Autorità Nazionale Anticorruzione
Prot. **Uscita del 15/06/2021**
Numero: **0047609**
Ufficio: **SG - UPREC Ufficio Precontenzioso e Pareri**

Comune di Mola di Bari - Cod. Amm. c_f280 - Prot. n. 0024118 del 11/08/2021 12:30 - PARTENZA

Comune di Mola di Bari - Prot. n. 0017668 del 16/06/2021 - ARRIVO

Comune di Mola di Bari
c.a. Sindaco
Via A. de Gasperi, 135/137
70042- Mola di Bari
pec.: segretariogenerale.comune.moladibari@pec.rupar.puglia.it

Oggetto

Art. 15 l. n. 241/1990 – accordo con università per lo svolgimento di una consulenza scientifica urbanistica e di coordinamento organizzativo di supporto alle procedure di revisione del Piano Regolatore Generale del comune– richiesta di parere.

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 2 aprile 2021 ed acquisita al prot. n. 27044, ai sensi dell'art. 7, comma 3, del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018 (consultabile sul sito istituzionale), si comunica di seguito quanto deliberato dal Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 9 giugno 2021.

In via preliminare, si evidenzia che esula dalla sfera di competenza dell'Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d'appalto o di concessione, fatto salvo l'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento del 28 giugno 2017

Con riferimento all'oggetto del quesito, relativo agli accordi di collaborazione tra enti pubblici, si richiama l'art. 5, comma 6, del d.lgs. n. 50/2016, ai sensi del quale «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».

La norma - dettata in recepimento dell'art. 1, paragrafo 6, della direttiva 24/2014/UE - contempla 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, ed indica in maniera tassativa i limiti entro i quali gli accordi tra PA possono essere conclusi, affinché possa ritenersi legittima l'esenzione dal Codice.

In particolare, come chiarito dall'Autorità in diverse pronunce, ancorché con riferimento all'assetto normativo previgente recato dal d.lgs. 163/2006 e dal citato art. 15 della l.n. 241/1990 (in particolare, determinazione n. 7/2010 e pareri sulla normativa AG14/2017/AP, AG/07/15/AP, AG20/2014), ma con indicazioni utili anche in relazione al vigente Codice, la norma 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. I limiti del ricorso a tali accordi possono così individuarsi:

Comune di Mola di Bari - Cod. Amm. c_f280 - Prot. n. 0024118 del 11/08/2021 12:30 - PARTENZA

Comune di Mola di Bari - Prot. n. 0017668 del 16/06/2021 - ARRIVO

- 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.

Gli accordi in parola possono essere conclusi esclusivamente tra amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori, restando esclusi dagli stessi soggetti non qualificabili come tali.

Nelle pronunce dell'Autorità sopra richiamate è stato altresì sottolineato che nell'accordo di collaborazione ai sensi dell'art. 15, della l. n. 241/1990 è di particolare importanza il requisito dell'"*interesse comune*" delle pubbliche amministrazioni coinvolte e deve sussistere una effettiva condivisione di compiti e di responsabilità (ben diversa dalla situazione che si avrebbe in presenza di un contratto a titolo oneroso in cui solo una parte svolge la prestazione pattuita mentre l'altra assume l'impegno della remunerazione). È, dunque, essenziale la posizione di *equiordinazione* tra le parti, 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.

L'Autorità (parere AG14/2017/AP cit.), 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 inoltre 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*.

Sulla base di tali presupposti, ad esempio, il giudice comunitario (C-159-2012 del 21.12.2012) ha ritenuto non coerente con la disciplina in materia di contratti pubblici, la stipula di un accordo tra due amministrazioni aggiudicatrici (nella fattispecie una ASL e una Università) per lo studio e la valutazione della vulnerabilità sismica di strutture ospedaliere, poiché una delle amministrazioni coinvolte rivestiva la qualità di operatore economico. In particolare, il giudice ha osservato che «tale contratto present(a)i 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...,

Comune di Mola di Bari - Cod. Amm. c_f280 - Prot. n. 0024118 del 11/08/2021 12:30 - PARTENZA

Comune di Mola di Bari - Prot. n. 0017668 del 16/06/2021 - ARRIVO

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».

Anche alla luce dei chiarimenti offerti dal giudice comunitario, può quindi affermarsi che negli accordi tra amministrazioni pubbliche ex art. 15 l. n. 241/1990, ciò che assume rilievo è la posizione di equiordinazione tra le stesse e la collaborazione nei rispettivi ambiti di intervento su questioni di interesse comune.

Come evidenziato nel parere AG47/2017/AP (e ribadito nella delibera n. 496/2020) «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.».

Anche il Consiglio di Stato, con sentenza n. 3849/2013, ha escluso la sussistenza dei presupposti legittimanti il ricorso agli accordi tra amministrazioni pubbliche ai sensi dell'art. 15 l. 241/1990, ove il contratto non contenga una disciplina di attività comuni agli enti, ma componga un contrasto di interessi tra l'Università che, grazie all'attività scientifica 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. Tanto più ove sia previsto uno scambio economico, ossia la previsione di un corrispettivo, calcolato secondo il criterio del costo necessario alla produzione del servizio. Anche in tal caso è configurabile lo schema tipico dei contratti di diritto comune ex art. 1321 cod. civ., escludendo quindi che l'accordo dia luogo ad una cooperazione tra enti pubblici finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune a questi ultimi.

Sulla base delle considerazioni che precedono, pertanto, la disapplicazione delle disposizioni del Codice nell'ambito degli accordi di cui all'art. 15 della l. n. 241/1990 e art. 5, comma 6, d.lgs. 50/2016, è consentita esclusivamente nei casi in cui sussistano le condizioni indicate nelle diposizioni richiamate nel senso sopra indicato.

Conseguentemente ove la stazione appaltante intenda affidare un servizio a terzi, senza tuttavia perseguire le finalità di condivisione e di "interesse comune" del servizio stesso e in assenza della posizione di equiordinazione delle parti, nel senso sopra indicato, tale affidamento è ricondurre nello schema tipico del contratto di appalto, da affidare secondo le procedure di aggiudicazione contemplate nel d.lgs. 50/2016.

Alla luce di quanto sopra, si rimette a codesta Amministrazione ogni valutazione in ordine agli atti e ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

Il Dirigente
dell'Ufficio

Adolfo Candia