



.....OMISSIS.....

Oggetto

Art. 3, comma 1, lett. a) e art. 5 del d.lgs. n. 50/2016 –OMISSIS..... – richiesta di parere.

FUNZ CONS 40/2022

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 14 luglio 2022, acquisita al prot. Aut. n. 58140 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 27 luglio 2022, ha approvato le seguenti considerazioni.

La questione sollevata nell’istanza di parere attiene alla qualificabilità dell’ente richiedente quale amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell’art. 3, comma 1, lett. a) del d.lgs. 50/2015, ai fini dell’applicabilità del d.lgs. 50/2016 per gli acquisti di beni e servizi, nonché della possibilità di concludere accordi pubblico-pubblico ai sensi dell’art. 5 del Codice.

Al fine di fornire riscontro all’istanza indicata, sembra opportuno premettere che l’art. 5, comma 6, del d.lgs. 50/2016, dettato in recepimento dell’art. 1, par. 6, della direttiva 24/2014/UE, contempla una specifica disciplina degli accordi tra soggetti pubblici, indicando i limiti entro i quali tali accordi possono essere conclusi in conformità alla disciplina di settore.

L’Autorità ha illustrato tali limiti in numerose pronunce (*ex multis* determinazione n. 7/2010 e pareri sulla normativa AG14/2017/AP, AG/07/15/AP, AG20/2014), individuandoli come segue:

- 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.

Secondo i chiarimenti dell’Autorità, pertanto, nell’accordo di collaborazione ex art. 5, comma 6 del Codice è di particolare importanza il requisito dell’*“interesse comune”* delle amministrazioni coinvolte e deve sussistere una effettiva *condivisione di compiti e di responsabilità*; appare inoltre essenziale la posizione di *equiordinazione* tra le parti, al fine di coordinare i rispettivi ambiti di intervento su oggetti di interesse comune.

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 (parere AG14/2017/AP cit., in termini Corte di Giustizia UE ordinanza del 16 maggio 2013, causa C-564/11 e 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).

Tale avviso è stato confermato anche dalla giurisprudenza più recente, la quale ha ribadito che l'accordo pubblico-pubblico deve riguardare l'acquisizione di attività erogata da struttura pubblica e anche (e soprattutto) priva di connotazione imprenditoriale, nell'ampia accezione delineata dall'ordinamento europeo. «L'"interesse comune" tra le due pubbliche amministrazioni esclude che l'una intenda avvalersi delle prestazioni dell'altra dietro pagamento di un corrispettivo (...)» (in tal senso Consiglio di Stato, sez. III, n. 6034 del 25.8.2021; Corte giustizia UE sez. IV, 28/05/2020, n.796 ivi richiamata).

Sulla base delle considerazioni che precedono, la disapplicazione delle disposizioni del Codice nell'ambito degli accordi di cui all'art. 5, comma 6, d.lgs. 50/2016, è consentita esclusivamente nei casi in cui sussistano le condizioni indicate nelle disposizioni di riferimento.

Si aggiunga a quanto sopra che gli accordi in esame, per espressa previsione della norma, possono essere conclusi esclusivamente tra due o più "amministrazioni aggiudicatrici". Laddove per amministrazioni aggiudicatrici, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. a) del d.lgs. 50/2016 si intendono «le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti». Si tratta quindi di soggetti pubblici, comprendenti forme associative tra le amministrazioni ivi elencate, nonché soggetti qualificabili come organismo di diritto pubblico.

Con riguardo a tale ultima categoria, l'art. 3, comma 1, lett. d) del Codice, chiarisce che è qualificabile come tale «qualsiasi organismo, anche in forma societaria, il cui elenco non tassativo è contenuto nell'allegato IV:1) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; 2) dotato di personalità giuridica; 3) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico».

Detti requisiti, come noto, devono sussistere cumulativamente, con la conseguenza che la mancanza anche di uno solo di essi non consente di qualificare l'ente come organismo di diritto pubblico (cfr., C.G.U.E., Sezione IV, 5 ottobre 2017, in causa C-567/15) e con la precisazione che il requisito dell'influenza dominante, descritto nel punto 3), della disposizione *de qua* è integrato anche in presenza di uno soltanto dei presupposti ivi contemplati.

Come chiarito dall'Autorità (*ex multis* parere AG 3/2021), alla luce del duplice scopo di promozione della concorrenza e della trasparenza perseguito dalle direttive che coordinano le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, alla nozione di organismo di diritto pubblico deve essere data un'interpretazione funzionale, pertanto, ai fini della verifica della sussistenza dei tre requisiti previsti dall'art. 3, comma 1, lett. d), d.lgs. 50/2016, è indifferente la forma di costituzione degli organismi interessati e il carattere di diritto privato degli stessi non costituisce un criterio atto ad escludere la qualificazione quali amministrazioni aggiudicatrici ai sensi della medesima disposizione del Codice (in tal senso anche parere AG 41/2011).

Quanto invece al requisito teleologico e a quello della c.d. dominanza pubblica, fissati dalla medesima disposizione normativa, l'Autorità ha osservato quanto segue:

- per costante orientamento giurisprudenziale l'organismo di diritto pubblico si caratterizza per il suo asservimento al soddisfacimento di esigenze di interesse generale che persegue lasciandosi "guidare da considerazioni diverse da quelle economiche", quand'anche parte della sua operatività sia svolta sul mercato (ex multis Cons. Stato 12 dicembre 2018 n. 7031). La figura dell'organismo pubblico non ricorre quindi quando il soggetto esercita la sua missione in un contesto economico concorrenziale con i privati ed è gestito secondo criteri di efficacia e redditività tipici dell'imprenditore privato, con assunzione del rischio di impresa (parere AG 3/2021, parere AG12/2011, Parere AG 20-2009). Al contrario, ricorre la figura dell'organismo di diritto pubblico, quando il soggetto non fonda la sua attività principale solo su criteri di rendimento, efficacia e redditività, non assuma su di sé i rischi collegati allo svolgimento dell'attività (i quali devono ricadere sulla pubblica amministrazione controllante) e il servizio d'interesse generale, oggetto dell'attività, non possa essere rifiutato per mere ragioni di convenienza economica (Cass. SS.UU., 28 marzo 2019, n. 8673; Cons. Stato, V, 19 novembre 2018, n. 6534). L'Autorità ha inoltre osservato che gli approdi giurisprudenziali più recenti in materia, nell'ambito dell'indagine in esame, pongono l'accento sulle ragioni istitutive dell'organismo di diritto pubblico. Ricorre, dunque, il requisito teleologico se l'organismo è stato costituito da un soggetto pubblico appartenente al perimetro allargato della pubblica amministrazione, per dare esecuzione ad un servizio che è necessario perché è strettamente connesso alla finalità pubblica di quest'ultimo (sul punto parere AG 3/2021 e giurisprudenza ivi citata).
- Il requisito della "dominanza pubblica", richiesto dall'art. 3, comma 1, lett. d), n. 3) del Codice, può presentarsi nelle forme alternative del finanziamento maggioritario, del controllo della gestione o della nomina dei componenti degli organismi di amministrazione, direzione o vigilanza in misura non inferiore alla metà da parte dello Stato o di altri enti pubblici. Pertanto, ove l'organo di amministrazione venga nominato in maggioranza dal socio pubblico e svolga poteri di gestione, di indirizzo politico-amministrativo e di verifica dell'attività dell'ente, può ritenersi soddisfatto il requisito della dominanza pubblica (secondo quanto chiarito nel parere AG 41/2011 cit.). Ulteriori chiarimenti sono stati forniti con parere sulla normativa AG29/2014, a tenore del quale il finanziamento maggioritario ricorre quando il soggetto riceve, anche indirettamente, in modo maggioritario, finanziamenti pubblici per l'espletamento della propria attività; il soggetto è sottoposto a controllo pubblico quando si riscontra un controllo sulla gestione idoneo a determinare un'influenza pubblica penetrante sull'attività dell'ente controllato, con poteri di verifica sull'esattezza, sull'economicità e sulla redditività dell'amministrazione; e infine quando i suoi organi di amministrazione, di direzione o di vigilanza siano costituiti da membri più della metà dei quali sia designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

Laddove quindi ricorrano i requisiti sopra indicati, un soggetto giuridico può essere qualificato come organismo di diritto pubblico e, in quanto tale, lo stesso è tenuto ad applicare il d.lgs. 50/2016 per gli acquisti di beni e servizi necessari per l'espletamento dei compiti ad esso assegnati.

Sulla base dei precedenti citati, anche il soggetto richiedente – stando a quanto rappresentato nell'istanza di parere e nello Statuto - sembra qualificabile come organismo di diritto pubblico, in quanto dotato di personalità giuridica, costituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale, sottoposto a controllo/finanziamento pubblico.

Si tratta infatti di un Centro studi e documentazione, dotato di personalità giuridica e costituito esclusivamente da soggetti pubblici, per lo svolgimento di attività di informazione, studio, ricerca,

supporto giuridico, tecnico, operativo a servizio esclusivo dei predetti enti. Il Centro è stato quindi costituito per fornire ausilio e supporto ai soggetti pubblici costituenti, svolgendo quindi attività strettamente connesse alla finalità pubblica perseguita dagli stessi. Tali attività sono svolte gratuitamente a favore dei medesimi e il Centro non persegue scopi di lucro. Sotto altro profilo, lo stesso è finanziato in misura maggioritaria dagli enti costituenti e questi ultimi esercitano, altresì, un potere di nomina degli organi rappresentativi e di gestione, ma anche di controllo e indirizzo strategico dell'ente [l'Assemblea è formata dai rappresentanti degli enti costituenti e, a sua volta, elegge e nomina il Presidente e gli organi direttivi, svolgendo tutti i compiti necessari per il funzionamento dell'ente (approvazione dello Statuto, del bilancio preventivo e del conto consuntivo; emanazione degli indirizzi e delle direttive per il funzionamento dell'ente, ecc.)].

Le caratteristiche in breve illustrate, esaminate sulla base dell'indirizzo giurisprudenziale e dell'Autorità sopra riportato, conducono a ritenere soddisfatti, per l'ente richiedente, i requisiti della personalità giuridica, dell'elemento teleologico e della dominanza pubblica, richiesti dall'art. 3, co. 1, lett. d) del Codice per la configurabilità dell'organismo di diritto pubblico e, di conseguenza, la sua riconducibilità nella categoria delle "amministrazioni aggiudicatrici" ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. a) del medesimo Codice.

L'ente richiedente è quindi soggetto all'applicazione del d.lgs. 50/2016 per gli acquisti di beni e servizi strumentali all'esercizio delle attività allo stesso assegnate, potendo altresì perseguire le finalità pubbliche sottese alla sua costituzione, mediante la conclusione di accordi pubblico-pubblico ai sensi dell'art. 5, comma 6, del Codice, sempre e solo nel rispetto delle condizioni indicate dall'Autorità ed illustrate in premessa.

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente il 4 agosto 2022