

Cooperazione orizzontale tra amministrazioni aggiudicatrici e disciplina in materia di appalti: la Corte di giustizia chiarisce l'ambito di applicazione del regime derogatorio disciplinato dall'art. 12 par. 4 della direttiva 2014/24/UE

di Francesco Grassi

Title: Horizontal cooperation between contracting authorities and the rules on public procurement: the Court of Justice of the European Union clarifies the scope of the derogatory regime governed by art. 12 par. 4 of Directive 2014/24 /EU

Keywords: Cooperation between contracting authorities; Equal treatment; Definition of “contract for pecuniary interest”.

1. – Con la sentenza 28 maggio 2020 nella causa C-796/18, la Corte di giustizia dell'Unione europea fornisce il primo chiarimento interpretativo in merito all'art. 12 par. 4 della Direttiva n. 2014/24/UE (*“Appalti pubblici tra enti nell'ambito del settore pubblico”*) che definisce i presupposti perché un accordo di cooperazione orizzontale tra amministrazioni aggiudicatrici relativo all'erogazione di servizi pubblici possa essere escluso dalla applicazione della disciplina europea in materia di appalti.

2. – Il caso oggetto della pronuncia della Corte di giustizia riguarda l'istituzione di un rapporto di cooperazione orizzontale tra amministrazioni aggiudicatrici (la Città di Colonia e il Land di Berlino) finalizzato alla messa a disposizione a titolo gratuito di un software per la gestione della centrale operativa del corpo locale dei vigili del fuoco e dei successivi moduli di aggiornamento.

Per soddisfare l'esigenza di aggiornamento della infrastruttura tecnologica utilizzata per l'erogazione del servizio pubblico di vigili del fuoco, la Città di Colonia ha valutato come idoneo il software IGNIS Plus che è prodotto da una società privata (Sopra Steria Consulting - SSC). Lo stesso software era stato acquistato dal Land di Berlino in forza di un contratto che consentiva a quest'ultimo di distribuirlo gratuitamente ad altre autorità con responsabilità in materia di sicurezza.

Invece di acquisire sul mercato il software mediante una apposita procedura a evidenza pubblica, la Città di Colonia decideva di avvalersi delle cosiddette *Kieler Beschüsse* (decisioni di Kiel) del 1979 – che riconoscono espressamente la facoltà di messa a disposizione gratuita di software tra enti pubblici – e proponeva un accordo di cooperazione al Land di Berlino.

La Città di Colonia e il Land di Berlino concludevano dunque un contratto per la cessione e l'uso in perpetuo e a titolo gratuito del software e in parallelo stipulavano un apposito accordo di collaborazione.

La collaborazione riguardava il progressivo aggiornamento e adattamento del software che ogni amministrazione deve prima acquisire mediante apposita gara d'appalto finanziata con risorse proprie e poi mettere gratuitamente a disposizione dell'altra amministrazione.

Avverso l'accordo tra le due amministrazioni aggiudicatrici insorge una società privata (ISE) operatore nello stesso settore merceologico della SSC contestando l'intento elusivo della disciplina in materia di appalti pubblici perché il rapporto non soltanto aveva natura onerosa ma poneva anche la società che aveva fornito il software al Land di Berlino in una posizione di indebito vantaggio rispetto alla fornitura degli aggiornamenti.

La Sezione competente in materia di aggiudicazione degli appalti della Renania (Vergabekammer Rheinland) respinge la domanda di riesame in quanto inammissibile. Il rapporto intercorrente tra le amministrazioni pubbliche non sarebbe infatti sussumibile nella categoria di appalti pubblici sopra soglia in ragione dell'assenza di un presunto carattere oneroso: la cessione del software avviene a titolo gratuito nell'ambito di una cooperazione paritetica in cui non si rinviene un nesso tra prestazione e controprestazione.

In appello la Società ISE propone gli stessi argomenti di censura a cui le controparti pubbliche replicano sostenendo che nessun rilievo può assumere l'eventuale riconoscimento della natura onerosa del rapporto di cooperazione dal momento che nella fattispecie sono comunque integrate le condizioni disciplinate dall'art. 12 par. 4 della Direttiva 2014/24/EU per procedere con affidamento diretto senza applicazione della disciplina in materia di appalti pubblici.

Diversamente dal giudice di prima istanza, la Sezione competente in materia di aggiudicazione degli appalti dinanzi al Tribunale superiore di Düsseldorf (Oberlandesgericht Düsseldorf) riteneva opportuno adire in via pregiudiziale la Corte di giustizia dell'Unione Europea sottoponendole tre quesiti che attengono (1) alla possibilità di considerare l'accordo tra la Città di Colonia e il Land di Berlino (inteso come insieme unitario di accordo di cooperazione e contratto di cessione) sussumibile nella fattispecie di appalto pubblico nonostante l'apparente carattere gratuito; e, in via subordinata, nell'ipotesi di risposta affermativa al quesito, da un lato (2) alla possibilità che l'oggetto della cooperazione riguardi un'attività di servizio pubblico non erogata congiuntamente dalle amministrazioni cooperanti e/o un'attività ausiliaria; e infine dall'altro (3) al rapporto esistente tra la cooperazione orizzontale e il principio di tutela della concorrenza stante la mancanza di un esplicito richiamo delle relative disposizioni all'interno dell'art. 12 par. 4.

3. – Le perplessità interpretative del giudice del rinvio dipendono in massima parte dalla circostanza che, rispetto al regime previgente elaborato dalla giurisprudenza della stessa Corte europea in assenza di apposite disposizioni di diritto positivo (v. in particolare, Corte giust., sent. 9-06- 2009, *Commissione/Germania*, C-480/06; in dottrina v.: A. Bartolini, *Accordi organizzativi e diritto europeo: la cooperazione pubblico-pubblico (CPP) e la disciplina degli appalti*, 12, 2013, 1257; R. Caranta, *Accordi tra amministrazioni e contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 4, 2013, 388), la Direttiva appalti del 2014 ha significativamente esteso l'ambito di applicazione dell'istituto della cooperazione orizzontale tra amministrazioni aggiudicatrici sotto il profilo sia soggettivo sia oggettivo.

Infatti, il legislatore europeo ha ammesso che la cooperazione, da un lato, possa interessare anche amministrazioni aggiudicatrici che rivestano la qualifica di operatori economici (perché esercitano sul mercato aperto meno del 20% delle attività oggetto della cooperazione); e dall'altro, possa avere a oggetto attività accessorie a un servizio pubblico (e non come in precedenza soltanto l'esercizio di funzioni aventi natura

pubblicistica) la cui erogazione non è più richiesto che avvenga congiuntamente da parte delle amministrazioni partecipanti all'accordo (E. Trenti, *L'ambito oggettivo di applicazione*, in *Diritto dei contratti pubblici*, F. Mastragostino (a cura di), Torino, 2019, 104).

4. – Con il primo quesito pregiudiziale, il giudice del rinvio ha richiesto alla Corte di giustizia di verificare se il rapporto tra le amministrazioni aggiudicatrici oggetto del contenzioso sia o meno riconducibile alla nozione di “contratto” ai sensi dell'articolo 12 par. 4 della Direttiva oppure alla nozione di “appalto pubblico” di cui all'articolo 2 della stessa Direttiva.

Il ragionamento del giudice europeo prende le mosse dal presupposto che è l'insieme delle disposizioni negoziali risultanti dal contratto di cessione gratuita del software e dall'accordo di cooperazione orizzontale a costituire l'oggetto di valutazione (v. Corte di giust., sent. 21-12-2016, *Remondis*, C-51/15, p.to 37).

La Corte rileva poi che non sussiste nel diritto positivo posto dalla Direttiva appalti una demarcazione esplicita tra le nozioni di appalto pubblico (che, come noto, l'articolo 2 della Direttiva definisce contratto a titolo oneroso di tipo sinallagmatico tra un operatore economico e un'amministrazione aggiudicatrice avente ad oggetto la esecuzioni di lavori, la fornitura di beni o la prestazione di servizi) e contratto (di cui non è riportata alcuna specifica definizione normativa).

La conclusione a cui perviene la sentenza poggia su due pilastri uno formalistico e l'altro logico-sistematico.

Da un lato, la Direttiva espressamente restringe l'ambito di applicazione sugli appalti pubblici (e non contiene un riferimento esplicito alla nozione di contratto che deve dunque essere intesa come una forma sintetica per indicare un appalto pubblico) e che la denominazione della rubrica dell'articolo 12 “*Appalti pubblici tra enti nell'ambito del settore pubblico*” va intesa nel senso che il riferimento al termine contratto indica il contratto di appalto; e dall'altro, ammettere una nozione di accordo tra amministrazioni aggiudicatrici non sussumibile in quella di appalto pubblico che contrasterebbe con la volontà del legislatore europeo che non soltanto nell'articolo 12 ha individuato a quale condizioni non si applica la disciplina sugli appalti pubblici (il che presuppone che altrimenti l'accordo ricade nell'ambito della Direttiva in quanto appalto), ma ha anche espunto la norma che affermava la incompatibilità ontologica tra gli accordi amministrativi e gli appalti pubblici invece presente nelle prime fasi dell'iter del procedimento legislativo.

La sovrapposibilità delle nozione di ‘contratto’ (art. 12) e di ‘appalto pubblico’ (art. 2) non appare del tutto condivisa dall'Avvocato Generale che nelle proprie conclusioni sottolinea l'ambiguità o meglio l'inadeguatezza della formula appalto pubblico per indicare rapporti inter amministrativi come la cooperazione verticale e orizzontale e la delega di funzioni.

La posizione dell'Avvocato Generale appare condivisibile nella misura in cui la riconduzione alla nozione di appalto pubblico determini l'obliterazione del *proprium* del rapporto di cooperazione orizzontale ovvero la necessaria sussistenza di una causa di carattere cooperativistico; causa in ragione della quale le parti costruiscono un piano di azione comune funzionale a garantire l'efficacia e l'efficienza dell'azione dei pubblici poteri.

Se l'appalto pubblico e l'accordo di cooperazione possono essere, infatti, sovrapposibili (quanto ad attività deducibili e alla partecipazione di soggetti pubblici che rivestono anche la qualifica di operatori economici) rimangono comunque diversi perché la causa dell'appalto consiste nello scambio di reciproche utilità (l'incontro di volontà definisce un equilibrio di interessi in precedenza posti in relazione conflittuale), mentre la causa della cooperazione consiste nella condivisione di mezzi e risorse al fine

del soddisfacimento di interessi pubblici che altrimenti le amministrazioni singolarmente o non avrebbero potuto soddisfare o avrebbero soddisfatto ma con rilevanti diseconomie (v. anche Cort. giust., sent. 4-06-2020, *Remondis*, C-429/19, p.to 33).

Esclusa la distinzione tra la nozione di contratto e la nozione di appalti pubblici ai fini della delimitazione dell'ambito di operatività dell'articolo 12, la Corte passa a verificare se il rapporto intercorrente tra le amministrazioni aggiudicatrici di cui al giudizio *a quo* sia effettivamente un appalto pubblico in ragione della sussistenza o meno di un profilo di onerosità del rapporto e della sussistenza o meno di un vincolo sinallagmatico.

Con riferimento al requisito della onerosità, la sentenza sottolinea che l'accordo di cooperazione prevede per le singole amministrazioni un obbligo – e non una condizione meramente potestativa – di aggiornare nel tempo la versione base del software mediante appositi moduli finanziati separatamente da ciascuna amministrazione e ceduti gratuitamente all'altra amministrazione e l'aggiornamento deve essere ritenuto inevitabile, in ragione del mutuo impegno a mantenere in costante efficienza il sistema informatico di gestione delle emergenze a cui è preordinato il software. In sostanza, l'Amministrazione cedente è destinata a ricevere per effetto dell'aggiornamento del software che le sarà messo a disposizione da parte della Amministrazione cessionaria.

Il rilievo della effettiva sussistenza di un'utilità per la parte contrattuale che mette a disposizione il software a titolo gratuito porta dunque la Corte ad affermare che il rapporto ha natura onerosa.

L'ammontare del beneficio economicamente valutabile da cui dipende la qualificazione o meno in termini di onerosità del rapporto contrattuale non è irrilevante ai fini della effettiva possibilità di ritenere l'accordo di cooperazione orizzontale esclusivo dalla applicazione della disciplina in materia di appalti pubblici. La giurisprudenza della Corte di giustizia rinviene una compromissione delle dinamiche concorrenziali quando l'accordo consenta ad una delle parti di recuperare risorse come un qualsiasi operatore economico e cioè quando il finanziamento dell'attività eseguita non sia esclusivamente funzionalizzato al perseguimento dell'interesse pubblico e degli obiettivi comuni come quando il contratto preveda il "*pagamento di un corrispettivo ampiamente superiore ai livelli di prezzo di mercato praticati sul mercato*" (v. Corte giust., ord. 30-06-2020, *Ge.Fi.L.*, C-618/19, p.ti 33 e 34).

Con riferimento al requisito del nesso di reciprocità tra prestazioni e controprestazioni, la sentenza non esclude che la fattispecie integri un rapporto sinallagmatico data la sussistenza di obblighi giuridicamente vincolanti tra le parti: il finanziamento autonomo degli aggiornamenti del software e la conseguente messa a disposizione gratuita dello stesso. Da un lato, la loro esecuzione coattiva può essere richiesta in sede giurisdizionale e, dall'altro, la loro mancata esecuzione può costituire giusta causa per il recesso dal contratto costituendo essa una ipotesi di mancata collaborazione.

La valutazione definitiva viene, comunque, rimessa al giudice del rinvio in sede di definizione del merito della causa.

5. – Il secondo quesito pregiudiziale attiene alla definizione dell'ambito oggettivo della cooperazione orizzontale in relazione al significato da attribuire alla "comunanza" degli obiettivi di interesse pubblico (se cioè sia necessaria o meno l'erogazione congiunta dello stesso servizio pubblico) e alla natura delle attività oggetto di collaborazione inter-amministrativa (il servizio pubblico o anche attività accessorie).

Il giudice del rinvio ritiene opportuno un chiarimento sull'ambito precettivo dell'art. 12 par. 4 posto che nella fattispecie oggetto del giudizio *a quo*: il servizio

pubblico di vigili del fuoco viene erogato da due amministrazioni separatamente in favore di distinte collettività territoriali; l'attività oggetto della collaborazione non consiste nell'erogazione diretta del servizio in forma congiunta (anche mediante l'istituzione di un ente *ad hoc*), ma in un'attività accessoria – che riguarda l'infrastruttura tecnologica per la gestione della centrale operativa che si occupa delle emergenze – per quanto strumentale alla prestazione del servizio.

Nel rispondere al quesito, la Corte rileva che l'articolo 12 non contiene alcun riferimento al requisito del carattere congiunto della prestazione del servizio pubblico o alla necessità della istituzione di una struttura amministrativa dell'erogazione del servizio a cui partecipano le amministrazioni cooperanti. Ciò è coerente con l'impostazione della Direttiva del 2014 che giudica irrilevanti le modalità congiunta o separata dell'erogazione del servizio a condizione che l'accordo abbia una effettiva causa di collaborazione.

L'effettività va valutata mediante specifici indici: la compartecipazione di tutte le parti alla attività oggetto dell'accordo; il contributo al piano di azione per il raggiungimento degli obiettivi comuni che non deve necessariamente essere della stessa entità e che può anche essere soltanto parziale da parte di una delle amministrazioni aggiudicatrici ma non può consistere in una mera dazione economica ovvero in un finanziamento che abbia l'unico scopo di acquisire la prestazione da una parte ad un'altra.

Quanto alla fattispecie, l'interesse comune ad entrambe le parti della cooperazione risiede nella possibilità di avere la messa a disposizione del software con un significativo risparmio di spesa in quanto l'onere economico degli aggiornamenti potrà essere sostenuto alternativamente da una soltanto delle due parti.

La seconda parte del quesito attiene alle attività che possono essere ricomprese all'interno dell'accordo di cooperazione.

La sentenza rimarca che non sussistono preclusioni alla deducibilità nell'accordo tra le amministrazioni aggiudicatrici anche di attività accessorie alla erogazione del servizio pubblico e alla responsabilità di erogazione dello stesso assunto dalle singole amministrazioni.

In questo senso è chiaro il Considerando 33 che fa un espresso riferimento a *“tutte le attività connesse alla prestazione di servizi e alle responsabilità affidati alle amministrazioni partecipanti o da esse assunti, quali compiti obbligatori o facoltativi di enti pubblici territoriali o i servizi affidati a organismi specifici dal diritto pubblico”*. Il Considerando esclude anche la necessità che vi sia un'identità tra i servizi forniti dalle diverse amministrazioni che potrebbero anche essere semplicemente complementari.

Ai fini della valutazione della legittimità dell'accordo di cooperazione rileva dunque esclusivamente la strumentalità dell'attività rispetto all'esercizio delle funzioni amministrative di erogazione del servizio pubblico e non più la circostanza che l'attività abbia un carattere autoritativo di natura pubblicistica.

Nella fattispecie sono integrati i presupposti per l'ipotesi di esclusione dell'art. 12 par. 4: l'attività di aggiornamento del software per la gestione della centrale dei vigili del fuoco è da considerarsi necessaria ed essenziale per l'efficace erogazione del servizio pubblico che sarebbe concretamente pregiudicata in difetto di un tempestivo adeguamento della infrastruttura tecnologica alle modificate esigenze operative e alle variazioni della normativa tecnica di settore.

6. – Il terzo quesito pregiudiziale formulato dal giudice del rinvio attiene al coordinamento e al bilanciamento della tutela della concorrenza con il principio di auto-organizzazione.

Nell'articolo 12 par. 4 non è riportato un esplicito riferimento alla esigenza di escludere i potenziali effetti negativi sulla concorrenza mentre il riferimento al requisito

dell'assenza di pregiudizi ai terzi era invece espressamente indicato dalla giurisprudenza della stessa Corte di giustizia elaborata prima della nuova Direttiva appalti.

Il ragionamento della sentenza è estremamente lineare: l'assenza di una menzione espressa non equivale alla esclusione implicita dell'applicazione del principio di concorrenza.

Il legislatore europeo non ha voluto sottrarre *tout court* l'istituto della cooperazione dall'ambito di applicazione del principio di concorrenza perché il Considerando 33 della Direttiva subordina esplicitamente l'utilizzo del partenariato pubblico-pubblico alla condizione che per effetto di esso nessun operatore possa acquisire una posizione di vantaggio competitivo rispetto ai suoi concorrenti. E anche a prescindere dal Considerando, troverebbe applicazione l'art. 18 della Direttiva in quanto la cooperazione rientra in ogni caso nella definizione di appalto pubblico.

La cooperazione orizzontale è dunque ammissibile quando non restringa la concorrenza né a monte né a valle dell'accordo tra le pubbliche amministrazioni: la distorsione a monte si può avere quando vi sia l'acquisizione di beni e servizi senza gara che poi sono messi a disposizione di altre pubbliche amministrazioni; la distorsione a valle è quella per cui l'accordo pone in una posizione di vantaggio competitivo il soggetto fornitore di un determinato bene o servizio alle amministrazioni aggiudicatrici che può godere di una rendita di posizione idonea a restringere la possibilità per altri concorrenti di presentare offerte più competitive a costi sostenibili.

Con riferimento alla fattispecie, la Corte evidenzia che il potenziale spazio sottratto alla competizione tra operatori privati è quello per la inevitabile attività di aggiornamento del software di gestione delle emergenze che darà luogo a un volume di affari ben maggiore e remunerativo di quello dell'acquisto iniziale dello stesso software (e comunque superiore alle soglie di rilevanza europea).

Il rischio di una compromissione delle corrette dinamiche competitive viene ravvisato dalla Corte nella circostanza che – come indicato dalla società attrice nel giudizio *a quo* – il fornitore del software al Land di Berlino detenga una posizione di vantaggio rispetto ad altri competitors perché ha a disposizione una conoscenza privilegiata degli elementi tecnici indefettibili (ad esempio, il codice sorgente) necessari per poter formulare delle offerte economicamente più vantaggiosa per l'amministrazione aggiudicatrici.

La Corte segnala comunque l'esistenza di una potenziale distorsione della concorrenza perché la Società che ha fornito il software potrà acquisire un ingiustificato vantaggio nell'ambito delle nuove gare d'appalto per gli aggiornamenti del programma.

Il difetto del requisito dell'attualità della lesione alla concorrenza consente, però, al giudice europeo di individuare soltanto le condizioni di legittimità procedimentale dei successivi appalti consequenziali al rapporto di cooperazione orizzontale senza potersi pronunciare sulla legittimità della cooperazione così come sottoposta alla sua cognizione.

L'applicazione del principio di concorrenza anche alla cooperazione tra amministrazioni pubbliche richiede che i potenziali operatori economici del settore interessato siano posti nelle stesse condizioni di partenza dell'attuale fornitore del software. Ciò significa che una procedura che non metta a loro disposizione tutte le informazioni necessarie a predisporre aggiornamenti del software nella stessa posizione del soggetto che lo ha lavorato non potranno che essere giudicate illegittime da parte del giudice nazionale competente.

7. – L'individuazione delle condizioni per l'ammissibilità del ricorso all'istituto del partenariato pubblico-pubblico si colloca sul delicato terreno della dialettica tra il principio di auto-organizzazione – che presuppone il mantenimento da parte delle

pubbliche amministrazioni di un margine di discrezionalità nella scelta su come organizzare e erogare le prestazioni di servizio pubblico – e il principio di tutela della concorrenza nel mercato e per il mercato – che richiede di non sottrarre al mercato attività altrimenti contendibili da parte di operatori economici privati.

L'auto-organizzazione del servizio pubblico nella forma della cooperazione orizzontale può infatti dare luogo a distorsioni alla concorrenza: da un lato, restringe l'ambito delle attività contenibili da parte degli operatori economici; dall'altro, può favorire il verificarsi di situazioni di abuso di posizione dominante da parte delle pubbliche amministrazioni aggiudicatrici cooperanti.

Nel tempo il bilanciamento tra le contrapposte esigenze sottese ai due principi ha dato luogo a punti di equilibrio diversi: ora più attenti alle esigenze di contrasto a pratiche elusive del ricorso al mercato (nel regime previgente) e ora più sensibili alle esigenze di valorizzazione della discrezionalità delle pubbliche amministrazioni (nella Direttiva 2014/24/UE).

L'innovatività della impostazione della Direttiva appalti sulla cooperazione orizzontale tra amministrazioni aggiudicatrici ha richiesto l'intervento ermeneutico della giurisprudenza della Corte di Giustizia di cui la sentenza in commento rappresenta un primo esempio (a cui sono immediatamente seguite Corte giust., sent. 4-06-2020, *Remondis*, C-429/19 e ord. 30-06-2020, *Ge.Fi.L.*, C-618/19).

La Corte condivide il nuovo approccio del legislatore europeo e riconosce legittimo che la cooperazione orizzontale riguardi anche attività accessorie alla prestazione di servizi pubblici che non necessariamente consistano nell'esercizio di funzioni pubblicistiche e che nell'ambito dell'accordo le amministrazioni aggiudicatrici possano eseguire prestazioni diverse e in misura diversa. Anche la remunerazione finanziaria per l'esecuzione delle attività viene considerata ammissibile a condizione che l'onerosità del rapporto non sottenda una mera prestazione di servizio al di fuori della logica cooperativa. La possibilità di derogare alla disciplina in materia di appalti rimane, comunque, subordinata alla sussistenza di una effettiva causa cooperativa dell'accordo di cooperazione; effettività la cui verifica è rimessa al sindacato del giudice interno che dovrà valutare se la cooperazione orizzontale posta in essere dia luogo o meno a un ragionevole bilanciamento tra potere di auto-organizzazione e tutela della concorrenza.

4407

Francesco Grassi
Università di Roma 3
francesco.grassi@grassi.legal