



Presidente

Omissis

Fasc. ANAC n. 2310/2024 (URCP 25/2024)

Oggetto

Piano nazionale di ripresa e resilienza. Missione 4 – Istruzione e Ricerca – Componente 1 – Potenziamento dell’offerta dei servizi di istruzione: dagli asili nido alle Università – Investimento 1.5 “*Sviluppo del sistema di formazione professionale terziaria (ITS)*”, finanziato dall’unione europea – Next generation EU.

Quesito riguardante l’applicazione del codice dei contratti pubblici all’affidamento di attività a soci delle Fondazioni *ITS Academy* in qualità di partner di progetto.

Con nota acquisita al prot. ANAC n. 52934 del 07.05.2024, ...Omissis...ha rappresentato di avere ricevuto dall’Associazione ...Omissis... (di seguito, Associazione) un quesito riguardante il regime applicabile all’affidamento di attività di collaborazione finalizzate all’attuazione dei progetti di potenziamento dell’offerta formativa degli *ITS Academy* finanziati con fondi PNRR ad un partner di progetto che sia già socio della Fondazione *ITS Academy*.

In riscontro al quesito, il Consiglio dell’Autorità Nazionale Anticorruzione del 25 settembre 2024 ha approvato le seguenti considerazioni.

In via preliminare va chiarito che il d.m. n. 96/23 ha richiamato l’obbligo per le Fondazioni *ITS Academy*, in qualità di soggetti attuatori, di utilizzare le risorse PNRR per le finalità e le azioni stabilite dal medesimo decreto “*svolte con finalità non commerciali e senza scopo di lucro, nel rispetto delle norme di affidamento di lavori, servizi e forniture, nei contratti pubblici, e, in particolare, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 e delle relative norme di semplificazione*”. La disciplina applicabile alle procedure di affidamento e ai contratti riguardanti investimenti pubblici, finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR, è propriamente definita dal comma 8 dell’art. 225 del d.lgs. n. 36/2023, che dispone che, anche dopo l’entrata in vigore del nuovo codice, continuano ad applicarsi le disposizioni del d.l. n. 77/2021, convertito dalla l. n. 108/2021, il d.l. n. 13/2023, nonché le specifiche disposizioni legislative finalizzate a semplificare e agevolare la realizzazione degli obiettivi stabiliti dal Piano. Ciò comporta che per l’affidamento dei contratti con cui intendono soddisfare le proprie necessità operative, strumentali alla realizzazione del progetto di potenziamento dell’offerta formativa finanziato dal PNRR, le Fondazioni *ITS*

Academy sono tenute ad osservare le procedure ad evidenza pubblica previste dalle disposizioni normative sopra richiamate.

Per quanto attiene i casi in cui l'affidatario sia un socio Fondatore o Partecipante della Fondazione *ITS Academy*, va distinta l'ipotesi in cui l'affidamento è a titolo oneroso da quella in cui l'affidamento è a titolo gratuito.

In generale, nel caso delle *Fondazioni ITS Academy*, la definizione delle modalità di ammissione dei soci, Fondatori e Partecipanti, è lasciata dal legislatore all'autonomia statutaria della singola fondazione, con l'unico vincolo, per i Fondatori, del necessario possesso di documentati requisiti esperienziali nel campo dell'innovazione (art. 4, comma 4, n. 99/2022). Appare evidente l'intenzione del legislatore di dare vita ad un soggetto il più possibile flessibile, aperto all'ingresso di nuovi soggetti in grado di contribuire agli scopi della Fondazione, in pieno accordo con il principio del risultato.

Nel caso di attività di collaborazione a titolo oneroso, porre in essere un affidamento secondo modalità non rispettose della disciplina del codice dei contratti pubblici (come modulate per i contratti PNRR) a soci Fondatori o Partecipanti costituisce un affidamento diretto di servizi, contendibili sul mercato, che il procedimento di ammissione dell'affidatario alla Fondazione non è in grado di sanare. La conseguenza è che, se di valore superiore alle soglie di cui all'art. 51, comma 1, d.l. n. 77/2021, l'affidamento risulta sottratto al confronto concorrenziale con effetto discriminante nei confronti dell'impresa di settore; inoltre, rimane in ogni caso sottratto agli obblighi di pubblicità legale (applicabili anche agli affidamenti diretti ai sensi dell'art. 50, comma 9, d.lgs. n. 36/23), agli obblighi di digitalizzazione e alla trasparenza connessa alla raccolta e alla pubblicazione dei relativi dati dalla BDNCP (articoli 19 e seguenti del d.lgs. n. 36/23), e non ultimo all'attività di vigilanza dell'Autorità.

Alla luce di tali considerazioni, si ritengono ipotizzabili i seguenti scenari:

- i) I soci, Fondatori e Partecipanti, possono essere affidatari di contratti a titolo oneroso di importo pari o superiore alle soglie entro cui è ammissibile l'affidamento diretto se sono stati selezionati tramite una procedura ad evidenza pubblica avente doppio oggetto (la qualifica di socio e di affidatario dello specifico contratto), similmente a quanto accade per le gare a doppio oggetto per la costituzione di società miste. I soci che non sono stati selezionati con procedura ad evidenza pubblica possono solo partecipare alle gare ad evidenza pubblica bandite dalle Fondazioni *ITS Academy* e concorrere all'affidamento con gli altri operatori economici interessati al contratto.
- ii) I soci, Fondatori e Partecipanti, possono risultare affidatari di contratti a titolo oneroso di importo inferiore alle soglie entro le quali è ammissibile l'affidamento diretto, per i quali, appunto, il legislatore non prevede l'obbligo di consultazione di più operatori economici. Si tratta in ogni caso di affidamenti riconducibili nell'ambito di applicazione della disciplina del codice (come declinata per i contratti PNRR) e dunque da espletare necessariamente attraverso piattaforme di approvvigionamento digitale certificate, soggetti agli obblighi di pubblicità legale e di trasparenza, e alla vigilanza dell'Autorità. Inoltre, tenuto conto che, come ogni provvedimento amministrativo, anche l'affidamento diretto è soggetto all'obbligo generale di motivazione di cui all'articolo 3 della legge l. 241/1990, nel caso, le Fondazioni *ITS Academy* sono tenute a motivare la scelta del socio come affidatario del contratto a titolo oneroso, tenendo in debita considerazione



la competenza, l'affidabilità e l'adeguatezza del soggetto in relazione alla prestazione da eseguire, e non possono limitarsi a rinviare, come motivazione alla base della scelta, alla qualifica di socio del contraente. Al riguardo sembra opportuno rammentare che un appalto non può essere frazionato per evitare l'applicazione delle norme del codice, tranne nel caso in cui ragioni oggettive lo giustifichino (articolo 14, comma 6, d.lgs. n. 36/2023), e che, in assenza di motivazione sulle ragioni del frazionamento, l'artificialità del medesimo può essere dimostrata anche in via indiziaria (Cons. Stato, sez. V, n. 5561/2021; sez. V, n. 4792/2023).

Nel caso, invece, di affidamento a titolo gratuito si ritiene che, come sostenuto anche dall'Associazione, la collaborazione dei soci possa essere acquisita nell'ambito del singolo progetto, in quanto la disciplina dell'evidenza pubblica si applica ai soli affidamenti onerosi sia secondo il diritto unionale degli appalti¹ che secondo la relativa normativa di recepimento². Quando si tratta di contratti a titolo gratuito, dunque, vi sarebbe la possibilità di affidare direttamente lo svolgimento di attività che concorrono alla realizzazione del progetto anche a soci che, soggettivamente, abbiano scopo di lucro (imprese) ma che, rispetto alla specifica attività, rinunciano a qualsiasi remunerazione e si limitano a ricevere il rimborso dei soli costi documentati effettivamente sostenuti per la prestazione della stessa, con esclusione di qualsiasi rimborso di tipo forfettario. Corollario a garanzia che i fondi PNRR vengano impiegati per l'affidamento di contratti pubblici nel rispetto della disciplina unionale è, come evidenziato dalla stessa Associazione, che il socio Fondatore o Partecipante che debba ricorrere al mercato per approvvigionarsi, con utilizzo di fondi pubblici, di beni o servizi, rientranti nell'ambito di applicazione del codice dei contratti, strumentali all'espletamento della propria collaborazione a titolo gratuito, lo faccia nel rispetto della disciplina dell'evidenza pubblica applicabile ai contratti PNRR. In tal caso, si ritiene che, al fine di garantire la tracciabilità di tutta la filiera del flusso dei pagamenti, il CIG acquisito in occasione dell'indizione dell'affidamento sia lo stesso da indicare in occasione del rimborso, da parte della Fondazione, dei costi sostenuti per l'acquisizione dei beni o servizi.

Al riguardo va anche precisato che, in caso di affidamento di contratti a titolo gratuito, è necessario comunque applicare i principi generali, anche di matrice europea, che regolano l'operato delle stazioni appaltanti nel settore dell'evidenza pubblica e dell'utilizzo di risorse pubbliche, tenendo conto dei principi del risultato (art. 1), della fiducia (art. 2) e dell'accesso al mercato (cfr. Art. 13 co. 5 d. lgs. n. 36/2023 e Comunicato ANAC 5 giugno 2024). Per questo motivo, la selezione, tra i soci, degli affidatari di collaborazioni a titolo gratuito, va effettuata tenuto conto dei requisiti esperienziali posseduti da ciascuno e secondo modalità che garantiscano trasparenza e parità di trattamento.

In particolare, nel richiamato Comunicato del 5 giugno 2024, l'ANAC ha ribadito la necessità che venga comunque accertata la sussistenza dei requisiti a contrarre in capo all'affidatario, sia delle cause di esclusione automatica di cui all'art. 94 del d.lgs. n. 36/2023, sia delle cause di esclusione non automatica, di cui all'art. 95, il cui accertamento è riservato alla valutazione caso per caso della stazione appaltante, nonché l'adeguatezza della prestazione resa e l'insussistenza di potenziali conflitti di interesse. Infine, sempre

¹Considerando n. 4 dir. 2014/24/UE: "La normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici non intende coprire tutte le forme di esborsi di fondi pubblici, ma solo quelle rivolte all'acquisizione di lavori, forniture o prestazioni di servizi a titolo oneroso per mezzo di un appalto pubblico"

² Cfr. la definizione di appalto pubblico e concessione dell'Allegato I.1, art. 2, comma 1, lett. b) e c) al Codice

richiamando il citato Comunicato, va anche rammentato che anche per i contratti gratuiti vanno garantite appropriate forme di trasparenza al fine di rendere conoscibile, quantomeno ex post, l'operato del soggetto procedente. In questa prospettiva le *Fondazioni ITS Academy* devono garantire la trasparenza mediante la pubblicazione in "Amministrazione trasparente", sottosezione "Bandi di gara e contratti", di alcune informazioni principali riguardanti l'affidamento (struttura proponente, oggetto dell'affidamento con indicazione dell'affidatario, estremi della decisione di dare avvio alla procedura).

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente