Ordine degli Ingegneri lamenta che la ASL abbia attribuito all'Università un contratto di consulenza, avente ad oggetto lo studio e la valutazione della vulnerabilità sismica delle strutture ospedaliere della Provincia di Lecce, senza l'esperimento delle procedure di scelta del contraente, così come previste dalla disciplina comunitaria in materia di appalti.

La ASL sostiene, al contrario, che l'accordo è da considerarsi sottratto alla disciplina dei pubblici appalti, e rientrerebbe nel settore della cooperazione e del coordinamento tra autorità pubbliche (ai sensi dell'art. 15 l. 241/1990), in quanto esso sarebbe stato stipulato per il conseguimento di un obiettivo di interesse pubblico.

Dopo il ricorso al TAR competente, che aveva considerato illegittimo l'accordo, dal giudizio di appello davanti al Consiglio di Stato deriva appunto la necessità del rinvio all'interpretazione pregiudiziale del Giudice comunitario.

La Corte di giustizia, nella sentenza del 19 dicembre 2012, afferma che «Il diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici osta ad una normativa nazionale che autorizzi la stipulazione, senza previa gara, di un contratto mediante il quale taluni enti pubblici istituiscono tra loro una cooperazione, nel caso in cui (...) 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.»

Il dispositivo dipende da un percorso logico che è opportuno svolgere almeno in linea di massima, attraverso la sentenza e le conclusioni dell'Avvocato generale Verica Trstenjak, presentate il 23 maggio 2012.

Tale percorso è degno di nota, perché passa attraverso questioni fondamentali nella individuazione dei criteri di applicabilità della disciplina degli appalti agli accordi tra enti pubblici: il concetto di operatore economico; la nozione di servizio e quella di contratto a titolo oneroso; la presenza di eventuali deroghe («codificate» e «non codificate» come le chiama l'Avvocato generale) all'applicazione di detta normativa.

2. Le università come operatore economico.

¹ Ricercatore di diritto privato, Università degli Studi di Perugia. Cattedra Jean Monnet (TeKla).

Il contratto preso in esame dal Giudice comunitario viene qualificato come rientrante nella nozione di appalto pubblico, da diversi punti di vista.

Innanzitutto ricorrono i requisiti soggettivi, sia dal profilo del committente-amministrazione aggiudicatrice, sia dal profilo dell'altro contraente, l'Università, che può ben definirsi come «operatore economico».

Questa ultima osservazione ribadisce un pensiero oramai costante della Corte di giustizia, che fino al recente passato non incontrava il favore della giurisprudenza e della prassi italiane.

L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, per esempio², ha sostenuto che le università non rientrassero nel concetto di operatore economico, sulla base della considerazione che esse non sono «imprenditori» così come invece richiesto dalle direttive in materia di appalti (v. art. 1, par. 8, 2° co.).

Per la definizione di imprenditore, l'Autorità spiegava che «Giova richiamare...l'articolo 2082 del codice civile, secondo il quale "imprenditore" è colui il quale svolge un'attività con le seguenti caratteristiche: a) esercizio di un'attività economica, b) in modo professionale, c) mediante organizzazione, d) al fine della produzione e dello scambio di beni o servizi». Da tali rilievi deriverebbe che «le università (ovvero i Dipartimenti universitari, non [rientrano] in tale categoria, in quanto rivestono una finalità diversa dall'attività economica, come noto rivolta alla produzione di ricchezza». Con un principio che, a parere dell'Autorità, va applicato anche agli altri enti pubblici e, valutata la questione caso per caso, anche agli Istituti di ricerca.

L'esclusione delle università dalla nozione di «operatore economico», inoltre, dipendeva dalla circostanza che tali soggetti non erano ricompresi nella elencazione, considerata come tassativa, di cui all'art. 34 del codice degli appalti, che avrebbe ribadito quanto già stabilito dall'art. 17 della legge 11 febbraio 1994 n. 109³.

A parte il riferimento all'art. 34 —recentemente modificato e ampliato così da comprendere tutti gli operatori economici (in base all'art. 1, d.lgs. n. 152/2008)— c'è da osservare che tale approccio dell'Autorità non è coerente con il significato di «imprenditore» per il diritto comunitario⁴.

Infatti, la nozione comunitaria prescinde dalla definizione formalistica di cui all'art. 2082 c.c., per cui sono imprenditori solo le persone fisiche che svolgono professionalmente e mediante una organizzazione (l'azienda ai sensi dell'art. 2555 c.c.) un'attività economica, oppure le società commerciali.

Nel diritto comunitario si utilizza, come spesso accade, una definizione di tipo sostanziale. Si considera nello specifico impresa «qualunque entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità», come affermato dalla giurisprudenza comunitaria⁵ e dalle altre fonti comunitarie (cfr. art. 1, allegato raccomandazione del 6 maggio 2003, C(2003) 1422 def., riguardante la definizione di piccola e media impresa).

² V. deliberazione n. 119 del 18 aprile 2007, contenente «istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dal Servizio tutela ambienti naturali e fauna della Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia – procedure aperte in attuazione del progetto S.A.R.A. Sistema Aree Regionali Ambientali».

³ V. sul punto anche le deliberazioni n.83/2007 e 179/2002 in cui si afferma che «stante il carattere tassativo dell'elenco dei soggetti aventi diritto ad essere affidatari di incarichi di progettazione, contenuto nell'art. 17 della legge 11 febbraio 1994 n. 109 e s.m., risulta non conforme al dettato normativo l'affidamento di detti incarichi a dipartimenti universitari, fatta salva la possibilità per gli stessi di costituire apposite società in base all'autonomia riconosciuta alle Università dalla legge 168/1989.

⁴ Ci si permette di rinviare sulla questione a R. Cippitani, V. Colcelli, *Diritto privato europeo e capacità negoziale delle università*, in *Racc. Giur. Umbra*, n. 2/2007, p. 967 ss.

⁵ Corte di giustizia, 23 aprile 1991, *Höfner et Elser / Macrotron*, C-41/90, in *Racc.*, 1991, I-1979. La giurisprudenza sul concetto di impresa per il diritto comunitario è vasta. Tra le più recenti v., per esempio, Corte di giustizia, 16 marzo 2004, *AOK-Bundesverband e altri*, nelle cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01, C-355/01, in *Racc.*, 2004, I-2493; Id. 22 maggio 2003, *Freskot*, C-355/00, in *Racc.*, 2003, p. I-5263; Id. 24 ottobre 2002, *Aéroports de Paris / Commissione*, C-82/01, in *Racc.*, 2002, I-9297; Id. 19 febbraio 2002, *Wouters e altri*, C-309/99, in *Racc.*, 2002, I-1577; Id. 22 gennaio 2002, *Cisal*, C-218/00, in *Racc.*, 2002, I-691. Per la dottrina v. Di Via, *L'impresa*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, Padova, 2003, II, 54 ss.

Ciò che è rilevante ai fini della definizione è il dato oggettivo dell'attività che si svolge, non certo l'abitudine o la professionalità con cui questa avviene.

Su tale presupposto la Corte di giustizia ha considerato imprese non solo le società, comprese quelle cooperative⁽⁶⁾, ma anche le associazioni⁽⁷⁾, le imprese pubbliche o a partecipazione pubblica⁽⁸⁾ e le associazioni di categoria tra imprese⁽⁹⁾, chi svolge attività professionali⁽¹⁰⁾.

Le università pubbliche non sembrano costituire una eccezione alla qualificazione di imprenditore, secondo il diritto comunitario.

Come ricorda lo stesso Avvocato generale l'attività di produzione di servizi degli Atenei pubblici italiani è prevista dalle fonti giuridiche, come l'art. 66 d.p.r. 382/1980 (Riordinamento della docenza universitaria, relativa fascia di formazione nonché sperimentazione organizzativa e didattica), intitolato ai «Contratti di ricerca, di consulenza e convenzioni di ricerca per conto terzi»⁽¹¹⁾, in base al quale le università possono «eseguire attività di ricerca e consulenza stabilite mediante contratti e convenzioni con enti pubblici e privati»⁽¹²⁾.

L'art. 7, 1° co., lett. c) della legge 9 maggio 1989, n. 168 (Istituzione del Ministero dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica) inoltre prevede che le entrate delle università sono costituite, tra le altre, dai corrispettivi di contratti e convenzioni.

Le università pubbliche, pertanto, sono da considerarsi operatori economici e come tali possono partecipare agli appalti pubblici.

Il che è chiaramente affermato nella giurisprudenza comunitaria, per esempio nella sentenza CoNISMA⁽¹³⁾, in cui la Corte ha inoltre osservato che la qualifica di operatore economico non è esclusa dall'eventuale occasionalità dell'attività economica e dalla presenza di un sovvenzionamento pubblico (v. in particolare punti 35 e 42 della sentenza citata).

L'attuale orientamento della giurisprudenza amministrativa è conforme all'interpretazione del Giudice comunitario, come anche di recente affermato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza del 3 giugno 2011, n. 10⁽¹⁴⁾.

3. Contratti a titolo oneroso e accordi tra pubbliche amministrazioni.

Il rapporto tra ASL e Università è poi da considerarsi un appalto di servizio di ricerca.

⁶Corte di giustizia, 25 marzo 1981, *Cooperative Stremsel-en Kleusefabriek/Commissione*, 61/80, in *Racc.*, 1981, I-3851.

⁷ Per la giurisprudenza, v., tra le altre v., Corte giust. 16 novembre 1995, C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurance e a.*, *Racc.* 1995, p. I-4013, punto 21; Id. 12 settembre 2000, cause riunite da C-180/98 a C-184/98, *Pavlov e a.*, *Racc.* 2000, p. I-6451, punto 117; Id. 16 marzo 2004, cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, *AOK Bundesverband e a.*, *Racc.* 2004, p. I-2493, punto 49; Id. 29 novembre 2007, C-119/06, *Commissione / Italia*, *Racc.* 2007, p. I-168, punto 37 ss. V. anche la decisione della Commissione 92/521/CEE del 27 ottobre 1992, *Distribuzione dei pacchetti turistici Coppa Mondiali* 1990, in G.U.C.E. L 326, 31.

⁸ Tribunale di primo grado, 12 dicembre 2000, *Aéroports de Paris/Commissione*, T-128/98, in *Racc.*, 2000, II-3929, punti 106-130.

⁹ Corte di giustizia, 19 febbraio 2002, *Wouters e altri*, C-309/99, in *Racc.*, 2002, I-1577, punto 50 ss.

¹⁰ Per i medici v. Corte di giustizia 12 settembre 2000, *Pavel Pavlov e altri/ Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, cause riunite da C-180/98 a C-184/98, in *Racc.*, 2000, I-6451, punto 77; per quanto riguarda gli avvocati Corte di giustizia 19 febbraio 2002, *Wouters, e altri*, cit., punto 48.

¹¹ Sull'art. 66 v.: Lanza, *L'attività di ricerca e consulenza per conto terzi*, in *Manuale di Legislazione Universitaria*, Napoli, 1992, 561 ss.; Fulcinetti, *L'organizzazione della ricerca scientifica*, 1993, Milano, 168 ss.; Salvini, *Attività di ricerca e consulenza svolta dalle università per conto terzi: note sull'art. 66 comma 1, d.P.R. 11 luglio 1980 n. 382*, *Arch. giur.*, 1983, 1-3, 91 ss.; Calabrò, *Sui limiti della possibilità dei Dipartimenti universitari di partecipare a pubblici appalti*, *Foro amm. TAR*, 2002, 7-8, 2572.

¹² Si pensi pure a norme ancora più risalenti, come l'art. 49, 1° co., r.d. 31 agosto 1933, n. 1592, Approvazione del testo unico delle leggi sull'istruzione superiore, che stabilisce « gli Istituti scientifici delle Università e degli Istituti superiori, compatibilmente con la loro funzione scientifica e didattica, possono eseguire, su commissione di pubbliche amministrazioni o di privati, analisi, controlli, tarature, prove ed esperienze».

¹³ Corte giust. 23 dicembre 2009, C-305/08, *CoNISMA*, *Racc.* 2009, p. I-12129.

¹⁴ In *Foro It.*, 2011, 7-8, 3, 365 nota di Granieri; in *Giur. It.*, 2012, 1, 198; in *Urbanistica e appalti*, 2011, 12, 1456 nota di Spuntarelli; in *Giornale Dir. Amm.*, 2012, 3, 287 nota di Marzuoli.

Ciò, innanzitutto, perché l'attività dedotta nel contratto rientra nella nozione di «appalto pubblico di servizi» ai sensi dell'articolo 1, par. 2, lettera d), direttiva 2004/18/CE e ascrivibili al tipo di servizi elencato alla categoria 12 dell'allegato II A della stessa direttiva («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»).

Come osserva, infatti, l'Avvocato generale «Si tratta (...) 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».

Il servizio reso, inoltre, si inserisce in un rapporto a «titolo oneroso» e quindi ha i caratteri per essere considerato appalto ai sensi e per effetti della disciplina comunitaria¹⁵.

Infatti nel rapporto instaurato tra i due enti si realizza uno scambio di prestazioni, costituite, da un lato, dall'attività di consulenza, dall'altro lato, dal pagamento di un corrispettivo.

La presenza di un corrispettivo non è esclusa dalla circostanza che la somma pagata corrisponde ad un dettaglio di costi dell'Università¹⁶; né tantomeno che detta somma sia limitata alla copertura dei costi, senza che si realizzi un utile per l'Università (punto 29 della parte motiva)¹⁷.

Le osservazioni della Corte e dell'Avvocato generale consentono di sottolineare due aspetti caratteristici della nozione di «contratto a titolo oneroso», utilizzata nell'ambito del diritto dell'Unione.

In primo luogo tale nozione non corrisponde a quella del diritto italiano di «contratto con prestazioni corrispettive», o ad altri concetti che si possono incontrare negli altri diritti europei, quali il contratto bilaterale o sinallagmatico del *code civil*¹⁸, il *Gegenseitiger Vertrag* nel BGB (§§ 320 ss.)¹⁹, il *bilateral contract* del *common law*²⁰.

La corrispettività e le altre nozioni analoghe hanno la funzione civilistica di risolvere problemi caratteristici una certa categoria di contratti, quali quelli che realizzano uno scambio di utilità attraverso

¹⁵ Più in generale sulla nozione di «titolo oneroso» utilizzato nelle fonti comunitarie, ci si consenta il rinvio a R. Cippitani, *Onerosità e corrispettività: dal diritto nazionale al diritto comunitario*, in *Europa e diritto privato*, 2009, p. 503 ss.

¹⁶ L'importo del corrispettivo, EUR 200.000 euro, corrisponde a: acquisto e uso di attrezzature: EUR 20 000; costi di missione del personale: EUR 10.000; costo del personale: EUR 144.000, e spese generali: EUR 26.000. Il costo del personale viene ulteriormente dettagliato nelle ore dello staff, che lavora nell'ambito del contratto (v. i punto 15 e 16 della parte motiva della sentenza).

¹⁷ V. sul punto anche la sentenza del 27 settembre 1988, *Humbel&Edel* (263/86, Racc. 1988, p. 5365, punto 18).

¹⁸ Fin dai primi anni di vigenza del codice del 1942, il contratto con prestazioni corrispettive è stato spesso identificato con il contratto bilaterale o sinallagmatico, conosciuto nel codice Napoleone (art. 1102 *code civil*) e nei codici civili che da questo sono derivati (come quello italiano previgente, v. art. 1099 c.c. 1865). L'art. 1099 c.c. 1865 definiva «bilaterale» il contratto nel quale i contraenti si obbligavano reciprocamente. Il contratto bilaterale si opponeva così a quello «unilaterale», nel quale, per l'art. 1100 c.c. previgente, uno o più contraenti si obbligavano nei confronti di altri, senza che questi ultimi assumessero obbligazioni. L'identificazione tra contratto con prestazioni corrispettive e contratto sinallagmatico è dipeso dalla circostanza che i contratti bilaterali sono caratterizzati dalla risolubilità per inadempimento (v. l'art. 1184 *code civil* e l'art. 1165 del codice italiano previgente). Visto che, nel codice italiano attuale, i contratti con prestazioni corrispettive sono risolubili per inadempimento (art. 1453 c.c.), si è ritenuto che la corrispettività equivalesse al sinallagma. Per quanto riguarda la critica alla identificazione tra contratto con prestazioni corrispettive e contratto bilaterale, per tutti v. A. Pino, *Il contratto con prestazioni corrispettive* cit., 12 s.

¹⁹ Il *Gegenseitiger Vertrag* è quel contratto per cui si pone il problema del collegamento temporale delle prestazioni: la parte obbligata può proporre l'eccezione di inadempimento (*Einrede des nichterfüllten Vertrags*, § 320), e cioè rifiutare la propria prestazione, fino al momento dell'esecuzione della controprestazione, a meno che debba adempiere per prima; nel caso in cui la parte debba eseguire una prestazione per prima, inoltre, può rifiutare la prestazione se la controprestazione è messa a rischio dalla mancanza di capacità di adempiere («eccezione di incertezza», *Unsicherheitseinrede*, § 321); la parte che agisce per ottenere la controprestazione deve eseguire la propria prestazione (*Verurteilung zur Leistung Zung-um-Zug*, § 322); se una delle parti non esegue la prestazione, l'altra, dopo aver fissato un congruo termine, ha diritto al «recesso» (*Rücktritt*, § 323 ss.).

²⁰ La distinzione tra *unilateral* e *bilateral contract* ha il fine di stabilire una diversa disciplina della *consideration*. Sui diversi significati di «*consideration*», v. G. Alpa, *Il contratto tra passato e avvenire*, saggio introduttivo a G. Gilmore, *La morte del contratto*, trad. ital. (Milano 1988), IX ss., spec. XXII ss.; G. Gorla, *Consideration*, Enc. dir., X (Milano 1962), 176 ss.; P. Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract*, (Oxford 1989), 124 ss. Nell'*unilateral contract* «*the promise only becomes binding when the consideration has been actually executed, that is, performed*». Nel *bilateral contract* la *consideration* consiste in *mutual promises*. Ogni *promise* svolge un duplice ruolo: «*is at once a promise and a consideration for the other promise*». In questo caso come regola generale «*mutual promises must stand or fall together*».

il medesimo accordo. Per questi contratti il venir meno dello scambio determina l'applicazione di strumenti, come la risoluzione o il risarcimento, che ristabiliscono l'equilibrio patrimoniale.

Invece, i contratti sono qualificati a titolo oneroso nel diritto comunitario in modo da delimitare quelli ai quali si applica la disciplina procedimentale degli appalti pubblici oppure ai fini dell'applicazione dell'imposta sul valore aggiunto²¹.

Limitandosi alla materia degli appalti pubblici, un contratto è a titolo oneroso in tutti i casi in cui viene affidata da «un'amministrazione aggiudicatrice»²² ad un «operatore economico» l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti e la prestazione di servizi, in qualunque modo in cui l'appaltatore consegua una utilità.

Tale scambio di utilità si può realizzare non soltanto attraverso contratti con prestazioni corrispettive, ma per mezzo di altri strumenti come il collegamento negoziale²³ o i contratti con comunione di scopo²⁴.

Quindi la normativa sui pubblici appalti è applicabile quando la collaborazione dell'amministrazione è finalizzata alla realizzazione di opere, servizi, forniture «per conto e nell'interesse dell'amministrazione» medesima (cfr. la già citata sentenza Consiglio di Stato n. 4586/2001). Una tale regolamentazione della partecipazione ai contratti di collaborazione si basa sulla necessità di evitare che la normativa dei pubblici appalti venga aggirata, mediante la stipula di contratti senza prestazioni corrispettive.

Per questo motivo, come ricorda l'Avvocato generale nella sentenza in commento, la nozione di «contratto a titolo oneroso» va letta secondo gli strumenti interpretativi caratteristici del Giudice comunitario, in modo ampio così da determinarne l'effetto utile, che è quello di assicurare l'ampia circolazione dei servizi (punto 33 delle conclusioni).

²¹ Ai sensi dell'art. 2, par. 1, dir. 2006/112/CE del Consiglio del 28-11-2006 (relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto) «Sono soggette all'IVA le operazioni seguenti: a) le cessioni di beni effettuate a titolo oneroso nel territorio di uno Stato membro da un soggetto passivo che agisce in quanto tale; b) gli acquisti intracomunitari di beni effettuati a titolo oneroso nel territorio di uno Stato membro... c) le prestazioni di servizi effettuate a titolo oneroso nel territorio di uno Stato membro da un soggetto passivo che agisce in quanto tale; d) le importazioni di beni.»

²² Ai sensi dell'art. 1, par. 2, n. 9 della dir. 2004/18/CE 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. Riguardo al concetto di organismo di diritto pubblico, la Corte eur.giust., utilizza una definizione «funzionale» e non formale. La Corte con sentenza del 20 settembre 1998, nella causa *Gebroeders Beentjes BV* (C 31/87, Racc. 1988, 4635) ha precisato che «la finalità della direttiva, consistente nella effettiva attuazione della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi in materia di appalti di lavori pubblici, sarebbe infatti compromessa se l'applicazione del regime della dir. dovesse essere esclusa per il solo fatto che un appalto di lavori pubblici è stato aggiudicato da un ente che, pur essendo stato creato per svolgere funzioni attribuitegli dalla legge, non rientra formalmente nell'amministrazione statale. Di conseguenza, si deve ritenere che un organismo le cui funzioni e la cui composizione sono, come nella fattispecie, contemplate dalla legge e che dipende dalla pubblica amministrazione per quanto riguarda la nomina dei suoi membri, la garanzia degli obblighi derivanti dai suoi atti e il finanziamento degli appalti anch'esso ha il compito di aggiudicare, rientri nella nozione di Stato ai sensi della summenzionata disposizione, anche se formalmente non fa parte dello Stato» (Punti 11 e 12 della motivazione). La sentenza in parola, pertanto, identifica il concetto di «organismo di diritto pubblico», attraverso tre elementi: la personalità giuridica, il perseguimento di interessi di carattere non industriale e commerciale e la prevalenza di finanziamento pubblico.

²³ È stato per esempio ricondotto alla disciplina comunitaria degli appalti, il rapporto tra un'amministrazione e un soggetto che svolga opere di urbanizzazione senza percepire un corrispettivo, ma beneficiando (da parte dell'amministrazione) di un provvedimento di esenzione o riduzione degli oneri di urbanizzazione, Corte eur.giust., 12-7-2001, C-399/98, *Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi e al.*, Racc. 2001, I-5409. Altro esempio è quello del concessionario che percepisce corrispettivi dagli utenti del servizio o comunque consegue utilità in altra maniera. È il caso della vendita di sabbia da parte dell'utilizzatore di una spiaggia appartenente al demanio: cfr. Commissione europea, dec. 4-11-2005, Società Jean-Claude Decaux, n. 247298. In dottrina v. W. Frenz, *HandbuchEuroparecht*, vol. III, *Beihilfe und Vergaberecht*, Heidelberg, 2007, p. 617.

²⁴ Si pensi alla costituzione di società e la stipula di altri accordi con comunione di scopo, per mezzo dei quali realizzare un'opera o effettuare una prestazione di un servizio. V. Commissione, Libro verde sul partenariato pubblico-privato, 30-4-2004, COM (2004) 327 def. Il Codice degli appalti, inoltre, prescrive che «Nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica o di un servizio, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica» (art. 1, co. 2).

In secondo luogo, ed in conseguenza di quanto detto sopra, dalle motivazioni della Corte si può ricostruire il criterio per la delimitazione dei contratti di appalto rispetto ad altri contratti pubblici, come le sovvenzioni²⁵.

Queste ultime hanno molti punti di contatto con gli appalti: anche le sovvenzioni prevedono lo svolgimento di un'attività (di ricerca, educativa o di altro genere); anche nelle sovvenzioni l'ente pubblico paga una somma di denaro, in qualche modo collegata all'attività svolta.

Nelle sovvenzioni è pur vero che la somma erogata, il contributo, corrisponde a costi sostenuti dal beneficiario, ma si è detto, con riferimento alla sentenza in esame, che ciò di per sé non esclude che il contratto rientri nella disciplina degli appalti pubblici²⁶.

Il criterio di demarcazione tra appalti e sovvenzioni è allora un altro ed emerge dalla stessa direttiva 2004/18/CE.

Il 23° «considerando», nonché l'art. 16, par. 1, lett. f), della direttiva escludono dall'applicazione della disciplina degli appalti pubblici i contratti nei quali l'amministrazione «cofinanzia» i costi sostenuti dall'altro contraente e cioè li copre solo in parte.

Conseguentemente, il beneficiario, per ottenere il contributo, ha l'obbligo di dimostrare e documentare i costi sostenuti, a meno che si tratti di ipotesi (invero limitate) in cui la sovvenzione viene determinata in modo forfetario (per es. sovvenzioni di importo minore o per costi come le spese generali)²⁷.

Nella fattispecie presa in esame dalla Corte, invece, come si è visto, non è previsto un cofinanziamento ma una copertura totale dei costi. Senza considerare che dalla sentenza non emerge se i costi, presi a riferimento per determinare il prezzo, dovevano essere effettivamente sostenuti e documentati.

In definitiva anche sotto il profilo oggettivo il rapporto posto in essere tra ASL ed Università va correttamente inquadrato come appalto pubblico (di servizi di ricerca).

4. Possibili deroghe applicabili ai contratti di ricerca.

L'analisi compiuta dall'Avvocato Trstenjak cerca di capire se, stabilita la qualifica di appalto di servizi del contratto in esame, potessero invocarsi ipotesi di deroga esplicitamente o implicitamente previste dalla normativa.

Una possibile deroga è quella del citato articolo 16, par. 1, lett. f), alla quale corrisponde nel diritto interno, l'art. 19, 1° co., lett. f, d.lgs. 163/2006.

Dette disposizioni stabiliscono che la disciplina degli appalti non si applica ai contratti di ricerca, che prevedono un cofinanziamento da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, come si è detto del paragrafo precedente; ciò essendo cofinanziamento caratteristico invece dei rapporti di sovvenzione.

A questa delimitazione «esterna» con il concetto di sovvenzione si aggiunge un criterio per distinguere, all'interno dei contratti di ricerca a titolo oneroso, quelli che, per ragioni diverse (per esempio nell'ambito della ricerca «promozionale»²⁸), possono derogare alle stringenti regole per la scelta del fornitore del servizio.

²⁵ Sul concetto di sovvenzione in contrapposizione con il contratto di appalto, si consenta il richiamo di R. Cippitani, *Il concetto giuridico di sovvenzione nel diritto dell'Unione europea e nel diritto nazionale*, in *Contratto e Impresa/Europa*, n. 1/2011, p. ss.

²⁶ Le prime si definiscono (art. 121 regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 966/2012) i: «contributi finanziari diretti a carico del bilancio, accordati a titolo di liberalità, per finanziare (...) : a) un'azione destinata a promuovere la realizzazione di un obiettivo di politica dell'Unione; b) oppure il funzionamento di un organismo che persegue uno scopo di interesse generale europeo o un obiettivo che si iscrive nel quadro di una politica dell'Unione (“sovvenzioni di funzionamento”) e la sostiene».

²⁷ V. per es. quanto stabilito dall'art. 124 regolamento 966/2012.

²⁸ Come la chiama per esempio Basile, voce *Contratto di ricerca*, in *Enc. Dir.*, vol. XL, Milano, 1989, pp. 421 ss., per distinguere la ricerca promossa nell'interno delle politiche pubbliche con la ricerca commissionata con finalità soprattutto economica.

Le disposizioni sopra citate prevedono una deroga, infatti, per gli appalti di ricerca i cui risultati non appartengano «esclusivamente» all'amministrazione, che li utilizza direttamente dall'amministrazione nella sua attività.

Nella prassi comunitaria questi appalti vengono chiamati «pre-commerciali».

Secondo la Commissione « Quando nessuna soluzione commerciale esiste sul mercato, l'appalto pre-commerciale può permettere alle amministrazioni di adottare soluzioni tecniche tecnologicamente innovative elaborate in funzione delle loro necessità.

Negli appalti pre-commerciali i committenti non prescrivono una soluzione R&S specifica da sviluppare, ma chiedono soluzioni alternative in grado di rispondere a un problema d'interesse pubblico »²⁹.

Lo scopo dell'appalto pre-commerciale è, pertanto, quello di stimolare l'innovazione in un certo settore.

L'appalto pre-commerciale nella pratica consiste in un contratto di servizio di ricerca e sviluppo, che quindi comprende attività di ricerca che vanno fino alla fase pre-competitiva, e cioè alla produzione di prototipi o serie sperimentali di prodotti e servizi. Si tratta di un'attività che può essere anche suddivisa in fasi differenti, di cui si occupano varie imprese.

L'aspetto che caratterizza gli appalti pre-commerciali è che il committente non si riserva in maniera esclusiva la titolarità dei risultati, ma li condivide con altri soggetti³⁰.

Ciò li fa rientrare comunque nell'ambito del concetto di appalto pubblico, così come previsto dalla direttiva 2004/18/CE, in quanto la pubblica amministrazione paga un corrispettivo. Di per sé questo esclude che l'appalto sia vietato dalla disciplina degli aiuti di Stato.

Solo che, in questo caso, per scelta del legislatore comunitario non si applicano le procedure previste per i contratti di appalto nella scelta del contraente da parte dell'amministrazione aggiudicatrice. Il che è coerente con gli obiettivi della politica comunitaria della ricerca, che è quella di rafforzare le basi scientifico-tecnologiche dell'Unione (art. 180, par. 1, Trattato FUE) anche grazie attraverso «all'apertura degli appalti pubblici nazionali, alla definizione di norme comuni ed all'eliminazione degli ostacoli giuridici e fiscali a detta cooperazione » (art. 180, par. 2, Trattato FUE).

Nel caso sottoposto all'esame della Corte di giustizia, tuttavia, non sono stati forniti elementi di fatto per far rientrare il contratto di appalto tra ASL e università nel caso regolato dall'art. 16, par. 1, lett. f).

Anzi da quanto emerge, il servizio reso dall'Università viene impiegato dall'ASL direttamente nell'esercizio delle sue finalità istituzionali, consistenti nella gestione delle strutture sanitarie. L'Ateneo ha solo il diritto di essere citata nel caso di pubblicazione tecnico-scientifica dei risultati dell'attività realizzata.

5. Deroghe riguardanti gli accordi tra pubbliche amministrazioni.

Altra possibile deroga all'applicazione della disciplina sugli appalti potrebbe ravvisarsi nella circostanza che i contraenti sono ambedue enti pubblici che agiscono nella loro attività istituzionale, cosicché l'accordo, come sostengono i resistenti, vada sussunto nell'art. 15 l. 241/1990.

Va osservato preliminarmente che gli accordi tra enti pubblici non possono di per sé essere esentati dall'applicazione della disciplina dei pubblici appalti.

Ciò si verifica infatti soltanto se tali accordi potessero essere esclusi dalla qualifica di contratti a titolo oneroso, nell'ampia definizione sopra ricordata.

Una ipotesi di esclusione, citata nella stessa sentenza in esame, è quella dei partenariati pubblico-privati o pubblico-pubblico. Nelle fonti comunitarie i partenariati costituiscono forme di collaborazione

²⁹ V. la Comunicazione «Mettere in pratica la conoscenza: un'ampia strategia dell'innovazione per l'UE», COM(2006) 502 def., 13 settembre 2006, par. 2.6.

³⁰ V. ampiamente la comunicazione «Appalti pre-commerciali: promuovere l'innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa» COM(2007) 799 def., del 14 dicembre 2007.

tra soggetti, che hanno la forma di contratti a causa associativa³¹. In particolare si possono citare i casi di partenariato pubblico-privato per attuare i programmi di ricerca e sviluppo tecnologico (attraverso le *Joint Technological Initiatives*³²), i fondi strutturali e le operazioni finanziarie della BEI³³.

Data l'ampia definizione di contratto a titolo oneroso, tuttavia, non è certo escluso che i partenariati realizzino i presupposti per l'applicazione della disciplina degli appalti, come emerge dalle stesse fonti.

La stessa normativa e prassi comunitarie, infatti, prevedono che i partenariati possano essere utilizzati anche nell'ambito dei programmi di finanziamento, qualunque sia la tecnica di spesa adottata: appalti, sovvenzioni o operazioni finanziarie.

Una deroga al principio per cui la disciplina degli appalti si applica anche ai rapporti tra gli enti pubblici è quella stabilita dall'art. 18 della direttiva 2004/18, per il quale la direttiva non regola gli « 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».

Come osserva l'Avvocato generale, il rapporto tra gli enti non riguarda l'esistenza di un diritto esclusivo a erogare la prestazione da parte dell'Università.

Sebbene gli atenei siano considerati dalla legge le «sedi primarie della ricerca scientifica» (art. 6, par. 4, della legge n. 168/1989), questo non comporta che le eventuali attività di ricerca siano di competenza esclusiva delle università.

Peraltro, in aggiunta a detta argomentazione, rimane da dimostrare che un'attività come quella prevista nel contratto possa considerarsi (per lo meno soltanto) attività di ricerca scientifica.

Nella motivazione della sentenza in commento si ritiene inoltre che al contratto tra ASL e università non si applicano due deroghe che, seppure non espressamente previste dalle fonti in materie di appalti, sono tuttavia individuate dalla giurisprudenza e dalla prassi comunitarie.

Nel caso di specie non si poteva considerare il contratto tra i due enti stipulato nell'ambito rapporto «*in house*».

Come noto si realizza una ipotesi siffatta quando l'acquisto viene effettuato all'interno della pubblica amministrazione, ad esempio tra amministrazione centrale e locale. Oppure quando la fornitura del bene o servizio viene effettuata da un soggetto di diritto pubblico o privato su cui l'ente pubblico esercita un controllo analogo a quello riguardante i propri servizi e il soggetto esterno sia interamente controllato³⁴.

È di tutta evidenza che il rapporto tra ASL e Università non può considerarsi tra quelli qualificabili *in house*, in base all'interpretazione summenzionata.

Un'altra eccezione all'applicazione della disciplina degli appalti agli accordi tra enti pubblici è di più recente elaborazione, facendo leva sulla sentenza del 9 giugno 2009, nella causa C-480/06, Commissione/Germania (in Racc. 2009, p. I-4747).

³¹ Cfr. Commissione europea, Libro verde «Relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni», del 30 aprile 2004, COM (2004) 327.

³² V. l'Allegato I decisione n. 1982/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 dicembre 2006 concernente il Settimo programma quadro della Comunità europea per le attività di ricerca, sviluppo tecnologico e dimostrazione (2007-2013), stabilisce che: «In un numero molto limitato di casi, la portata dell'obiettivo di RST e l'entità delle risorse necessarie potrebbero giustificare l'istituzione di partnership pubblico/privato a lungo termine che assumano la forma di iniziative tecnologiche congiunte. Queste iniziative, risultanti essenzialmente dal lavoro delle piattaforme tecnologiche europee e concernenti uno o più aspetti specifici della ricerca nel loro settore, assoceranno investimenti del settore privato e finanziamenti pubblici nazionali ed europei, ivi compresi finanziamenti provenienti dal settimo programma quadro e prestiti e garanzie concessi dalla Banca europea per gli investimenti. Ciascuna iniziativa tecnologica congiunta sarà decisa singolarmente a norma dell'articolo 171 del trattato (che prevede anche l'istituzione di imprese comuni) o sulla base delle decisioni concernenti i programmi specifici, a norma dell'articolo 166, paragrafo 3 del trattato».

³³ V. la citata Comunicazione «Mobilitare gli investimenti pubblici e privati per la ripresa e i cambiamenti strutturali a lungo termine: sviluppare i partenariati pubblico-privato», in particolare il par. 3 «Il contributo dell'UE ai progetti PPP».

³⁴ V. il Libro bianco, Gli appalti pubblici nell'Unione Europea, COM (98) 143 def., 1 marzo 1998, nota 46. Per la giurisprudenza il *leading case* è Corte giust. 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal*, Racc. 1999, p. I-8121, soprattutto punti 30 e 50; v. anche Id. 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle e RPL Lochau*, Racc. 2006, p. I-1, punto 49

In detta sentenza si afferma che la normativa appalti non si applica a contratti tra enti pubblici, che istituiscano una collaborazione tra enti pubblici finalizzata all'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune a detti enti (v. la sentenza Commissione/Germania, punto 37).

In particolare si trattava del contratto stipulato senza gara europea da quattro distretti (*Landkreise*) della Bassa Sassonia e la *Stadt Reinigung Hamburg*, un'azienda pubblica che eroga servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo. Il contratto aveva istituito una collaborazione tra enti locali finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune a tutti, ossia lo smaltimento di rifiuti. In questo accordo di collaborazione i Landkreise coprivano la parte dei costi dei servizi che utilizzavano. Inoltre, ciascuna delle parti metteva a disposizione delle altre le capacità ricettive delle discariche che essi non sfruttano al fine di ovviare alla mancanza di capacità ricettive delle discariche della città di Amburgo.

La Corte riconosce, come già era avvenuto nella giurisprudenza *Coditel Brabant*³⁵, che un'autorità pubblica può adempiere ai suoi compiti di interesse pubblico attraverso forme di collaborazione con altri enti pubblici. Tali forme di collaborazione possono consistere sia nella creazione di un organismo apposito, sia realizzarsi un rapporto di collaborazione che non crea un nuovo soggetto di diritto.

Tale deroga, secondo la giurisprudenza citata, si applica qualora i 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; che la cooperazione riguardi soltanto considerazioni ed esigenze connesse al perseguimento di comuni obiettivi d'interesse pubblico (v., sentenza Commissione/Germania, cit., punti 44 e 47); che comunque il contratto non serva ad eludere la normativa dei pubblici appalti.

Secondo la Corte, che richiama le opinioni dell'Avvocato generale, le condizioni previste nella giurisprudenza Commissione/Germania non si realizzerebbero nella causa in esame.

Il giudice comunitario ritiene, in particolare, che i due enti pubblici non perseguono interessi comuni: mentre l'ASL si occupa della gestione delle strutture sanitarie; l'Università svolge l'attività di produzione di conoscenze, mediante la ricerca, e la trasmissione accademica delle conoscenze, attraverso l'insegnamento.

Oltre alla mancanza di un interesse comune, si osserva che tra i due enti non si realizza una collaborazione in un quadro comune (Conclusioni, par. 77 ss.), ma appunto più specificamente la prestazione di un servizio a fonte di un pagamento di un corrispettivo.

Il fatto che l'attività di ricerca, come si spiegava sopra, non è riservata in via esclusiva alle università e tantomeno alle università pubbliche, comporta che l'attività svolta si concreti in una vera e propria consulenza, svolta nell'ambito di un'attività di impresa.

Dato il mancato esperimento di procedure di evidenza pubblica, così come previste per i contratti pubblici, si verifica un ingiusto vantaggio di una impresa (sebbene pubblica) nei confronti degli altri professionisti che possono fornire le relative prestazioni.

³⁵ Corte giust., 13 novembre 2008, C-324/07, *Coditel Brabant*, Rac. 2008 p. I-8457, punti 48 e 49.