

I CONTRATTI DI COOPERAZIONE TRA ENTI PER IL CONFERIMENTO DI INCARICHI DI CONSULENZA E SUPPORTO ALLE STAZIONI APPALTANTI NELLA PREDISPOSIZIONE DELLA DOCUMENTAZIONE E NELLA ELABORAZIONE DEI BANDI DI GARA PER L’AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI DISTRIBUZIONE DEL GAS NATURALE.

PREMESSA

Con il fine di supportare diverse stazioni appaltanti nella predisposizione della documentazione e nel coordinamento delle varie attività da svolgere in funzione delle gare d’ambito per l’affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale è invalsa la prassi, seguita da diverse stazioni appaltanti, di servirsi delle consulenze offerte da particolari gruppi di lavoro legati ai bracci operativi (s.r.l. variamente denominate AnciTel, AnciSA, AnciCOM ecc.) delle articolazioni regionali dell’Associazione Nazionale dei Comuni Italiani.

Sul presupposto che ANCI è, astrattamente, configurabile come un ente pubblico, inserito nell’elenco Istat delle Pubbliche Amministrazioni¹, è invalsa, altresì, la prassi di attribuire ai gruppi di lavoro *de quibus* l’incarico di assistere le stazioni appaltanti nonché, previa approvazione di una convenzione che trasferisce tutte le funzioni all’Ente capofila, gli altri Comuni dell’ambito², senza averne preventivamente valutato l’offerta, tanto sotto il profilo economico, tanto sotto il profilo tecnico, giustificando il tutto configurando il rapporto come una cooperazione tra enti ai sensi dell’art. 15 della legge 241/1990.

¹ La asserita pubblicità dell’ente affidatario - cooperante (e nello specifico delle ANCI regionali) è già, come meglio si dirà più avanti, di per se discutibile, non potendo comunque prescindere da una valutazione della disciplina applicabile al caso concreto.

Per un inquadramento generale del tema “*identificazione degli enti pubblici*” si veda:

Cons. St., sez. VI, 23 ottobre 1973 n. 397.

T.A.R. Lombardia, 15 luglio 1981 n. 796

A.M.SANDULLI, Manuale di Diritto Amministrativo, Napoli, 1989, 193-194

CASSETTA, Manuale di Diritto Amministrativo, Milano, 2006, 71.

² Tale accordo non sempre è presente. In questi casi gli incarichi di supporto nelle funzioni locali e per la funzione centrale vengono lasciati separati, con conseguente limitazione del costo complessivo al di sotto della soglia comunitaria.

Tuttavia in un momento di poco successivo, viene fatto sì che la stessa SA rivolga invito espresso ai Comuni dell’ambito affinché procedano ad attribuire ai soggetti in questione l’incarico di supportarli nelle loro funzioni utilizzando a tal fine sempre l’accordo di cooperazione ex art. 15.

Tale prassi – purtroppo molto diffusa (a dispetto delle pronunce dell’ autorità di vigilanza e dell’ attività ispettiva iniziata dalla Corte dei Conti) – presenta diversi profili di illegittimità e rischia, in concreto, di compromettere l’ interesse specifico dei singoli comuni appartenenti all’ ambito, rendendo marginale il loro contributo nella procedura di formazione del bando per l’ affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale.

CONTRATTI DI COOPERAZIONE TRA ENTI PUBBLICI – INQUADRAMENTO GENERALE.

L’ art. 15 della legge 241/1990 autorizza le amministrazioni pubbliche a concludere tra loro “*accordi*” aventi ad oggetto la disciplina dello svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune.

Si tratta di una disciplina generica e generale che non precisa né le procedure attraverso le quali addivenire a tali accordi, né i soggetti abilitati a concluderli, né l’ oggetto specifico degli stessi, ponendo serie problematiche applicative tutte le volte in cui il singolo accordo preveda che una delle amministrazioni in questione svolga a favore dell’ altra/delle altre una prestazione che potrebbe essere erogata anche da soggetti privati operanti sul libero mercato.

Basandosi sul solo tenore letterale dell’ art. 15 si sarebbe indotti a concludere che l’ utilizzo del termine “*attività*” nel testo della disposizione si presti ad abbracciare tanto l’ ipotesi di accordi conclusi con il fine di esercitare funzioni amministrative *strictu sensu* intese, tanto di attività che esercizio di potestà amministrative non sono (quali attività connesse alla prestazione di servizi pubblici, ovvero attività attinenti alla gestione patrimoniale o all’ acquisizione di beni e servizi).

Cionondimeno un limite all’ applicazione della norma è comunque, già, insito nel rinvio fatto dal comma 2 dello stesso art.15, alla disciplina dell’ art.11 della legge 241/1990, commi 2, 3 e 5, disciplinante gli accordi integrativi e sostitutivi di provvedimenti tra amministrazione e privati, ciò che rende evidente che gli accordi vanno ad innestarsi in una fase procedimentale già avviata, con il fine di determinare il contenuto discrezionale di provvedimenti ovvero per sostituirli.

Ne risulta che legittimati a concludere tali accordi possono essere soltanto quei soggetti che sono muniti delle idonee potestà³, ovvero le pubbliche amministrazioni⁴.

La qualificazione dei cooperanti quali enti pubblici assurge quindi a presupposto fondamentale.

A questo riguardo la giurisprudenza e la dottrina, sono, massimamente, concordi nell'affermare che per qualificare un ente come pubblico *“non basta una mera disposizione del legislatore che attribuisce o che nega la pubblicità di un ente”*⁵, dovendo risultare sempre decisivo il regime delle norme, di diritto pubblico o privato, in cui l'ente, in virtù degli atti che ne disciplinano l'attività, è tenuto a operare⁶.

Nello specifico, i maggiori problemi nell'individuazione della disciplina applicabile ai cooperanti derivano, come anticipato, dalla difficoltà di raccordare la disciplina tipica dell'istituto con le norme italiane e comunitarie in materia di appalti

³ Sulla natura endoprocedimentale e sul possibile contenuto dei provvedimenti adottati secondo le norme del Capo IV della legge 241/1990 si veda Consiglio di Stato, sez. IV, 1 agosto 2001, n. 4206.

⁴ In questo senso L. CAPICOTTO, Commento alla sentenza della Corte di Giustizia UE – grande sezione – 19 dicembre 2012, in Gazzetta Amministrativa, n. 4/2012; S. LUCA, Nota a Corte di Giustizia della Comunità Europea del 19 dicembre 2012, C-159/11, in ildirittoamministrativo.it.

⁵ CERULLI IRELLI – “Ente Pubblico”: problemi di identificazione e disciplina applicabile, in Cerulli Irelli e Morbidelli (a cura di), Ente Pubblico ed enti pubblici, Torino, 1994, 89.

⁶ T.A.R. Lombardia, 15 luglio 1981 n. 796, si afferma che “nei casi in cui sia difficile accertare la natura – pubblica o privata – di un ente, diviene decisivo l'aspetto formale attinente al regime delle norme, di diritto pubblico o privato, in cui l'ente, in virtù degli atti che ne disciplinano l'attività, è tenuto a operare”.

Cons. St., sez. VI, 23 ottobre 1973 n. 397.

A.M.SANDULLI, Manuale di Diritto Amministrativo, Napoli, 1989, 193-194: “l'elemento al quale occorre rifarsi per stabilire, nei casi dubbi, se si sia in presenza di un ente pubblico, non può essere cercato tanto negli interessi (generalmente collettivi, ma non sempre propri dell'Ente superiore, Stato o Regione, legittimato ad istituire un tale ente) che l'ente persegue, quanto nel regime (trattamento) che ai singoli enti faccia il diritto positivo (e cioè nell'aspetto formale). Ciò che occorre determinare è unicamente se l'ente del quale si tratti sia collocato dall'ordinamento in una posizione giuridica particolare, differenziata da quella propria dei soggetti di diritto comune, o, meglio, se l'ente sia assoggettato ad un regime giuridico il quale gli conferisca poteri e prerogative di diritto pubblico, che in qualche modo lo assimilino a quelli degli enti che sicuramente hanno natura pubblica, facendone perciò un «pubblico potere».

CASETTA, Manuale di Diritto Amministrativo, Milano, 2006, 71: il quale rileva anche che “l'interesse è pubblico non già perché ontologicamente si possa qualificare come tale, ma in quanto la legge, accertato che esso ha una dimensione collettiva, l'abbia imputato ad una persona giuridica, tenuta giuridicamente a perseguirlo: di qui il riconoscimento della <<pubblicità>> di quella persona giuridica

pubblici, così come delle norme del trattato in tema di parità di trattamento e non discriminazione.

La giurisprudenza, nazionale e comunitaria, si sono espresse più volte sul tema ampliando⁷ – in via interpretativa – il novero dei soggetti ammessi a partecipare alle gare per l'affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, portandolo oltre la lettera dell'**art. 34 del Codice dei Contratti Pubblici** e restringendo, per converso, la possibilità di ricorrere ad affidamenti diretti in assenza di determinati presupposti.

Queste sentenze, argomentando a partire dall'**art. 1, n.8 della direttiva 2004/18/CE** affermano che è possibile riconoscere la qualità di “*operatore economico*”, ai fini della partecipazione ad una procedura ad evidenza pubblica, non soltanto a ogni persona fisica o giuridica, ma anche, ed in modo esplicito, “... *a ogni ente pubblico o a un raggruppamento ... di enti che offra sul mercato, rispettivamente, la realizzazione di lavori e/o opere, prodotti o servizi*”.

Potrebbe dedursi, conseguentemente, che non solo è da considerare illegittima l'esclusione di uno di questi soggetti da una gara ma che deve essere ritenuto illegittimo pure quel provvedimento che, di fatto, avvantaggi l'ente a scapito degli altri operatori economici.

E' quindi assolutamente possibile che un ente, definito pubblico da norme di legge, nel caso concreto sia costretto ad operare in regime di concorrenza.

Anzi, solo due tipi di appalti conclusi da enti pubblici non rientrano nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione:

1. I contratti di appalto stipulati da un ente pubblico con un soggetto giuridicamente distinto da esso, quando detto ente eserciti su tale soggetto un controllo analogo a quello che esso esercita sui propri servizi e quando, al contempo, il soggetto in questione realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti che lo controllano (sentenza **Corte di giustizia CE, sez. V, 18 novembre 1999, causa C-107/98, TECKAL**);
2. I contratti che istituiscono una cooperazione tra enti pubblici finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune a questi

⁷ In particolare sentenza Corte di giustizia CE, sez. IV, 23 dicembre 2009, causa c-305/2008, CONISMA/REGIONE MARCHE.

ultimi (**sentenza Corte di giustizia CE, Grande Sezione, 09 giugno 2009, causa C-480/06, COMMISSIONE/GERMANIA**);

Mentre la prima ipotesi fa riferimento a c.d. appalti *“in house”*, che richiedono che l'affidatario sia soggetto al controllo⁸ dell'ente affidante e che, contestualmente, operi prevalentemente al servizio di quest'ultimo, la seconda ipotesi si riferisce proprio a contratti di cooperazione come quelli contemplati all'art. 15⁹, per il ricorso ai quali si rende, tuttavia, indispensabile, la sussistenza di una serie di presupposti legittimanti.

In questo senso, provvede, la **sentenza 9 giugno 2009, causa C-480/06, Commissione/Germania** che ha affermato che eventuali accordi tra autorità pubbliche non compromettono *“l'obiettivo principale delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici, vale a dire la libera circolazione dei servizi e l'apertura alla concorrenza non falsata in tutti gli Stati Membri”* quando ricorrano congiuntamente le seguenti condizioni:

1. L'attuazione della cooperazione è retta unicamente da considerazioni e prescrizioni connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico;
2. Viene salvaguardato il principio della parità di trattamento degli interessati, in modo tale che nessuna impresa privata è posta in posizione privilegiata rispetto agli altri concorrenti;
3. La collaborazione tra amministrazioni non è una costruzione di puro artificio diretta ad eludere le norme in materia di appalti pubblici;
4. Gli unici movimenti finanziari ammessi tra gli enti pubblici cooperanti sono quelli corrispondenti al rimborso delle spese effettivamente sostenute;
5. Tutte le strutture pubbliche coinvolte svolgono un ruolo attivo, anche se non necessariamente nella stessa misura; quindi sussiste un'effettiva condivisione di compiti e di responsabilità ben diversa dalla situazione che si avrebbe in presenza di un contratto a titolo oneroso in cui solo una parte

⁸ Sentenza Corte di giustizia CE, sez. V, 18 novembre 1999, causa C-107/98, TECKAL.
Sulla nozione di *“controllo analogo”* si veda: Consiglio di Giustizia Amministrativa, decisione 04.09.2007 n° 719; anche, sentenza Corte di Giustizia CE, sez. V, 27 febbraio 2014, causa C-574/12, CENTRO HOSPITALAR DE SETUBAL/SUCH.

⁹ Sentenza Corte di giustizia CE, Grande Sezione, 19 dicembre 2012, causa C-159/11, ASL LECCE/UNIVERSITÀ DEL SALENTO.

svolge la prestazione pattuita, mentre l'altra assume l'impegno alla remunerazione;

6. L'accordo controverso istituisce una cooperazione tra gli Enti locali finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune agli stessi.

Ancor più precisamente e sempre in questo senso la, recente, sentenza della **Grande Sezione, 19 dicembre 2012, causa C-159/11, ASL LECCE/UNIVERSITÀ DEL SALENTO**, avente ad oggetto proprio l'impugnativa di un accordo tra Enti ex art. 15 della legge 241/1990, nella quale si afferma che "il diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici osta ad una normativa nazionale che autorizzi la stipulazione 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 posizione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti".

CONTRATTI DI COOPERAZIONE FRA ENTI PER IL SUPPORTO ALLA STAZIONE APPALTANTE NELLA PREDISPOSIZIONE DELLA DOCUMENTAZIONE E NELLE ATTIVITÀ COLLEGATE ALLA PREPARAZIONE DELLE GARE D'AMBITO EX D.LGS. 164/2000.

Arrivando dunque a valutare la legittimità degli accordi di cooperazione considerati, deve essere premesso che anche nelle ipotesi in cui il valore dell'attività svolta sia stimato essere sotto soglia, ciò non esula comunque dall'applicazione delle norme fondamentali e dei principi del trattato UE, primo fra tutti quello sulla parità di trattamento e di non discriminazione¹⁰.

¹⁰ Lo si trova affermato in sentenza Corte di giustizia CE , Grande Sezione, 19 dicembre 2012, causa C-159/11, ASL LECCE/UNIVERSITÀ DEL SALENTO.
L. CAPICOTTO, Commento alla sentenza della Corte di Giustizia UE – grande sezione – 19 dicembre 2012, in Gazzetta Amministrativa, n. 4/2012;
S. LUCA, Nota a Corte di Giustizia della Comunità Europea del 19 dicembre 2012, C-159/11, in ildirittoamministrativo.it

Si pone quindi il problema di valutare, in concreto, se sussistono quegli elementi che, alla luce della disciplina comunitaria e nazionale, legittimano il ricorso all'accordo di cooperazione:

Il primo aspetto a dover essere considerato attiene ai contenuti dell'accordo ed in particolare alla verifica dell'interesse perseguito dalle parti. Interesse che al contempo deve essere pubblico e comune ad entrambi.

A questo proposito, in capo all'ente facente funzioni di stazione appaltante e all'associazione dei comuni può, in astratto, essere rinvenuta la finalità di garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico che, nello specifico, è quella di assicurare la conclusione di una procedura complessa come quella dell'aggiudicazione del servizio di distribuzione del gas su base d'ambito.

Il fine considerato, il cui perseguimento è precipuamente attribuito alle stazioni appaltanti dal D.M. 226/2011, non è, infatti, incompatibile con le finalità generali individuate dallo statuto dell'Associazione Nazionale dei Comuni Italiani¹¹ (e di riflesso pure delle sue articolazioni regionali), tuttavia, spostando l'analisi in concreto risulta piuttosto evidente che l'attribuzione ad ANCI del ruolo di parte nell'accordo di cooperazione è il chiaro frutto di un artificio, di una costruzione che, surrettiziamente, assimila l'associazione con le s.r.l. sue controllate o partecipate nonché con i gruppi di lavoro, i quali con essa neppure hanno instaurato formali rapporti.

A differenza dell'associazione il gruppo di lavoro composto da liberi professionisti e dalla s.r.l. ha, infatti, una chiara vocazione commerciale e deve, pertanto, essere considerato alla stregua di un operatore economico a cui si rendono, certo, applicabili i principi di parità di trattamento e devono essere messi in concorrenza con gli altri operatori che offrono servizi analoghi.

In questo senso un chiaro indice idoneo a disvelare l'artificio e ad escludere la sussistenza di un interesse pubblico in capo ai soggetti considerati è rinvenibile

¹¹ Statuto ANCI, art. 1.4: “L'ANCI ... svolge attività di sostegno, di assistenza tecnica ed erogazione di servizi nell'interesse e nei confronti dei Comuni singoli o associati e delle Città metropolitane e degli enti soci, anche su incarico della Pubblica Amministrazione, ai suoi diversi livelli e articolazioni”.

sulla scorta di quanto affermato dalla Corte di Giustizia CE nelle cause C-480/06 e C-159/11¹² in merito alla natura dei trasferimenti economici tra le parti.

Nello specifico la Corte distingue tra rimborsi di spese effettivamente sostenuti e pagamento di un corrispettivo per lo svolgimento di una prestazione affermando che:

1. l'aver configurato come rimborso la dazione non è, di per sé, elemento sufficiente ad affermare la sussistenza di un interesse pubblico e neppure postula una maggiore economicità del servizio offerto;
2. la corresponsione di denaro a un soggetto che non è direttamente parte dell'accordo esclude la possibilità di configurarlo come una cooperazione¹³ tra enti.

L'aver previsto, come nei casi di specie, la corresponsione di somme di denaro ai consulenti e alle s.r.l., rende evidente l'incompatibilità dell'interesse di una delle parti con le finalità dell'accordo di cooperazione che deve per ciò stesso considerarsi illegittimo e, in definitiva, nullo.

Altro aspetto fondamentale degli accordi di cooperazione attiene alla necessaria reciprocità delle prestazioni, che deve essere tale da comportare un'effettiva condivisione di compiti e di responsabilità.

Anche qui se da un lato è ben possibile affermare che entrambe le parti dell'accordo, Ente capofila e consulenti svolgono, di fatto, una attività all'interno della procedura, le prestazioni risultano nettamente distinte essendo, come già chiarito, l'una funzione pubblica i cui contenuti sono precipuamente individuati nel D.M. 226/2011 e l'altra mera attività consulenziale e di affiancamento

¹² Sentenza Corte di giustizia CE, Grande Sezione, 09 giugno 2009, causa C-480/06, COMMISSIONE/GERMANIA.

Sentenza Corte di giustizia CE , Grande Sezione, 19 dicembre 2012, causa C-159/11, ASL LECCE/UNIVERSITÀ DEL SALENTO.

¹³ In questo senso :

Sentenza Corte di giustizia CE, Grande Sezione, 09 giugno 2009, causa C-480/06, COMMISSIONE/GERMANIA.

Sentenza Corte di giustizia CE , Grande Sezione, 19 dicembre 2012, causa C-159/11, ASL LECCE/UNIVERSITÀ DEL SALENTO.

L. CAPICOTTO, Commento alla sentenza della Corte di Giustizia UE – grande sezione – 19 dicembre 2012, in Gazzetta Amministrativa, n. 4/2012;

S. LUCA, Nota a Corte di Giustizia della Comunità Europea del 19 dicembre 2012, C-159/11, in ildirittoamministrativo.it

incompatibile con l'attribuzione di qualsivoglia responsabilità diretta o ruolo operativo¹⁴.

CONCLUSIONE

In più occasioni l'AEEG e la stessa ANCI hanno avuto modo di ribadire l'importanza che stazioni appaltanti e comuni affianchino ai propri uffici un supporto consulenziale adeguato, in grado di garantire il coordinamento tra gli enti coinvolti e una corretta valorizzazione del patrimonio impiantistico ancora nella proprietà dei comuni, col chiaro intento di marginalizzare alcuni dei rischi impliciti a un frangente delicato come quello del passaggio alle gestioni d'ambito. Si tratta di un orientamento che trova riscontro nelle intenzioni dello stesso legislatore laddove ha avuto cura di predisporre strumenti che consentono ai comuni di reperire le risorse finanziarie necessarie, nonché di "aggirare" i vincoli di spesa imposti dal patto di stabilità.

Ne risulta che tanto le stazioni appaltanti quanto i singoli enti sono messi nelle condizioni di agire per il meglio e, dunque, chiamati a valutare con la massima attenzione le varie opzioni, avendo cura di operare delle scelte che garantiscano la maggior tutela possibile dell'interesse pubblico.

In considerazione delle attribuzioni che la legge le riconosce è certo sulle stazioni appaltanti che, massimamente, vengono a concentrarsi i maggiori oneri, essendo queste chiamate, in ogni frangente, a salvaguardare non solo il proprio interesse ma, anche, quello di tutti i comuni di cui si assume la rappresentanza.

Scelte come quella sopra descritta, frutto di forzature del dettato normativo che non assicurano la fruizione delle competenze e delle professionalità di cui pure si potrebbe disporre rischiano, nei fatti, di rivelarsi lesive degli interessi collettivi che la riforma del sistema della distribuzione del gas naturale persegue, compromettendo sia la capacità di coordinamento che quella corretta diffusione

¹⁴ Sentenza Corte di giustizia CE, Grande Sezione, 09 giugno 2009, causa C-480/06, COMMISSIONE/GERMANIA.
Sentenza Corte di giustizia CE, Grande Sezione, 19 dicembre 2012, causa C-159/11, ASL LECCE/UNIVERSITÀ DEL SALENTO.
L. CAPICOTTO, Commento alla sentenza della Corte di Giustizia UE – grande sezione – 19 dicembre 2012, in Gazzetta Amministrativa, n. 4/2012;
S. LUCA, Nota a Corte di Giustizia della Comunità Europea del 19 dicembre 2012, C-159/11, in ildirittoamministrativo.it

di informazioni verso gli Enti concedenti che dovrebbero essere prerogative fondamentali ed ineludibili di tutte le stazioni appaltanti.