

Delibera 31/05/2017, n. 567 - A.N.AC.

Convenzione quadro tra Ministero della Giustizia e Conferenza dei Rettori delle Università Italiane – misure di attuazione – adozione di modelli convenzionali dei rapporti negoziali – richiesta di parere del Ministero della Giustizia

--- § ---

A.N.AC. - Delibera 31 maggio 2017, n. 567

Considerato in fatto

Con nota pervenuta in data 16 maggio 2017 ed acquisita al prot. n. 68382, il Ministero della Giustizia ha sottoposto all'attenzione dell'Autorità una richiesta di parere in ordine all'applicabilità, alla convenzione indicata in oggetto, delle disposizioni del d.lgs. 50/2016.

Più in dettaglio, il Ministero rappresenta di aver sottoscritto in data 27 gennaio 2016 una convenzione - quadro con la Conferenza dei Rettori delle Università Italiane, finalizzata alla “creazione e diffusione di modelli organizzativi improntati a principi di trasparenza, economicità ed efficacia dell'azione amministrativa, al fine di favorire l'innovazione organizzativa, la digitalizzazione e una più razionale gestione delle spese di funzionamento degli uffici giudiziari”. Ulteriori obiettivi riguardano “l'avvio di progetti funzionali al miglioramento delle condizioni di trattamento e reinserimento delle persone detenute”.

Dalla richiesta di parere si evince che le modalità attuative della convenzione-quadro saranno regolate da specifici accordi [tenuto anche conto di quanto disposto dall'art.1, co. 787, l. 208/2015 (legge di stabilità per il 2016)]1 – i quali saranno conclusi, in sede locale, dai Capi degli Uffici giudiziari con le singole Università. Il Ministero evidenzia al riguardo che le parti hanno sviluppato l'azione di cooperazione intorno ad alcune aree tematiche, mediante la costituzione di tavoli tecnici formati da esperti accademici e del sistema giudiziario. In tale sede, i coordinatori del tavolo tematico “Gestione strutture dell'amministrazione giudiziaria: a) edilizia giudiziaria e spese di funzionamento degli uffici giudiziari” hanno rappresentato l'opportunità di un preliminare chiarimento in ordine all'applicabilità, a siffatti modelli convenzionali, del nuovo Codice ed in ordine alla possibilità di gestire i conseguenti rapporti attraverso procedure negoziate.

Conseguentemente il Ministero della Giustizia ha chiesto all'Autorità di esprimere avviso in merito alla sottoposizione alle disposizioni del d.lgs. 50/2016 degli accordi attuativi della convenzione-quadro, stipulati in ambito locale tra le articolazioni territoriali del Ministero e le Università, aventi ad oggetto attività di ricerca, consulenza, progettazione e prestazione di servizi, delimitando, altresì, l'ambito dei rapporti sottratti all'applicazione del Codice stesso (ai sensi dell'art. 15 l. 241/1990 o dell'art. 5, co. 6, d.lgs. 50/2016).

Ritenuto in diritto

Al fine di rendere il richiesto parere, sembra opportuno evidenziare, in via preliminare, che ai sensi dell'art. 5, comma 6, del d.lgs. 50/2016 e s.m., le disposizioni del Codice non trovano applicazione agli accordi conclusi “esclusivamente tra due o più amministrazioni aggiudicatrici” quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

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;

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

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

La norma è dettata in recepimento dell'art. 1, paragrafo 6, della direttiva 24/2014/UE secondo cui «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».

Si evidenzia che il considerando 31 della predetta direttiva in relazione alla “cooperazione pubblico – pubblico”, 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» (in tal senso anche considerando 45 direttiva 2014/23/UE).

Al fine di perseguire tali finalità, la disciplina dettata dal citato art. 5, comma 6, del d.lgs. 50/2016, indica in maniera tassativa i limiti entro i quali detti accordi possono essere conclusi, affinché possa ritenersi legittima l'esenzione dal Codice.

Si stabilisce, quindi, che la cooperazione deve essere finalizzata al raggiungimento di obiettivi comuni agli enti interessati e che la stessa deve essere retta esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico; si precisa inoltre che le amministrazioni partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 per cento delle attività interessate dalla cooperazione (il comma 7 indica le modalità per determinate tale percentuale). Con tale ultima precisazione, si introduce la possibilità di concludere gli accordi in esame con un soggetto che offra beni e servizi sul mercato, ancorché non in modo prevalente. Deve comunque trattarsi di un soggetto pubblico, posto che l'art. 5, comma 6, del Codice è espressamente riferito ad accordi conclusi “esclusivamente tra due o più amministrazioni aggiudicatrici”.

La norma contempla, quindi, una specifica disciplina degli accordi tra soggetti pubblici, quale istituto già previsto in passato e in linea generale dall'art. 15 della l. 241/1990, ai sensi del quale «anche al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 14, le amministrazioni pubbliche possono sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune”.

Si tratta, come è evidente, di un modello convenzionale di svolgimento delle pubbliche funzioni, finalizzato alla collaborazione tra amministrazioni pubbliche. La conclusione di tali accordi, tuttavia, deve avvenire nel rispetto delle finalità perseguite dalle direttive europee in tema di contratti pubblici e concessioni, vale dire la libera circolazione dei servizi e la libera concorrenza; pertanto, detti accordi devono avere ad oggetto attività non deducibili in contratti d'appalto (in tal senso Cons. Stato n. 3849/2013).

Le disposizioni del Codice sopra richiamate confermano, sull'argomento, l'avviso espresso dall'Autorità in diverse pronunce, ancorché con riferimento all'assetto normativo previgente recato dal d.lgs. 163/2006 e, per quanto rileva in questa sede, dal citato art. 15 della l. 241/1990.

In particolare, con determinazione n. 7 del 21 ottobre 2010 ("Questioni interpretative concernenti la disciplina dell'articolo 34 del d.lgs. 163/2006 relativa ai soggetti a cui possono essere affidati i contratti pubblici"), l'Autorità ha osservato che l'art. 15 prefigura un modello convenzionale attraverso il quale le pubbliche amministrazioni coordinano l'esercizio di funzioni proprie in vista del conseguimento di un risultato comune in modo complementare e sinergico, ossia in forma di reciproca collaborazione, in maniera gratuita e nell'obiettivo comune di fornire servizi indistintamente a favore della collettività.

Sulla base delle indicazioni del giudice comunitario in materia (Corte di Giustizia, sent. Coditel Brabant, 13 novembre 2008, causa C-324/07 e sent. del 9 giugno 2009, causa C-480/06), l'Autorità ha quindi precisato i limiti del ricorso a tali accordi tra pubbliche amministrazioni, chiarendo che:

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, da valutarsi alla luce delle finalità istituzionali degli enti coinvolti;

alla base dell'accordo deve esserci una reale divisione di compiti e responsabilità;

i movimenti finanziari tra i soggetti che sottoscrivono l'accordo devono configurarsi solo come ristoro delle spese sostenute, essendo escluso il pagamento di un vero e proprio corrispettivo, comprensivo di un margine di guadagno;

il ricorso all'accordo non può interferire con il perseguimento dell'obiettivo principale delle norme comunitarie 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 di puro artificio diretta ad eludere le norme menzionate e gli atti che approvano l'accordo, nella motivazione, devono dar conto di quanto su esposto.

L'Autorità ha anche indagato sulla possibilità di ricondurre in tale istituto l'affidamento di incarichi di ricerca e di studio alle Università da parte di pubbliche amministrazioni.

A tal riguardo nella citata determinazione n. 7/2010, l'Autorità ha osservato preliminarmente (sulla base delle indicazioni del giudice comunitario nella sentenza del 23 dicembre 2009, causa C-305/08) che le Università possono operare sul mercato alla stregua degli altri operatori economici, atteso che l'art. 7, co. 1, lett. c), della l. 168/1989, include, tra le entrate degli Atenei, anche i corrispettivi di contratti e convenzioni, ed inoltre l'art. 66, del d.p.r. 382/1980 prevede che le Università possono eseguire attività di ricerca e consulenza, mediante contratti e convenzioni con enti pubblici e privati, con l'unico limite della compatibilità delle suddette attività con lo svolgimento della funzione scientifica e didattica.

In secondo luogo, con parere sulla normativa AG/07/15/AP del 18 febbraio 2015 (poi confermato con parere AG 34/16/AP e con Delibera n. 216 del 2 marzo 2016, fasc. n. 3136/2015), l'Autorità, tenuto conto dell'avviso giurisprudenziale in materia (in particolare ordinanza della Corte di Giustizia UE del 16 maggio 2013, causa C-564/11; Corte di Giustizia nella sentenza del 19 dicembre 2012, causa C-159/11; Consiglio di Stato, sentenza n. 3130 del 23/06/2014 e n. 3849 del 15 luglio 2013) ha chiarito che le direttive sugli appalti devono essere applicate sulla base di un approccio funzionale, e cioè in modo coerente con gli obiettivi ad esse sottesi, i quali consistono nell'imporre alle amministrazioni il rispetto della concorrenza laddove debba affidare attività economicamente contendibili.

Conseguentemente, gli accordi tra PA sono necessariamente quelli aventi la finalità di disciplinare attività non deducibili in contratti di diritto privato, perché non inquadrabili in alcuna delle categorie di prestazioni elencate nell'allegato II-A alla direttiva appalti 2004/18/CE; il contenuto e la funzione elettiva di tali accordi è quella di regolare le rispettive attività funzionali, purché di nessuna di queste possa appropriarsi uno degli enti stipulanti.

Pertanto, qualora un'amministrazione si ponga rispetto all'accordo come un operatore economico (ai sensi di quanto stabilito dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 23 dicembre 2009, in C-305/08), prestatore di servizi 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.

Negli accordi tra amministrazioni pubbliche ex art. 15 l. 241/1990, dunque, assume rilievo la posizione di equiordinazione tra le stesse, al fine di coordinare i rispettivi ambiti di intervento su oggetti di interesse comune e non di comporre un conflitto di interessi di carattere patrimoniale; occorre, in sostanza, una "sinergica convergenza" su attività di interesse comune, pur nella diversità del fine pubblico perseguito da ciascuna amministrazione.

Tale convergenza difetta nel caso in cui il contratto sia inquadrabile nel paradigma generale previsto dall'art. 1321 cod. civ., essendo caratterizzato dalla patrimonialità del rapporto giuridico con esso costituito e disciplinato, a causa della riconducibilità delle prestazioni demandate all'Università di servizi che - pur rientranti in astratto nella istituzionale funzione di ricerca scientifica e consulenza svolta dalle Università, ai sensi dell'art. 66 d.p.r. n. 382/1980 - sono annoverabili tra le attività di cui all'allegato II-A alla direttiva 2004/18 e sono destinate ad essere fatte proprie dall'Amministrazione affidante, in quanto strumentali rispetto ai compiti demandati dall'ordinamento a tali amministrazioni, con acquisizione di una utilitas in via diretta delle stesse; 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.

Alla luce di quanto sopra, l'Autorità ha concluso affermando che una convenzione tra amministrazioni aggiudicatrici rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 15, l. 241/1990 ove regoli la realizzazione di interessi pubblici effettivamente comuni alle parti, con una reale divisione di compiti e responsabilità, in assenza di remunerazione, ad eccezione di movimenti finanziari configurabili solo come ristoro delle spese sostenute e senza interferire con gli interessi salvaguardati dalla normativa sugli appalti pubblici (parere AG 34/2016/AP cit.).

Sulla base delle considerazioni che precedono, la disapplicazione delle disposizioni del Codice, nell'ambito degli accordi di cui all'art. 5, comma 6, e all'art. 15 della l. n. 241/1990, è consentita esclusivamente nei casi in cui sussistano le condizioni ed i presupposti indicati dalla norma.

La sussistenza di tali stringenti presupposti deve essere valutata dal Ministero della Giustizia, sulla base dell'illustrato indirizzo dell'Autorità e della giurisprudenza in materia, tenuto anche conto che le attività previste nella convenzione-quadro e nei futuri accordi attuativi, dovranno rispondere ad un interesse comune dei soggetti sottoscrittori, con espressa ripartizione dei relativi compiti.

Il tutto in una posizione di equiordinazione tra le parti, al fine di coordinare i rispettivi ambiti di intervento e, quindi, determinare la "sinergica convergenza" su attività di interesse comune, richiesta ai fini della disapplicazione delle direttive appalti.

Nel caso del non ricorrere di tali condizioni, le prestazioni annoverabili tra gli appalti di servizi, secondo la definizione fornita dal Codice (art. 3, comma 1, lett. ss), dovrebbero essere affidate con le procedure ad evidenza pubblica contemplate nel Codice stesso, afferendo ad attività rinvenibili sul mercato in regime di libera concorrenza.

In base a quanto sopra considerato,

Il Consiglio

Ritiene che:

è rimessa al Ministero della Giustizia ogni valutazione in ordine alla possibilità di concludere con la Conferenza dei Rettori delle Università Italiane un accordo ai sensi dell'art. 5, comma 6, del d.lgs. 50/2016 e dell'art. 15 della l. 241/1990, sulla base delle indicazioni contenute nella presente deliberazione.