

Pubblicato il 06/08/2019
N. 05581/2019 REG.PROV.COLL.

N. 10524/2018 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 10524 del 2018, proposto da

Ge.Fi.L. - Gestione Fiscalità Locale s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefania Lago, Alessandro Calegari, Nicola Creuso e Andrea Manzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Andrea Manzi in Roma, via Confalonieri, 5;

contro

Regione Campania, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimo Consoli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

ACI - Automobile Club d'Italia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonio Lamberti e Francesco Guarino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Antonio Lamberti in Roma, viale dei Parioli, 67;

ACI Informatica s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Lamberti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale dei Parioli, 67;

ACI di Napoli, ACI di Avellino, ACI di Benevento, ACI di Caserta, ACI di Salerno, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania (Sezione III) n. 5538 del 2018, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Regione Campania, di ACI - Automobile Club d'Italia e di ACI Informatica s.p.a.;

Visti i ricorsi incidentali di ACI - Automobile Club d'Italia e di ACI Informatica s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 luglio 2019 il Cons. Elena Quadri e uditi per le parti gli avvocati Manzi, Consoli e Lamberti;

I – I fatti di causa.

Ge.Fi.L. - Gestione Fiscalità Locale s.p.a., che opera nel settore dei servizi a supporto della gestione delle tasse automobilistiche per conto della Regione Veneto e che ha partecipato alla gara indetta per l'affidamento del servizio da parte della Regione Marche, ha proposto ricorso per l'annullamento della delibera della Giunta Regionale della Campania n. 866 del 28 dicembre 2017, pubblicata nel Bollettino Ufficiale della Regione Campania n. 1 del 2 gennaio 2018, avente ad oggetto "*schema di convenzione tra la Regione Campania e l'Automobile Club d'Italia in materia di tasse automobilistiche regionali, ai sensi dell'art. 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241, per il periodo dall'1 gennaio 2018 al 31 dicembre 2020*", rinnovabile per ulteriori tre anni, con un

corrispettivo a forfait nel triennio di euro 10.485 mila, oltre corrispettivi a misura, rivalutazione ISTAT ed IVA per quanto dovuta; dello “*schema di Accordo di cooperazione triennale in materia di tasse automobilistiche regionali tra Automobile Club d'Italia (ACI) e la Regione Campania, con decorrenza dall'1 gennaio 2018 e scadenza al 31 dicembre 2020*”, allegato alla delibera medesima; per la dichiarazione di inefficacia dell'accordo medesimo, ove stipulato, nonché, con ricorso per motivi aggiunti, per l'annullamento della convenzione sottoscritta in data 12 e 13 febbraio 2018 tra l'ACI e la Regione Campania, insistendo, altresì, per la condanna al risarcimento del danno per equivalente.

A sostegno del proprio ricorso Ge.Fi.L ha dedotto i seguenti motivi di diritto:

I) il contratto tra Regione e ACI violerebbe l'art. 5 del d.lgs. n. 50 del 2016, gli artt. 1, 2 e 12 della direttiva 2014/24/UE, l'art. 52 del d.lgs. n. 446 del 1997, l'art. 2 del decreto ministeriale n. 418 del 1998, l'art. 15 della legge n. 241/1990, nonché i principi di concorrenza, economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità e tutti i principi generali in materia di evidenza pubblica; ciò in quanto: l'accordo non regolerebbe la realizzazione di un interesse pubblico

effettivamente comune ai partecipanti, posto che l'ACI non avrebbe finalità istituzionali in materia di tasse automobilistiche e non vi sarebbero servizi o funzioni in comune tra i contraenti, ma unicamente servizi di competenza della sola Regione affidati all'ACI quale prestatore di servizi in base ad uno schema contrattuale sostanzialmente di appalto; alla base dell'accordo non ci sarebbe una reale divisione di compiti e responsabilità; i movimenti finanziari tra i contraenti non si configurerebbero solo come mero ristoro delle spese sostenute, trattandosi nella specie di un accordo oneroso con corrispettivi a carico della Regione, a forfait ed a misura, soggetti a rivalutazione e a eventuale IVA; il ricorso all'accordo interferirebbe con la libera circolazione dei servizi e l'apertura alla concorrenza non falsata negli Stati membri, tant'è che l'accordo contemplerebbe la possibilità di sub-affidare a terzi, senza gara, l'espletamento di prestazioni;

II) sarebbero violati gli artt. 52 e 53 del d.lgs. n. 446 del 1997, in quanto l'accordo avrebbe ad oggetto l'accertamento e la riscossione dei tributi e l'ACI non sarebbe iscritto all'Albo di cui all'art. 53.

Con i motivi aggiunti la società ricorrente ha dedotto le medesime censure

contro la convenzione stipulata tra Regione Campania e ACI.

La sentenza ha preliminarmente respinto l'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata dall'ACI, osservando che:

- la delibera impugnata non ha carattere endoprocedimentale, ma costituisce una determinazione conclusiva, e quindi immediatamente lesiva nella sfera giuridica della parte ricorrente, tant'è che la convenzione impugnata con i motivi aggiunti è stata stipulata appunto in base alla delibera impugnata;

- il rapporto pubblico-pubblico costituisce una modalità astrattamente possibile per la gestione del servizio in questione, per cui non si può negare un interesse e la legittimazione della parte ricorrente (che svolge servizi analoghi altrove) a contestare la scelta da parte della Regione Campania della conclusione di un accordo tra pubbliche amministrazioni per l'affidamento del servizio, in luogo dell'indizione di una procedura concorsuale di evidenza pubblica per la selezione dei candidati aspiranti a contrarre con l'amministrazione aggiudicatrice.

Nel merito, la sentenza, dopo aver premesso:

- la natura giuridica dell'ACI di ente pubblico non economico;

- che, nell'ambito delle finalità istituzionali dello stesso, in base all'art. 5 dello Statuto rientrano, oltre che la gestione con la propria organizzazione del Pubblico Registro Automobilistico (P.R.A.) istituito presso l'ACI, anche la gestione dei *“servizi in materia di tasse automobilistiche affidati all'A.C.I. dalle Regioni e dalle Province Autonome”*, nonché di *“tutti gli altri servizi che potranno essere delegati o affidati all'A.C.I. dallo Stato, dalle Regioni o da altri Enti Pubblici”*, all'uopo avvalendosi degli uffici degli Automobile Club territoriali associati all'ACI;

- che, in base all'art. 17, comma 10, della legge n. 449 del 1997, l'accertamento e la riscossione delle tasse automobilistiche non erariali sono stati devoluti alle Regioni, le quali, in base all'art. 2 del decreto ministeriale n. 418 del 1998, svolgono le attività relative direttamente, anche ricorrendo all'istituto dell'avvalimento, ovvero tramite concessionari individuati dalle stesse secondo le modalità e le procedure di evidenza pubblica previste dalla normativa comunitaria e nazionale in tema di appalti e di servizi;

- che, nel periodo anteriore al trasferimento alle Regioni delle funzioni amministrative in materia, lo Stato si avvaleva dell'ACI per i servizi di

riscossione e riscontro delle tasse automobilistiche, in base alla convenzione stipulata il 26 novembre 1986, approvata con decreto ministeriale in pari data e successivamente più volte prorogata in forza di disposizioni di legge;

ha osservato, accogliendo la tesi dell'ACI e della Regione Campania, che:

- gli atti impugnati risultano adottati in espressa applicazione dell'art. 1, comma 121, della legge della Regione Campania 7 agosto 2014, n. 16 (*“Interventi di rilancio e sviluppo dell'economia regionale nonché di carattere ordinamentale e organizzativo”*), il quale dispone che *“Per la gestione della tassa automobilistica la Giunta regionale è autorizzata a stipulare con l'Automobile Club d'Italia, riconosciuto con legge 20 marzo 1975, n. 70 (“Disposizioni sul riordinamento degli enti pubblici e del rapporto di lavoro del personale dipendente”) ente pubblico non economico preposto a servizi di pubblico interesse, apposita convenzione, di durata triennale, per lo svolgimento delle attività inerenti l'applicazione del tributo”*;

- in esecuzione della citata disposizione regionale, sono state in passato adottate le pregresse delibere n. 460 del 15 ottobre 2014 e n. 611 del 12 dicembre 2014 che hanno già dato luogo ad un primo triennio 2015-2017 di gestione convenzionale ACI;

- la scelta prevista dal citato art. 2 del d.M. n. 418 del 1998 – se effettuare la gestione in parola direttamente, anche mediante avvalimento, o mediante concessionario – è stata nella specie operata dal legislatore regionale che ha optato di avvalersi dell'ACI. Ne consegue che le contestazioni dedotte in merito dalla Ge.Fi.L si risolvono in un sindacato avente ad oggetto la stessa norma regionale, sotto il profilo della conformità alle disposizioni e principi costituzionali (ai fini della delibazione di non manifesta infondatezza di eventuali questioni di legittimità, invero non prospettate esplicitamente nell'impugnativa) ovvero alla disciplina europea (ai fini della disapplicazione delle prescrizioni non compatibili con il quadro normativo sovranazionale). Gli atti impugnati sono sostanzialmente vincolati all'applicazione della legge regionale, essendo privi di carattere discrezionale, nella misura in cui la disposizione regionale risulti non disapplicabile per contrasto con la disciplina europea, oltre che in linea con la normativa statale.

Per la sentenza, inoltre, l'accordo in esame tra Regione ed ACI è stato deliberato e stipulato in primo luogo in base all'art. 15 della legge n. 241 del 1990, che contempla tale strumento negoziale tra pubbliche amministrazioni per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune,

sussistendo i presupposti soggettivi ed oggettivi per l'applicazione di tale disposizione, in quanto i contraenti possono essere annoverati nell'ambito soggettivo assoggettato all'osservanza della legge fondamentale in materia di attività amministrativa ed il contenuto oggettivo della convenzione riguarda compiti da svolgere in materia in maniera collegata e coordinata.

La determinazione regionale di avvalersi dell'ACI per la gestione del servizio in questione è stata, altresì, adottata in dichiarata conformità con l'art. 5, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016 ("*Codice dei contratti pubblici*") - che recepisce l'art. 12, comma 4, della direttiva n. 2014/24/UE -, in base al quale sono esclusi dall'ambito di applicazione della disciplina in materia di appalti pubblici, gli accordi tra amministrazioni aggiudicatrici allorché:

- l'accordo stabilisce o realizza una cooperazione 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;
- l'attuazione di tale cooperazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti l'interesse pubblico;
- le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 per cento delle attività interessate dalla cooperazione.

Inoltre va riconosciuto che:

- tra Regione ed ACI, aventi entrambi la qualità di amministrazioni aggiudicatrici *ex art.* 3 del d. lgs. n. 50 del 2016, sussiste una cooperazione per lo svolgimento del servizio pubblico in questione, che trova un esplicito fondamento normativo;
- l'interesse pubblico risulta valutato direttamente dal legislatore regionale, che ha optato per la gestione del servizio mediante avvalimento, e tale apprezzamento non è suscettibile di sindacato sul piano della legittimità in sede giurisdizionale;
- è da escludere che, per le attività interessate dalla cooperazione, non solo la Regione, ma anche l'ACI svolgano alcuna attività sul mercato aperto, tanto da determinare turbative del mercato sulla libera prestazione dei servizi o sulla concorrenza.

Ne consegue, per la sentenza, che risultano sussistenti tutte le concorrenti

condizioni prescritte per operare l'esclusione dell'accordo in questione dall'ambito applicativo della disciplina sui contratti pubblici.

La normativa statale e regionale nella specie applicata dalla Regione risulta, quindi, compatibile con le disposizioni ed i principi derivanti dal diritto europeo.

La sentenza statuisce, infine, che l'enfasi posta dalla società ricorrente sulla parte dell'accordo che regola i rapporti economici tra le parti non rileva ai fini della legittimità degli atti impugnati.

Infatti, in base alla stessa giurisprudenza comunitaria invocata dalla Ge.Fi.L., nonostante l'onerosità delle prestazioni contrattuali, non rientrano nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici i contratti di appalto che istituiscono una cooperazione tra enti pubblici finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune a questi ultimi.

La sentenza ha respinto anche il secondo motivo, in quanto l'art. 53 del d.lgs. n. 446 del 1997, avente ad oggetto l'Albo per l'accertamento e riscossione delle entrate degli enti locali, riguarda *“i soggetti privati abilitati ad effettuare attività di liquidazione e di accertamento dei tributi e quelle di riscossione dei tributi e di altre entrate delle province e dei comuni”*, per cui è evidente che l'ACI, ente pubblico non economico, non è soggetto, per lo svolgimento della sua attività istituzionale, all'iscrizione nell'Albo in questione.

II – Il giudizio di appello.

Ge.Fi.L. s.p.a., ha proposto appello, deducendo a sostegno del proprio gravame l'erroneità della sentenza per violazione art. 5 del d.lgs. n. 50 del 2016, degli artt. 1, 2, 12 della direttiva 2014/24/UE, dell'art. 52 del d.lgs. n. 446 del 1997, dell'art. 2 del d.M. n. 418 del 1998 e dell'art. 15 della legge n. 241 del 1990, assumendo la violazione dei principi di concorrenza, economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, nonché di tutti i principi generali in materia di evidenza pubblica, l'eccesso di potere sotto i profili del difetto di istruttoria, del difetto di motivazione, dell'erroneità del presupposto, la violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato e l'omissione di pronuncia sulla dedotta insussistenza delle condizioni di legittimità dell'accordo tra Regione ed ACI.

In particolare, per l'appellante, la sentenza avrebbe ritenuto rispettate tutte le condizioni alle quali l'art. 5, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016 sottopone

l'affidamento diretto c.d. pubblico-pubblico, che, invece, non sussisterebbero nella fattispecie.

Invero, l'accordo deve regolare la realizzazione di un interesse pubblico effettivamente comune ai partecipanti, che le parti hanno l'obbligo di perseguire come compito principale; deve esserci una reale divisione di compiti e responsabilità del servizio pubblico comune tra le parti; i movimenti finanziari tra i soggetti che sottoscrivono l'accordo possono consistere solo nel rimborso di spese vive, essendo escluso il pagamento di un corrispettivo.

Tutti questi presupposti non sussisterebbero, atteso che il servizio, di competenza regionale, è affidato con gara in alcune regioni d'Italia, anche all'appellante; il costo annuale del servizio svolto da Ge.Fi.L per la Regione Veneto (dove i veicoli circolanti sono 3.939.166) è di € 2.148.019,29, comprensivo di utile, mentre il costo annuale del servizio risultante dall'accordo tra ACI e Regione Campania (dove i veicoli sono 4.366.682) è -per il solo compenso a forfait previsto all'art. 12 della convenzione- di € 3.495.000,00 (oltre iva se dovuta), somma alla quale vanno aggiunti i numerosissimi compensi a consumo. Sarebbe palese, per l'appellante, che la remunerazione di ACI non è affatto un rimborso di alcune spese vive, ma che al contrario è un'ampia remunerazione.

Con il secondo motivo l'appellante deduce l'erroneità della sentenza per violazione o falsa applicazione degli artt. 52 e 53 del d.lgs. 15 dicembre 1997, n. 446; eccesso di potere sotto i profili del difetto di istruttoria, del difetto di motivazione, dell'erroneità del presupposto, per la mancata iscrizione di ACI all'apposito Albo.

Si sono costituiti in giudizio per resistere all'appello la Regione Campania, ACI - Automobile Club d'Italia e ACI Informatica s.p.a.

Per le controparti, l'affidamento è ammesso esplicitamente dal succitato art. 1, comma 121, della legge regionale n. 16 del 2014. Tale previsione normativa costituirebbe attuazione dell'art. 2 del d.M. n. 418 del 1998, che attribuisce alle Regioni la scelta se effettuare la gestione in parola direttamente, anche mediante avvalimento, o mediante gara.

Inoltre, l'affidamento risponderebbe perfettamente alle previsioni dell'art. 5, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016, atteso che realizza proprio una cooperazione tra enti pubblici finalizzata alla gestione di servizi pubblici complementari di cui

gli stessi sono titolari ed esclusivamente per interesse pubblico.

ACI e ACI Informatica s.p.a. hanno, altresì, proposto ricorso incidentale, deducendo l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha ritenuto ammissibile il ricorso di Ge.Fi.L.

All'udienza pubblica del 4 luglio 2019 il ricorso in appello è stato trattenuto in decisione.

Ritiene il Collegio che il primo motivo dell'appello principale renda necessario sollevare questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione Europea nei termini di seguito esposti.

III - Diritto eurounitario e diritto nazionale.

Nel diritto nazionale l'art. 5 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (*"Codice dei contratti pubblici"*) che disciplina i *"principi comuni in materia di esclusione per concessioni, appalti pubblici e accordi tra enti e amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito del settore pubblico"*, al comma 6 prevede che: *"6. Un accordo concluso esclusivamente tra due o più amministrazioni aggiudicatrici non rientra nell'ambito di applicazione del presente codice, quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:*

a) l'accordo stabilisce o realizza una cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti, finalizzata a garantire che i servizi pubblici che essi sono tenuti a svolgere siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che essi hanno in comune;

b) l'attuazione di tale cooperazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico;

c) le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 per cento delle attività interessate dalla cooperazione".

Tale disposizione normativa dell'ordinamento italiano recepisce l'eccezione stabilita, nel diritto eurounitario, agli artt. 1, paragrafo 6, 12, paragrafo 4, e al considerando 31 della direttiva 24/2014/UE.

A sua volta, la direttiva europea recepisce i principi già sanciti dalla Corte di giustizia in alcune precedenti sentenze, poi ribaditi sia dalla stessa Corte di Giustizia che dalla giurisprudenza nazionale.

L'art. 1, paragrafo 6, della direttiva 24/2014/UE, stabilisce che *“Gli accordi, le decisioni o altri strumenti giuridici che disciplinano i trasferimenti di competenze e responsabilità per la realizzazione di compiti pubblici tra amministrazioni aggiudicatrici o associazioni di amministrazioni aggiudicatrici e non prevedono una remunerazione in cambio di una prestazione contrattuale sono considerati questioni di organizzazione interna dello Stato membro interessato e, in quanto tali, esulano del tutto dalla presente direttiva”*;

l'art. 12, paragrafo 4, della direttiva medesima, prevede che *“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”.

Ciò in armonia con il considerando 31 della predetta direttiva, relativo alla *“cooperazione pubblico - pubblico”*, il quale, con il preciso intento di recepire i *“principi di cui alla pertinente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea”*, sottolinea che *“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”*.

La disciplina eurounitaria e quella nazionale recepiscono, a monte, una consolidata interpretazione fornita dalla Corte di giustizia dell'Unione europea in tema di applicazione delle norme sugli appalti pubblici al caso in cui due o

più pubbliche amministrazioni vogliano stringere un accordo di cooperazione.

Il primo e fondamentale riferimento è alla sentenza 9 giugno 2009 in causa C-480/06, Commissione c. Repubblica federale di Germania, ove la Corte ha stabilito che le Amministrazioni locali tedesche - che, come in Italia, hanno l'obbligo di svolgere il servizio pubblico di gestione dei rifiuti - sono legittimate a concludere tra loro, senza gara, un accordo sull'esecuzione in comune della funzione di servizio pubblico medesima, che le stesse sono tenute a svolgere, nel caso in cui l'accordo *“non dà luogo a movimenti finanziari diversi da quelli corrispondenti al rimborso della parte di oneri a carico di detti Landkreise”*.

Nel caso della sentenza 19 dicembre 2012 in causa C-159/11, Azienda Sanitaria Locale di Lecce e altri c. Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e altri, la quale si è inserita nel giudizio deciso da Consiglio di Stato, Sez. V, n. 3849/2013, l'affidamento diretto era illegittimo, perché difettava l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune. Invero, il contratto con il quale una Asl si era determinata a convenzionarsi senza gara con un'Università per conseguire servizi di ingegneria e architettura presentava, in primo luogo *“un insieme di aspetti materiali corrispondenti in misura estesa, se non preponderante, ad attività che vengono generalmente svolte da ingegneri o architetti e che, se pur basate su un fondamento scientifico, non assomigliano ad attività di ricerca scientifica. Di conseguenza, ... la funzione di servizio pubblico costituente l'oggetto della cooperazione tra enti pubblici istituita da detto contratto non sembra garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune all'ASL e all'Università”*; *“In secondo luogo, il contratto controverso nel procedimento principale potrebbe condurre a favorire imprese private qualora tra i collaboratori esterni altamente qualificati cui, in base a detto contratto, l'Università è autorizzata a ricorrere per la realizzazione di talune prestazioni, fossero inclusi dei prestatori privati”*.

La conseguente decisione del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 3849 del 2013, confermava, in particolare, riguardo alla natura delle attività dedotte in contratto, la non configurabilità di una cooperazione tra enti pubblici *“finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune a questi ultimi (§ 34 della sentenza della Corte di Giustizia)”*. Osservando, tra l'altro, come *“la pronuncia della Corte di Giustizia chiarisca il contrasto tra i principi comunitari da un lato ed alcune pronunce di questa Sezione che hanno reputato legittimo l'affidamento a titolo oneroso tra pubbliche amministrazioni di un servizio ricadente tra i compiti di uno degli enti (sentenze 12 aprile 2007, n. 1707; 13 luglio 2010, n. 4539; 10 settembre*

2010, n. 6548). *Qualora un'amministrazione si ponga rispetto all'accordo come operatore economico, ai sensi di quanto stabilito dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 23 dicembre 2009, in C 305/08, prestatore di servizi ex all. II-A più volte citato e verso un corrispettivo anche non implicante il riconoscimento di un utile economico ma solo il rimborso dei costi, non è possibile parlare di una cooperazione tra enti pubblici per il perseguimento di funzioni di servizio pubblico comune, ma di uno scambio tra i medesimi (cfr. in particolare i §§ 27 – 29 della sentenza di rinvio)...* “il contratto non contiene una disciplina di attività comuni agli enti, ma compone un contrasto di interessi tra l'ente pubblico che, da un lato, grazie all'attività scientifica da essa istituzionalmente svolta, offre prestazioni di ricerca e consulenza deducibili in contratti di appalto pubblico di servizi e l'ente che, conformandosi a precetti normativi, domanda tali prestazioni, in quanto strumentali allo svolgimento dei propri compiti di interesse pubblico. Il tutto secondo la logica dello scambio economico suggellata dalla previsione di un corrispettivo, calcolato secondo il criterio del costo necessario alla produzione del servizio e dunque in perfetta aderenza allo schema tipico dei contratti di diritto comune ex art. 1321 cod. civ. Ne consegue che lo strumento impiegato è estraneo alla logica del coordinamento di convergenti attività di interesse pubblico di più enti pubblici, ma vede uno di questi fare ricorso a prestazioni astrattamente reperibili presso privati”.

Nello stesso senso, nell'ambito della giurisprudenza della Corte di Giustizia, vanno altresì ricordate: l'ordinanza 16 maggio 2013 in causa C-564/11, Consulta Regionale Ordine Ingegneri della Lombardia e altri c. Comune di Pavia e altri; la sentenza 13 giugno 2013 in causa C-386/11, Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG c. Kreis Düren; l'ordinanza 20 giugno 2013 in causa C-352/12, Consiglio Nazionale degli Ingegneri c. Comune di Castelvecchio Subequo e altri.

La disposizione dell'art. 5, comma 6, del d.lgs n. 50 del 2016 è dunque ricognitiva di un quadro normativo e giurisprudenziale consolidato a livello eurounitario, che individua tassativamente i limiti entro i quali detti accordi tra enti pubblici possono essere conclusi in esenzione dalla gara.

È stabilito, quindi, che la cooperazione deve essere finalizzata al perseguimento di obblighi di servizio pubblico comuni alle amministrazioni interessate, deve essere retta esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico perseguito e le amministrazioni partecipanti devono svolgere sul mercato aperto

meno del 20 per cento delle attività interessate dalla cooperazione.

In sostanza, gli accordi tra enti pubblici che risultano sottratti all'applicazione del codice e delle direttive in materia di appalti e concessioni sono solo quelli che disciplinano attività non deducibili in contratti di diritto privato, ma inquadrabili nelle funzioni pubbliche comuni alle parti, senza corrispettivo.

Qualora invece un'amministrazione si ponga rispetto all'accordo come un operatore economico prestatore di servizi e verso un corrispettivo, anche non implicante il riconoscimento di un utile economico ma solo il rimborso dei costi di produzione del servizio, non è possibile parlare di partenariato tra enti pubblici per il perseguimento di funzioni di servizio pubblico comune, ma di un contratto a prestazioni corrispettive, soggetto all'applicazione delle norme ad evidenza pubblica.

Detti partenariati pubblico-pubblico possono essere, dunque, stipulati solo se ricorrono tutte le seguenti condizioni:

I. che le parti pubbliche dell'accordo siano tutte titolari dell'obbligo di servizio pubblico la cui regolazione è oggetto dell'accordo.

II. alla base dell'accordo deve esserci una reale divisione di compiti e responsabilità del servizio pubblico comune tra le parti;

III. i movimenti finanziari tra i soggetti che sottoscrivono l'accordo possono consistere solo nel rimborso di spese vive, essendo escluso il pagamento di un corrispettivo;

IV. il ricorso all'accordo non può interferire con il perseguimento dell'obiettivo principale delle norme eurounitarie in tema di appalti pubblici, ossia la libera circolazione dei servizi e l'apertura alla concorrenza non falsata negli Stati membri. Pertanto, la collaborazione tra amministrazioni non può trasformarsi in una costruzione artificiosa che ha l'effetto di eludere le norme sulla concorrenza in tema di affidamenti pubblici.

IV - La questione pregiudiziale rimessa alla Corte di giustizia.

E' opinione del Collegio che l'affidamento diretto dalla Regione Campania ad ACI possa ritenersi stipulato in violazione delle condizioni di cui ai punti I, II, III, IV che precedono, ciascuna delle quali deve essere, invece, rispettata per potersi giustificare l'omissione della pubblica gara.

L'ACI è un ente pubblico non economico, senza scopo di lucro, inserito dalla legge n. 20 marzo 1975, n. 70 tra gli “enti preposti a servizi di pubblico interesse” (parte IV della tabella allegata alla citata legge), avente lo scopo essenziale di rappresentare, tutelare e promuovere nei suoi molteplici aspetti (sport, turismo, sicurezza, consumatori, assistenza, informazione) gli interessi dell'automobilismo italiano.

L'ACI è titolare della funzione di servizio pubblico della gestione del Pubblico Registro Automobilistico presso lo stesso istituito con decreto del 15 marzo 1927, n. 436, convertito in legge 19 febbraio 1928, n. 510, mentre non è titolare di funzioni pubbliche relative alla tassa automobilistica, che è un tributo proprio dello Stato che lo stesso ha attribuito alle Regioni [cfr. art. 17, comma 10, della legge n. 449 del 1997 (“*Misure per la stabilizzazione della finanza pubblica*”), con il quale l'accertamento e la riscossione delle tasse automobilistiche non erariali sono stati devoluti alle Regioni, le quali, in base all'art. 2 del decreto ministeriale n. 418 del 1998 (“*Regolamento recante norme per il trasferimento alle regioni a statuto ordinario delle funzioni in materia di riscossione, accertamento, recupero, rimborsi e contenzioso relative alle tasse automobilistiche non erariali*”), svolgono le attività relative direttamente, anche ricorrendo all'istituto dell'avvalimento, ovvero tramite concessionari individuati dalle stesse secondo le modalità e le procedure di evidenza pubblica previste dalla normativa comunitaria e nazionale in tema di appalti e di servizi].

Con l'accordo in questione la Regione Campania affida ad ACI la gestione della tassa automobilistica come in un comune appalto: pare mancare anche il secondo, essenziale requisito dato dalla ripartizione tra le parti dell'accordo dei compiti di servizio pubblico (che non sono comuni, non avendo l'ACI alcuna attribuzione di funzioni sulla tassa automobilistica).

Un accordo pubblico-pubblico senza gara è legittimo solo se realizza una cooperazione 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.

Nella fattispecie, sotto la veste di un partenariato pubblico-pubblico pare celarsi l'affidamento di un servizio secondo lo schema dell'appalto o della concessione e che dovrebbe, dunque, presupporre il previo espletamento di una gara pubblica.

I movimenti finanziari previsti nell'accordo tra Regione Campania e ACI vanno ben al di là del mero ristoro delle spese sostenute, essendo previsto il pagamento

di un corrispettivo vero e proprio, come risulta evidente dal bilancio di ACI in cui lo stesso dichiara di ricavare utili dalle gestioni analoghe di tale servizio, e ben superiore al livello di prezzo reperibile sul mercato, come emerge dal confronto tra i corrispettivi previsti nell'affidamento diretto qui contestato e il corrispettivo per i servizi stessi resi da Ge.Fi.L. nella Regione Veneto: il costo annuale del servizio risultante dall'accordo tra ACI e Regione Campania (dove i veicoli sono 4.366.682) è -per il solo compenso a *forfait* previsto all'art. 12 - di € 3.495.000,00 (oltre iva se dovuta) somma alla quale vanno aggiunti i numerosissimi compensi a consumo, stimabili in centinaia di migliaia di €/anno, mentre il costo annuale del servizio svolto da Ge.Fi.L. per la Regione Veneto (dove i veicoli circolanti sono 3.939.166) è di € 2.148.019,29, comprensivo di utile.

Tale corrispettivo, inoltre, è previsto solo dalla Regione ad ACI e non viceversa, in relazione all'affidamento di servizi, a conferma che la titolarità delle funzioni pubbliche in relazione alla tassa automobilistica è solo in capo alla Regione.

L'accordo non prevede "*una reale divisione di compiti e responsabilità*" (seconda condizione), poiché l'esecuzione delle prestazioni di interesse della Regione è tutta a carico dell'ACI, mentre i versamenti di denaro non sono "*tra i soggetti che sottoscrivono l'accordo*", ma solo da Regione ad ACI, perché costituiscono il corrispettivo dei servizi commissionati ad ACI. Mancano, quindi, compiti di servizio pubblico comuni.

Riveste indubbio rilievo, al fine di verificare la legittimità dell'accordo pubblico-pubblico senza gara, il contenuto economico dell'accordo, che, nel caso di specie, è chiaramente oneroso. Si ricade, dunque, nell'ipotesi non ammessa di un corrispettivo calcolato secondo il criterio del costo necessario alla produzione del servizio.

Si osserva, inoltre, che ACI pare offrire i servizi *de quo* sul mercato ed in palese concorrenza con imprese quali Ge.Fi.L., come dimostra il fatto che in altre regioni la società si è aggiudicata analogo servizio (nel Veneto) o concorre all'aggiudicazione (nelle Marche).

Invero, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia la normativa in materia di appalti tende a salvaguardare il principio della parità di trattamento "*tra soggetti privati aventi scopo di lucro e comunque, alla luce della giurisprudenza successiva, tra soggetti, pubblici o privati ch'essi siano, aventi la qualità di operatore economico*" (cfr. Corte di Giustizia, 9 giugno 2009, in

causa C-480/06).

Nella fattispecie in questione ACI opera nello specifico mercato dei servizi di gestione della tassa automobilistica, in cui opera anche Ge.Fi.L.

Pare, quindi, che ci si trovi al di fuori della mera riorganizzazione di compiti di servizio pubblico tra amministrazioni, la sola ammessa senza gara, e anche in tale ipotesi tra le amministrazioni stesse mai si giustifica una remunerazione, anche senza fine di lucro, ma solo la messa a disposizione delle risorse necessarie allo svolgimento di quelle funzioni pubbliche per come riorganizzate in conseguenza dell'accordo di cooperazione.

Nel caso di specie, invece, l'accordo prevede dei veri e propri corrispettivi, non riconducibili al mero ristoro di spese inevitabili, ma al contrario superiori ai livelli di mercato, previsti ed individuati nel contratto in via preventiva e che spettano in ogni caso ad ACI, con espressa esclusione, quindi, di qualunque accertamento dei costi o spese vive sopportati, corrispettivi assoggettati all'Imposta sul Valore Aggiunto (IVA), nonché all'adeguamento ISTAT.

Anche la condizione indicata sub IV risulta indubbiamente violata dall'accordo qui contestato, perché in relazione ai servizi di gestione della tassa automobilistica ACI è un operatore economico come qualunque altro, poiché opera al di fuori della sola funzione pubblica che gli compete (la gestione del PRA). Invero, è un operatore economico qualunque soggetto (anche pubblico e anche senza scopo di lucro) che presti a titolo oneroso servizi in favore di un'amministrazione pubblica (cfr. per tutte Corti di giustizia, sentenza 13 giugno 2013, causa C-386/11).

Pare, quindi, che l'affidamento diretto dei servizi relativi alla tassa automobilistica dalla Regione Campania all'ACI comprometta l'obiettivo della libera circolazione dei servizi e della concorrenza non falsata e sia posto in essere in elusione delle norme, già sopra menzionate, a tutela di quell'obiettivo, atteso che:

l'accordo favorisce (presceglie senza gara e remunera ampiamente) un operatore del settore (ACI) a danno degli altri operatori del settore;

l'accordo non regola la realizzazione di un interesse pubblico effettivamente comune ai partecipanti, posto che l'ACI non ha per legge, a differenza dalla Regione, finalità istituzionali in materia di tasse automobilistiche;

alla base dell'accordo non si rinviene una reale divisione di compiti e

responsabilità;

i movimenti finanziari tra i contraenti non si configurano come mero ristoro delle spese sostenute, trattandosi di un accordo oneroso con corrispettivi a carico della Regione, a *forfait* ed a misura.

V - La formulazione della questione pregiudiziale.

In considerazione di tutto quanto sopra esposto, si chiede, pertanto, alla Corte di giustizia dell'UE di pronunciarsi sulla seguente questione pregiudiziale:

“se osta al diritto europolitano, e, in particolare, ai principi di libera circolazione dei servizi e di massima apertura della concorrenza nell'ambito degli appalti pubblici di servizi, una norma regionale come l'art. 1, comma 121, della legge della Regione Campania 7 agosto 2014, n. 16, che consente l'affidamento diretto, senza gara, dei servizi relativi alla gestione della tassa automobilistica dalla Regione Campania all'ACI”.

La segreteria della Sezione curerà pertanto la trasmissione della presente ordinanza alla cancelleria della Corte di giustizia dell'Unione Europea, mediante plico raccomandato al seguente indirizzo: Rue du Fort Niedergrünwald, L-2925, Lussemburgo. In aggiunta alla presente ordinanza la Segreteria trasmetterà alla Cancelleria della CGUE anche la seguente documentazione: a) l'intero fascicolo di causa del primo e del secondo grado del giudizio; b) il testo integrale dell'art. 1, comma 121, della legge della Regione Campania 7 agosto 2014, n. 16, dell'art. 5, comma 6, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e dell'art. 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241.

In conseguenza della rimessione alla Corte di giustizia della questione pregiudiziale di cui sopra il presente giudizio viene sospeso.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), rimette alla Corte di giustizia dell'Unione Europea la questione pregiudiziale indicata in motivazione e, riservata ogni altra decisione, anche sulle spese, sospende il giudizio.

Dispone che il presente provvedimento, unitamente a copia degli atti di giudizio indicati in motivazione, sia trasmesso, a cura della Segreteria della Sezione, alla Cancelleria della Corte di giustizia dell'Unione Europea.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 luglio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Elena Quadri

IL PRESIDENTE

Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO