



.....OMISSIS.....

## Oggetto

Consolato Generale a .....OMISSIS..... – lavori di restauro immobile demaniale di .....OMISSIS..... – predisposizione del Documento di Indirizzo della Progettazione, Piano di indagine e Strutturale e Studio di fattibilità tecnico-economico – accordo con .....OMISSIS..... e .....OMISSIS..... - richiesta parere.

### **FUNZ CONS 66/2023**

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 12 dicembre 2023, acquisita al prot. Aut. n. 111318, 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 17 gennaio 2024, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta 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.

L’Amministrazione istante rappresenta la volontà del .....OMISSIS..... di procedere alla riapertura del Consolato generale a .....OMISSIS....., con sede presso l’immobile demaniale indicato in oggetto. In relazione a tale intervento, la .....OMISSIS..... si è offerta di far predisporre il Documento di Indirizzo della Progettazione, Piano di Indagine e strutturale e Studio di fattibilità tecnico-economica, .....OMISSIS....., in assenza di costi per il .....OMISSIS..... e per l’Ambasciata d’Italia a .....OMISSIS....., utilizzando per il finanziamento di tale attività fondi PNRR ottenuti direttamente dallo .....OMISSIS..... In relazione a tale proposta, da attuare mediante un accordo di collaborazione tra gli enti coinvolti, con apposite convenzioni attuative, l’Amministrazione istante formula diversi quesiti, tutti diretti a comprendere se il predetto accordo per lo svolgimento da parte di .....OMISSIS..... dell’attività sopra indicata, possa ritenersi coerente con le previsioni dell’art. 15 della l.n. 241/1990, in combinato disposto con l’art. 7, comma 4, del d.lgs. n. 36/2023 e con i principi di concorrenza, imparzialità, non discriminazione, pubblicità e trasparenza richiamati dal Codice. Chiede, inoltre, se in relazione all’accordo *de quo* sussistano degli obblighi di trasparenza, nei termini indicati nell’istanza.

Al fine di fornire un indirizzo generale sul quesito posto, si richiama in primo luogo 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».

Come evidenziato nella Relazione Illustrativa del nuovo Codice, nell'art. 7, «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*».

L'art. 7, comma 4, del d.lgs. 36/2023 sopra richiamato 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 e confermato dal previgente dall'art. 5, comma 6, del d.lgs. 50/2016, indicando in maniera tassativa i limiti entro i quali gli accordi tra PA possono essere conclusi, affinché possa ritenersi legittima l'esenzione dal Codice.

A tal riguardo la norma conferma le condizioni legittimanti il ricorso all'istituto sopra citato, come già enucleate in passato dall'Autorità in relazione al previgente assetto normativo di settore recato dal d.lgs. 50/2016 (in particolare, determinazione n. 7/2010 e pareri sulla normativa AG14/2017/AP, AG/07/15/AP, AG20/2014, delibera n. 179/2023), prefigurando 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.

Più in dettaglio, 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, 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 [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, 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) 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».

Anche 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, 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 (Consiglio di Stato, sentenza n. 3849/2013).

In coerenza con tale avviso giurisprudenziale, l'Autorità ha sottolineato che la convergenza di interessi tra i soggetti pubblici coinvolti nell'accordo non può ritenersi sussistente «...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.» (parere AG47/2017/AP; anche delibere n. 179/2023 e n. 496/2020).

Anche alla luce di quanto sopra, 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 delle condizioni elencate nell'art. 7, comma 4 del d.lgs. 36/2023.

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.

Per quanto sopra, con specifico riferimento all'Accordo tra soggetti pubblici oggetto del quesito sottoposto all'attenzione dell'Autorità per come descritto nell'istanza di parere, deve rilevarsi la non chiara definizione nello stesso, del ruolo e delle attività svolte da tutti i soggetti coinvolti (con particolare riferimento alla .....OMISSIS..... e all'Ambasciata d'Italia che sembrerebbero limitarsi a mettere a disposizione le loro sedi senza alcun apporto proattivo), al fine di garantire, nel rispetto del citato art. 7, comma 3, del Codice, l'effettiva partecipazione di tutte le parti allo svolgimento di compiti funzionali all'attività di interesse comune e la convergenza sinergica su tali attività, come richiesto dalla norma.

L'oggetto dell'Accordo, pertanto, dovrebbe essere rivalutato dall'Ambasciata richiedente alla luce delle indicazioni sopra illustrate, al fine di definire puntualmente le attività effettivamente espletate da tutti i soggetti pubblici coinvolti, nell'ottica della reale divisione dei compiti per il perseguimento di un interesse comune tra le parti.

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.

Secondo i chiarimenti del giudice amministrativo infatti «*Le disposizioni eurounitarie [infatti] sembrano non accogliere una nozione di "operatore economico che offre servizi sul mercato" ristretta agli operatori dotati di un'organizzazione d'impresa, né introdurre condizioni particolari per porre limitazioni preclusive delle procedure di gara in ragione della forma giuridica e dell'organizzazione interna degli operatori economici: è infatti nell'interesse della concorrenza, la cui cura è obiettivo primario del diritto UE, assicurare la partecipazione più ampia di offerenti a una gara d'appalto (cfr. CGCE, sentenza 19 maggio 2009, causa C-538/07)*» (Consiglio di Stato Sezione V, Sentenza 10 dicembre 2020, n. 7912); in tale veste, pertanto, l'Università può partecipare a gare per l'affidamento di servizi (ove in possesso dei requisiti richiesti e se tale partecipazione sia statutariamente ammessa; cfr. determina n. 7/2010) e, nei limiti delle soglie di legge, potrebbe ricevere anche direttamente un tale affidamento.

Pertanto, il coinvolgimento dell'Università nell'ambito dell'Accordo oggetto del quesito, 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.

Al fine di stabilire se tale partecipazione possa ritenersi coerente con le previsioni dell'art. 7, comma 3 del d.lgs. 36/2023, appare dirimente comprendere con quali finalità siano stati riconosciuti direttamente in favore dell'Università coinvolta nell'Accordo, i fondi del PNRR citati nell'istanza e che dovrebbero essere utilizzati per lo svolgimento delle attività oggetto dell'Accordo stesso.

In particolare, occorre verificare se gli stessi siano destinati allo svolgimento di specifiche attività di studio e ricerca. Solo in tal caso, infatti, l'utilizzo di tali fondi nell'ambito di un Accordo pubblico-pubblico tra più soggetti coinvolti, potrebbe ritenersi consentito alla luce delle chiare ed evidenti finalità di interesse generale ad essi sottese.

Ove al contrario, il riconoscimento diretto di fondi PNRR in favore dell'Università, afferisca allo svolgimento di attività di natura tecnica, in quanto tali, potenzialmente contendibili sul mercato in regime di concorrenza e da svolgere nell'ambito di un rapporto sinallagmatico tra le parti, un eventuale coinvolgimento della stessa Università nell'Accordo de quo, potrebbe presentare profili di non conformità alle disposizioni dell'art. 7, comma 3, del Codice.

L'accertamento in ordine a tale aspetto della fattispecie, che appare dirimente ai fini sopra indicati, è rimesso direttamente alla competenza dell'Ambasciata richiedente.

Resta ferma, in ogni caso, anche alla luce dell'esiguità dell'importo delle prestazioni tecniche in epigrafe (come indicato nell'istanza), la possibilità per la stazione appaltante di ricorrere alle forme semplificate di affidamento contemplate nel d.lgs. 36/2023, tra le quali - ai sensi del comma 1, lett. b) dell'art. 50 - l'«affidamento diretto dei servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 140.000 euro, anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano scelti soggetti in possesso

di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali, anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante».

Con l'ulteriore precisazione per cui, tra le forme di affidamento individuate dal d.lgs. 36/2023, è incluso il contratto di sponsorizzazione (art. 13, co. 2 e 5 e art. 134) che, tuttavia, nel caso di specie, dovrebbe essere affidato dalla stazione appaltante (Ambasciata richiedente) e non da soggetti terzi, e nell'ambito del quale – anche alla luce della disciplina semplificata sottesa all'affidamento di tale contratto - la stessa amministrazione potrebbe valutare l'opportunità di un coinvolgimento dell'Università nei termini previsti dal Codice.

Infine, quanto al quesito relativo agli obblighi di pubblicità sussistenti in ordine agli accordi tra soggetti pubblici, si rinvia al chiaro disposto dell'art. 23 del d.lgs. 33/2013, a tenore del quale *«Le pubbliche amministrazioni pubblicano e aggiornano ogni sei mesi, in distinte partizioni della sezione «Amministrazione trasparente», gli elenchi dei provvedimenti adottati dagli organi di indirizzo politico e dai dirigenti, con particolare riferimento ai provvedimenti finali dei procedimenti di:[...] accordi stipulati dall'amministrazione con soggetti privati o con altre amministrazioni pubbliche, ai sensi degli articoli 11 e 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241».*

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