



.....OMISSIS.....

Oggetto

Accordo pubblico-pubblico - Università diOMISSIS..... - Dipartimento di Scienze Agrarie, Alimentari e Agroambientali – PNRR - richiesta di parere.

FUNZ CONS 15/2024

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 17 gennaio 2024, acquisita al prot. Aut. n. 7855 e alle successive comunicazioni acquisite al prot. n. 23836 del 16 febbraio 2024 e al prot. n. 31887 del 6 marzo 2024, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021, si comunica che il Consiglio dell’Autorità, nell’adunanza del 26 marzo 2024, ha approvato le seguenti considerazioni.

Si rappresenta preliminarmente che esula dalla sfera di competenza di questa 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 approvato con delibera n. 269 del 20 giugno 2023. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell’istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti nella stessa.

Con la nota suindicata, l’Amministrazione comunale, in qualità di ente capofila dellaOMISSIS....., chiede all’Autorità di esprimere avviso in ordine alla riconducibilità nelle previsioni dell’art. 15 della l.n. 241/1990, dell’Accordo che intende sottoscrivere con l’Università diOMISSIS..... – Dipartimento di Scienze Agrarie, Alimentari e Agroambientali, per lo svolgimento dell’intervento G1 *"studio per il recupero di sottoprodotti della filiera vinicola e olearia per la riduzione degli scarti di produzione e l’innovazione di prodotto"*, nonché dell’intervento l.1 *"studio e applicazione di tecnologie avanzate per la creazione di un modello di azienda agricola sostenibile che coniuga tradizione e innovazione"*, previsti nel progetto ".....OMISSIS.....", nell’ambito del PNRR.

L’Amministrazione comunale, descritti sinteticamente i caratteri dell’accordo, ha evidenziato (tra l’altro) che gli esiti dei progetti sopra indicati saranno condivisi tra gli enti interessati, e che i risultati del lavoro di sperimentazione e ricerca dei progetti medesimi «rimarranno patrimonio del territorio dei 15 Comuni dellaOMISSIS..... - nella aspettativa che il modello di azienda agricola sostenibile che ci si propone di realizzare venga recepito e adottato, con il duplice fine di favorire la sostenibilità ambientale in primis ed, altresì, la valorizzazione del territorio per un turismo green e sostenibile - e rimarranno al contempo patrimonio dell’Università diOMISSIS..... che potrà utilizzare i risultati per replicare il modello in altre colture e territori».

Per quanto sopra, l’Amministrazione comunale chiede all’Autorità di chiarire se all’Accordo di collaborazione sopra indicato possa essere ricondotto nelle previsioni dell’art. 15 della l. n.241/1990, escludendo quindi lo stesso dall’ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici.

In relazione al quesito posto, relativo agli accordi di collaborazione tra enti pubblici, si richiama in via preliminare l'art. 7, comma 4, del d.lgs. 36/2023 ai sensi del quale «La cooperazione tra stazioni appaltanti o enti concedenti volta al perseguimento di obiettivi di interesse comune *non* rientra nell'ambito di applicazione del codice quando concorrono *tutte* le seguenti condizioni:

- a) interviene esclusivamente tra due o più stazioni appaltanti o enti concedenti, anche con competenze diverse;
- b) garantisce la effettiva partecipazione di tutte le parti allo svolgimento di compiti funzionali all'attività di interesse comune, in un'ottica esclusivamente collaborativa e senza alcun rapporto sinallagmatico tra prestazioni;
- c) determina una convergenza sinergica su attività di interesse comune, pur nella eventuale diversità del fine perseguito da ciascuna amministrazione, purché l'accordo non tenda a realizzare la missione istituzionale di una sola delle amministrazioni aderenti;
- d) le stazioni appaltanti o gli enti concedenti partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 per cento delle attività interessate dalla cooperazione».

La disposizione dell'art. 7, comma 4, del d.lgs. 36/2023, stabilisce quindi che in presenza di "tutte" le condizioni sopra elencate, l'accordo concluso tra due o più stazioni appaltanti, "non rientra nell'ambito di applicazione del codice".

Come sottolineato nella Relazione Illustrativa del d.lgs. 36/2023, «L'articolo 7 recepisce il principio di auto-organizzazione amministrativa, sancito anche nell'art. 2 direttiva 2014/23/UE, in base al quale le pubbliche amministrazioni scelgono autonomamente di organizzare l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi attraverso il ricorso a tre modelli fra loro alternativi: a) auto-produzione, b) esternalizzazione; c) cooperazione con altre pubbliche amministrazioni. [...]». In tale contesto «Il comma 4 disciplina gli accordi tra pubbliche amministrazioni per lo svolgimento in comune di compiti di interesse pubblico. La disposizione contiene una riformulazione semplificata della previsione attualmente contenuta dell'art. 5, comma 6, del d.lgs. 50 del 2016, rispetto al quale tiene conto dell'elaborazione giurisprudenziale nazionale e sovranazionale, che ha subordinato la cooperazione tra amministrazioni tramite accordi (che possono essere conclusi senza gara) alle condizioni indicate nel nuovo articolato. In particolare, la giurisprudenza ha chiarito che le amministrazioni che partecipano all'accordo possono avere competenze diverse e perseguire finalità pubbliche diverse, purché la reciproca collaborazione consenta a ciascuna di realizzare il proprio obiettivo. Elemento determinante è l'assenza di una logica di scambio, che in questi accordi deve mancare a favore dello svolgimento in comune di attività dirette a soddisfare interessi pubblici, anche non coincidenti ma rientranti nella missione istituzionale di ciascuna amministrazione partecipante all'accordo».

Secondo i chiarimenti contenuti nel documento sopra richiamato, quindi, l'art. 7, comma 4, del nuovo Codice, si pone in continuità con la previgente disposizione dell'art. 5, comma 6 del d.lgs. 50/2016, introducendo, quale elemento di novità in recepimento dell'avviso giurisprudenziale in materia, l'espressa condizione della "effettiva partecipazione di tutte le parti allo svolgimento di compiti funzionali all'attività di interesse comune, in un'ottica esclusivamente collaborativa e senza alcun rapporto sinallagmatico tra prestazioni" e della necessità che l'accordo determini "una convergenza sinergica su attività di interesse comune, pur nella eventuale diversità del fine perseguito da ciascuna amministrazione, purché l'accordo non tenda a realizzare la missione istituzionale di una sola delle amministrazioni aderenti".

Si tratta di indicazioni che l'Autorità, già nella vigenza del d.lgs. 163/2006, aveva sottolineato in relazione all'istituto in esame, affermando che lo stesso – già previsto dall'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 (in tal senso, ex multis determinazione n. 7/2010 e pareri sulla normativa AG14/2017/AP, AG/07/15/AP, AG20/2014, Funz Cons 66/2023).

I limiti del ricorso a tali accordi, secondo le previsioni del citato art. 7, comma 4, del Codice e i chiarimenti offerti dall'Autorità in materia, possono così individuarsi:

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

Dunque 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, quindi, 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, sulla base 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 [direttiva sostituita dalla 24/2014/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 (parere AG14/2017/AP e delibera n.179/2023).

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, il giudice comunitario 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 (C-159-2012 del 21.12.2012). In particolare, il giudice ha osservato che «tale contratto present(a) 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».

Analogamente, il giudice amministrativo 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, poiché in tal caso è configurabile lo schema tipico dei contratti di diritto comune ex art. 1321 cod. civ., con esclusione quindi di una cooperazione tra enti pubblici finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune agli stessi (Consiglio di Stato, sentenza n. 3849/2013).

L'Autorità ha espresso avviso coerente con quello sopra illustrato in diverse pronunce (ex multis parere AG47/2017/AP, Funz Cons n. 66/2023, delibere n. 179/2023 e n. 496/2020), aggiungendo che in tale ambito «appare in generale consentita la partecipazione ad Accordi Pubblico-pubblico da parte delle Università, quali soggetti pubblici, ove tale partecipazione sia diretta esclusivamente a fornire un apporto collaborativo nei termini indicati, in assenza quindi di un rapporto sinallagmatico tra le prestazioni rese. Ciò in quanto le predette Università, oltre a svolgere funzioni di natura strettamente pubblicistica, possono svolgere altresì prestazioni professionali sul mercato, alla stregua di privati operatori». Pertanto, il coinvolgimento dell'Università nell'ambito di un Accordo pubblico-pubblico, «può ritenersi consentita ove diretta a fornire, in ottica collaborativa e di sinergica convergenza con altri soggetti pubblici, un apporto collaborativo nei confronti degli altri soggetti coinvolti, in assenza di un rapporto sinallagmatico tra le parti» (in tal senso parere Funz Cons n. 66/2023).

Conseguentemente ove la stazione appaltante intenda affidare un servizio ad altro soggetto pubblico, senza tuttavia perseguire le predette finalità di condivisione e di "interesse comune" del servizio stesso, tale affidamento è ricondurre nello schema tipico del contratto di appalto, da affidare secondo le procedure di aggiudicazione contemplate nel d.lgs. 36/2023.

Sulla base delle considerazioni che precedono, 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. La disapplicazione del Codice in tali casi è ammissibile esclusivamente in presenza di tutte le condizioni elencate nell'art. 7, comma 4 del d.lgs. 36/2023.

Per quanto sopra, in relazione al quesito posto, riferito ad un accordo di collaborazione ex art. 15 della l.n. 241/1990, da concludere secondo lo schema allegato all'istanza, sembra opportuno invitare l'Amministrazione richiedente a valutare attentamente gli aspetti relativi alle attività oggetto dello stesso (che risultano esclusivamente a carico dell'Università, nonché riferite anche ad attività di natura tecnica, in assenza del coinvolgimento di *tutti* gli enti coinvolti nello svolgimento delle stesse) e alle somme previste per l'espletamento delle stesse (trasferite dal Comune in favore dell'Università), quali aspetti che possono presentare profili di non conformità alle previsioni dell'art. 7, comma 4 del Codice e all'avviso espresso dall'Autorità e dalla giurisprudenza in tema di accordi pubblico-pubblico, sopra richiamato.

Sembra opportuno ribadire al riguardo che nel rispetto del citato art. 7, comma 3, del Codice, ai fini della conclusione degli accordi ivi disciplinati, rileva *l'effettiva partecipazione* di tutte le parti allo svolgimento di compiti funzionali all'attività di interesse comune.

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette a codesta stazione appaltante ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente