

Ufficio Studi CODAU

"Documento redatto con il contributo dei componenti dell'Ufficio Studi e VALIDATO dal Comitato Scientifico del Codau".

Il presente contributo trae spunto dal recente parere ([n. 1178/2015](#)) reso dalla seconda sezione del Consiglio di Stato a seguito di una richiesta formulata dal Ministero dell'economia e delle finanze – Agenzia del demanio.

Il Consiglio di Stato, dopo un'analisi dettagliata del quadro di riferimento –sia normativo sia giurisprudenziale– nazionale ed europeo ^[1], ha concluso ribadendo che le nuove direttive europee in materia di appalti ^[2] e concessioni sono considerabili *self-executing* e riconoscendo che, in linea di principio, non sono soggetti alle direttive appalti e sono dunque legittimi, gli accordi tra pubbliche amministrazioni, anche se appartenenti ad ordinamenti autonomi e/o in rapporto di reciproca indipendenza, finalizzati alla cooperazione cd. non istituzionalizzata/orizzontale, purché il trasferimento di risorse resti entro i ristretti limiti del riconoscimento di un corrispettivo forfettario a copertura delle spese vive sostenute.

La richiesta di parere verteva sulla legittimità dell'affidamento diretto, quindi al di fuori delle regole sull'evidenza pubblica, di un servizio di supporto ^[3] da vari Enti territoriali, Enti, previdenziali ed altri Enti pubblici all'Agenzia del demanio, istituita dal Dlgs. 300/1999 e trasformata in Ente pubblico economico ^[4] dal Dlgs. 173/2003. L'Agenzia chiedeva al Consiglio di Stato se fosse legittimo svolgere tale attività sulla base di accordi tra PP.AA., di cui all'art. 15 della L. 241/1990, oppure se fosse legittimo svolgere tale attività a seguito di procedura pubblica di individuazione del contraente, ai sensi del Dlgs. 163/2006.

La questione non è nuova e ha già interessato dottrina e giurisprudenza specialistiche e l'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici (oggi ANAC). L'autonomia "privata" dei soggetti pubblici è stata oggetto di analisi anche con riferimento al settore universitario italiano ^[5]. Nel 2013, il Consiglio di Stato aveva analizzato la questione con riferimento agli incarichi conferiti da Enti pubblici a Dipartimenti universitari pubblici e aventi a oggetto servizi di ingegneria e architettura ^[6], sulla quale l'Ufficio Studi del Codau aveva redatto un [commento](#) analitico al quale si rinvia, per completezza. Il Consiglio di Stato aveva comunque affermato che le PP.AA. potessero partecipare e presentare offerte nelle procedure di aggiudicazione esperite da altre PP.AA. ^[7].

Il Collegio rimarca quanto indicato all'art. 1 paragrafo 6, della Direttiva 2014/24/UE laddove si stabilisce che *"gli accordi, le decisioni o altri strumenti giuridici che disciplinano i trasferimenti di competenze e responsabilità per la realizzazione di compiti pubblici tra amministrazioni aggiudicatrici o associazioni di amministrazioni aggiudicatrici e non prevedono una remunerazione in cambio di una prestazione contrattuale sono considerati questioni di organizzazione interna dello Stato membro interessato e, in quanto tali, esulano del tutto dalla presente direttiva."*

Si ricorda che Il Consiglio di Stato, in una prima pronuncia interlocutoria del 18 dicembre 2013 citata, ha deciso di acquisire l'avviso della Presidenza del Consiglio dei Ministri, che ha espresso un proprio avviso in ordine al quesito proposto, nel quale si pone l'accento sulla distinzione tra gestione di immobili appartenenti al demanio pubblico ovvero al patrimonio disponibile degli enti interessati. Secondo il Dipartimento, per stabilire la legittimità comunitaria di tali accordi, se ne dovrebbe preliminarmente verificare la funzione di servizio pubblico comune sia all'Agenzia che agli enti beneficiari dei servizi resi, anche nel senso inteso nella sentenza della Corte Costituzionale n.284 del 2012 (che su ricorso della Regione Veneto aveva respinto una censura di costituzionalità riguardante varie norme del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento

dei conti pubblici, ove s prevede la collaborazione tra Regioni e Agenzia del Demanio per la valorizzazione del patrimonio immobiliare pubblico). Nella specie, secondo il Dipartimento, sussiste il requisito dell'interesse comune tra l'Agenzia del Demanio e gli enti pubblici titolari di immobili, consistente nella valorizzazione del loro patrimonio immobiliare.

Il Consiglio di Stato ha quindi ritenuto di condividere le considerazioni espresse dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, nel senso che, in linea di principio, non sono soggetti alle direttive appalti e sono dunque legittimi, gli accordi tra pubbliche amministrazioni, anche se appartenenti ad ordinamenti autonomi e/o in rapporto di reciproca indipendenza, finalizzati alla cooperazione cd. non istituzionalizzata/orizzontale, come quelli che l'Agenzia ha stipulato ovvero si ripromette di concludere con vari enti ed organi, riconducibili indifferentemente all'amministrazione statale centrale o periferica o ad altri enti territoriali minori.

Rilevante è dunque l'aspetto organizzativo/orizzontale e non quello sinallagmatico/imprenditoriale che, laddove prevalente, attrarrebbe l'accordo nello spazio disciplinato dalla Direttiva e dal Codice dei contratti italiano. Infatti, se nell'accordo emergesse la logica dello scambio economico, suggellata dalla previsione di un corrispettivo, calcolato secondo il criterio del costo necessario alla produzione del servizio, dovrà applicarsi il Codice dei Contratti, qualora l'oggetto dell'accordo sia uno dei servizi indicati nell'allegato IIA del Codice stesso.

A livello di giurisprudenza comunitaria la Corte di Giustizia ha avuto modo di occuparsi della questione per la prima volta nel 2009 (sentenza 9 giugno 2009, Causa C-480/06, Commissione delle Comunità europee c. Repubblica Federale di Germania), affrontando il caso di un accordo tra la città di Amburgo e quattro Landkreise (circoscrizioni amministrative) in materia di smaltimento di rifiuti che prevedeva che questi ultimi potessero smaltire i propri rifiuti mediante conferimento ad un impianto di termovalorizzazione, peraltro gestito da una società a parziale partecipazione privata, attraverso il servizio per la nettezza urbana della città di Amburgo.

La Corte nel respingere il ricorso della commissione ha indirettamente fissato alcuni principi in relazione ai quali è possibile affermare la legittimità di tale tipo di accordi alla luce del diritto comunitario, principi che così sono stati così sussunti dal Consiglio di Stato: che gli accordi di cooperazione tra amministrazioni pubbliche aggiudicatrici finalizzati all'esecuzione congiunta di compiti comuni d'interesse pubblico non sono soggetti alle direttive appalti; che non è necessario che ciascuna di esse partecipi nella identica misura all'effettiva esecuzione dell'oggetto dell'accordo di cooperazione, essendo viceversa eventuale l'assunzione di diritti e obblighi reciproci pur restando esclusa la previsione di trasferimenti finanziari tra le parti cooperanti, fatti salvi i rimborsi dei costi sostenuti per l'esecuzione delle attività oggetto dell'accordo di cooperazione, in quanto la cooperazione in tal caso non può in alcun modo essere riconducibile ad accordi di natura commerciale; sempre in tale ottica, le parti cooperanti non possono svolgere, in linea di principio, alcuna attività commerciale nell'ambito della cooperazione, né tanto meno il servizio oggetto della cooperazione può essere offerto sul mercato; nel rispetto del principio di parità di trattamento degli interessati di cui alla direttiva 92/50, nessun impresa privata viene posta in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti.

Tali principi sono stati costantemente ribaditi dalla Corte in successivi pronunciamenti (nelle sentenze 19.12.2012, Causa C-159/11 ASL Lecce c/Univ. Salento e Ordine Ing. Prov. Lecce; nell'ordinanza del 16.05.2013, Causa C-564/11, Consulta Reg. Ord. Ing. della Lombardia c/ Comune di Pavia, Univ. degli Studi di Pavia; Causa C-352/12, Cons. Naz. Ing. c/ Comune di Castelvecchio Subequo, Univ. degli Studi di Chieti Pescara – Dip. Scienze e Storia dell'Architettura, Cons. Naz. Ing., Comune di Barisciano, Scuola di Architettura e Design Vittoria dell'Univ. di Camerino, del 20.06.2013; sentenza del 13.06.2013, causa C-159/11 e C-386/11, Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG c/ Kreis Duren, Stadt Duren).

In tali atti si afferma che sebbene il fatto che due pubbliche amministrazioni siano parti di un accordo di collaborazione non possa escludere di per sé che tale accordo sia soggetto alla normativa in materia di appalti, tuttavia ciò non deve interferire con la libertà della amministrazioni di individuare le migliori forme di esercizio di un pubblico servizio attraverso il ricorso a risorse proprie, ivi incluse quelle che si rendano disponibili in esecuzione di accordi tra diverse pubbliche amministrazioni in un quadro di cooperazione cd. non istituzionale/orizzontale. La direttiva 2014/24/UE si preoccupa solo di specificare che qualunque forma di collaborazione pubblico-pubblico garantisca che nessun concorrente privato sia posto in posizione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti sul mercato. Nella medesima direttiva si afferma inoltre che tali accordi ove non prevedano una remunerazione in cambio di una

prestazione contrattuale sono da considerarsi pertinenti al potere di organizzazione interna spettante a ciascun Stato membro.

Il legislatore comunitario si preoccupa quindi di dettare puntualmente le condizioni in presenza delle quali si deve ritenere l'esclusione di tali accordi dalla normativa in materia di appalti pubblici:

- a) il contratto stabilisce o realizza una cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti, finalizzata a garantire che i servizi pubblici che esse sono tenute a svolgere siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che esse hanno in comune
- b) l'attuazione di tale cooperazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico;
- c) le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20% delle attività interessate dalla cooperazione.

In sostanza tali accordi devono perseguire esclusivamente un interesse pubblico in funzione di obiettivi comuni a più amministrazioni nello svolgimento di servizi pubblici e, come norma di garanzia dell'interesse pubblico perseguito si stabilisce che le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti non possano svolgere sul mercato aperto più del 20% delle attività interessate alla cooperazione.

A tal fine nella medesima direttiva, all'art. 12 paragrafo 5, si statuisce che per determinare la percentuale delle attività si prende in considerazione il fatturato totale medio, o una idonea misura alternativa basata sull'attività, quali i costi sostenuti dalla persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice in questione nei campi dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto.

Il Consiglio nella sua ampia disamina ha inteso anche richiamare alcuni considerando della direttiva sui settori speciali nella parte in cui si raccomanda che le cooperazioni pubblico-pubblico esentate dalla sua applicazione non provochino una distorsione della concorrenza nei confronti degli operatori economici privati, e, inoltre, il Considerando (47), secondo il quale l'esclusione dall'applicazione della direttiva dei contratti per la fornitura congiunta di servizi pubblici conclusi tra amministrazioni o enti aggiudicatori vedano tale cooperazione dettata solo da considerazioni legate al pubblico interesse, senza che alcun fornitore privato di servizi goda di una posizione di vantaggio rispetto ai suoi concorrenti.

Alla luce della disamina effettuata il Consiglio di Stato conclude per la piena legittimità degli accordi tra agenzie del demanio e altre pubbliche amministrazioni per la gestione del loro patrimonio immobiliare e per la sottrazione di tali accordi al campo di applicazione della normativa in materia di contratti pubblici, rilevando altresì, in questo smentendo in parte le considerazioni riportate nell'avviso reso dal Dipartimento per la funzione Pubblica, che in questo senso a nulla rileva la distinzione di tali accordi in relazione alla natura disponibile o indisponibile del patrimonio immobiliare che ne è oggetto. Il fine comune di tali amministrazioni nel perseguire questi obiettivi, a ben vedere, prescinde totalmente dalla natura demaniale o patrimoniale dei beni oggetto delle convenzioni, ed è piuttosto ravvisabile nell'esigenza pubblicistica di valorizzare economicamente e socialmente il territorio attraverso il miglior utilizzo degli immobili (cfr. gli artt. 33 e 33-bis del D.L. 6 luglio 2011 n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011 n. 111; 3-ter del D.L. 25 settembre 2001, n. 351, convertito con modificazioni dalla L. 23 novembre 2001, n. 410; 5, comma 5° del D.lgs. 28 maggio 2010, n. 85; 58 del L. 6 agosto 2008, n. 133 di conversione del D.L. 25 giugno 2008, n. 112), la cui realizzazione è una delle più idonee premesse per il risanamento dei conti pubblici, come anche prefigurato nel decreto cd. "sblocca Italia" (p.es. all'art.17 del D.L. 12 settembre 2014 n. 133 convertito con modificazioni dalla L. 11 novembre 2014 n. 164). Tutto ciò nell'ovvia necessaria premessa che l'eventuale trasferimento di risorse a favore dell'Agenzia resti, come da questa espressamente dichiarato nella richiesta di parere, entro i ristretti limiti del riconoscimento di un corrispettivo forfettario a copertura delle spese vive sostenute.

Il Consiglio infine sottolinea come tali accordi possono avere ad oggetto anche altri aspetti oltre a quelli posti in evidenza nel quesito dell'Agenzia del demanio, come per esempio l'assistenza nella alienazione e locazione attiva o passiva di immobili.

Volendo dunque riassumere i caratteri distintivi della genus di accordi che emerge dalla pronuncia del Consiglio di

Stato e dagli atti da essa richiamati e che risultano legittimamente sottratti all'operatività del Codice degli Appalti:

- si deve trattare di accordi tra pubbliche amministrazioni che perseguano un interesse comune, retti unicamente da considerazioni inerenti l'interesse pubblico o eventualmente anche tra società di diritto privato e amministrazioni purché tali società siano partecipate in misura maggioritaria da enti pubblici
- laddove vi sia un trasferimento di denaro tra le amministrazioni parte dell'accordo, tale trasferimento non si deve configurare come corrispettivo sinallagmatico di una prestazione contrattuale resa bensì unicamente come rimborso, anche forfettario, delle spese sostenute;
- le amministrazioni in oggetto non possono svolgere sul mercato libero più del 20% della attività oggetto dell'accordo;
- nessun soggetto privato deve in relazione a tali accordi trovarsi in una posizione di vantaggio rispetto agli altri operatori del mercato.

In presenza di tutte queste condizioni è dunque possibile per le amministrazioni pubbliche stipulare accordi del più vario genere, ai sensi dell'art. 15 comma 1 della legge 241/1990, ove si preveda la prestazione di servizi da parte di un'amministrazione nei confronti di una o più altre amministrazioni, con riconoscimento all'amministrazione servente di un corrispettivo che si configuri come rimborso forfettario dei costi sostenuti per l'esecuzione di tali attività.

[1]

Tenendo soprattutto in considerazione le nuove direttive comunitarie in materia di contratti pubblici (in particolare la [2014/24/UE](#), di cui si è già accennato in un precedente [commento del 13 marzo 2015](#) dell'Ufficio Studi Codau.

[2]

Ai sensi dell'art. 12 comma 4 della Direttiva 2014/24/UE: *Un contratto concluso esclusivamente tra due o più amministrazioni aggiudicatrici non rientra nell'ambito di applicazione della presente direttiva, quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:*

- a) il contratto stabilisce o realizza una cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti, finalizzata a garantire che i servizi pubblici che esse sono tenute a svolgere siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che esse hanno in comune;
- b) l'attuazione di tale cooperazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico; e
- c) le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 % delle attività interessate dalla cooperazione.

[3]

Il supporto era relativo all'attività di ricognizione e di analisi del patrimonio immobiliare di proprietà dei predetti Enti, di valutazione tecnico-estimativa dei cespiti, di segmentazione del portafoglio in funzione del possibile reimpiego dello stesso, di predisposizione, di studi di prefattibilità che consentano di valutare le possibili linee di intervento da attivare e la convenienza di iniziative di dismissione e/o valorizzazione dei beni, in aderenza agli obiettivi strategici ovvero di sviluppo territoriale perseguiti dall'Ente sottoscrittore. Tali servizi sono resi per lo più a fronte del riconoscimento di un corrispettivo forfettario a copertura delle spese vive sostenute dall'Agenzia.

[4]

L'ente pubblico economico agisce esclusivamente in regime di diritto privato, attraverso negozi giuridici, ed in piena concorrenza economica con le società private. È uno dei tre strumenti organizzativi di cui si avvale lo Stato (o altra P.A.) per intervenire nel sistema economico, che si configura, pertanto, *misto*, in quanto caratterizzato dal concorso di imprese *pubbliche e private*

[5]

V. [sentenza Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, n. 10 del 2011](#) relativa alle società costituite dalle università statali.

[6]

V. [sentenza Consiglio di Stato, sez. V, n. 3849/2013](#) che aveva così concluso: "...riguardato dal punto di vista dell'art. 15 l. n. 241/1990, il contratto non contiene una "disciplina" di attività comuni agli enti, ma compone un contrasto di interessi tra l'ente pubblico che, da un lato, grazie all'attività scientifica da essa 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. 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. Ne consegue che lo strumento impiegato è estraneo alla logica del coordinamento di convergenti attività di interesse pubblico di più enti pubblici, ma vede uno di questi fare ricorso a prestazioni astrattamente reperibili presso privati.

Quest'ultima notazione è fondamentale per escludere, dal punto di vista europeo, che il contratto in contestazione dia luogo ad *"una cooperazione tra enti pubblici finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune a questi ultimi"* (§ 34 della sentenza della Corte di Giustizia), giacché l'Università del Salento si pone rispetto ad essa nella veste di operatore economico privato, in grado di offrire al mercato servizi rientranti in quelli previsti nell'allegato II-A alla direttiva 2004/18/CE.

[7]

V. Parere sezione II n. 1899 del 2002; V. sentenza sez. VI n. 3897/2009, V. sentenza sezione V n. 5207/2011.