

All'Università degli studi di Torino

Parere del 27/02/2014

Oggetto : progetto HAPPI

in relazione allo schema di convenzione finalizzato all'attuazione del progetto HAPPI (Healthy Ageing in Public Procurement of Innovation), sottoposto all'attenzione di questa Autorità nell'ambito dell'Accordo di collaborazione sottoscritto con codesta Università in data 17/09/2013 e successivo rinnovo, si rappresenta che con deliberazione consiliare del 26-27 febbraio 2014, sono state approvate le seguenti considerazioni.

Sembra opportuno sottolineare in via preliminare che procedure di scelta del contraente come quella relativa alla realizzazione del progetto HAPPI, sono espressamente contemplate nella nuova direttiva comunitaria in materia di appalti pubblici nei settori ordinari (Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 15 gennaio 2014 sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici (COM(2011)0896 - C7-0006/2012 - 2011/0438(COD), in attesa di pubblicazione sulla GUUE).

La nuova direttiva appalti, infatti, oltre a disciplinare in maniera più puntuale rispetto alla Direttiva 2004/18/CE l'istituto delle centrali di committenza, prevedendo inoltre l'utilizzazione transfrontaliera delle stesse al fine di facilitare la cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici (considerando 73), riconosce altresì la possibilità per gli Stati membri di ricorrere a forme di affidamento congiunto delle commesse pubbliche (considerando 71).

Al riguardo sembra utile richiamare il considerando 73 della nuova direttiva che testualmente recita "(...) Nonostante il fatto che la direttiva 2004/18/CE consenta implicitamente appalti pubblici congiunti transfrontalieri, le amministrazioni aggiudicatrici si trovano tuttora di fronte a considerevoli difficoltà di ordine giuridico e pratico negli acquisti presso le centrali di committenza in altri Stati membri o nell'aggiudicazione congiunta di appalti pubblici.

Al fine di permettere alle amministrazioni aggiudicatrici di sfruttare al massimo il potenziale del mercato interno in termini di economie di scala e di condivisione dei rischi e dei benefici, non da ultimo quando si tratta di progetti innovativi che comportano rischi di entità tale da non poter essere ragionevolmente sostenuti da un'unica amministrazione aggiudicatrice, è opportuno porre rimedio a dette difficoltà. Occorre pertanto stabilire nuove norme in materia di appalti congiunti transfrontalieri al fine di facilitare la cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici e accrescere i vantaggi del mercato interno creando opportunità commerciali transfrontaliere per i fornitori e i prestatori di servizi. ... Occorre stabilire norme specifiche per questa forma di appalti congiunti". Nel considerando 71, si afferma inoltre che "il rafforzamento delle disposizioni riguardanti le centrali di committenza non dovrebbe in alcun modo escludere le prassi attuali riguardanti gli appalti congiunti occasionali, ossia sistemi di acquisizione meno sistematici e istituzionalizzati o la prassi consolidata di ricorrere a prestatori di servizi che preparano e gestiscono le procedure di appalto a nome e per conto di un'amministrazione aggiudicatrice e seguendo le sue istruzioni. Alcuni elementi dell'appalto congiunto dovrebbero, al contrario, essere precisati, dato il ruolo importante che esso può svolgere, non da ultimo in collegamento con progetti innovativi. L'appalto congiunto può assumere numerose forme diverse, che spaziano dall'appalto coordinato, passando per l'elaborazione di specifiche tecniche comuni per lavori, forniture o servizi che saranno appaltati da varie amministrazioni aggiudicatrici, ciascuna delle quali attua una procedura d'appalto distinta, a situazioni in cui le amministrazioni aggiudicatrici interessate attuano congiuntamente un'unica procedura d'appalto, o agendo in comune o affidando a un'amministrazione aggiudicatrice la gestione della procedura d'appalto a nome di tutte le amministrazioni aggiudicatrici...".

Diverse sono quindi le disposizioni della nuova direttiva dedicate alle varie forme di aggregazione degli acquisti, tra le quali in particolare l'art. 37, in materia di centrali di committenza, nonché gli articoli 38 e 39 dedicati, rispettivamente, agli appalti congiunti occasionali ed agli appalti che coinvolgono amministrazioni aggiudicatrici di diversi Stati membri. L'art. 38 prevede, quindi, la possibilità per due o più amministrazioni aggiudicatrici di "eseguire congiuntamente alcuni appalti specifici", effettuando la procedura d'appalto congiuntamente a nome e per conto delle amministrazioni interessate, oppure affidando ad una di tali amministrazioni la gestione della procedura stessa "agendo per proprio conto e per conto delle altre amministrazioni interessate". L'art. 39, invece, disciplina il caso in cui le amministrazioni aggiudicatrici di diversi Stati membri agiscano congiuntamente nell'aggiudicazione di appalti pubblici, "mediante uno dei mezzi previsti nel presente articolo" (centrale di committenza ubicata in altro Stato membro rispetto all'amministrazione aggiudicatrice; possibilità per varie amministrazioni aggiudicatrici di diversi Stati membri, di aggiudicare un appalto, concludere un accordo quadro o gestire una sistema dinamico di acquisizione, congiuntamente; istituzione da parte di più amministrazioni aggiudicatrici di diversi Stati membri, di un soggetto congiunto), disponendo, tra l'altro, che "uno Stato membro non vieta alle sue amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere ad attività di centralizzazione delle committenze offerte da centrali di committenza ubicate in un altro Stato membro" (comma 2).

La nuova direttiva appalti nei settori ordinari mostra, dunque, come il legislatore comunitario valuti

con favore e promuova forme di acquisto centralizzate da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, nelle varie articolazioni sopra illustrate, quali strumenti utili per determinare una maggiore standardizzazione degli acquisti, favorendo economie di scala, ma anche una maggiore concorrenza e professionalizzazione delle commesse pubbliche, creando opportunità commerciali transfrontaliere per i fornitori ed i prestatori di servizi.

Quanto sopra consente di valutare positivamente le finalità perseguite con il progetto HAPPI, sottoposto all'attenzione dell'Autorità dall'Università degli studi Torino, ritenendo in linea generale i contenuti dello schema di convenzione attuativa del progetto stesso, conformi alla disciplina contenuta nella nuova direttiva comunitaria in materia di appalti nei settori ordinari, in ordine a forme di aggregazione degli acquisti da parti di più amministrazioni aggiudicatrici, anche appartenenti a diversi Stati membri.

La convenzione prevede, infatti, la costituzione di un raggruppamento di acquisto europeo tra amministrazioni aggiudicatrici appartenenti a diversi Stati membri, per procedere congiuntamente all'aggiudicazione dell'appalto per la fornitura di soluzioni innovative per l'invecchiamento, affidando ad un centrale committenza francese lo svolgimento della gara e la stipula del contratto quadro con l'aggiudicatario, in nome e per conto dei membri del raggruppamento.

Si tratta, dunque, di un appalto congiunto transfrontaliero, conforme alle indicazioni del legislatore comunitario contenute nella nuova direttiva appalti ed in particolare nel citato articolo 39 e che rappresenta un modus operandi sicuramente innovativo e da valutare con favore alla luce delle illustrate finalità di risparmio della spesa e di maggiore trasparenza e concorrenza nelle procedure d'appalto.

In attesa del recepimento della nuova direttiva appalti, lo schema di convenzione in esame sembra comunque conforme alla disciplina comunitaria e nazionale in materia di contratti pubblici attualmente in vigore, atteso che la direttiva 2004/18/CE non sembra vietare la possibilità di concludere appalti pubblici transfrontalieri ed anzi, come espressamente sottolineato nel 73° considerando della nuova direttiva appalti "...la direttiva 2004/18/CE consent[e] implicitamente la conclusione di appalti pubblici congiunti transfrontalieri".

Nel diritto interno, peraltro, una simile possibilità potrebbe ricondursi nell'alveo degli accordi tra amministrazioni pubbliche, previsti e disciplinati dall'art. 15 della L. n. 241/1990 e s.m. Tale disposizione prevede, infatti, per le amministrazioni la possibilità di "concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune".

Come chiarito da questa Autorità con determinazione n. 7/2010, l'art. 15 della L. n. 241/1990, 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, sentenza Coditel Brabant, 13 novembre 2008, causa C-324/07 e sentenza del 9 giugno 2009, causa C-480/06; conformi anche le decisioni del giudice amministrativo, ex multis: Consiglio di Stato, Sez. V, n. 3849/2013 e n. 6548/2010), l'Autorità ha quindi precisato i limiti del ricorso a tali accordi tra pubbliche amministrazioni, chiarendo che:

1. 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;
2. alla base dell'accordo deve esserci una reale divisione di compiti e responsabilità;
3. 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;
4. 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.

Detti presupposti sembrano sussistere anche nel caso in esame. Infatti, nel progetto HAPPI, come già evidenziato, la costituzione del raggruppamento di acquisto europeo tra amministrazioni aggiudicatrici appartenenti a diversi Stati membri, è finalizzata al perseguimento di un interesse comune, consistente nella conclusione di un appalto congiunto per la fornitura di soluzioni innovative per l'invecchiamento, mediante designazione di un coordinatore (RESAH-IDF) incaricato di svolgere la gara e di stipulare il contratto quadro chiuso con l'aggiudicatario, in nome e per conto dei membri del raggruppamento.

Al riguardo lo schema di convenzione disciplina la suddivisione dei compiti e delle responsabilità tra coordinatore e membri del consorzio (come illustrato in premessa) e non contempla movimenti finanziari tra i soggetti coinvolti; il ricorso all'accordo non interferisce negativamente sullo svolgimento della libera concorrenza, trattandosi di una forma di aggregazione degli acquisti che, come indicato dal legislatore europeo, potrebbe invero favorirla creando opportunità commerciali transfrontaliere per i fornitori ed i prestatori di servizi.

Alla luce di quanto sopra, lo schema di convenzione all'esame dell'Autorità (in attesa del recepimento della nuova direttiva appalti) può essere ricondotto nell'istituto degli accordi tra amministrazioni di cui all'art. 15 della L. n. 241/1990 e s.m., presentando le caratteristiche tipiche degli stessi, come sopra delineate.

Peraltro, tale forma di cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici - quale modus operandi innovativo per l'aggiudicazione degli appalti pubblici - appare in linea non solo con le finalità perseguite dalla nuova direttiva appalti mediante le varie forme di aggregazione degli acquisti ivi contemplate - quali strumenti utili per determinare economie di scala e maggiore concorrenza - ma anche con le finalità perseguite dal legislatore nazionale nel quadro degli interventi volti alla razionalizzazione della spesa pubblica.

Come noto, infatti, il legislatore nazionale valuta con favore le forme di acquisto centralizzate da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, con finalità di risparmio della spesa pubblica, come dimostrano i numerosi interventi normativi in materia di centrali di committenza, contenuti sia nel D.Lgs. n. 163/2006 (art. 3, comma 34 e art. 33, come modificato dal D.L. n. 201/2011, conv. in L.n. 214/2011, che impone ai comuni con popolazione inferiore ai 5.000 abitanti di acquisire beni e servizi mediante una centrale di committenza), sia in altre disposizioni di legge [ad es.: art. 1, co.158, L. n. 266/2005 (legge finanziaria per il 2006) contemplante le aggregazioni di enti locali o di enti decentrati di spesa con funzioni di centrali di committenza; art.1, co. 455, L. n. 296/2007 (legge finanziaria per il 2007) contemplante la possibilità per le regioni di costituire centrali di acquisto; art. 13, L.n. 136/2010 (Piano straordinario contro le mafie) e relativo DPCM 30/06/2011, che ha previsto l'istituzione, in ambito regionale, di una o più stazioni uniche appaltanti; art. 1, D.L. n. 95/2012 conv. in L.n. 135/2012, che rende obbligatorio il ricorso alle convenzioni Consip per l'acquisto di beni e servizi già oggetto delle convenzioni stesse].

Per tutto quanto sopra, deve ritenersi in linea generale lo schema di convenzione per l'attuazione del progetto HAPPI conforme ai principi ed alle disposizioni normative in materia di contratti pubblici e funzionamento della PA, sopra richiamate.

Con riferimento alla previsione di cui all'art. 4 dello schema di Convenzione, contemplante la possibilità di procedere alla "risoluzione del contratto" da parte del coordinatore del raggruppamento d'acquisto, sembra opportuno valutare i seguenti aspetti: se tali previsioni sono riferite al contratto quadro o ai singoli contratti attuativi dello stesso, i limiti o le condizioni per procedere a tali istituti, la disciplina delle conseguenze sui singoli contratti attuativi (disciplinati dal diritto dei singoli Stati membri) dell'eventuale risoluzione del contratto quadro (disciplinato dal diritto francese). Con riferimento a tale ultimo aspetto, inoltre, la distinta disciplina normativa dei predetti atti, dovrebbe determinare la piena autonomia dei contratti attuativi rispetto alle vicende del contratto quadro.

Sembra opportuno, inoltre, valutare se mantenere la clausola relativa al "rinnovo espresso del contratto" - contemplata nello stesso art. 4 dello schema di Convenzione - alla luce del generale divieto di rinnovo del contratto previsto sia a livello comunitario sia a livello nazionale (art. 23, L. n. 62/2005 - legge comunitaria 2004, art. 57 D. Lgs. 163/2006, principi comunitari consolidati in materia contrattuale).

Sulla base di quanto sopra osservato, si rimette, dunque, alle valutazioni di codesta Università l'opportunità di mantenere e/o integrare nel predetto schema di convenzione le clausole relative al "rinnovo espresso del contratto" ed alla "risoluzione del contratto", nel senso sopra indicato.

Il Presidente
Sergio Santoro