Documento 25/01/2013 CIRCOLARE - XVIII SESSIONE

Fonte CNI

Tipo Documento CIRCOLARE

Numero 171

Data 25/01/2013

Riferimento PROT. CNI N. 426

Note

Allegati

SZ11098

Titolo SENTENZA CORTE DI GIUSTIZIA UE (GRANDE SEZIONE) 19 DICEMBRE 2012 – DOMANDA DI PRONUNCIA PREGIUDIZIALE – ASL DI LECCE E UNIVERSITÀ DEL SALENTO CONTRO ORDINE INGEGNERI LECCE E CNI – APPALTI PUBBLICI – DIRETTIVA 2004/18/CE – STUDIO E VALUTAZIONE DELLA VULNERABILITÀ SISMICA DI STRUTTURE OSPEDALIERE – CONTRATTO CONCLUSO TRA DUE ENTI PUBBLICI – AFFIDAMENTO DIRETTO DELLE ATTIVITÀ DI PROGETTAZIONE ALLE UNIVERSITÀ – ILLEGITTIMITÀ - NECESSITÀ DELLA GARA

Testo La Corte di Giustizia UE (Grande Sezione), con la sentenza 19 dicembre 2012 - pronunciata tra le parti ASL di Lecce e Università del Salento, contro Ordine degli Ingegneri di Lecce e CNI, nella causa C-159/11, – ha affermato importantissimi principi in tema di affidamento diretto, senza gara, dei servizi di progettazione a strutture universitarie da parte di una pubblica amministrazione (in allegato).

Per la prima volta in ambito comunitario – e al massimo livello – è stato posto un rigoroso limite alla possibilità di derogare ai principi della libera concorrenza e della par condicio, sconfessando il modus operandi tipico di molte amministrazioni, che affidavano direttamente alle Università, o a società da queste partecipate, i servizi di Ingegneria e di Architettura, impedendo la partecipazione dei liberi professionisti e sottraendo in questo maniera agli stessi rilevanti fette di mercato.

I FATTI

Nel 2009 l'ASL di Lecce ha deliberato l'affidamento – tramite contratto di consulenza - all'Università del Salento delle attività di studio e di valutazione della vulnerabilità sismica delle strutture ospedaliere della Provincia di Lecce, alla luce delle normative nazionali in materia di sicurezza degli edifici "strategici", per un importo di euro 200.000, al netto dell'IVA.

Tale incarico si strutturava nella individuazione della tipologia strutturale, dei materiali impiegati per la costruzione e dei metodi di calcolo adottati, nella verifica della regolarità strutturale e nell'analisi sommaria

della risposta sismica globale dell'edificio, nell'elaborazione dei risultati delle attività e nella stesura di schede tecniche di diagnosi strutturale.

La base normativa di tale operazione è stata rinvenuta nell'art.66, primo comma, del DPR 11 luglio 1980 n.382, ("Riordinamento della docenza universitaria, relativa fascia di formazione nonché sperimentazione organizzativa e didattica"), che dispone che : "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".

L'Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce, con l'intervento ad adiuvandum del CNI, ha presentato ricorso al giudice amministrativo avverso la deliberazione di approvazione del suddetto disciplinare, lamentando la violazione della normativa nazionale e dell'Unione Europea in materia di appalti pubblici.

Lo stesso è accaduto nei confronti della delibera della ASL, e della successiva convenzione con l'Università, volta all'affidamento dell'incarico di redazione degli elaborati relativi al progetto definitivo e/o esecutivo, nonché dell'attività di coordinamento della progettazione per la costruzione di una nuova struttura ospedaliera nel plesso del Presidio Vito Fazzi di Lecce.

Il Tar per la Puglia, sede di Lecce, ha accolto i ricorsi con le sentenze gemelle 2 febbraio 2010 n.415 e 2 febbraio 2010 n.416.

E' interessante evidenziare che, rigettando le argomentazioni della ASL, il Tar pugliese ha affermato che "appare quindi evidente come debba considerarsi compito degli Ingegneri e degli Architetti quello di verificare la vulnerabilità sismica degli edifici in base alla normativa vigente ed eventualmente predisporre le misure di adeguamento necessario" (sentenza n.416/2010).

Secondo la sentenza n.415/2010, invece, l'ASL ha provveduto ad affidare l'incarico di progettazione del nuovo plesso ospedaliero "prescindendo da ogni doveroso ricorso a procedure di evidenza pubblica", mentre nell'ambito della "attività di ricerca e consulenza universitaria" cui all'art.66 DPR n.382/1980, non pare potersi ricomprendere l'elaborazione di un progetto per la realizzazione di un'opera pubblica.

Sul ricorso in appello proposto dalla Azienda Sanitaria Locale di Lecce, il Consiglio di Stato, V Sezione, ha pronunciato l'Ordinanza 15 febbraio 2011 n.966, di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea della questione, al fine di sollecitarne il pronunciamento. La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione degli articoli 1, paragrafo 2, lettere a) e d), e 28, nonché dell'allegato II A,

categorie 8 e 12, della direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi.

E' interessante notare come, tra le argomentazioni avanzate dalla Università del Salento a difesa della legittimità della convenzione stipulata, c'era quello secondo cui il compenso pattuito era "idoneo a coprire solo i costi sostenuti dall'Università, senza alcuna percezione di profitti".

LA PRONUNCIA DEL CONSIGLIO DI STATO

Il Consiglio di Stato, V Sezione, nella sentenza non definitiva dell'8 febbraio 2011 n.861, - dopo aver riunito i ricorsi presentati dalla Azienda Sanitaria Locale di Lecce – ha chiarito che il giudizio riguarda la sottoposizione o meno dell'affidamento di un incarico di studio e valutazione tecnica da parte e in favore di una pubblica amministrazione alla disciplina dei contratti pubblici relativi a servizi (in particolare di ingegneria ed architettura).

Il punto dirimente della controversia ruota quindi intorno all'applicabilità all'affidamento dell'incarico di studio e di valutazione della vulnerabilità sismica delle strutture sanitarie della Provincia di Lecce all'Università del Salento della disciplina in materia di affidamento di servizi ai sensi del d.lgs. 12 aprile 2006 n.163, alla luce delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.

L'ASL e l'Università avevano rilevato che il contratto di consulenza costituisce un accordo di cooperazione tra amministrazioni pubbliche per lo svolgimento di attività di interesse generale. Il giudice del rinvio conferma che gli accordi tra pubbliche amministrazioni previsti dall'art.15 della legge n.241 del 1990 costituiscono una forma di cooperazione volta a consentire la più efficiente ed economica gestione di servizi pubblici.

Il Consiglio di Stato si è tuttavia chiesto se la conclusione di un accordo tra pubbliche amministrazioni (l'ASL e l'Università del Salento) 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 di uno scopo di lucro, dalla dotazione di una organizzazione di impresa o dalla presenza continua sul mercato.

Poiché per la decisione della causa è necessario risolvere alcuni problemi interpretativi di norme di diritto comunitario, il giudice amministrativo d'appello – con separata ordinanza – ha rimesso la questione pregiudiziale di interpretazione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sospendendo il giudizio.

L'Avvocato Generale della Corte di Giustizia, rispondendo positivamente al quesito, aveva in precedenza concluso nel senso del contrasto fra la normativa interna sugli accordi fra amministrazioni e la disciplina europea degli appalti pubblici.

LA SENTENZA 19 DICEMBRE 2012 (CAUSA C-159/11) DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

Con la sentenza 19 dicembre 2012, emessa nella causa C-159/11, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Grande Sezione) – pronunciandosi sulla domanda pregiudiziale proposta dal Consiglio di Stato nella controversia tra l'Ordine degli Ingegneri di Lecce ed il Consiglio Nazionale nei confronti dell'Asl Lecce e dell'Università del Salento – ha affermato che il diritto dell'Unione Europea in materia di appalti pubblici osta ad una normativa nazionale che autorizzi la stipula di accordi tra pubbliche amministrazioni senza lo svolgimento di una previa gara, allorquando l'oggetto del contratto non corrisponda allo svolgimento di un servizio pubblico comune alle Amministrazioni stesse e crei una posizione privilegiata ad un contraente, quale operatore economico.

In primo luogo la Corte di Giustizia afferma che anche le Università pubbliche, in linea di principio, possono partecipare ad un procedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi.

Ma, nello stesso tempo, afferma che attività quali quelle oggetto del contratto in discussione ("di ricerca scientifica") ricadono, per la loro natura effettiva, "tra i servizi di ricerca e sviluppo di cui all'allegato II A, categoria 8, della direttiva 2004/18, oppure nell'ambito dei servizi d'ingegneria e dei servizi affini di consulenza scientifica e tecnica indicati nella categoria 12 di tale allegato".

Inoltre – prosegue la sentenza – un contratto non può essere escluso 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 convenzionato.

E nemmeno si rientra nelle ipotesi, eccezionali, in cui gli appalti conclusi da enti pubblici non rientrano nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici (sentenza Teckal, causa C-107/98), dal momento che la ASL di Lecce non esercita alcun controllo sull'Università del Salento.

Analizzando lo specifico contratto stipulato tra la ASL e l'Università, quindi, la Corte di Giustizia, nelle motivazioni della decisione, afferma che l'attività di verifica della vulnerabilità sismica delle strutture ospedaliere corrisponde in misura estesa ad attività "che vengono generalmente svolte da Ingegneri o

Architetti e che, se pur basate su un fondamento scientifico, non assomigliano ad attività di ricerca scientifica".

Infine, l'oggetto del contratto stipulato potrebbe condurre a favorire imprese private, qualora tra i collaboratori esterni altamente qualificati cui l'Università del Salento, in base alla convenzione, è autorizzata a ricorrere per alcune prestazioni, fossero inclusi dei prestatori privati.

La Corte di Giustizia risponde pertanto alla questione sollevata dal Consiglio di Stato dichiarando che il diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici è di ostacolo 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 – ciò che spetta al giudice del rinvio verificare – 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.

Spetterà al Consiglio di Stato fare applicazione di questo principio nella causa sottoposta al suo esame, decidendo nel merito.

La sentenza 19 dicembre 2012, causa C-159/11, della Corte di Giustizia è comunque importante perché salvaguarda gli interessi e le prerogative dei liberi professionisti e delle imprese, garantendo che i contratti stipulati tra le Università e le amministrazioni aggiudicatrici debbano sottostare alla normativa nazionale e comunitaria in materia di appalti pubblici e quindi ai principi di libera concorrenza, trasparenza, proporzionalità e pubblicità nell'affidamento degli incarichi.

Ne deriva:

- che è illegittimo procedere all'affidamento diretto alle Università dell'incarico per lo studio e la valutazione di vulnerabilità sismica delle strutture ospedaliere, prescindendo dal ricorso alle procedure di evidenza pubblica nella scelta del contraente ;

- che non è possibile per due amministrazioni pubbliche avvalersi dello strumento dell'accordo ex art.15 legge 7 agosto 1990 n.241 per raggiungere gli stessi risultati dell'affidamento di un appalto disciplinato dal diritto comunitario, senza osservare le prescrizioni e le regole dettate dalla normativa in materia di aggiudicazione degli appalti ;

- che le Università non possono ottenere incarichi pubblici di progettazione se non a seguito dell'affermazione tramite confronto concorrenziale in una gara pubblica, nel rispetto dei principi di parità di trattamento, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza dettati dal Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 163/2006).

Si tratta, come noto, delle battaglie da sempre portate avanti dalle rappresentanze istituzionali degli Ingegneri, che adesso vedono – per la prima volta a livello comunitario – un riconoscimento espresso e inequivocabile.

Il Consiglio Nazionale auspica che si tratti di un passo decisivo per spingere le Università a riconsiderare il proprio ruolo, mettendo al centro l'attività di insegnamento e di ricerca e cessando di fare concorrenza sleale ai professionisti, approfittando di una posizione di partenza privilegiata e sui generis.

Si invitano i destinatari della presente a favorire una ampia diffusione della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea allegata.

ALLEGATO:

1)sentenza Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 19 dicembre 2012, causa C-159/11.