



CONSIGLIO NAZIONALE
DEGLI INGEGNERI



presso il
Ministero della Giustizia

CONSIGLIO NAZIONALE DEGLI INGEGNERI
01/10/2014 U-rsp/5454/2014



U-AZ/14

Circ. n. 426/XVIII Sess.

Ai Consigli degli Ordini
degli Ingegneri
Loro Sedi

Oggetto: Affidamento incarichi professionali alle Università –
sisma in Abruzzo – convenzioni stipulate dai Comuni
– piani di ricostruzione del centro storico delle città –
affidamento senza gara alle Università della redazione
dei piani – sentenza Tar Abruzzo, 22 maggio 2014
n.476 – illegittimità degli affidamenti - considerazioni

Con la presente si trasmette in allegato la **sentenza** del
TAR Abruzzo, sezione I, 22 maggio 2014 n.476, che – al
termine di un lungo procedimento giudiziario, che ha visto
intervenire addirittura la Corte di Giustizia dell'Unione Europea
(v. la circolare CNI 22 luglio 2013 n.256) – ha dichiarato la
illegittimità della convenzione relativa ai Piani di ricostruzione dei
centri storici stipulata tra i Comuni colpiti dal sisma del 2009 e
l'Università degli Studi di Chieti-Pescara e quella di Camerino,
Scuola di Architettura e Design Vittoria (SAD).

Si tratta di un ulteriore, importante risultato, ottenuto
grazie all'azione di vigilanza del Consiglio Nazionale, in sinergia
con gli Ordini territoriali, sulle modalità attraverso cui i Comuni e
le Pubbliche Amministrazioni in generale affidano i servizi di

ingegneria e di architettura, spesso elusive della normativa di evidenza pubblica.

Per un riassunto dei vari passaggi processuali della vicenda si rinvia alla lettura delle precedenti circolari CNI n.101/2012, n.214/2013 e n. 256/2013, tutte rinvenibili sul sito Internet del Consiglio Nazionale.

Già la Corte di Giustizia UE, con l'ordinanza 20 giugno 2013, aveva infatti stabilito che “la direttiva 2004/18/CE, sul coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, **osta** ad una normativa nazionale la quale autorizza la stipulazione, senza previa gara, di un contratto mediante il quale enti pubblici istituiscono fra 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 esclusivamente da considerazioni ed esigenze connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico, oppure sia tale da porre un prestatore privato in una posizione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti”.

Al giudice nazionale di fronte al quale era sorta la questione (il Tar abruzzese) spettava quindi fare applicazione al caso concreto dei principi fissati dalla Corte di Giustizia.

In primo luogo, il giudice amministrativo conferma la legittimazione del Consiglio Nazionale ad intervenire avverso l'avvenuto affidamento diretto di servizi di supporto tecnico (consulenza e progettazione), a seguito di una convenzione tra i Comuni del cratere aquilano e alcuni Dipartimenti universitari.

Questo, in ragione “dell'interesse dell'Ente, esponenziale degli interessi degli iscritti, di vedere affidate le prestazioni professionali in esame **in condizioni di parità tra i vari operatori** e non già in regime di esclusiva in favore di taluni operatori qualificati dal loro collegamento con le Università”.

La motivazione alla base della scelta di ricorrere alle Università per “le attività di supporto per la elaborazione del piano di ricostruzione da parte del comune, effettuando lo studio preliminare, la previa analisi e predisponendo il progetto di ricostruzione” era stata quella della insufficienza degli apparati

tecnici comunali a fronteggiare le incombenze derivanti dalla necessità di dotarsi, per effetto del decreto del Commissario delegato per la ricostruzione n.3 del 2010, di un apposito **Piano di ricostruzione**.

I legali del Consiglio Nazionale avevano denunciato il mancato rispetto della disciplina sugli affidamenti sopra soglia comunitaria, così come la violazione dei principi generali di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza.

Il TAR per l'Abruzzo, sede di L'Aquila, ha accolto pienamente le argomentazioni e le censure avanzate dal CNI.

Dopo aver evidenziato che dagli atti emerge che i corrispettivi previsti a favore delle Università *“non sono limitati ai costi da sostenere”* – unica condizione che avrebbe, entro certi limiti, giustificato la scelta compiuta – il giudice aquilano ha affermato che, nella specie, l'attività dell'Università è consistita *“nell'apprestamento di un prodotto finito, comprensivo di relazioni e atti progettuali, e cioè di un 'risultato', assimilabile in tutto e per tutto a quello di un'attività professionale, ragione per cui “risulta sicuramente arduo qualificare la stessa in termini di mera attività di 'supporto', giustificata da finalità di studio e di ricerca” (come sarebbe nei compiti istituzionali delle Università).*

Inoltre, non può essere addotta, come valida deroga alla normativa comunitaria, la eccezionalità degli eventi nei quali l'affidamento è maturato, dato che anche in queste ipotesi l'affidamento diretto può avvenire, per legge, unicamente in presenza dei rigorosi limiti fissati dal diritto comunitario, *“condizioni”* – precisa la sentenza – *“non verificate nella specie”, tenuto conto **“della palese mancanza del requisito dell'urgenza nel quale gli affidamenti sono maturati, dimostrata dalla stipula della Convenzione a distanza di circa due anni dall'emanazione della normativa pertinente e di circa tre dal sisma”**.*

Alla luce della normativa nazionale e comunitaria, come interpretata dalla Corte di Giustizia europea, il TAR Abruzzo conclude dichiarando che *“la convenzione approvata dai Comuni e gli atti di affidamento che da questa discendono **sono illegittimi e vanno annullati**”*.

Le convenzioni stipulate sono quindi dichiarate inefficaci e la dichiarazione di inefficacia opera in via retroattiva, “in ragione della gravità oggettiva della violazione e della condotta delle amministrazioni appaltanti”.

Di fatto, poi, per essersi le prestazioni già svolte (e le analisi tecniche già acquisite dai Comuni) il giudice amministrativo di primo grado dichiara che le Università andranno pagate “*solo per la parte costituente indebito arricchimento e non già a titolo contrattuale e nella misura indicata in contratto*”.

E’, infine, da sottolineare il fatto che le Amministrazioni soccombenti sono state condannate a rifondere le spese del giudizio (con conseguente danno per le casse comunali).

La pronuncia allegata – alla cui integrale e attenta lettura si rinvia – costituisce un ulteriore tassello *a favore*, nella battaglia che la Categoria sta conducendo, da alcuni anni, contro le condotte della PA in tema di appalti pubblici, distorsive della concorrenza e del libero mercato.

Dopo la questione dell’affidamento diretto alle Università dell’attività di studio e valutazione della vulnerabilità sismica delle strutture ospedaliere della Provincia di Lecce (su cui v. la **circolare CNI 10/09/2013 n.267**) e quella dell’affidamento, senza gara, al Politecnico di Milano delle prestazioni preliminari alla redazione del piano di governo del territorio (v. la **circolare CNI 5/05/2014 n.369**), si aggiunge quindi una nuova fattispecie al novero dei settori economici che sono stati oggetto di disamina e approfondimento da parte dei TAR e del Consiglio di Stato.

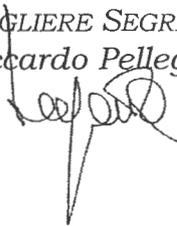
Il susseguirsi di sentenze di segno positivo, che accolgono le ragioni dei liberi professionisti, conferma la bontà delle iniziative messe in campo dalle rappresentanze istituzionali degli Ingegneri e la necessità di proseguire ed insistere nell’azione di richiamo delle stazioni appaltanti al rigoroso rispetto della legge e del Codice dei contratti pubblici.

Come sempre, il Consiglio Nazionale invita i Consigli degli Ordini a diffondere il pronunciamento favorevole ottenuto e a vigilare su quanto accade nel proprio ambito territoriale,

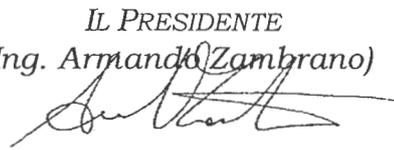
assicurando l'appoggio e la collaborazione dell'Ente centrale di Categoria nel contrastare e reprimere gli affidamenti di incarichi professionali compiuti in violazione della normativa.

Cordiali saluti.

IL CONSIGLIERE SEGRETARIO
(Ing. Riccardo Pellegatta)



IL PRESIDENTE
(Ing. Armando Zambrano)



ALLEGATO :

- Sentenza TAR Abruzzo, L'Aquila, Sezione Prima, 22 maggio 2014 n.476.

MC2509Circ

22/05/2014 n. 476

N. 00476/2014 REG.PROV.COLL.
N. 00399/2011 REG.RIC.
N. 00401/2011 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Abruzzo

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 399 del 2011, proposto da:

Consiglio Nazionale degli Ingegneri, rappresentato e difeso dagli avv.
Maurizio Marti, Manuela Toma, con domicilio eletto presso avv. Luigia
Urbani in L'Aquila, via G. Pascoli, 1/A;***contro***Comune di Castelvecchio Subequo in persona del Sindaco p.t.,
rappresentato e difeso dall'avv. Luigi Maria Di Cesare, con domicilio
eletto presso avv. Dario Visconti in L'Aquila, via XX Settembre, 19;***nei confronti di***Università degli Studi Chieti Pescara - Dipartimento Scienze e Storia
dell'Architettura;

sul ricorso numero di registro generale 401 del 2011, proposto da:

Consiglio Nazionale degli Ingegneri, rappresentato e difeso dagli avv.
Maurizio Marti, Manuela Toma, con domicilio eletto presso avv. Luigia

Urbani in L'Aquila, via G. Pascoli, 1/A;

contro

Comune di Barisciano in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Fabio Alessandrini, con domicilio eletto presso avv. Fabio Alessandrini in Scoppito, Ss17 - Km 24,650 N.1;

nei confronti di

Scuola di Architettura e Design Vittoria (SAD) dell'Università degli Studi di Teramo;

per l'annullamento

quanto al ricorso n. 399 del 2011:

della delibera recante approvazione convenzioni per la redazione dei piani di ricostruzione provvedimento n. 13 del 14 aprile 2011.

quanto al ricorso n. 401 del 2011:

della delibera recante approvazione schema di convenzione per la realizzazione di attività relative alla ricostruzione post sisma del 6.4.2009.

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Castelvecchio Subequo in persona del Sindaco p.t. e del Comune di Barisciano in persona del Sindaco p.t.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 marzo 2014 la dott.ssa Maria Abbruzzese e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con i ricorsi in epigrafe, l'Ordine ricorrente ha impugnato gli atti meglio sopra individuati con i quali rispettivamente il Comune di Castelvechio Subequo (AQ) e il Comune di Barisciano (AQ) approvarono gli schemi di convenzione per la redazione dei piani di ricostruzione finalizzati ad affidare i relativi incarichi, rispettivamente, all'Università degli Studi di Chieti-Pescara, Dipartimento Scienze e Storia dell'Architettura, e all'Università di Camerino, Scuola di Architettura e Design Visttoria (SAD).

Esponde il ricorrente che, con le convenzioni in questione, i Comuni affidavano ai Dipartimenti universitari indicati l'incarico di "svolgere le attività di supporto tecnico-scientifico relative allo studio, all'analisi e al progetto per la ricostruzione" nei Comuni, attività necessitate all'esito del sisma del 2009; tali affidamenti, nella prospettiva di parte ricorrente, riguarderebbero prestazioni "attinenti all'urbanistica ed alla paesaggistica" ovvero ai "servizi affini di consulenza scientifica e tecnica", rientranti tra quelle previste dall'allegato IIA del Codice dei Contratti pubblici e dunque sottoposti alle pertinenti disposizioni tra le quali, anzitutto, quelle relative alla necessità di evidenza pubblica, non affatto ottemperate.

Da qui i due ricorsi che entrambi deducono: 1) Violazione dell'art. 134 TUEL per omessa indicazione delle ragioni di urgenza che condizionano la declaratoria di immediata eseguibilità della delibera. Nullità, ai sensi dell'art. 21 septies, L. n.241/90, della declaratoria di immediata esecutività della delibera: le delibere di approvazione delle bozze di convenzione, impugate, sono state dichiarate immediatamente eseguibili senza l'indicazione delle ragioni d'urgenza, espressamente richieste dalla epigrafata disposizione; 2) Violazione dei principi di trasparenza, concorrenza e parità di trattamento e

pubblicità. Violazione del D.Lgs. 163/2006. Violazione dell'art. 102 (ex art 82 Trattato CE) del trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (versione consolidata, pubblica in G.U. 30.3.2010, n.C-83). Violazione art. 97 Cost.: le convenzioni hanno ad oggetto l'affidamento di incarichi relativi a prestazioni professionali rientranti tra quelle sottoposte alla disciplina dell'evidenza pubblica (servizi attinenti all'architettura ed all'ingegneria), disposto in via diretta, senza il rispetto delle formalità procedurali e di pubblicità normativamente prescritte; gli affidamenti, sopra soglia comunitaria, sono stati effettuati in violazione dei principi generali di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza; neppure può essere giustificata la scelta facendosi rientrare le convenzioni tra quelle previste dall'art. 15 L. n.241/90, posto che la Corte di giustizia ha già ammesso la possibilità per le Università di partecipare a procedure di evidenza pubblica per l'affidamento di contratti aventi ad oggetto servizi compatibili con le sue attività istituzionali, dunque parificando le Università, a tali fini, agli altri soggetti affidatari di commesse pubbliche, in condizioni di parità con gli altri operatori economici; inoltre l'accordo tra amministrazioni escluse dalla qualificazione (e dal regolamento) contrattuale deve riguardare la realizzazione di un interesse pubblico comune ai partecipanti, che le parti hanno l'obbligo di perseguire come compito principale, e i movimenti finanziari tra soggetti sono ammissibili solo a fronte di spese sostenute; nel caso di specie, tali condizioni non sarebbero ravvisabili, avendo i Comuni inteso acquisire un servizio di proprio esclusivo interesse e in sostanza diretto a ottenere prestazioni lavorative o professionali in cambio di corrispettivo; 3) Violazione del Codice dei contratti e dei principi di concorrenza e in particolare dell'art. 90 del suddetto Codice: a termini

del Codice dei contratti, i servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria devono essere affidati a professionisti iscritti negli appositi albi e non a Università o Enti simili che, ove invece affidatari di detti servizi, devono concorrere in procedure di evidenza pubblica; 4) Inefficacia del contratto ex art. 121 del c.p.a. in quanto oggetto di grave violazione del diritto comunitario: l'inosservanza delle norme comunitarie in materia di affidamento di pubblici appalti, e, in particolare gli affidamenti diretti, sono normativamente sanzionati con l'inefficacia del contratto stipulato.

Concludeva per l'accoglimento dei ricorsi e delle istanze cautelari.

Si costituivano i Comuni chiedendo il rigetto del ricorso e dell'istanza cautelare stante la piena legittimità degli atti impugnati.

Il Collegio, con Ordinanza n. 476/2012, previa riunione dei ricorsi, rimetteva questione pregiudiziale alla Corte di giustizia europea che la definiva con Ordinanza della Decima Sezione in data 20 giugno 2013.

Le parti depositavano memorie illustrative e documentazione.

All'esito della pubblica udienza del 26 marzo 2014, il Collegio riservava la decisione in camera di consiglio.

DIRITTO

I. E' contestato dall'Ordine ricorrente l'affidamento diretto di servizi di supporto tecnico (consulenza e progettazione) ai due Dipartimenti universitari controinteressati al di fuori delle procedure di evidenza pubblica, ritenute dal ricorrente necessarie in ragione: a) della natura del servizio, oggettivamente rientrante tra quelli tecnici compresi nell'allegato IIA del Codice dei contratti; b) delle concrete modalità dello stesso, regolarmente retribuito; c) della non riconducibilità dell'affidamento in questione all'accordo tra Amministrazioni, stante la mancanza di interesse comune in capo ai contraenti.

II. Va premessa anzitutto la legittimazione ai ricorsi dell'Ordine ricorrente, fondata sull'interesse dell'ente, esponenziale degli interessi degli iscritti, di vedere affidate le prestazioni professionali in esame in condizioni di parità tra i vari operatori e non già in regime di esclusiva in favore di taluni operatori qualificati dal loro collegamento con le Università.

III. Va, poi, precisato, in via di fatto, che la controversia per cui è causa trae origine dalle complesse incombenze affidate ai Comuni compresi nell'area già interessata dal distruttivo sisma aquilano del 2009.

Tra queste, l'esigenza, per i comuni danneggiati, quasi tutti caratterizzati dalla presenza di patrimonio edilizio risalente, di ridefinire il contesto urbanistico ed edilizio dei rispettivi territori con modalità per molti versi innovative, tenuto conto dell'ampiezza e della complessità degli interventi da realizzare, in parte totalmente o parzialmente ricostruttivi, in parte doverosamente conservativi dell'esistente, in ambiti comunque interessati da significative connessioni strutturali tra le diverse unità edilizie (distinte in "aggregati").

III.1) In tale quadro, il decreto del Commissario delegato per la ricostruzione n. 3 del 9 marzo 2010 ha previsto che ogni comune interessato debba dotarsi di un piano di ricostruzione, strumento programmatico - ed eventualmente pianificatorio - dell'attività urbanistica, con le finalità di individuare e delimitare le zone in cui il patrimonio edilizio deve essere ricostruito o recuperato e debbano essere realizzate eventuali opere di urbanizzazione, rilevare lo stato dei luoghi e quindi redigere un piano di ricostruzione finalizzato a garantire la ripresa socioeconomica, a promuovere la riqualificazione dell'abitato in funzione del complesso dei dati urbanistici pertinenti e a

facilitare il rientro delle popolazioni individuando al contempo gli interventi idonei a rafforzare la sicurezza delle costruzioni; il piano di ricostruzione deve altresì stabilire gli interventi da realizzare, prevedere la messa in sicurezza dei settori interessati, contenere una stima economica degli interventi previsti, individuare i soggetti interessati e programmare gli interventi con l'individuazione delle priorità; determinare le modalità di collegamento dei vari ambiti, i settori di intervento, le opere di urbanizzazione da realizzare e definire, in modo coordinato la programmazione delle opere pubbliche e private,

Si tratta, dunque, di uno strumento programmatico con significativi caratteri di novità, che somma i contenuti propriamente tecnici (rilevazione della situazione dei luoghi, riqualificazione dell'abitato, individuazione degli interventi da realizzare, ecc.) a quelli più strettamente economici (stima degli interventi, previsioni sulla ripresa socio-economica, ecc.).

III.2) Stante le evidenti insufficienze degli apparati tecnici dei Comuni a fronteggiare le incombenze procedurali e provvedi mentali in questione (si osservi che l'area interessata conta Comuni di piccole o piccolissime dimensioni), sono state predisposte, in particolare dai Comuni di Castelvecchio Subequo e di Barisciano, parti in causa, bozze di convenzione simili, espressamente dirette a creare "una cooperazione scientifica tra enti pubblici finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico d'interesse comune"; nell'ambito di questa funzione, così individuata, ogni università interessata ha il compito di fornire al comune contraente le necessarie attività di supporto per l'elaborazione del piano di ricostruzione da parte dello stesso, effettuando lo studio preliminare, la previa analisi e predisponendo il progetto di ricostruzione.

III.3) Le prestazioni commesse ai Dipartimenti universitari, in particolare, contemplano: a) nella fase preliminare, relativa alla perimetrazione gli ambiti da sottoporre al piano di ricostruzione (fase 1), l'impostazione del piano edilizio e del piano delle opere pubbliche con perimetrazione degli ambiti e l'individuazione degli aggregati edilizi e degli interventi pubblici; b) nella fase propedeutica, relativa all'individuazione degli aggregati e degli interventi pubblici (fase 2), l'elaborazione del progetto preliminare con redazione di planimetrie, sezioni e prospetti e valutazione della prefattibilità e del piano di evacuazione delle macerie; c) nella fase di formazione e approvazione del piano di ricostruzione, relativa alla definizione dei criteri e delle modalità di intervento (fase 3), la redazione del piano di ricostruzione, comprendente i criteri e le modalità di intervento e la valutazione di fattibilità, nonché il quadro di area vasta con relazioni, schema strutturale e masterplan; d) nella fase di attuazione del piano di ricostruzione, relativa al coordinamento, alla verifica e alla sorveglianza (fase 4), l'elaborazione definitiva del piano di ricostruzione in adeguamento agli strumenti di pianificazione e monitoraggio esistenti.

IV. Considera anzitutto il Collegio che le attività di "supporto" tecnico, come sopra descritte, commesse dai Comuni ai Dipartimenti universitari siano senz'altro oggettivamente riconducibili ai servizi di natura tecnica per i quali il Codice dei contratti e la normativa comunitaria in materia impongono l'affidamento mediante procedure di evidenza pubblica.

Si tratta, peraltro, di profilo non affatto contestato inter partes.

IV.1) La questione si incentra piuttosto sulla possibilità per le Amministrazioni di stipulare tra loro accordi il cui risultato sia l'espletamento di dette attività nella prospettiva di un soddisfacimento

di interessi pubblici, possibilità che costituisce indubbiamente, anche nella prospettiva comunitaria, una deroga all'ordinaria provvista di servizi sul mercato mediante procedura di gara.

Con la precisazione, doverosa, che detti interessi, entrambi rivolti al risultato costituito dalla descritta prestazione, si fondano, in concreto, nell'esigenza, per i Comuni, di apprestare (e di disporre dei) sopradescritti strumenti, e, per le Università, di confrontarsi con i detti nuovi strumenti, sfruttando le risorse economiche messe a disposizione delle Amministrazioni comunali (a titolo di corrispettivo per la prestazione ottenuta), garantendosi così la provvista per l'attività di studio e ricerca messa in campo.

IV.2) Questo è quanto, in sostanza, espresso nella delibera del Comune di Barisciano, che pone a fondamento della scelta del contraente, al di fuori di procedure di gara, la considerazione che “la pianificazione di interventi sul territorio soprattutto di scala sovracomunale, (è) finalizzata ad uno sviluppo sostenibile, coeso ed intelligente di tutto il comprensorio e (...) la visione globale di una Università qualificata (...) può offrire opportunità tecniche e specialistiche esclusivamente nell'interesse collettivo”.

Le Amministrazioni locali intendono in tal modo esprimere l'idea che il peculiare intervento richiesto, nell'interesse delle Amministrazioni stesse che hanno il compito di (e l'interesse a) ripianificare il proprio territorio, potrebbe incrociare utilmente l'interesse, di studio e di ricerca, qualificato, dei Dipartimenti universitari, sublimato dalla natura pubblica degli affidatari delle prestazioni, che, pur offerte nell'interesse collettivo, sono comunque compensate (con corrispettivi pari, rispettivamente, a euro 450.000 a carico del Comune di Barisciano e euro 213.851,20 a carico del Comune di Castelvecchio Subequo,

rispettivamente in favore dell'Università degli studi di Camerino - Scuola di Architettura e Design Vittoria - SAD e dell'Università degli studi Chieti-Pescara - Dipartimento Scienze e Storia dell'Architettura.

IV.3) Dunque, a fronte di prestazioni riconducibili ai servizi considerati dalla normativa comunitaria come assoggettati a gara, espletati in cambio di corrispettivi, il Collegio si è posto il problema se gli stessi potessero costituire nondimeno oggetto di accordo tra Amministrazioni pubbliche (tali essendo i Comuni da un lato e le Università dall'altro) ex art. 15 L.241/90, così consentendosi, nella sostanza, di evitare le procedure concorsuali.

IV.4) L'Ordinanza di rinvio pregiudiziale evidenziava, in proposito, che gli accordi considerati dal menzionato articolo sono preordinati al coordinamento dell'azione dei diversi apparati amministrativi, ciascuno portatore di uno specifico interesse pubblico, e possono essere utilizzati come forma di collaborazione per la più efficiente ed economica gestione di servizi pubblici, e che l'accezione di interesse comune, è, allo stato della giurisprudenza, piuttosto ampia e coincide con il perseguimento dell'interesse pubblico da parte degli enti partecipanti all'accordo conformemente ai loro scopi istituzionali, ove non si verta nell'ipotesi di funzioni comuni; sarebbe, pertanto, possibile invocare detto articolo quando una pubblica amministrazione intenda affidare ad un'altra amministrazione, a titolo oneroso - purché, tuttavia, il corrispettivo pattuito sia limitato ad un mero rimborso dei costi - un servizio, ove questo ricada tra i compiti dell'ente; inoltre, le attività inerenti alla ripianificazione dei territori, da porre in essere successivamente al sisma del 6 aprile 2009, sono normativamente svolte proprio in collaborazione con i diversi soggetti pubblici e privati che sono coinvolti nei processi propri della ricostruzione, nonché per

fornire il necessario supporto tecnico-amministrativo ai soggetti istituzionali coinvolti.

Gli accordi in questione sarebbero, quindi, “volti al perseguimento di un interesse comune, ai sensi della normativa italiana, in quanto il loro oggetto corrisponde, riguardo ai Comuni, agli obblighi e agli obiettivi formulati nella disciplina straordinaria richiamata e, riguardo alle Università interessate, all’attività di ricerca e consulenza connessa alla loro funzione scientifica e didattica di base, attività autorizzata dal decreto n. 382/1980; tenuto anche conto della possibilità consentita alle Università di dedicarsi, tramite dette attività, all’approfondimento scientifico delle problematiche sottese alla pianificazione e ricostruzione post sisma, in stretta connessione con le esigenze proprie del territorio di competenza (cfr. punti 24 e 25 dell’Ordinanza della Corte).

IV.5) Benché siano, nella specie, indiscutibilmente ravvisabili detti interessi pubblicistici, così individuati e qualificati, il Collegio ha ritenuto necessario verificare se gli stessi continuino a reggere e, eventualmente, a prevalere – così superando la prospettiva meramente mercatoria che imporrebbe il reperimento del servizio attraverso la gara - allorché una delle amministrazioni contraenti rivesta anche la qualità di operatore economico, e tali sono le Università, in quanto autorizzate a partecipare a pubbliche gare, tenuto anche conto della circostanza che i corrispettivi, nella specie, non sono, per quanto emerge dagli atti, limitati ai costi da sostenere.

V. I quesiti posti alla Corte erano dunque formulati nei seguenti termini: “a) Se la direttiva (2004/18) e in particolare l’articolo 1, (paragrafo) 2 lettere a) e d), l’articolo 2, l’articolo 28 e l’allegato II(A), categorie n.8 e n.12, ostino ad una disciplina nazionale che consente la

stipulazione di accordi di forma scritta tra due amministrazioni aggiudicatrici per le attività di supporto ai Comuni relative allo studio, all'analisi ed al progetto per la ricostruzione dei centri storici del Comune di Barisciano e del Comune di Castelvecchio Subequeo, come meglio specificate nel capitolato tecnico allegato alle convenzioni di cui alla controversia principale e come individuati dalla normativa nazionale e regionale di settore, verso un corrispettivo la cui non remuneratività non è manifesta ove l'amministrazione esecutrice possa rivestire la qualità di operatore economico; 2) se la direttiva (2004/18) ed in particolare le summenzionate disposizioni della stessa, ostino ad una disciplina nazionale (come quella suesposta), ove il ricorso all'affidamento diretto sia espressamente motivato alla stregua di normative primarie e secondarie post- emergenziali (che sono state adottate a seguito del sisma verificatosi a L'Aquila il 6 aprile 2009) e tenuto conto degli esplicitati specifici interessi pubblici”.

V.1) La Corte ha anzitutto premesso che “un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto tra un operatore economico e un'amministrazione aggiudicatrice, ed avente per oggetto la prestazione di servizio di cui all'allegato II)A di tale direttiva, costituisce un appalto pubblico” e che è “ininfluente, da un lato, che tale operatore sia esso stesso un'amministrazione aggiudicatrice e, dall'altro, che l'ente in questione non persegua un preminente scopo di lucro, che non abbia una struttura imprenditoriale, od anche che non assicuri la presenza continua sul mercato”.

V.2) Posto dunque che le attività costituenti l'oggetto dei contratti in esame ricadono, secondo la loro natura effettiva, nell'ambito dei servizi di ricerca e sviluppo di cui all'allegato II A , categoria 8, della direttiva 2004/18, oppure nell'ambito dei servizi di ingegneria e dei servizi affini

di consulenza scientifica e tecnica indicati nella categoria 12 di tale allegato, e che il contratto, anche se la remunerazione è limitata al rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio convenuto, deve comunque qualificarsi a titolo oneroso, deve riconoscersi che i contratti in questione hanno ad oggetto appalti pubblici e come tali sono sottoposti alle procedura di gara imposte dalla normativa comunitaria, senza possibilità di affidamento diretto.

V.3) Sotto altro profilo, detti contratti non possono ritenersi esclusi dall'ambito di applicazione del diritto dell'Unione non ricorrendo l'ipotesi dell'"in-house providing" (cfr. punto 42 della motivazione: "è nondimeno pacifico che siffatta eccezione non è applicabile in un contesto come quello delle controversie principali, poiché dalla decisione di rinvio risulta che i comuni interessati non esercitano un controllo sulle università che rappresentano le loro rispettive controparti contrattuali").

V.4) Quanto alla ulteriore esclusione consentita (i contratti che istituiscono una cooperazione tra enti pubblici finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune a questi ultimi; cfr. punto 43 della motivazione), la Corte richiede che "tali contratti siano stipulati esclusivamente tra enti pubblici, senza la partecipazione di una parte privata, che nessun prestatore privato sia posto in una posizione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti e che la cooperazione da essi istituita sia retta unicamente da considerazioni di esigenze connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico".

V.5) Nel caso di specie, la Corte, pur riconoscendo, sulla scorta di quanto rilevato dal TAR in sede di rinvio, che effettivamente i contratti sono stipulati esclusivamente tra enti pubblici e che gli eventuali prestatori privati sarebbero stati scelti in condizioni di parità con gli

altri operatori economici, ha avvertito che parte delle attività commesse in contratto sembrerebbero presentare insieme di aspetti materiali corrispondenti in misura estesa, se non preponderante, ad attività che vengono generalmente svolte da ingegneri o architetti e che, se pur basate su un fondamento scientifico, non sarebbero però qualificabili come attività di ricerca scientifica”, sicché la funzione di servizio pubblico oggetto della cooperazione fra enti pubblici instaurata per mezzo dei contratti in parola non sembrerebbe garantire l’adempimento di una funzione di servizio pubblico “comune” alle università e ai comuni di cui alla controversia principale (cfr. punto 46 della ordinanza).

In sostanza, la circostanza, innegabile, che alle Università siano state commesse attività esulanti dalla mera ricerca (e in tutto assimilabili a prestazioni di natura tecnico-professionale) escluderebbe la riconducibilità del servizio in questione a servizio pubblico “comune” alle università e ai comuni, giacché non totalmente sovrapponibile con le funzioni – pubbliche - proprie dell’Università.

V.6) Il rilievo non è, ad avviso del Collegio, agevolmente superabile.

V.7) Va anzitutto rimarcato che, come la Corte non manca di evidenziare nel contesto dell’ordinanza, la presenza di un “corrispettivo”, a fronte delle attività affidate, è indice della natura “professionale” dell’attività ed è logicamente compatibile solo con una prestazione che esula, ovvero è (almeno in parte) sovrabbondante rispetto al soddisfacimento di un interesse del prestatore.

Certamente, per detta parte “ultronea”, l’interesse pubblico “rilevante” non può dirsi “comune” ai contraenti, giacché è nella sostanza rispondente a quello normativamente imputato solo per la parte riferibile ai Comuni (la funzione di ripianificazione che presuppone la

provvista delle attività a questa preordinate), ma non a quello - di mera "ricerca" - imputato soggettivamente alle Università.

V.8) Deve anche rilevarsi che, essendosi concretata l'attività delle Università nell'apprestamento di un "prodotto finito", comprensivo di relazioni e atti progettuali, e cioè di un "risultato", assimilabile in tutto a quello di un'attività professionale (come è vieppiù dimostrato dalla concreta utilizzazione di detti atti da parte dei Comuni (cfr. delibera di C.C. di Barisciano n. 5 dell'1.2.2014, recante adozione dei piani di ricostruzione anche ai fini urbanistici a seguito dell'intervenuto Accordo di programma con la Provincia dell'Aquila, depositata in data 26 marzo 2014), risulta sicuramente arduo qualificare la stessa in termini di mera attività di "supporto" giustificata da finalità di studio e di ricerca.

Attività di supporto che giammai avrebbero potuto esitare, se non appunto al di là delle funzioni pubbliche dell'Università, e cioè al di là di quanto concretamente spendibile in sede di accordo tra Amministrazioni, in "prodotto finito" integrante compiuta prestazione professionale, in quanto tale regolarmente compensata.

VI. La Corte ha infine chiarito che non può costituire deroga alla normativa comunitaria la eccezionalità degli eventi nei quali l'affidamento è maturato, giacché, anche in questo caso, l'attribuzione diretta di un appalto, di norma oggetto di procedura aperta, ristretta o negoziata con previa pubblicazione di un bando di gara, può essere consentita unicamente in presenza delle condizioni previste all'articolo 31 , punto a), lettera c) della direttiva 2004/18, condizioni non verificate nella specie (cfr. punto 55, dell'ordinanza), anche tenuto conto della palese mancanza del requisito dell'urgenza nel quale gli affidamenti sono maturati, dimostrata dalla stipula della Convenzione a

distanza di circa due anni dall'emanazione della normativa pertinente e di circa tre dal sisma.

VII. Ne discende che, alla luce delle invocate disposizioni nazionali e comunitarie, come interpretate pregiudizialmente dalla Corte di Giustizia europea, la convenzione approvata dai Comuni e gli atti di affidamento che da queste discendono sono illegittimi e vanno annullati.

VII.1) Dagli atti di causa risulta che i Comuni hanno stipulato la convenzione, che ha avuto effetto con l'apprestamento degli atti progettuali e l'approvazione degli stessi in vista delle successive attività di ripianificazione.

VII.2) Le convenzioni stipulate vanno tuttavia dichiarate inefficaci ai sensi dell'art. 121 del c.p.a., lettere a) e b), integranti affidamenti senza gara e senza pubblicazione del bando, in assenza delle condizioni di cui all'art. 121, comma 5, come espressamente sul punto sancito dalla Corte di giustizia *inter partes*.

VII.3) La dichiarazione di inefficacia, in ragione della gravità oggettiva della violazione e della condotta delle amministrazioni appaltanti (che hanno proceduti agli affidamenti *de quibus*, in pretese condizioni di urgenza, a distanza di circa due anni dalla emanazione della disposizione che li obbligava alla ripianificazione), opera in via retroattiva (*ex tunc*), non risultando alcuna esigenza imperativa connessa a interessi generali che imponga il mantenimento dei suoi effetti, tenuto anche conto del completamento, allo stato, delle attività di cui agli illegittimi affidamenti e dell'insussistenza di "residui obblighi contrattuali" soddisfattibili solo dall'esecutore.

VII.4) La dichiarazione di inefficacia ha nella sostanza effetti solo sulla misura della possibile compensabilità delle prestazioni in questione,

che, già acquisite dai Comuni in virtù di detti affidamenti, potranno essere compensate solo per la parte costituente indebito arricchimento e non già a titolo contrattuale e nella misura in contratto indicata.

VIII. I ricorsi vanno dunque accolti nei sensi di cui in motivazione.

IX. Le spese, anche delle fasi incidentali, seguono la soccombenza e si liquidano, in favore dell'Ordine ricorrente, nella misura in dispositivo indicata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo regionale per l'Abruzzo – L'AQUILA, definitivamente pronunciando sui ricorsi riuniti di cui all'epigrafe, li accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati e dichiara l'inefficacia delle convenzioni meglio in motivazione individuate.

Condanna i Comuni di Castelvechio Subequo (AQ) e di Barisciano (AQ) al pagamento, in favore dell'Ordine ricorrente, delle spese dei presenti giudizi riuniti, che si liquidano in complessivi euro 10.000,00 (diecimila), a carico di ciascun Comune resistente per la metà.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in L'Aquila nella camera di consiglio del giorno 26 marzo 2014 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Passoni, Presidente FF

Maria Abbruzzese, Consigliere, Estensore

Lucia Gizzi, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/05/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)