

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

Consultazione on line

Premessa

La presente determinazione è volta a chiarire alcuni dubbi interpretativi attinenti alla disciplina dettata dall'articolo 34 del d.lgs. 163/2006 (nel seguito "Codice"), in particolare alla possibilità di ammettere alle gare per l'aggiudicazione dei contratti pubblici soggetti giuridici diversi da quelli ricompresi nell'elenco di cui all'articolo 34 del d.lgs. n. 163/2006, quali ad esempio le fondazioni, gli istituti di formazione o di ricerca, le Università.

La questione riveste carattere generale e verte sulla legittimità di una interpretazione del citato articolo 34 che consenta la partecipazione alle procedure competitive anche di ulteriori e diverse tipologie soggettive, indipendentemente dalla loro natura giuridica.

Tale problematica è stata già affrontata dall'Autorità in atti specifici, quali delibere e pareri di precontenzioso (si veda la deliberazione n. 119 del 2007, il parere n. 127 del 2008); appare pertanto opportuno fornire indicazioni applicative di carattere generale, anche alla luce della recente giurisprudenza comunitaria in materia (*sentenza 23 dicembre 2009 C-305/08*).

1. Interpretazione dell'articolo 34 del Codice

Il citato articolo 34 del Codice ammette alle gare d'appalto di lavori, servizi e forniture gli imprenditori individuali, anche artigiani, le società commerciali, le società cooperative, i consorzi nonché i soggetti che abbiano stipulato il contratto GEIE, gli operatori economici stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi. La disposizione del Codice si limita, quindi, ad individuare un elenco di soggetti affidatari dei contratti pubblici, recependo pressoché letteralmente la previsione contenuta nell'articolo 10, comma 1, della previgente legge 11 febbraio 1994, n. 109 relativa ai soli appalti di lavori.

L'articolo 3, comma 6, del Codice definisce il soggetto affidatario di contratti pubblici quale "operatore economico": termine, questo, che include "l'imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi o un raggruppamento o consorzio di essi" (comma 22 del medesimo articolo), affiancando dunque alla figura dell'imprenditore anche quelle del fornitore e del prestatore di servizi. Comune denominatore di tutte le figure contemplate dall'articolo 34 è, senza dubbio, la nozione di impresa intesa come esercizio professionale di un'attività economica.

La nozione di "operatore economico" in ambito europeo è molto ampia e tende ad abbracciare tutta la gamma dei soggetti che potenzialmente possono prender parte ad una pubblica gara: l'articolo 1, comma 8 della direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, dopo aver definito gli appalti pubblici come contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici ed una o più amministrazioni aggiudicatrici, designa, con i termini " *imprenditore*", " *fornitore*" e " *prestatore di servizi*", una persona fisica o giuridica, o un ente pubblico, o un raggruppamento di tali persone e/o enti che "offra sul mercato", rispettivamente, la realizzazione di lavori e/o opere, prodotti e servizi; la stessa disposizione specifica, poi, che il termine " *operatore economico*" comprende l'imprenditore, il fornitore ed il prestatore di servizi ed è utilizzato allo scopo dichiarato di semplificare il testo normativo.

In ambito italiano, la definizione comunitaria di " *operatore economico*" trova riscontro nell'articolo 3 del Codice che prevede, al comma 22, che il termine di " *operatore economico*" comprende l'imprenditore, il fornitore ed il prestatore di servizi o un raggruppamento o un consorzio tra gli stessi, mentre, al comma 19, specifica che i termini " *imprenditore*", " *fornitore*" e " *prestatore di servizi*" designano una persona fisica o giuridica o un ente senza personalità giuridica, compreso il gruppo europeo di interesse economico (GEIE), che offra sul mercato la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti e la prestazione di servizi.

Quindi, da un primo esame comparativo, le disposizioni dei due ordinamenti giuridici sembrerebbero perfettamente allineate.

Tuttavia, il legislatore nazionale introduce nel Codice, riproponendo il contenuto dell'articolo 10, comma 1, della legge n. 109/94, l'articolo 34, rubricato " *soggetti a cui possono essere affidati i contratti pubblici*"; in esso è previsto un elenco di soggetti ammessi a partecipare alle gare per l'affidamento di commesse pubbliche. Un primo problema, che l'articolo pone, è relativo alla natura, tassativa o meno, dell'elenco contenuto; un secondo, ma strettamente connesso al primo, è legato al significato attribuito al termine *imprenditore* espressamente utilizzato.

Se l'imprenditore cui fa riferimento l'articolo 34 è solo quello disciplinato dall'articolo 2082 del codice civile (chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione e dello scambio di beni e servizi), si comprende che si è di fronte ad un concetto più ristretto rispetto a quello abbracciato dalla normativa comunitaria secondo la quale è imprenditore la persona fisica o giuridica o l'ente pubblico o il raggruppamento di tali persone e/o enti che offra sul mercato la realizzazione di lavori e/o opere.

Del resto, a riguardo, è opportuno rammentare che, nel contesto della procedura di infrazione aperta nei confronti dell'Italia per alcune delle disposizioni contenute nel Codice (poi chiusa in seguito all'adozione del d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152 cosiddetto "terzo correttivo"), la Commissione europea ha evidenziato che le direttive in materia di appalti pubblici non consentono di restringere la possibilità di partecipare alle gare ad alcune categorie di operatori, escludendone altre. Tale rilievo è, poi, sfociato nell'intervento additivo della lettera *f-bis* al capoverso dell'articolo 34 del Codice, che permette la partecipazione alle gare degli "operatori economici, ai sensi dell'art. 3, comma 22, stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi paesi".

La giurisprudenza è stata chiamata più volte a pronunciarsi sull'evidenziata divergenza tra le citate disposizioni nazionali che, testualmente interpretate, circoscrivono la partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici alle sole società commerciali (escludendo società semplici, associazioni, enti pubblici, ecc..) e l'impostazione sostanziale ed oggettiva del diritto comunitario, estranea a queste distinzioni. Sulla questione, sono emerse posizioni non univoche. I dubbi erano diretti non tanto verso gli enti pubblici economici che hanno natura ed a volte anche struttura imprenditoriale, quanto sugli enti pubblici non economici a cui è difficile attribuire il carattere dell'imprenditorialità e la cui partecipazione alle gare è suscettibile di alterare la *par condicio*, creando una distorsione dei meccanismi concorrenziali, atteso il sistema di contribuzione e vantaggi di cui l'ente pubblico gode.

A fianco di un orientamento restrittivo (cfr. *Tar Campania, Napoli, Sez. I, 12 giugno 2002, n. 3411*), ne è emerso un altro che, partendo dalla considerazione per cui un'opzione pregiudizialmente ostile alla partecipazione alle gare di soggetti pubblici mal si concilierebbe con il principio che riconosce agli enti pubblici piena autonomia negoziale, - la circostanza di essere beneficiari di contribuzioni pubbliche non è di per sé ostativa alla partecipazione a gare pubbliche, sempre che si tratti di contribuzioni conseguite nel rispetto della disciplina comunitaria di riferimento (ne è prova il fatto che le imprese private beneficiarie di aiuti finanziari pubblici possono prender parte a gare pubbliche) - esclude un'incompatibilità in astratto e ritiene che la questione vada affrontata in concreto, verificando caso per caso (cfr. *Cons. Stato, Sez. V, 29 luglio 2003, n. 4327; Cons. Stato sez. VI 16/6/2009 n. 3897*) la compatibilità delle finalità istituzionali proprie dell'ente che intende prender parte alla selezione con l'attività oggetto della prestazione dedotta nell'appalto da affidare. L'Autorità ha avuto occasione di pronunciarsi sull'argomento con la deliberazione n. 119 del 18.4.2007; in essa, esaminando i soggetti che ai sensi dell'articolo 34 del Codice possono partecipare ad una gara pubblica, notava che il comune denominatore degli stessi era rappresentato dall'esercizio professionale di un'attività economica. Ciò aveva indotto l'Autorità a concludere nel senso che le Università, non possedendo tale requisito, non potessero essere ammesse alle procedure per l'affidamento di contratti pubblici, a meno che le stesse non costituissero apposite società, sulla base dell'autonomia loro riconosciuta dalla legge 9 maggio 1989, n. 168. Anche per gli Istituti di ricerca l'Autorità riteneva necessario procedere ad una verifica caso per caso degli statuti dei singoli enti al fine di valutare gli scopi istituzionali che gli stessi erano chiamati a perseguire. Più recentemente, l'Autorità, alla luce della giurisprudenza nazionale e comunitaria, è tornata sulla questione, affrontando, in linea generale, con il parere n. 127 del 23 aprile 2008, il problema della possibilità di partecipazione alle gare d'appalto di soggetti giuridici diversi da quelli indicati nell'elenco dell'articolo 34 del Codice, quali, nel caso di specie, fondazioni, istituti di formazione o di ricerca. In detto parere, si è ricordato che, per il diritto comunitario, la nozione di impresa comprende qualsiasi ente che esercita un'attività economica consistente nell'offerta di beni e servizi su un determinato mercato, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento (cfr. da ultimo, in tal senso, *Corte di giustizia CE, sentenza 26 marzo 2009, causa C-113/07 P, Selex Sistemi Integrati/ Commissione e Eurocontrol*). Si tratta, quindi, di una nozione dai confini ampi, che prescindono da una particolare formula organizzativa e dalla necessità di perseguire finalità di lucro (cfr. sul punto le conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs presentate il 1 dicembre 2005 nella causa C-5/05, decisa con sentenza della Corte di giustizia CE 23 novembre 2006, Joustra nonché la sentenza della Corte di giustizia CE 29 novembre 2007, causa C-119/06, Commissione/Italia).

Per quanto concerne gli enti pubblici non economici, quali gli enti di ricerca CNR, FORMEZ, CENSIS e IFOA, l'Autorità ha esaminato il rischio di alterazione della *par condicio* tra i partecipanti e il possibile effetto distorsivo della concorrenza, atteso il particolare regime di agevolazioni finanziarie di cui godono i predetti enti e la conseguente posizione di vantaggio rispetto ad altri soggetti che forniscono i medesimi servizi nell'esercizio dell'attività di impresa, dovendo sopportare integralmente i relativi costi.

In proposito, va sottolineato che la Corte di giustizia CE ha già avuto modo di precisare che gli enti pubblici che beneficiano di sovvenzioni erogate dallo Stato, che consentono loro di presentare offerte a prezzi notevolmente inferiori a quelli degli altri offerenti non sovvenzionati, sono espressamente autorizzati dalla direttiva a partecipare a procedure per l'aggiudicazione di appalti pubblici (sentenza 7 dicembre 2000, causa C-94/99, ARGE).

Alla luce delle considerazioni esposte, l'Autorità, nel citato parere n. 127/2008, ha concluso, che gli enti pubblici non economici possono partecipare a quelle gare che abbiano ad oggetto prestazioni corrispondenti ai loro fini istituzionali, con la conseguente necessità di operare una verifica in concreto dello statuto al fine di valutare la conformità delle prestazioni oggetto dell'appalto agli scopi istituzionali dell'ente, optando per un'interpretazione che non riconosce carattere tassativo all'articolo 34 del Codice.

In tale contesto è intervenuta la Corte di Giustizia che il 23 dicembre 2009 si è pronunciata sulla causa C-305/08 relativa alla questione rimessa in via pregiudiziale dal Consiglio di Stato, con il parere n. 167/2008.

Nell'ordinanza di rimessione, il Consiglio di Stato, oltre a riportare le menzionate posizioni della giurisprudenza e dell'Autorità, evidenziava il rischio per la concorrenza nel mercato dei contratti pubblici derivante dalla partecipazione delle Università che godono di una posizione " *di privilegio che gli garantirebbe una sicurezza economica attraverso finanziamenti pubblici costanti e prevedibili di cui gli altri operatori economici non possono beneficiare*".

La Corte, pur riconoscendo che, in talune circostanze particolari, l'amministrazione aggiudicatrice ha l'obbligo, o quanto meno la facoltà, di prendere in considerazione l'esistenza di aiuti non compatibili con il Trattato, al fine eventualmente di escludere gli offerenti che ne beneficiano, ha affermato che " *le disposizioni della direttiva 2004/18, ed in particolare quelle di cui al suo art. 1, nn. 2, lett. a), e 8, primo e secondo comma, che si riferiscono alla nozione di "operatore economico", devono essere interpretate nel senso che consentono a soggetti che non perseguono un preminente scopo di lucro, non dispongono della struttura organizzativa di un'impresa e non assicurano una presenza regolare sul mercato, quali le università e gli istituti di ricerca nonché i raggruppamenti costituiti da università e amministrazioni pubbliche, di partecipare ad un appalto pubblico di servizi*".

Infatti, ribadendo quanto affermato in alcuni precedenti, la Corte ricorda che è ammesso a presentare un'offerta o a candidarsi qualsiasi soggetto o ente che, considerati i requisiti indicati in un bando di gara, si reputi idoneo a garantire l'esecuzione di detto appalto, in modo diretto oppure facendo ricorso al subappalto, indipendentemente dal fatto di essere un soggetto di diritto privato o di diritto pubblico e di essere attivo sul mercato in modo sistematico oppure soltanto occasionale, o, ancora, dal fatto di essere sovvenzionato tramite fondi pubblici o meno. L'effettiva capacità di detto ente di soddisfare i requisiti posti dal bando di gara deve essere valutata durante una fase ulteriore della procedura, in applicazione dei criteri previsti agli articoli 44-52 della direttiva 2004/18 (cfr. sentenze 18 dicembre 2007, causa C-357/06, *Frigerio Luigi & Co*, 12 luglio 2001, causa C-399/98, *Ordine degli Architetti*, 7 dicembre 2000, causa C-94/99).

La Corte, poi, richiamando l'articolo 4, n. 1, della direttiva 2004/18/CE, precisa che gli Stati membri possono decidere liberamente se autorizzare o meno determinati soggetti, quali le università e gli istituti di ricerca, non aventi finalità di lucro, ma volti principalmente alla didattica e alla ricerca, ad operare sul mercato in funzione della compatibilità di tali attività con i fini istituzionali e statuari che sono chiamati a perseguire. Una volta concessa, però, l'autorizzazione, poi, non si può escludere gli enti in commento dalla partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici.

Pertanto, alla luce dell'attuale disciplina legislativa, il giudice comunitario conclude che " *la direttiva 2004/18 deve essere interpretata nel senso che essa osta all'interpretazione di una normativa nazionale come quella di cui trattasi nella causa principale che vieta a soggetti che, come le università e gli istituti di ricerca, non perseguono un preminente scopo di lucro di partecipare a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, benché siffatti soggetti siano autorizzati dal diritto nazionale ad offrire sul mercato i servizi oggetto dell'appalto considerato*".

Alla stregua dell'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia con la sentenza in esame, non sembra potersi affermare, in via generale, l'esistenza di un divieto per gli operatori pubblici a partecipare alle procedure ad evidenza pubblica. In sostanza, la definizione comunitaria di impresa non discende da presupposti soggettivi, quali la pubblicità dell'ente o l'assenza di lucro, ma da elementi puramente oggettivi quali l'offerta di beni e servizi da scambiare con altri soggetti, nell'ambito, quindi, di un'attività di impresa che può non essere l'attività principale dell'organizzazione.

Sebbene, infatti, la risposta al secondo quesito attribuisca agli Stati membri la facoltà di proibire a determinati soggetti di offrire alcuni servizi sul mercato, non sono rinvenibili, attualmente, nell'ordinamento del sistema universitario, norme di tale portata. Al contrario, la possibilità per le

Università di operare sul mercato sarebbe espressamente prevista dall'articolo 7, comma 1, lett. c), della legge 168/1989, che include, tra le entrate degli atenei, anche i corrispettivi di contratti e convenzioni, nonché dall'articolo 66, del d.P.R. 382/1980, rubricato " *Riordinamento della docenza universitaria, relativa fascia di formazione nonché sperimentazione organizzativa e didattica* " che prevede che le Università possano eseguire attività di ricerca e consulenza, stabilite 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 che per gli Atenei rimane prioritaria.

Resta ferma la necessità di effettuare, caso per caso, un esame approfondito dello statuto di tali persone giuridiche al fine di valutare gli scopi istituzionali per cui sono state costituite. In sostanza, la stazione appaltante deve verificare se gli enti partecipanti alla gara possano statutariamente svolgere attività di impresa offrendo la fornitura di beni o la prestazione di servizi sul mercato, pur senza rivestire la forma societaria (cfr. *Cons. Stato sez. VI 16/6/2009 n. 3897*).

In altri termini, anche se non ricompresi nell'elenco di cui all'articolo 34 del Codice, qualora i soggetti giuridici in questione annoverino, tra le attività statutariamente ammesse, quella di svolgere compiti aventi rilevanza economica possono, limitatamente al settore di pertinenza, - e se in possesso dei requisiti richiesti dal singolo bando di gara - partecipare a procedure di evidenza pubblica per l'affidamento di contratti aventi ad oggetto servizi compatibili con le rispettive attività istituzionali.

È opportuno evidenziare, però, che la Corte pone a fondamento della sentenza anche la

considerazione che l'esclusione delle Università potrebbe portare a considerare "non contratti" gli accordi che comunque verrebbero conclusi tra tali soggetti e le stazioni appaltanti, eludendo l'applicazione delle direttive 17/2004/CE e 18/2004/CE.

Appare chiaro, allora, quanto la pronuncia della Corte abbia spostato il baricentro della questione, fugando ogni dubbio sull'impossibilità per le stazioni appaltanti di escludere a priori, dalla partecipazione alle gare, gli enti pubblici non economici, e le Università in particolare, solo perché difettano del requisito dello scopo di lucro o di un'organizzazione stabile d'impresa, ma nel contempo escludendo che i contratti conclusi tra amministrazioni aggiudicatrici e organismi che non agiscono in base ad un preminente scopo di lucro possano non essere considerati "appalti pubblici" e, pertanto, venir aggiudicati senza il rispetto della normativa comunitaria e nazionale dettata in materia.

2. Compatibilità con il diritto comunitario degli accordi con le amministrazioni aggiudicatrici

La Corte di Giustizia ha ribadito, in più sentenze (cfr. ad es. sentenza *Coditel Brabant*, 13 novembre 2008, causa C-324/07), il principio secondo cui un'amministrazione pubblica può adempiere ai compiti ad essa attribuiti attraverso moduli organizzativi che non prevedono il ricorso al mercato esterno per procurarsi le prestazioni di cui necessita, avendo piena discrezionalità nel decidere di far fronte alle proprie esigenze attraverso lo strumento della collaborazione con le altre autorità pubbliche. A ben vedere, quella esposta è la stessa *ratio* che è alla base dell'esenzione dall'espletamento della garanzia dell'ipotesi di utilizzo dell'*in house providing*: anche in questo caso l'amministrazione opta per una scelta contraria al processo di *outsourcing*, stabilendo di affidare l'attività a cui è interessata ad un altro ente che solo formalmente è distinto dalla propria organizzazione, ma su cui sostanzialmente essa esercita un controllo analogo a quello che espleterebbe nei confronti di un proprio servizio e che realizza con essa la parte più importante della sua attività.

Il giudice comunitario è tornato sul punto in una recente pronuncia (sentenza del 9 giugno 2009, causa C-480/06) sancendo la legittimità di un accordo stipulato tra quattro *Landkreise* tedeschi e la città di Amburgo, subordinandola, però, al verificarsi di una serie di presupposti.

In tale contesto viene ribadito che se, da un lato, il diritto comunitario non impone alle autorità pubbliche di ricorrere a particolari forme giuridiche per assicurare in comune le loro funzioni di servizio pubblico, dall'altro, questo tipo di cooperazione non può "rimettere in questione l'obiettivo principale delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici, vale a dire la libera circolazione dei servizi e l'apertura alla concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri."

Nel caso specifico, la Corte ha espresso un giudizio di compatibilità dell'accordo con le norme del diritto comunitario perché sussistevano le seguenti condizioni:

- l'attuazione della cooperazione è retta unicamente da considerazioni e prescrizioni connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico;
Â Â
- viene salvaguardato il principio della parità di trattamento degli interessati, in modo tale che nessuna impresa privata è posta in situazione privilegiata rispetto agli altri concorrenti;
Â Â
- la collaborazione tra amministrazioni non è una costruzione di puro artificio diretta ad eludere le norme in materia di appalti pubblici;
Â Â
- gli unici movimenti finanziari ammessi tra gli enti pubblici cooperanti sono quelli corrispondenti al rimborso delle spese effettivamente sostenute;
Â Â
- tutte le strutture pubbliche coinvolte svolgono un ruolo attivo, anche se non necessariamente nella stessa misura; quindi sussiste un'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;
Â Â
- l'accordo controverso istituisce una cooperazione tra gli enti locali finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune agli stessi che, nel caso specifico, è costituita dallo smaltimento dei rifiuti.

Parallelamente, si ricorda, però, che la Corte ha dichiarato non conforme al diritto comunitario escludere a priori dall'applicazione delle norme sugli appalti i rapporti stabiliti tra amministrazioni pubbliche, indipendentemente dalla loro natura. Ancora più esplicitamente, nella citata sentenza del 23 dicembre 2009, la Corte ha chiarito che la normativa comunitaria in materia di appalti pubblici è applicabile agli accordi a titolo oneroso conclusi tra un'amministrazione aggiudicatrice ed un'altra amministrazione aggiudicatrice, intendendo con tale espressione un ente che soddisfa una funzione di interesse generale, avente carattere non industriale o commerciale e che, quindi, non esercita a titolo principale un'attività lucrativa sul mercato.

Del resto, un'interpretazione della normativa comunitaria incline alla massima apertura delle procedure selettive per l'affidamento di commesse pubbliche a soggetti tradizionalmente esclusi, come le Università, è perfettamente in linea con l'intento di circoscrivere il ricorso all'affidamento

diretto: si tratta di un " *modus operandi* " che prima della pronuncia menzionata poteva trovare una qualche giustificazione nella considerazione secondo la quale, essendo al mondo della ricerca precluso all'origine l'accesso al mercato dei contratti pubblici, lo strumento dell'accordo-convenzione-contratto permetteva alla stazione appaltante di assicurarsi la collaborazione sinergica con un polo di eccellenza, come il settore universitario, non altrimenti conseguibile. Essendo, però, profondamente mutata l'interpretazione dell'articolo 34 del Codice, la pratica descritta non ha più ragion d'essere.

La giurisprudenza comunitaria, pertanto, ritiene legittimo il ricorso a forme di cooperazione pubblico-pubblico attraverso cui più amministrazioni assumono impegni reciproci, realizzando congiuntamente le finalità istituzionali affidate loro, purché vengano rispettati i presupposti sopra specificati. Anche il Parlamento Europeo, richiamando gli insegnamenti della Corte di Giustizia, nella risoluzione del 18 maggio 2010, ha ribadito la legittimità di forme di collaborazione pubblico-pubblico che " *non rientrino nel campo d'applicazione delle direttive sugli appalti pubblici, a condizione che siano soddisfatti tutti i seguenti criteri:*

- *lo scopo del partenariato è l'esecuzione di un compito di servizio pubblico spettante a tutte le autorità locali in questione,*
Â Â
- *il compito è svolto esclusivamente dalle autorità pubbliche in questione, cioè senza la partecipazione di privati o imprese private,*
Â Â
- *l'attività in questione è espletata essenzialmente per le autorità pubbliche coinvolte.*

Sul versante dell'ordinamento nazionale, la legittimità dell'impiego dello strumento convenzionale è assicurata dalla previsione contenuta nel primo comma dell'articolo 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241, secondo cui: " *le amministrazioni pubbliche possono sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune*" (cfr. TAR Puglia, Lecce, Sez. II, 2 febbraio 2010, n. 417 e n. 418 sull'interpretazione dell'articolo 90, comma 1, lett. c del Codice).

Tuttavia, per evitare che la disposizione possa prestare il fianco ad interpretazioni che si risolvano in una elusione della normativa sugli appalti pubblici, si ritiene necessario precisare i limiti che il ricorso alla normativa in commento incontra:

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

In riferimento al punto 1, si sottolinea il fatto che la collaborazione deve avere come finalità la realizzazione di un interesse pubblico, effettivamente comune ai partecipanti e che gli stessi hanno l'obbligo di perseguire come compito principale.

Strettamente correlato al ragionamento appena svolto è quello relativo al significato da attribuire all'espressione " *per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune*" di cui al primo comma dell'articolo 15 della legge 241/1990, la cui formulazione, per quanto generica, sotto il profilo oggettivo pare circoscrivere, per le pubbliche amministrazioni, la possibilità di stipulare accordi alle ipotesi in cui occorra disciplinare un'attività che risponde non solo all'interesse di entrambe le parti, ma che è anche comune. In proposito si specifica che il citato articolo 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" e nell'obiettivo comune di fornire servizi "indistintamente a favore della collettività e gratuitamente" (cfr. Cass. civ., 13 luglio 2006, n. 15893). Si comprende allora perché l'articolo 15 in commento non risulti in contrasto con la normativa a tutela della concorrenza: nel caso in esame le amministrazioni decidono di provvedere direttamente con propri mezzi allo svolgimento dell'attività ripartendosi i compiti, il che vale a dire, trattandosi di una collaborazione, che entrambi i soggetti forniscono un proprio contributo.

Discorso diverso, invece, nel caso in cui un ente si procuri il bene di cui necessita per il conseguimento degli obiettivi assegnati a fronte del pagamento del rispettivo prezzo: in questa

situazione, sia che ci si rivolga ad un privato, sia che ci si rivolga ad un soggetto pubblico, è difficile sostenere l'applicabilità dello schema della collaborazione, atteso che si è di fronte ad uno scambio tra prestazioni corrispettive che risponde alla logica del contratto e che perciò richiede, in assenza di altre circostanze esimenti, l'espletamento di una gara pubblica.

Le argomentazioni riportate trovano riscontro in alcune sentenze del giudice amministrativo (cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, n. 1791 del 21 luglio 2010) secondo cui " difetta l'interesse comune nell'accordo interamministrativo quando un'amministrazione ha inteso acquisire da un'altra amministrazione un servizio di proprio esclusivo interesse verso corrispettivo..... La presenza di un corrispettivo è dunque da considerarsi quale elemento sintomatico della qualificazione dell'accordo alla stregua di appalto pubblico, da assoggettare alla relativa disciplina secondo le prescrizioni del codice degli appalti."

Sulla base di quanto sopra considerato

IL CONSIGLIO

Ritiene che:

1. l'elenco riportato nell'articolo 34 del D.lgs. 163/2006 non è da considerarsi esaustivo dei soggetti di cui è ammessa la partecipazione alle gare indette per l'affidamento dei contratti pubblici;
Â Â
2. gli accordi tra amministrazioni non possono essere stipulati in contrasto con la normativa comunitaria, in particolare non devono interferire con il perseguimento dell'obiettivo della libera circolazione dei servizi e dell'apertura del mercato degli appalti pubblici alla concorrenza, nel rispetto dei principi illustrati nella presente determinazione.

Firmato:

Il Relatore: Piero Calandra

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data: 21 ottobre 2010

Il Segretario: Maria Esposito