



Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
presentate il 29 gennaio 2020¹

Causa C-796/18

**Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (ISE) mbH
contro
Stadt Köln
con l'intervento di:
Land Berlin**

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dall'Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunale superiore del Land, Düsseldorf, Germania)]

«Rinvio pregiudiziale – Appalti pubblici – Direttiva 2014/24/UE – Nozione di contratto a titolo oneroso – Cooperazione orizzontale tra amministrazioni aggiudicatrici – Messa a disposizione di software per il coordinamento delle operazioni dei vigili del fuoco – Accordo di cooperazione per l'aggiornamento e lo sviluppo del software – Attività accessoria al servizio pubblico – Divieto di porre soggetti terzi in una situazione privilegiata»

1. Le prime norme europee sugli appalti pubblici risalgono agli anni settanta. Da allora si sono succedute varie disposizioni fino all'adozione, nel 2014, di tre testi normativi intesi a disciplinare tale materia in tutti i suoi aspetti: la direttiva 2014/24/UE² (sulla cui interpretazione verte il presente rinvio pregiudiziale), la direttiva 2014/23/UE³ e la direttiva 2014/25/UE⁴.

2. Prima che entrassero in vigore le direttive del 2014, la Corte di giustizia aveva già ammesso che, in linea di principio, le norme del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici non si applicavano quando, a determinate condizioni:

- un'amministrazione aggiudicatrice affidava a una persona giuridica posta sotto il suo controllo lo svolgimento di determinati compiti, senza rivolgersi ad altre entità esterne (cooperazione *verticale* o affidamento «*in house*»); oppure
- due amministrazioni aggiudicatrici collaboravano tra loro per garantire lo svolgimento di una funzione di servizio pubblico comune ad entrambe (cooperazione *orizzontale*).

¹ Lingua originale: lo spagnolo.

² Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE (GU 2014, L 94, pag. 65).

³ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (GU 2014, L 94, pag. 1).

⁴ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE (GU 2014, L 94, pag. 243).

3. In relazione a questa seconda modalità di cooperazione tra le autorità pubbliche, la giurisprudenza della Corte aveva determinato una certa incertezza giuridica⁵, che si è tentato di risolvere con la direttiva 2014/24. Non sono sicuro che tale tentativo abbia avuto il successo che ci si poteva attendere.

4. Nella controversia che ha dato luogo al presente rinvio pregiudiziale, una società (la Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung; in prosieguo: l'«ISE») ha impugnato dinanzi al giudice del rinvio gli accordi conclusi tra la città di Colonia e il Land di Berlino, in virtù dei quali quest'ultimo ha ceduto alla prima un programma informatico per la gestione degli interventi del suo corpo dei vigili del fuoco, contratto accompagnato da un accordo di cooperazione tra le due Amministrazioni.

5. Il giudice del rinvio chiede, principalmente, se il rapporto tra le amministrazioni aggiudicatrici all'origine della presente controversia si collochi o meno al di fuori delle norme sugli appalti pubblici della direttiva 2014/24. Esso offre quindi alla Corte l'opportunità di completare la propria giurisprudenza precedente, ancorché alla luce di una disposizione di nuovo conio (l'articolo 12, paragrafo 4, della direttiva 2014/24) sulla quale, salvo errore da parte mia, finora non è intervenuta alcuna sentenza.

I. Contesto normativo

A. Diritto dell'Unione. Direttiva 2014/24

6. Il considerando 5 enuncia quanto segue:

«(...) nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva (...)».

7. Il considerando 31 è del seguente tenore:

«Vi è una notevole incertezza giuridica circa la misura in cui i contratti conclusi tra enti nel settore pubblico debbano essere disciplinati dalle norme relative agli appalti pubblici. La giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea a tale riguardo viene interpretata in modo divergente dai diversi Stati membri e anche dalle diverse amministrazioni aggiudicatrici. È pertanto necessario precisare in quali casi i contratti conclusi nell'ambito del settore pubblico non sono soggetti all'applicazione delle norme in materia di appalti pubblici.

Tale chiarimento dovrebbe essere guidato dai principi di cui alla pertinente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea. Il solo fatto che entrambe le parti di un accordo siano esse stesse autorità pubbliche non esclude di per sé l'applicazione delle norme sugli appalti. Tuttavia, l'applicazione delle norme in materia di appalti pubblici non dovrebbe interferire con la libertà delle autorità pubbliche di svolgere i compiti di servizio pubblico affidati loro utilizzando le loro stesse risorse, compresa la possibilità di cooperare con altre autorità pubbliche.

Si dovrebbe garantire che una qualsiasi cooperazione pubblico-pubblico esentata non dia luogo a una distorsione della concorrenza nei confronti di operatori economici privati nella misura in cui pone un fornitore privato di servizi in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti».

⁵ Definita «notevole» al considerando 31 della direttiva 2014/24. Nel medesimo considerando si afferma che la giurisprudenza in materia «viene interpretata in modo divergente dai diversi Stati membri e anche dalle diverse amministrazioni aggiudicatrici».

8. Ai sensi del considerando 33:

«Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero poter decidere di fornire congiuntamente i rispettivi servizi pubblici mediante cooperazione senza essere obbligate ad avvalersi di alcuna forma giuridica in particolare. Tale cooperazione potrebbe riguardare tutti i tipi di attività connesse alla prestazione di servizi e alle responsabilità affidati alle amministrazioni partecipanti o da esse assunti, quali i compiti obbligatori o facoltativi di enti pubblici territoriali o i servizi affidati a organismi specifici dal diritto pubblico. I servizi forniti dalle diverse amministrazioni partecipanti non devono necessariamente essere identici; potrebbero anche essere complementari.

I contratti per la fornitura congiunta di servizi pubblici non dovrebbero essere soggetti all'applicazione delle norme stabilite nella presente direttiva, a condizione che siano conclusi esclusivamente tra amministrazioni aggiudicatrici, che l'attuazione di tale cooperazione sia dettata solo da considerazioni legate al pubblico interesse e che nessun fornitore privato di servizi goda di una posizione di vantaggio rispetto ai suoi concorrenti.

Al fine di rispettare tali condizioni, la cooperazione dovrebbe fondarsi su un concetto cooperativistico. Tale cooperazione non comporta che tutte le amministrazioni partecipanti si assumano la responsabilità di eseguire i principali obblighi contrattuali, fintantoché sussistono impegni a cooperare all'esecuzione del servizio pubblico in questione. Inoltre, l'attuazione della cooperazione, inclusi gli eventuali trasferimenti finanziari tra le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti, dovrebbe essere retta solo da considerazioni legate al pubblico interesse».

9. L'articolo 1, paragrafo 4, così dispone:

«La presente direttiva fa salva la libertà, per gli Stati membri, di definire, in conformità del diritto dell'Unione, quali essi ritengano essere servizi d'interesse economico generale, in che modo tali servizi debbano essere organizzati e finanziati, in conformità delle regole sugli aiuti di Stato, e a quali obblighi specifici debbano essere soggetti. Analogamente, la presente direttiva fa salva la possibilità per le autorità pubbliche di decidere se, come e in che misura desiderano espletare funzioni pubbliche autonomamente in conformità dell'articolo 14 TFUE e del protocollo n. 26».

10. L'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, definisce gli appalti pubblici nel modo seguente:

«(...) contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi».

11. L'articolo 12 («Appalti pubblici tra enti nell'ambito del settore pubblico»), paragrafo 4, enuncia quanto segue:

«Un contratto concluso esclusivamente tra due o più amministrazioni aggiudicatrici non rientra nell'ambito di applicazione della presente direttiva, quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

- a) il contratto stabilisce o realizza una cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti, finalizzata a garantire che i servizi pubblici che esse sono tenute a svolgere siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che esse hanno in comune;
- b) l'attuazione di tale cooperazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico; e
- c) le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20% delle attività interessate dalla cooperazione».

12. L'articolo 18, paragrafo 1, così dispone:

«Le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono in maniera trasparente e proporzionata.

La concezione della procedura di appalto non ha l'intento di escludere quest'ultimo dall'ambito di applicazione della presente direttiva né di limitare artificialmente la concorrenza. Si ritiene che la concorrenza sia limitata artificialmente laddove la concezione della procedura d'appalto sia effettuata con l'intento di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici».

B. Diritto nazionale

13. A termini dell'articolo 91c, paragrafo 1, della Costituzione tedesca, «[l]a Federazione e i Länder possono cooperare per la pianificazione, la creazione e la gestione dei sistemi informatici necessari alla realizzazione dei loro compiti».

14. L'articolo 108 del Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (legge contro le restrizioni della concorrenza; in prosieguo: il «GWB») riproduce l'articolo 12 della direttiva 2014/24.

15. Secondo le cosiddette «decisioni di Kiel», adottate nel 1979, una pubblica amministrazione può trasferire software sviluppato o acquisito (da lei stessa o in suo nome) ad altre pubbliche amministrazioni tedesche, purché vi sia reciprocità. La reciprocità è concessa quando le norme di bilancio oppure le leggi o gli statuti di bilancio delle entità in questione – il proprietario e il destinatario del software – hanno tenuto conto delle regole di bilancio raccomandate nel 1980 dalla Conferenza dei Ministri delle Finanze. In generale, la concessione della reciprocità non è valutata in termini commerciali, bensì politici. Non si prende in considerazione uno scambio reciproco in concreto, bensì la possibilità di effettuarlo⁶.

II. Controversia principale e questioni pregiudiziali

16. Nel settembre 2017 la città di Colonia e il Land di Berlino concludevano un contratto di cessione di software con cui il secondo cedeva alla prima, in perpetuo e a titolo gratuito, l'uso di un software per il coordinamento operativo degli interventi del suo corpo dei vigili del fuoco.

17. La cessione doveva essere conforme alle condizioni previste da un accordo di cooperazione concluso in pari data che conteneva, inter alia, i seguenti articoli:

«Articolo 1. Scopo della cooperazione

(...) I partner hanno optato per un partenariato paritetico e, ove necessario, per una soluzione di compromesso, al fine di adattare il software alle rispettive esigenze del partner e di metterlo a disposizione del partner della cooperazione. (...)

Articolo 2. Determinazione dell'obiettivo della cooperazione

⁶ Secondo uno studio del 2014, la comprensione comune in Germania del funzionamento pratico delle decisioni di Kiel è la seguente: quando il principio di reciprocità generale, previsto da dette decisioni, si proietta su una particolare cooperazione, manca un elemento essenziale della definizione di appalto pubblico, ai sensi del GWB. L'assenza di compenso per la cessione del software avvalorava l'idea che tale cessione sia effettuata a titolo gratuito, nella prospettiva del GWB. Applicando il principio di reciprocità generale, il destinatario del servizio non si impegna specificamente a versare un corrispettivo pecuniario: esso ha solo stabilito in astratto che fornirà gratuitamente, ove necessario, gli sviluppi del software in una situazione analoga (Gutachten: Evaluierung der Kieler Besschlüsse II, 20.08.2014, pag. 106).

(...) Il sistema del software può essere integrato in forma modulare con ulteriori funzionalità tecniche e trasferito agli altri partner della cooperazione per l'utilizzo senza alcun costo aggiuntivo.

(...)

Articolo 5. Forma della cooperazione

(...) La cessione del software di base è neutra in termini di costi. I moduli tecnici derivati e complementari vengono forniti ai partner della cooperazione senza alcun costo aggiuntivo.

(...)

L'accordo di cooperazione è vincolante solo unitamente al contratto di cessione del software quale documento unico».

18. L'ISE, che sviluppa e offre in vendita software, ricorreva con domanda di riesame dinanzi alla Vergabekammer Rheinland (Organo amministrativo competente in materia di appalti della Renania, Germania) chiedendo l'annullamento dei contratti stipulati tra il Land di Berlino e la città di Colonia. Essa deduceva che la città di Colonia aveva aggiudicato un appalto pubblico di forniture per un valore superiore all'importo esentato dall'obbligo di applicazione delle norme sugli appalti pubblici. La partecipazione della città di Colonia allo sviluppo del software oggetto di cessione costituiva, a suo parere, un sufficiente vantaggio economico. Inoltre, l'acquisizione del software di base avrebbe comportato l'affidamento al produttore di successivi appalti: per un terzo, lo sviluppo e la manutenzione del software avrebbero implicato un costo economicamente insostenibile.

19. L'Organo amministrativo competente in materia di appalti della Renania ha respinto il ricorso dell'ISE, escludendo che gli accordi tra la città di Colonia e il Land di Berlino potessero essere qualificati come «appalti pubblici» ai sensi della normativa europea. A suo avviso, le due parti si erano limitate ad istituire una cooperazione paritetica nell'ambito della quale il software era ceduto a titolo gratuito.

20. L'ISE ha proposto ricorso avverso tale decisione dinanzi all'Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunale superiore del Land, Düsseldorf, Germania). La città di Colonia si è opposta a detto ricorso, sostenendo che la decisione impugnata era corretta.

21. In tale contesto, il menzionato giudice ha sollevato le seguenti questioni pregiudiziali:

- «1) Se una cessione di software stipulata in forma scritta da un ente pubblico ad altro ente pubblico e connessa ad un accordo di cooperazione costituisca un “appalto pubblico” ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24/UE ovvero – almeno in primo luogo, fatto salvo l'articolo 12, paragrafo 4, lettere a), b) e c) – un contratto rientrante nell'ambito di applicazione di tale direttiva ai sensi dell'articolo 12, paragrafo 4, nel caso in cui il cessionario del software non sia tenuto a versare alcun prezzo né rimborso delle spese per il software acquisito, ma l'accordo di cooperazione connesso alla cessione del software preveda che ciascun partner della cooperazione – e pertanto anche il cessionario del software – metta gratuitamente a disposizione dell'altro di volta in volta eventuali futuri sviluppi del software medesimo, la cui realizzazione non è peraltro obbligatoria.
- 2) Se, ai sensi dell'articolo 12, paragrafo 4, lettera a), della direttiva 2014/24/UE, l'oggetto della cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti debba consistere nei servizi pubblici stessi, da fornirsi congiuntamente ai cittadini, oppure se sia sufficiente che tale cooperazione riguardi attività in qualche modo funzionali ai servizi pubblici stessi, che debbano essere del pari fornite ma non necessariamente in modo congiunto.

3) Se, nell'ambito dell'articolo 12, paragrafo 4, della direttiva 2014/24/UE, sussista un cosiddetto divieto non scritto di trattamento privilegiato e, in caso affermativo, quale ne sia il contenuto».

22. La decisione di rinvio è pervenuta presso la cancelleria della Corte il 19 dicembre 2018. Hanno presentato osservazioni scritte la città di Colonia, il governo austriaco e la Commissione.

23. Il 6 novembre 2019 si è tenuta un'udienza, alla quale hanno partecipato i rappresentanti dell'ISE, della città di Colonia, del governo austriaco e della Commissione.

III. Analisi

A. Impostazione e osservazioni preliminari

24. La prestazione di servizi attraverso la cooperazione interamministrativa, nota anche come «orizzontale» o «pubblico-pubblico», è stata espressamente incorporata nella legislazione dell'Unione al titolo I, capo I, sezione 3 («Esclusioni»), della direttiva 2014/24, specificamente all'articolo 12, paragrafo 4⁷.

25. Ai sensi di tale disposizione, «[u]n contratto concluso esclusivamente tra due o più amministrazioni aggiudicatrici non rientra nell'ambito di applicazione» della direttiva 2014/24 quando sono soddisfatte tutte le condizioni ivi elencate⁸.

26. Il testo normativo vigente accoglie la cooperazione orizzontale in modo più *generoso* rispetto alla giurisprudenza della Corte precedente alle direttive del 2014. In tale giurisprudenza⁹, alla quale fa riferimento il considerando 31 della direttiva 2014/24¹⁰, erano state indicate talune condizioni per ammettere che la prestazione di servizi pubblici potesse essere effettuata senza ricorrere al mercato, mediante la cooperazione tra amministrazioni pubbliche.

27. Oltre alla qualità di amministrazione aggiudicatrice delle entità che si concertano, dette condizioni richiedevano che l'accordo interamministrativo:

- fosse finalizzato a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune alle entità;
- fosse stipulato esclusivamente tra entità pubbliche, senza la partecipazione di una parte privata;
- non ponesse nessun operatore privato in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti;
- istituisse una cooperazione retta unicamente da considerazioni ed esigenze connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico.

⁷ Una formula analoga è contenuta nell'articolo 17 della direttiva 2014/23 e nell'articolo 28 della direttiva 2014/25.

⁸ Gli Stati membri decidono liberamente se applicare o meno a tali rapporti le proprie norme in materia di appalti pubblici.

⁹ Sentenze del 9 giugno 2009, Commissione/Germania (C-480/06, EU:C:2009:357; in prosieguo: la «sentenza Commissione/Germania»), e del 19 dicembre 2012, Azienda Sanitaria Locale di Lecce e Università del Salento contro Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a. (C-159/11, EU:C:2012:817; in prosieguo: la «sentenza ASL»); ordinanza del 16 maggio 2013, Consulta Regionale Ordine Ingegneri della Lombardia e a. (C-564/11, non pubblicata, EU:C:2013:307); sentenza del 13 giugno 2013, Piepenbrock (C-386/11, EU:C:2013:385; in prosieguo: la «sentenza Piepenbrock»); ordinanza del 20 giugno 2013, Consiglio Nazionale degli Ingegneri (C-352/12, non pubblicata, EU:C:2013:416; in prosieguo: l'«ordinanza Consiglio Nazionale»), e sentenza dell'8 maggio 2014, Datenlotsen Informationssysteme (C-15/13, EU:C:2014:303; in prosieguo: la «sentenza Datenlotsen»). Si trovano riferimenti alla cooperazione orizzontale in altre sentenze relative alla cooperazione verticale.

¹⁰ Secondo detto considerando, il chiarimento in ordine a quali contratti tra enti nel settore pubblico siano esclusi dalla direttiva 2014/24 «dovrebbe essere guidato dai principi di cui alla pertinente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea».

28. La direttiva 2014/24, tuttavia, non si limita a codificare ciò che esisteva già, bensì riformula, precisa, elimina o aggiunge uno o più di tali requisiti. Ne consegue che, per interpretarla, non sarà sempre appropriato o utile tornare semplicemente alla giurisprudenza precedente.

29. Le disposizioni che vengono ora in rilievo sono l'articolo 12, paragrafo 4, nonché i considerando 31 e 33 della direttiva 2014/24. La loro combinazione dà luogo a un regime giuridico che sintetizza due obiettivi in contrasto: da un lato, la volontà di non interferire con l'organizzazione dell'amministrazione interna degli Stati membri e, dall'altro, che l'esclusione non comporti la violazione dei principi che presiedono agli appalti pubblici nel diritto dell'Unione.

30. La direttiva 2014/24 insiste sul fatto che non incombe agli Stati membri alcun obbligo di ricorrere al mercato per rifornirsi od ottenere i servizi necessari per lo svolgimento della loro attività¹¹.

31. Tuttavia, la sottrazione di questo tipo di contratti interamministrativi alle procedure di aggiudicazione pubblica può pregiudicare l'obiettivo di istituire un mercato interno anche in tale ambito. Più sono i contratti esclusi, meno vi è margine per la creazione e lo sviluppo del mercato interno degli appalti pubblici.

32. L'autosufficienza delle entità pubbliche, sotto forma vuoi di cooperazione «in house», vuoi di cooperazione «orizzontale», non è scevra di rischi per la libera circolazione di beni e servizi¹². Sono legittimi anche i dubbi circa i suoi effetti sulla libera concorrenza, al di là dell'ipotesi cui fa espressamente riferimento il considerando 33, secondo comma, in fine, della direttiva 2014/24, il quale osta alle cooperazioni che pongano un operatore economico in una situazione privilegiata rispetto ai suoi rivali.

33. L'uso improprio di tali meccanismi di collaborazione potrebbe provocare, in effetti, una «contrazione» del mercato sul lato della domanda e una riduzione del numero di fornitori che detto mercato può sostenere. Teoricamente, sarebbe ipotizzabile anche l'abuso della posizione dominante (collettiva) che le amministrazioni aggiudicatrici potrebbero arrivare a detenere.

34. È altrettanto vero, in una diversa prospettiva, che la maggiore flessibilità concessa dalla direttiva 2014/24 alla cooperazione orizzontale tra le amministrazioni aggiudicatrici (frutto di una decisione politica del legislatore europeo) può anche avere effetti positivi sulla concorrenza, nel senso di incentivare gli operatori privati ad offrire migliori condizioni contrattuali.

35. La decisione di uno Stato membro relativa alla modalità di prestazione di un servizio pubblico (che può consistere, per l'appunto, nel non ricorrere al mercato, bensì alla cooperazione amministrativa) deve rispettare le regole fondamentali del TFUE, in particolare quelle relative alla libera circolazione delle merci e alla libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi, nonché i principi di parità di trattamento, non discriminazione, riconoscimento reciproco, proporzionalità e trasparenza¹³. La ponderazione di tali regole e principi deve essere presente anche nell'interpretazione dell'articolo 12 della direttiva 2014/24.

11 La discrezionalità della decisione se ricorrere o meno al mercato era stata ribadita nella giurisprudenza della Corte relativa alla cooperazione verticale: ad esempio nelle sentenze dell'11 gennaio 2005, Stadt Halle e RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5, punto 48), del 13 novembre 2008, Coditel Brabant (C-324/07, EU:C:2008:621, punto 48), e, recentemente, del 3 ottobre 2019, Irgita (C-285/18, EU:C:2019:829; in prosieguo: la «sentenza Irgita», punto 50 e punto 2 del dispositivo). Per quanto riguarda la cooperazione orizzontale, v. sentenza Commissione/Germania, punto 45.

12 I rischi sono analoghi a quelli segnalati dalla direttiva 2014/24 in relazione all'aggregazione e centralizzazione delle committenze, operazioni che, a tenore del suo considerando 59, «dovrebbero essere attentamente monitorate al fine di evitare un'eccessiva concentrazione del potere d'acquisto e collusioni, nonché di preservare la trasparenza e la concorrenza e la possibilità di accesso al mercato per le PMI».

13 Sentenza Irgita, punti 48 e 50 e punto 2 del dispositivo, vertenti sull'interpretazione dell'articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 2014/24.

36. Il complesso di queste considerazioni spiega l'esistenza dell'articolo 12 della direttiva 2014/24 e giustifica i requisiti della cooperazione «pubblico-pubblico», espressamente menzionati al paragrafo 4 del medesimo articolo.

37. Occorre infine rilevare che l'*esclusione* di tali meccanismi di collaborazione tra amministrazioni aggiudicatrici dall'ambito di applicazione della direttiva 2014/24 non obbedisce alla logica binaria regola/eccezione, bensì a una diversa interpretazione dell'ambito in cui vige detta direttiva.

38. Infatti, stabilendo che «non rientra[no]»¹⁴ nell'ambito di applicazione della direttiva 2014/24 i rapporti di collaborazione tra amministrazioni aggiudicatrici contemplati al suo articolo 12, paragrafo 4, si intende definire i limiti di tale direttiva, le cui altre disposizioni, semplicemente, non sono opponibili a detti rapporti. Di conseguenza, propriamente parlando, non credo che quanto dichiarato nelle sentenze precedenti in ordine al criterio ermeneutico (restrittivo) vigente per le eccezioni, in opposizione alla regola generale, serva automaticamente per l'interpretazione dell'*esclusione* in parola¹⁵.

B. Prima questione pregiudiziale. La cessione di software e l'ambito di applicazione della direttiva 2014/24/UE

1. Osservazioni preliminari: la fattispecie di cui all'articolo 12

39. Il giudice del rinvio chiede, in primo luogo, se una cessione di software come quella realizzata tra il Land di Berlino e la città di Colonia rientri nell'ambito di applicazione della direttiva 2014/24: in quanto «appalto pubblico» (a tenore dell'articolo 2, paragrafo 1, punto 5), o in quanto mero «contratto» (ai sensi dell'articolo 12, paragrafo 4).

40. La questione, così come è stata posta, trae origine dalla (apparente) assenza di onerosità della cessione. Dal suo tenore si deduce che, ad avviso del giudice del rinvio, l'ambito di applicazione della direttiva 2014/24 non è definito soltanto all'articolo 2. L'assenza nell'articolo 12, paragrafo 4, dell'aggettivo «pubblico», accanto al termine «contratto», potrebbe significare che anche alcuni contratti non corrispondenti alla definizione di cui all'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, sono soggetti alle norme dell'Unione in materia di appalti pubblici.

41. Più che su un'analisi dettagliata delle diverse accezioni del termine contratto e degli aggettivi qualificativi che lo accompagnano, secondo le diverse disposizioni della direttiva 2014/24¹⁶, mi concentrerò sull'interpretazione dell'articolo 12, paragrafo 4, di detta direttiva, per verificare se esso sia applicabile ad un rapporto come quello pattuito tra il Land di Berlino e la città di Colonia. Esaminerò quindi la prima questione pregiudiziale alla luce della specificità di tale disposizione.

¹⁴ È questa l'espressione utilizzata all'articolo 12, paragrafo 4, primo comma, della direttiva 2014/24.

¹⁵ V., in relazione alla cooperazione verticale, conclusioni dell'avvocato generale Hogan nella causa Irgita (C-285/18, EU:C:2019:369, paragrafo 45). Alla medesima idea è data espressione nelle sentenze dell'11 gennaio 2005, Stadt Halle e RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5, punto 46), del 13 ottobre 2005, Parking Brixen (C-458/03, EU:C:2005:605, punto 63), e dell'11 maggio 2006, Carbotermo e Consorzio Alisei (C-340/04, EU:C:2006:308, punto 45), nonché nella sentenza Datenlotsen, punto 23.

¹⁶ Vi sono argomenti per sostenere una nozione unitaria del termine «appalto»: il titolo stesso dell'articolo 12 («Appalti pubblici tra enti nell'ambito del settore pubblico») e la circostanza che tale termine ricorre in vari punti della direttiva 2014/24 e di altre direttive, come formula abbreviata di «appalto pubblico»; l'aggettivo «pubblico», come qualificativo associato al sostantivo «appalto», è aggiunto o meno a seconda della versione linguistica del testo consultato: ad esempio, figura all'articolo 12 (in particolare al suo paragrafo 1) in alcune versioni come quelle tedesca, francese, inglese o italiana, ma non in altre, come quella spagnola.

42. Il termine «contratto» che figura all'articolo 12, paragrafo 4, della direttiva 2014/24 si spiega con il suo rapporto sistematico non tanto con l'articolo 2 della stessa, quanto con gli altri paragrafi del medesimo articolo 12. In tale contesto, esso riflette la differenza rispetto alla cooperazione verticale (paragrafi da 1 a 3 della disposizione), in cui i rapporti tra i partecipanti sono strutturati sulla base del controllo interno. Servirebbe, in realtà, ad indicare che deve esistere un accordo o una convenzione che definisca la base e il contesto giuridico dei rapporti tra le parti, l'obiettivo della cooperazione e le azioni (contributi) che ciascuna di esse deve compiere¹⁷.

43. Depone in tal senso il considerando 33, secondo comma, della direttiva 2014/24, laddove menziona «[i] contratti per la fornitura congiunta di servizi pubblici» e più avanti, al terzo comma, gli «impegni a cooperare all'esecuzione del servizio», che non devono necessariamente concretizzarsi nell'esecuzione ad opera di tutte le parti delle principali obbligazioni contrattuali.

44. In base a tale premessa, l'articolo 12 della direttiva 2014/24 prevede due tipi di situazioni per le quali l'accezione abituale di «appalto pubblico» probabilmente non risulta molto appropriata, in quanto esse sono, piuttosto, alternative a tale categoria.

45. Da un lato, esso ammette la «cooperazione verticale» (paragrafi 1, 2 e 3 della disposizione), nella quale, come ho già osservato in un altro contesto, «[i]n base al regime in house, l'ente aggiudicatore non stipula un contratto, dalla prospettiva funzionale, con un'altra entità distinta bensì, in realtà, con sé stesso, dato il legame che mantiene con l'entità formalmente diversa. Non si può parlare di un'aggiudicazione di appalto in senso proprio, ma di un mero incarico o di una missione, che l'altra "parte" non può rifiutare, indipendentemente dalla formula in cui l'uno o l'altro si traducano»¹⁸.

46. Dall'altro, esso ammette del pari la «cooperazione orizzontale», ossia quella tra amministrazioni aggiudicatrici che ricorrono alla forma contrattuale per articolarla, affinché la prestazione di servizi pubblici di loro competenza sia orientata alla realizzazione di un obiettivo comune, in un quadro retto esclusivamente dall'interesse pubblico e nel rispetto della libera concorrenza (articolo 12, paragrafo 4, della direttiva 2014/24).

47. Certamente, è parimenti escluso dall'ambito di applicazione della direttiva 2014/24, pur senza essere espressamente menzionato nel suo articolato, un altro tipo di rapporti interamministrativi, come sono quelli derivanti da un trasferimento o da una delega di competenze¹⁹, anche con la creazione di un consorzio di entità, persona giuridica di diritto pubblico. Tali situazioni sono ritenute, in linea di principio, «estranee al diritto in materia di appalti pubblici»²⁰.

48. Nella cooperazione orizzontale, un'amministrazione aggiudicatrice che potrebbe far fronte alle proprie necessità (di beni, lavori o forniture) ricorrendo, mediante gara d'appalto, ad imprese private, sceglie di prescindere da tale modalità e di sostituirla con la collaborazione con un altro ente pubblico in grado di soddisfare dette necessità.

49. Dal punto di vista oggettivo, la particolarità di questo tipo di collaborazione tra enti pubblici risiede in tre elementi: il concetto di cooperazione che presiede al rapporto inter partes, l'obiettivo comune cui mira tale rapporto e la finalità di interesse pubblico che deve guidare la cooperazione.

17 L'articolo 11, paragrafo 4, della proposta di direttiva del 20 dicembre 2011, COM(2011) 896 definitivo, utilizzava la formula seguente: «Un accordo concluso tra due o più amministrazioni aggiudicatrici *non si considera un appalto pubblico ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 6, della presente direttiva (...)*» (il corsivo è mio).

18 Conclusioni nella causa LitSpecMe (C-567/15, EU:C:2017:319, paragrafo 70).

19 Sulle condizioni alle quali un trasferimento di competenze riguardanti l'espletamento di funzioni pubbliche è sottratto all'ambito di applicazione delle norme in materia di appalti pubblici (all'epoca, della direttiva 2004/18), v. sentenza del 21 dicembre 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985; in prosieguo: la «sentenza Remondis», punti 41 e segg.).

20 Sentenza Remondis, punto 53.

50. La collaborazione implica, abitualmente, un contributo di tutte le parti, con conseguente spesa pubblica. Il rapporto fra tali parti, tuttavia, non si esaurisce nel *do ut des* tipico del contratto sinallagmatico, che, secondo la giurisprudenza della Corte, caratterizza l'appalto pubblico soggetto alle direttive sugli appalti²¹.

51. Infatti, vi sarà un negozio giuridico con prestazioni di tutti i partecipanti, esigibili da uno e dagli altri, nella misura in cui i loro rispettivi contributi siano diretti al conseguimento di un successivo obiettivo condiviso. La *causa* dei contributi è per l'appunto tale fine comune, che deve essere di interesse pubblico.

2. Onerosità o gratuità del rapporto tra il Land di Berlino e la città di Colonia

52. Per stabilire se il rapporto tra la città di Colonia e il Land di Berlino fosse disciplinato dalle norme della direttiva 2014/24, occorre tenere conto non solo del contratto di cessione (con cui il software viene messo a disposizione della prima), ma altresì dell'accordo di cooperazione che l'accompagna²².

53. Gli stessi interessati hanno configurato tale rapporto come un'unità, rendendo esplicita all'articolo 5 dell'accordo di cooperazione l'inscindibilità tra quest'ultimo e il contratto di cessione del software²³.

54. Come ho già indicato, i dubbi del giudice del rinvio nascono dall'apparente assenza di onerosità del rapporto tra il Land di Berlino e la città di Colonia.

55. Il carattere oneroso è parte della definizione di «appalto pubblico» di cui all'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24. Esso può anche essere considerato, a mio avviso, un elemento caratteristico del rapporto tra le amministrazioni aggiudicatrici contemplato dall'articolo 12, paragrafo 4, che, come ho già spiegato, non si identifica necessariamente con l'accezione usuale di «appalto pubblico».

56. Per quanto riguarda il suo significato, ricordo che, nella giurisprudenza della Corte, la nozione di onerosità è stata oggetto di un'interpretazione estensiva²⁴.

57. Nel rapporto tra il Land di Berlino e la città di Colonia, la consegna del programma informatico si presenta come gratuita e strumentale ad una cooperazione, per svilupparlo e adattarlo alle esigenze gestionali dei rispettivi corpi dei vigili del fuoco.

²¹ Ibidem, punto 43.

²² V., analogamente, sentenza Remondis, punto 37: «ai fini della possibile qualificazione come appalto pubblico di un'operazione articolata in diverse fasi, tale operazione deve essere esaminata nel suo complesso e tenendo conto del suo obiettivo».

²³ Sarebbe stata possibile un'altra configurazione, come ha dichiarato in udienza la rappresentante della città di Colonia facendo riferimento a un contratto di cessione di software tra il Land di Berlino e la città di Amburgo, senza accordo di cooperazione annesso.

²⁴ Ordinanza Consiglio Nazionale, punto 38); sentenze Remondis, punto 43, e del 18 ottobre 2018, IBA Molecular Italy (C-606/17, EU:C:2018:843, punto 31). Nelle conclusioni nella causa Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a. (C-159/11, EU:C:2012:303, paragrafo 32), l'avvocato generale Trstenjak ha osservato che «si può sostenere che soltanto un'interpretazione estensiva della nozione di «titolo oneroso» soddisfa la finalità delle direttive in materia di aggiudicazione degli appalti, consistente nell'apertura dei mercati ad una concorrenza effettiva», e ha fatto specificamente riferimento ad altre forme di compenso, quali le operazioni di scambio o la rinuncia a pretese reciproche esistenti tra le parti contrattuali.

58. Come affermato dal giudice del rinvio²⁵, tale sviluppo successivo ha un valore pecuniario, che può essere molto elevato²⁶. Nella descrizione dei fatti, la città di Colonia indica che il programma viene messo a sua disposizione affinché essa possa partecipare alla cooperazione. Preliminarmente ha riconosciuto che la prestazione del servizio dei vigili del fuoco – alla quale, come ha dichiarato in udienza, essa è tenuta per legge – non è fattibile senza un sistema di gestione degli interventi ottimale, che deve costantemente adattarsi alle esigenze connesse all'esecuzione del servizio, il che richiede un software efficace.

59. Si può quindi legittimamente ritenere, in linea con quanto sostenuto dalla Commissione, che, sebbene l'accordo non preveda un obbligo *stricto sensu* di sviluppare il software, non sia plausibile l'assenza di tale sviluppo e, se del caso, dei successivi adattamenti del programma informatico. Come è emerso chiaramente in udienza, sarà praticamente inevitabile aggiornare detto programma, a breve termine ed oltre²⁷.

60. Esiste quindi una ragionevole aspettativa che la città di Colonia apporti sviluppi ed integrazioni modulari al software. Tale fattore opera come contropartita della messa a disposizione del programma da parte del Land di Berlino, dato che, se così non fosse, il contratto di cessione non sarebbe stato accompagnato da un accordo di cooperazione.

61. In definitiva, dalla prospettiva della città di Colonia, il controvalore che consente di parlare di onerosità del rapporto con il Land di Berlino è la propria partecipazione ad una cooperazione che può apportare benefici a quest'ultimo, sotto forma di adattamenti del software (articolo 1 dell'accordo di cooperazione) e di moduli tecnici derivati e complementari (articolo 5 di detto accordo). Tali adattamenti, a un dato costo economico, avranno sicuramente luogo in quanto le centrali operative dei vigili del fuoco non possono funzionare diversamente.

62. La controprestazione non dipende, quindi, da una condizione puramente potestativa: che avvenga è solo questione di tempo. Non si tratta di una mera dichiarazione della volontà di collaborare, bensì di un impegno del quale si potrà chiedere il rispetto, in funzione di un *quando* (quando sarà effettuato l'aggiornamento) e non di un *se* (se sarà effettuato l'aggiornamento).

63. È vero che l'accordo di cooperazione prevede la possibilità che entrambe le parti sviluppino il software e che, in teoria, una di esse potrebbe rimanere inattiva e attendere semplicemente i contributi dell'altra. Tuttavia, ripeto, è altamente improbabile che ciò accada, in quanto significherebbe mettere a rischio la prestazione del servizio pubblico che compete a ciascuna di esse. Tale atteggiamento priverebbe di oggetto l'accordo di cooperazione volontariamente stipulato tra l'una e l'altra.

64. Riassumendo, il rapporto contrattuale tra le amministrazioni aggiudicatrici che hanno pattuito la cessione del programma informatico e le condizioni della loro cooperazione per svilupparlo rientra nell'ambito di applicazione dell'articolo 12, paragrafo 4, della direttiva 2014/24.

²⁵ Punto 29 della decisione di rinvio.

²⁶ E superare quello del software stesso. L'ISE ha insistito in udienza su tale elemento, in relazione alla terza questione pregiudiziale.

²⁷ La rappresentante della città di Colonia ha distinto tra aggiornamenti importanti e altri di minore entità. I primi risultano indispensabili tre o quattro volte all'anno e sono effettuati previa consultazione con l'altro (o gli altri) partner della cooperazione, al fine di tenere conto, per quanto possibile, delle sue necessità. I secondi, consistenti nella rettifica di piccoli errori, non richiedono tale consultazione.

C. Seconda questione pregiudiziale. L'oggetto della cooperazione

1. Impostazione

65. La prestazione del servizio pubblico dei vigili del fuoco che incombe alle entità cooperanti nel caso in esame non è congiunta: non può esserlo, se non altro per la distanza geografica tra i territori sui quali opera ciascuna di esse.

66. Per questo motivo il giudice del rinvio dubita che la cooperazione sia coperta dall'articolo 12, paragrafo 4, lettera a), della direttiva 2014/24 e chiede se, perché ciò accada, «sia sufficiente che tale cooperazione riguardi attività in qualche modo funzionali ai servizi pubblici stessi, che debbano essere del pari forniti ma non necessariamente in modo congiunto».

67. La risposta richiede che si esaminino separatamente due elementi: a) la gestione in comune del servizio pubblico per il quale viene svolta la cooperazione e b) la natura di «servizio pubblico» dell'attività in cui si sostanzia la cooperazione.

a) Sulla prestazione congiunta del servizio pubblico. Dalla «funzione di servizio pubblico comune» agli «obiettivi comuni di interesse pubblico»

68. Conformemente alla giurisprudenza della Corte precedente alla direttiva 2014/24, l'ammissibilità della cooperazione orizzontale era subordinata, tra l'altro, alla condizione che le parti svolgessero una funzione di servizio pubblico *comune*. Tuttavia, la Corte non ha dovuto esaminare se tale *carattere comune* riguardasse la prestazione stessa del servizio.

69. Il paradigma della cooperazione orizzontale sottratta alle norme europee in materia di appalti pubblici era costituito dalla causa C-480/06, Commissione/Germania, in cui tale cooperazione, articolata sotto forma di azioni e impegni di natura ed entità diverse, garantiva in ultima analisi l'adempimento di una funzione di servizio pubblico che rientrava nelle competenze di tutte le amministrazioni aggiudicatrici. Detta causa verteva sullo smaltimento di rifiuti, attività cui partecipavano tutti gli intervenienti, in quanto utilizzatori dell'impianto di trattamento di detti rifiuti.

70. Alla questione ora in esame non è stata riservata un'attenzione particolare nella sentenza sopra citata né in altre successive, nelle quali era assente la connotazione del *carattere comune* della funzione di servizio pubblico, in quanto presupposto della sua prestazione congiunta²⁸.

71. Ai sensi dell'articolo 12, paragrafo 4, lettera a), della direttiva 2014/24, affinché la cooperazione interamministrativa sia esclusa dall'ambito di applicazione di tale direttiva, il contratto deve soddisfare obiettivi comuni alle amministrazioni aggiudicatrici partecipanti. Ognuna di queste presterà «i servizi pubblici che esse sono tenute a svolgere»²⁹, «nell'ottica di conseguire gli obiettivi che esse hanno *in comune*». Il contratto o l'accordo determinerà la modalità della prestazione per garantire che ciò avvenga. Dal punto di vista letterale, il *carattere comune* riguarda ora gli obiettivi e non una specifica funzione di servizio pubblico.

²⁸ Sentenza ASL, punto 37. Le pronunce successive della Corte hanno seguito la giurisprudenza della sentenza ASL in procedimenti quasi identici sotto il profilo della natura dei soggetti coinvolti e della questione di merito: v. ordinanze del 16 maggio 2013, Consulta Regionale Ordine Ingegneri della Lombardia e a. (C-564/11, non pubblicata, EU:C:2013:307), e Consiglio Nazionale. Tale giurisprudenza è stata applicata anche ad altri ambiti nelle sentenze Piepenbrock, punto 39, e Datenlotsen, punto 35.

²⁹ Ritengo che il requisito relativo all'*essere tenute* implichi che le amministrazioni aggiudicatrici siano state incaricate della prestazione del servizio prima di concludere l'accordo di cooperazione. L'espressione potrebbe includere anche il servizio pubblico che deve essere prestato nell'ambito di una specifica cooperazione.

72. I lavori preparatori del testo normativo dimostrano che il legislatore intendeva rendere flessibile la cooperazione sotto il profilo del suo oggetto³⁰.

73. La proposta di direttiva della Commissione faceva ancora riferimento alla circostanza che le amministrazioni aggiudicatrici «svolgano congiuntamente i loro compiti di servizio pubblico». Nel passaggio al Consiglio e al Parlamento, il testo ha ricevuto diverse formulazioni fino alla versione corrente. Anche l'attuale considerando 33 è stato modificato di volta in volta, in parallelo con l'evoluzione della lettera dell'articolo e sulla stessa linea di apertura.

74. Durante le trattative finali è venuto meno nell'articolo 12, paragrafo 4, della direttiva 2014/24 il riferimento allo svolgimento congiunto dei compiti, che tuttavia si trova ancora nell'attuale considerando 33. Il riferimento agli obiettivi comuni è stato introdotto su proposta del Parlamento, mentre è stata eliminata dal correlato considerando (all'epoca, il considerando 14) la descrizione del concetto di cooperazione come inclusivo di «gestione e processo decisionale congiunti, condividendo responsabilità, rischi ed effetti di sinergia»³¹.

75. L'indicazione di cui al considerando 33, primo comma, in fine, nel senso che i servizi pubblici forniti dalle entità che cooperano non devono essere identici, potendo invece essere complementari, conferma l'abbandono del requisito della funzione di servizio pubblico comune.

76. In tale contesto, il riferimento alla fornitura *congiunta* dei servizi, che appare più volte nel medesimo considerando, significa, probabilmente, che i servizi pubblici, vuoi identici, vuoi complementari, dei quali è responsabile ciascuna delle amministrazioni partecipanti, devono essere svolti «in collaborazione», vale a dire da ciascuna entità pubblica con il supporto dell'altra o in maniera coordinata.

77. Potrebbe sembrare che si tratti di disquisizioni semantiche, ma, come accade in diritto, le conseguenze giuridiche legate alla scelta di determinati termini o di altri possono essere sensibilmente diverse. Ciò che rileva, ripeto, è che la (nuova) norma fa riferimento agli obiettivi comuni alle amministrazioni aggiudicatrici che cooperano tra loro.

b) «Servizio pubblico» e «attività di sostegno a un servizio pubblico»

78. La seconda questione pregiudiziale impone inoltre di esaminare la natura dell'attività per la quale collaborano le amministrazioni aggiudicatrici: se debba costituire essa stessa un «servizio pubblico»³² oppure possa trattarsi di un'attività ausiliaria, vale a dire, di sostegno a un servizio pubblico³³.

30 Tale flessibilità è ravvisabile anche in relazione ai soggetti: v. considerando 32, sulla cooperazione orizzontale tra amministrazioni aggiudicatrici con la partecipazione di capitali privati. La proposta della Commissione escludeva invece questa possibilità all'articolo 11, paragrafo 4, lettera e).

31 V. nota del Consiglio dell'Unione europea del 26 giugno 2013, n. 11644/13.

32 Ricordo che l'articolo 12, paragrafo 4, lettera a), della direttiva 2014/24 menziona espressamente i «servizi pubblici che [le amministrazioni aggiudicatrici] sono tenute a svolgere». Tale categoria è utilizzata soltanto all'articolo 93 TFUE. In ampia misura, il suo equivalente è il «servizio di interesse generale» (SIG), che può avere o meno un contenuto economico. Sulla libertà degli Stati membri di definire, organizzare e finanziare i servizi d'interesse economico generale (SIEG) verte l'articolo 1, paragrafo 4, della direttiva 2014/24, che rinvia a sua volta all'articolo 14 TFUE e al protocollo n. 26 allegato al TFUE e al TUE.V., a tale riguardo, conclusioni dell'avvocato generale Hogan nella causa Engie Cartagena (C-523/18, EU:C:2019:769).

33 Nella direttiva 2014/24 non viene specificata l'entità, la qualità o la natura (principale o accessoria, obbligatoria o facoltativa, di contenuto economico o meno) dei *servizi pubblici* che la cooperazione orizzontale può riguardare. Il considerando 33 suggerisce un'ampia flessibilità al riguardo. In tal modo si esclude che la cooperazione possa riguardare solo attività che corrispondono ad una competenza nucleare (principale) dell'amministrazione aggiudicatrice, come sembrava risultare dalla prima frase del punto 37 della sentenza ASL.

79. Nella giurisprudenza precedente alla direttiva 2014/24, la sentenza Commissione/Germania forniva indicazioni sul tipo di attività idonee a costituire una cooperazione «pubblico-pubblico» sottratta alle norme in materia di appalti pubblici³⁴.

80. La lettura di tale sentenza consentiva di ammettere, quale oggetto della cooperazione, attività che non erano, in sé o per sé stesse, di servizio pubblico, ma presentavano un nesso diretto con il servizio pubblico per la cui prestazione le amministrazioni aggiudicatrici concordavano di cooperare.

81. Quanto precede non risolve, tuttavia, la questione se la cooperazione possa riguardare *esclusivamente* un'attività che non è, in sé o per sé stessa, un servizio pubblico, in un contesto come quello della presente controversia. Ricordo che, nel caso di specie, le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti forniscono ciascuna per conto proprio e separatamente il medesimo servizio pubblico (quello del corpo dei vigili del fuoco), mentre la cooperazione è circoscritta ad un'attività ausiliaria (la gestione informatica della centrale operativa per le emergenze).

82. Nell'ambito della direttiva 2014/24, il considerando 33 depone a favore di una risposta affermativa a tale questione, laddove evidenzia che la cooperazione può riguardare «*tutti i tipi di attività connesse alla prestazione di servizi e alle responsabilità affidati alle amministrazioni partecipanti o da esse assunti (...)*»³⁵. Dai lavori legislativi emerge, di nuovo, che è esistita una volontà di sottolineare questo aspetto, che non figurava nella proposta iniziale della Commissione³⁶.

83. La flessibilità che ho segnalato quale caratteristica della cooperazione orizzontale nella direttiva 2014/24, ravvisabile confrontando quest'ultima con la situazione normativa precedente, con la giurisprudenza pregressa della Corte e con la proposta della Commissione, conferma la correttezza della risposta affermativa.

84. Ciò non significa, tuttavia, che non vi siano limiti alla cooperazione orizzontale in tal modo ammessa. Certamente non viene meno il requisito secondo cui essa dev'essere diretta alla prestazione di servizi pubblici di competenza delle parti³⁷. Quando l'oggetto della cooperazione non è il servizio pubblico stesso, bensì un'attività ad esso «connessa», tale nesso deve essere dato dall'orientamento funzionale dell'attività verso l'esecuzione del servizio.

85. L'equilibrio tra gli obiettivi in contrasto, che ho esaminato supra³⁸, consiglia inoltre di valutare il nesso in parola distinguendo tra le diverse attività a seconda del loro grado di collegamento con il servizio alla cui prestazione contribuiscono. A mio avviso, l'articolo 12, paragrafo 4, della direttiva 2014/24 consente di ammettere, inter alia, le attività di sostegno direttamente e inscindibilmente connesse al servizio pubblico, vale a dire, quelle che rivestono un carattere strumentale di intensità tale che lo stesso servizio ne dipende per la sua prestazione in quanto servizio pubblico.

86. La cooperazione deve inoltre soddisfare le altre condizioni previste all'articolo 12, paragrafo 4 (per quanto riguarda i soggetti, la finalità della cooperazione e i principi che devono guidarla), che ho evidenziato in precedenza.

34 In quel caso, uno dei contributi consisteva nella messa a disposizione di un'infrastruttura, in cui avrebbe avuto luogo il recupero dei rifiuti raccolti da ciascuno dei partecipanti nella rispettiva area geografica di competenza. Nella cooperazione rientrava inoltre la messa a disposizione delle eccedenze: le capacità di ricezione dei rifiuti non utilizzate da una delle parti potevano compensare la mancanza di capacità ricettive di un'altra. Un altro contributo consisteva nell'impegno, da parte dei servizi di nettezza urbana di una delle amministrazioni aggiudicatrici, di difendere i diritti delle altre nei confronti del gestore dell'impianto, nell'ipotesi in cui quest'ultimo avesse cagionato loro un danno.

35 Il corsivo è mio.

36 V., per confronto, documento interistituzionale n. 12167/13.

37 Nella giurisprudenza precedente, la sentenza *Datenlotsen*, punto 16 (per rinvio dal punto 34), aveva dichiarato quanto segue: «(...) sia l'università sia la HIS non costituiscono autorità pubbliche e la HIS non è direttamente incaricata di svolgere una funzione di servizio pubblico».

38 *Supra*, paragrafi 29 e segg.: la volontà di non interferire con l'organizzazione dell'amministrazione interna degli Stati membri deve conciliarsi con l'imperativo secondo cui l'esclusione dall'ambito del diritto dell'Unione non deve comportare la violazione dei principi relativi agli appalti pubblici e alla libera concorrenza.

2. La cooperazione tra il Land di Berlino e la città di Colonia

87. Nella presente causa le due amministrazioni aggiudicatrici, come ho già rilevato, non svolgono in modo congiunto l'attività di servizio pubblico principale, ossia quella propria del servizio di vigili del fuoco. La loro cooperazione ha invece come obiettivo l'introduzione e l'aggiornamento di un programma software imprescindibile ai fini della gestione ottimale da parte di ognuna di esse degli interventi del rispettivo corpo dei vigili del fuoco, nel proprio ambito geografico.

88. Secondo la descrizione del software e del suo aggiornamento risultante dal fascicolo, integrata dalle dichiarazioni concordi rese in udienza, il programma informatico era ed è indispensabile per la prestazione del suddetto servizio pubblico.

89. Ne consegue che la cooperazione tra il Land di Berlino e la città di Colonia, dal momento che riguarda un'attività imprescindibile ai fini dell'efficace esecuzione di un servizio pubblico che entrambe le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute a fornire, deve soddisfare il requisito indicato all'articolo 12, paragrafo 4, lettera a), della direttiva 2014/24.

D. Terza questione pregiudiziale. Sul trattamento privilegiato nei confronti di terzi

90. L'accordo tra il Land Berlino e la città di Colonia incontra altre obiezioni, basate sul contrasto tra la cooperazione orizzontale e il diritto della concorrenza. Il giudice del rinvio le prospetta nella sua terza questione, chiedendosi se l'articolo 12, paragrafo 4, della direttiva 2014/24 comporti implicitamente un divieto non scritto di trattamento privilegiato e, in caso affermativo, quale ne sia il contenuto.

1. Cooperazione orizzontale e diritto della concorrenza

91. La condizione secondo cui nessun operatore privato deve essere posto in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti, per effetto della cooperazione orizzontale, non risulta espressamente e separatamente dall'articolo 12 della direttiva 2014/24. Emergeva invece dalla giurisprudenza precedente³⁹.

92. Al fine di stabilire se, nonostante tale assenza letterale, la condizione persista, rammento anzitutto che gli Stati membri dispongono di un ampio margine di discrezionalità per decidere se effettuare essi stessi una prestazione di servizi oppure esternalizzarla.

93. Nella prima delle due ipotesi (autosufficienza, in senso ampio), e sempre che siano soddisfatti determinati requisiti, gli Stati membri non sono tenuti a seguire le norme e le procedure del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici. Tuttavia, essi continuano ad essere soggetti ad altre regole⁴⁰, tra cui quelle dell'articolo 106, paragrafo 2, TFUE relative alla libera concorrenza.

94. Per tale motivo, l'articolo 18, paragrafo 1, secondo comma, della direttiva 2014/24 dispone, in un ambito connesso, che «[l]a concezione della procedura di appalto non ha l'intento di escludere quest'ultimo dall'ambito di applicazione della presente direttiva né di limitare artificialmente la concorrenza».

³⁹ Sentenze Commissione/Germania, punto 47, e ASL, punti 35 e 38 e dispositivo; ordinanza Consiglio Nazionale, punto 44 e dispositivo).

⁴⁰ V. supra, paragrafi da 30 a 35.

95. La limitazione imposta dalle norme sulla libera concorrenza incide quindi anche sulla cooperazione orizzontale tra le amministrazioni aggiudicatrici. Lo fa, quanto meno, in due modi:

- da un lato, presiede al rapporto di dette amministrazioni con gli operatori privati, nel loro complesso, in quanto concorrenti sul mercato;
- dall'altro, determina come debbano agire le entità pubbliche affinché la loro cooperazione, qualora coinvolga in qualche modo anche operatori privati, non falsi la concorrenza tra questi ultimi.

96. L'articolo 12, paragrafo 4, della direttiva 2014/24 mira ad evitare la distorsione della libera concorrenza sotto il primo profilo, laddove richiede che la collaborazione avvenga esclusivamente tra amministrazioni aggiudicatrici⁴¹. E, al contempo, esso pone talune riserve ispirate alla medesima finalità:

- la cooperazione deve essere limitata alla prestazione dei servizi pubblici che le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti sono tenute a svolgere, ossia non deve riguardare l'esercizio delle loro attività economiche ordinarie [lettera a)];
- deve essere retta unicamente da motivi di interesse pubblico, non di mercato [lettera b)];
- se le entità che cooperano tra loro svolgono anche attività sul «mercato aperto», queste ultime non possono superare il 20% delle attività interessate dalla cooperazione.

97. Non si può ritenere, come afferma la città di Colonia, che l'obbligo di rispettare la libera concorrenza sia circoscritto all'ipotesi in cui le amministrazioni aggiudicatrici competano sul mercato con gli operatori privati nel loro complesso.

98. Al contrario, come ho già osservato, l'obbligo generale di non falsare la concorrenza si rinviene nel diritto primario (articolo 106, paragrafo 2, TFUE) e, nell'ambito specifico degli appalti pubblici, all'articolo 18, paragrafo 1, secondo comma, della direttiva 2014/24.

2. *L'affidamento a terzi*

a) Considerazioni di carattere generale

99. I considerando 31 e 33 della direttiva 2014/24 confermano che la cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici non può dare «luogo a una distorsione della concorrenza», ponendo un fornitore privato di servizi in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti⁴². È opportuno insistere sul fatto che, in realtà, tali considerando non aggiungono nuovi elementi normativi all'articolato della direttiva: essi si limitano ad orientare l'interpretazione del suo articolo 12, paragrafo 4.

100. Pertanto, non sarebbero conformi alla direttiva 2014/24 i comportamenti delle amministrazioni aggiudicatrici che determinassero una distorsione della concorrenza, ponendo un fornitore privato di servizi in una situazione di vantaggio rispetto ai suoi concorrenti. Il «trattamento privilegiato» cui fa riferimento il giudice del rinvio, in quanto favorisce un operatore privato a scapito degli altri, è quindi vietato.

⁴¹ Anche se, in linea con il regime della cooperazione in house, la direttiva 2014/24 ammette una certa partecipazione di capitali privati nelle entità pubbliche: v. supra, nota 30 delle presenti conclusioni.

⁴² Naturalmente, esistono altre forme di distorsione ipotizzabili: ad esempio, che l'acquisizione del software e le successive operazioni di manutenzione o integrazione siano rese oggetto di contratti distinti, al fine di evitare un contratto unico di valore superiore alla soglia a partire dalla quale diviene obbligatoria la gara pubblica. V. sentenze del 18 gennaio 2007, Auroux e a. (C-220/05, EU:C:2007:31, punto 67), e Commissione/Germania, in cui la Corte menziona una «costruzione di puro artificio diretta ad eludere le norme in materia di pubblici appalti» (punto 48).

101. A tale proposito, possono presentarsi due situazioni non esattamente equivalenti:

- una cooperazione orizzontale nella quale un'amministrazione aggiudicatrice mette a disposizione di un'altra determinati beni o servizi che la prima ha acquisito, a sua volta, presso un operatore privato senza vincolarsi alle norme in materia di appalti pubblici. Se tali norme fossero applicabili (in ragione dell'oggetto, del valore del contratto ecc.), gli operatori terzi subirebbero un *nuovo* e, per così dire, *duplice* trattamento sfavorevole, consistente nella loro esclusione, iniziale e successiva;
- una cooperazione orizzontale che richiede, ai fini del suo futuro sviluppo, la partecipazione di operatori economici diversi dalle amministrazioni aggiudicatrici. Qualora si negasse ad alcuni di tali operatori privati, in maniera discriminatoria o arbitraria, la possibilità di integrarsi nel meccanismo della futura fornitura dei beni e servizi, verrebbe a crearsi la situazione di svantaggio per gli interessati.

102. Nella seconda di tali ipotesi, qualora venga avviata una procedura di aggiudicazione per integrare o proseguire la cooperazione, non vi è motivo di sostenere che un singolo si trovi necessariamente, de iure o de facto, in una posizione migliore rispetto ai suoi concorrenti per contribuire ai compiti nei quali consiste la cooperazione interamministrativa.

b) L'affidamento a terzi per la cooperazione tra il Land di Berlino e la città di Colonia

103. Il fascicolo non contiene informazioni sufficienti per sapere a quali condizioni abbia avuto luogo l'acquisizione iniziale, da parte del Land di Berlino, del programma software da esso successivamente ceduto alla città di Colonia. Non vi è neppure assoluta certezza sulla questione se il Land di Berlino si rifornisca di nuovi moduli software, al di fuori della cooperazione con la città di Colonia, sottraendone l'acquisizione al mercato oppure ricorrendo ad esso⁴³. Spetterà al giudice del rinvio verificare tali elementi di fatto.

104. Viceversa, il futuro sviluppo della cooperazione sembra richiedere la partecipazione di terzi, tanto che la città di Colonia ha pubblicato un bando di gara (ristretta) per l'adattamento, l'attivazione e la manutenzione del software ceduto dal Land di Berlino⁴⁴.

105. Le integrazioni e gli aggiornamenti del software ceduto dal Land di Berlino alla città di Colonia ai fini della cooperazione sono caratterizzati da un valore economico elevato. È quindi logico che l'interesse degli operatori del mercato⁴⁵ si concentri sui successivi appalti per l'adattamento, la manutenzione e lo sviluppo di detto software.

106. Secondo l'ISE, la complessità tecnica di tali operazioni implica che nessuno al di fuori del produttore del software sia in grado di effettuarle. Se così fosse, la decisione relativa all'acquisizione iniziale del software potrebbe avere un peso rilevante nell'aggiudicazione degli appalti pubblici successivi, precludendo, di fatto, l'intervento di operatori diversi dall'autore del programma.

⁴³ In udienza, il rappresentante dell'ISE ha affermato che, nel luglio 2018, il Land di Berlino aveva pubblicato un previo bando di gara relativo allo sviluppo del programma, per un importo di EUR 3 500 000.

⁴⁴ In udienza è stato chiarito che il bando (numero di riferimento: 2019-0040-37-37-3) è stato pubblicato nella GU 2019/S 160-394603 e il valore economico della gara ammonta a 2 milioni di EUR.

⁴⁵ In udienza, il rappresentante dell'ISE ha dichiarato che l'elemento di interesse economico non era costituito dall'acquisizione del software di base o dalla vendita dello stesso, bensì dalle successive operazioni di adattamento, manutenzione e sviluppo del programma informatico.

107. In tale contesto (la cui verifica spetta al giudice del rinvio), il requisito consistente nel non collocare operatori del mercato in una situazione privilegiata rispetto ai loro concorrenti⁴⁶ imporrebbe una particolare attenzione nella configurazione della gara d'appalto relativa alle prestazioni successive. In particolare, si dovrebbero fornire a tutti i potenziali interessati le informazioni indispensabili affinché possano concorrere nella procedura⁴⁷.

108. Tuttavia, tale misura potrebbe rivelarsi insufficiente, il che sarebbe indicativo del fatto che il problema si situa in una fase precedente, vale a dire nell'acquisizione stessa del software. Spetta al giudice del rinvio accertare se l'acquisizione iniziale derivi da una situazione di esclusività, per ragioni tecniche, che predetermina le successive procedure d'appalto e, in caso affermativo, definire le misure idonee a correggerne gli effetti⁴⁸.

IV. Conclusione

109. Alla luce di quanto precede, propongo di rispondere nei seguenti termini alle questioni pregiudiziali sollevate dall'Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunale superiore del Land, Düsseldorf, Germania):

«1) L'articolo 12, paragrafo 4, della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che una cessione di software stipulata in forma scritta tra amministrazioni aggiudicatrici e connessa ad un accordo di cooperazione tra le stesse costituisce un "contratto" ai sensi della menzionata disposizione.

Il carattere oneroso di siffatto rapporto contrattuale sussiste anche nel caso in cui il cessionario non sia tenuto a versare alcun prezzo né rimborso delle spese per il software acquisito, se ciascun partner della cooperazione (e pertanto anche il cessionario) si impegna a mettere a disposizione dell'altro di volta in volta i futuri adattamenti e sviluppi del software medesimo, e questi ultimi sono indispensabili per la prestazione di un servizio pubblico che deve essere svolto da entrambe le amministrazioni aggiudicatrici, risultando quindi inevitabili.

2) La cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici ai sensi dell'articolo 12, paragrafo 4, lettera a), della direttiva 2014/24 non deve necessariamente riguardare i servizi pubblici stessi da fornirsi ai cittadini. Una cooperazione avente ad oggetto le attività di sostegno a tali servizi rientra nell'ambito di applicazione dell'articolo 12, paragrafo 4, della direttiva 2014/24, tra l'altro, se l'attività ausiliaria costituisce uno strumento indispensabile per il servizio pubblico, di modo che la prestazione di quest'ultimo dipende da essa.

3) Una cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici che ponga un operatore privato in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti sul mercato non può rientrare nell'ambito di applicazione dell'articolo 12, paragrafo 4, della direttiva 2014/24».

46 Ma anche l'obiettivo dell'aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa.

47 In udienza si è discusso se fosse sufficiente precisare, nelle gare d'appalto successive, che l'aggiudicatario avrebbe avuto accesso al codice sorgente del software. La città di Colonia ha insistito sul fatto di avere agito in tal modo, anche se, secondo l'ISE, ciò non sarebbe sufficiente, date le difficoltà pratiche inerenti allo sviluppo, senza rischi, degli adattamenti a partire dal programma di base.

48 La possibilità che si verificasse un effetto preclusivo, una volta acquisito il software originario, avrebbe dovuto essere valutata, idealmente, al momento dell'acquisizione di quest'ultimo. Diversamente, tale valutazione non sarebbe più possibile nella situazione attuale e i rimedi potrebbero essere soltanto palliativi. In udienza, la Commissione ha suggerito di chiedere al produttore del software l'impegno a collaborare con gli aggiudicatari delle prestazioni successive.