



Autorità Nazionale Anticorruzione

Aut. Naz. Anticorr. n. 1/2013

Autorità Nazionale Anticorruzione

Prot. Uscita del 01/10/2019

Numero: 0076484

Ufficio: SG - UVSF Ufficio Vigilanza Servizi e Forniture

All'Autorità di Sistema Portuale
del Mar Tirreno Centrale
Alla c.a. Segretario Generale p.t.

autportsa@pec.porto.salerno.it

Fascicolo n. 3306/2019/RS (da citare nelle comunicazioni)

Oggetto: Affidamento attività di monitoraggio atmosferico e acustico lavori di dragaggio Porto di Salerno. Del. Autorità di Sistema Portuale n.72/2019.

Comunicazione di avvio del procedimento e delle risultanze istruttorie.

Premesso che

La scrivente Autorità ha inviato alla S.A. in indirizzo una richiesta di informazioni, prot. ANAC 60927 del 26.7.2019, con la quale venivano richieste informazioni e documentazione relativamente alla procedura adottata per l'affidamento in oggetto.

In data 3.9.2019, prot. ANAC 68731, perveniva la risposta da parte dell'Autorità di Sistema Portuale del Mar Tirreno Centrale, con allegata la documentazione riguardante "Affidamento attività di monitoraggio atmosferico e acustico lavori di dragaggio Porto di Salerno".

Dall'esame della documentazione pervenuta, tra cui copia dell'Accordo stipulato tra la S.A. e il Consorzio Inter-Universitario, denominato "Centro Universitario per la Previsione e la Prevenzione dei Grandi Rischi (C.U.G.Ri.), è emerso che:

- a) La S.A. Autorità di Sistema Portuale del Mar Tirreno Centrale ha inteso affidare direttamente al C.U.G.Ri. l'incarico del piano di monitoraggio atmosferico e acustico ante operam, in corso d'opera e post operam e di uno studio specialistico finalizzato alla definizione degli interventi di mitigazione dell'impatto acustico, nell'ambito dei lavori di dragaggio dei fondali del Porto commerciale e del canale di ingresso e dei lavori di allargamento dell'imboccatura portuale del porto di Salerno;
- b) Tale affidamento diretto, come si evince a pag 3, 2° cpv., delle premesse dell'accordo sottoscritto tra le parti per l'espletamento dell'attività di monitoraggio in oggetto, viene giustificato ai sensi dell'art.15, comma 1, della l. 241/90 e s.m.i. in quanto veniva considerato che l'oggetto

www.anticorruzione.it

aspmcc.AOO-ADSP.REGISTRO UFFICIALE: I.0021493.01-10-2019.n.09:33

contrattuale concerneva la previsione di una attività di interesse comune tra le parti sottoscrittrici, come anche ribadito nella Delibera n.72/2019 della stessa Autorità portuale;

- c) L'importo delle "voci di spesa" di tale prestazione del C.U.G.Ri. veniva calcolato in €. 1.350.000,00 (IVA escl.) per l'attività complessivamente svolta e venivano previste (art.6 – Rimborso spese e fonte di finanziamento) del succitato "Accordo" tra le parti che gli importi da corrispondere all'affidatario venissero erogati il 30% entro 10gg. dalla stipula dell'Accordo, il 30% al termine della fase di monitoraggio ante-operam, il 15% dopo 6 mesi dalla data di inizio della fase in corso d'opera, il 15% dopo 18 mesi sempre dalla data di inizio in corso d'opera e il 5% 12 mesi dopo l'inizio della fase post-operam. La residua somma del 5% sarebbe stata erogata dopo 24 mesi dall'inizio della fase post-operam, previa rendicontazione del C.U.G.Ri. e approvazione della controparte S.A.

In relazione a quanto sopra, con la presente si comunicano le risultanze dell'istruttoria, con contestuale avvio del procedimento, ai sensi degli artt. 13 e seguenti del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici del 4 luglio 2018, pubblicato nella GURI n. 241 del 16 ottobre 2018 sulla base delle seguenti considerazioni.

Relativamente all'affidamento diretto del servizio al C.U.G.Ri., sembra opportuno evidenziare, in via preliminare, che ai sensi dell'art. 15 ("accordi tra amministrazioni"), comma 1, della l. 241/1990 e s.m.i. «anche al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 14, le amministrazioni pubbliche possono sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune». La norma è stata oggetto di interventi interpretativi da parte di questa Autorità, tra i quali in particolare la 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). In tale pronuncia l'Autorità ha in primo luogo affermato – anche sulla base delle considerazioni espresse dal giudice comunitario nella sentenza del 23 dicembre 2009, causa C-305/08 - che le Università possono operare sul mercato alla stregua degli altri operatori economici, atteso che l'art. 7, co. 1, lett. c), della l. 168/1989, include, tra le entrate degli Atenei, anche i corrispettivi di contratti e convenzioni, ed inoltre l'art. 66, del d.p.r. 382/1980 prevede che le Università possono eseguire attività di ricerca e consulenza, 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.

In secondo luogo, in ordine alla disposizione dell'art. 15 della l. 241/1990, l'Autorità ha sottolineato che la norma 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, in maniera gratuita e nell'obiettivo comune di fornire servizi indistintamente a favore della collettività. Sulla base delle indicazioni del giudice comunitario in materia (Corte di Giustizia, sent. Coditel Brabant, 13 novembre 2008, causa C-324/07 e sent. del 9 giugno 2009, causa C-480/06), l'Autorità ha quindi precisato i limiti del ricorso a tali accordi tra pubbliche amministrazioni, chiarendo che:

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

Anche la giurisprudenza è intervenuta con importanti pronunce in tema di accordi tra amministrazioni pubbliche ai sensi dell'art. 15 l. 241/1990, indagando (tra l'altro) sulla possibilità di ricondurre in tale istituto, l'affidamento di incarichi di ricerca e di studio alle Università da parte di pubbliche amministrazioni. Tra le varie pronunce, si segnala, anche per le affinità con il caso in esame, l'ordinanza della Corte di Giustizia UE del 16 maggio 2013, causa C-564/11, emessa in ordine alla domanda di pronuncia pregiudiziale ex art. 267 TFUE, proposta dal Consiglio di Stato con ordinanza n. 5207/2011. In detta pronuncia il giudice comunitario, intervenuto sull'istituto in esame, ha affermato che:

- 1) l'affidamento senza gara da parte di un'amministrazione aggiudicatrice di un contratto, contrasta con le norme ed i principi sull'evidenza pubblica comunitaria quando ha ad oggetto servizi i quali, pur riconducibili ad attività di ricerca scientifica, «ricadono, secondo la loro natura effettiva, nell'ambito dei servizi di ricerca e sviluppo di cui all'allegato II A, categoria 8, della direttiva 2004/18, oppure nell'ambito dei servizi d'urbanistica e dei servizi affini di consulenza scientifica e tecnica indicati nella categoria 12 di tale allegato» (punto 29);
- 2) non sussiste, per contro, l'obbligo della gara in caso di «contratti che istituiscono una cooperazione tra enti pubblici finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune a questi ultimi» (punto 35);
- 3) questa ipotesi è configurabile quando dette forme di cooperazione rispettino le seguenti condizioni: «siano stipulate esclusivamente tra enti pubblici, senza la partecipazione di una parte privata, che nessun prestatore privato sia posto in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti, e che la cooperazione da essi istituita sia retta unicamente da considerazioni ed esigenze connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico» (punto 36).

Sulla base di tali principi, il Consiglio di Stato, con sentenza n. 3130 del 23/06/2014, riguardo all'attribuzione a una Università di un incarico di studio e consulenza tecnico-scientifica per la redazione di Piano di Governo del Territorio di un ente locale committente - ha chiarito 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 debbano affidare attività economicamente contendibili e, conseguentemente, nell'escludere l'operatività di detti imperativi quando non vi siano rischi di distorsioni del mercato interno, giacché in questo caso vi sarebbe un'eccedenza dei mezzi rispetto agli scopi anzidetti. Visti nell'ottica del diritto europeo, dunque, 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, pertanto, quella di regolare le rispettive attività funzionali, purché di nessuna di queste possa appropriarsi uno degli enti stipulanti. Pertanto, qualora un'amministrazione si ponga rispetto all'accordo come operatore economico (ai sensi di quanto stabilito dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 23 dicembre 2009, in C 305/08), prestatore di servizi ex All. II-A 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. Negli accordi tra amministrazioni pubbliche ex art. 15 l. 241/1990, dunque, assume rilievo la posizione di equiordinazione tra le stesse, 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.

Tale convergenza difetta 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 al Consorzio tra Università di servizi che - pur riconducibili in astratto alla istituzionale funzione di ricerca scientifica e consulenza delle 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.

Sulla base di tali principi il Consiglio di Stato ha escluso la configurabilità di un accordo ex art. 15 l. 241/1990, in ordine all'affidamento ad una Università dell'incarico di ricerca e studio per la redazione del Piano di Governo del Territorio da parte di un comune. Analoghi principi sono stati espressi dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 19 dicembre 2012, causa C-159/11, resa in ordine alla domanda di pronuncia pregiudiziale proposta con ordinanza n. 966/2011 dal Consiglio di Stato, in ordine al contenzioso tra un Ordine degli ingegneri, una Asl e una Università, per l'affidamento a quest'ultima di un incarico di studio e valutazione della vulnerabilità sismica delle strutture ospedaliere della Provincia di competenza della ASL.

Ancora il Consiglio di Stato, con sentenza n. 3849 del 15 luglio 2013, e con analoghe motivazioni rispetto alla decisione n. 3130/2014 sopra richiamata, aveva 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. L'Università, infatti, si pone rispetto all'ente 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. Sulla base di tali considerazioni il giudice amministrativo ha escluso, anche per tale fattispecie, la riconducibilità della stessa nell'alveo degli accordi tra PA ai sensi della disposizione normativa in esame.

Ulteriori perplessità generano le condizioni contrattuali previste dall'Accordo all'art. 6, in quanto risultano previste corresponsioni di anticipazioni di particolare rilevanza per l'espletamento dell'oggetto dell'Accordo che non paiono effettivamente tutelare la controparte affidataria ai fini della corretta esecuzione delle attività concordate. Infatti, la previsione di una corresponsione del 30% dell'importo totale (pari a €.405.000,00) entro 10 gg. dalla stipula dell'Accordo sembrerebbe accordare un consistente vantaggio economico al Consorzio Inter Universitario non giustificato, apparentemente, da costi di materiale sufficientemente dettagliati nel "Quadro Economico" del Piano di Monitoraggio allegato dalla Autorità Portuale che, in effetti, contiene una descrizione talmente generica del materiale inventariabile (lett. a) e del materiale di consumo (lett. e) da non poter essere facilmente valutabile in termini di riscontro contabile. Per di più a tutela dell'interesse pubblico della corretta esecuzione di dette attività delegate al C.U.G.Ri., la S.A. concorda una percentuale del 5% (pari a €.67.500,00) che non appare congrua a soddisfare la piena tutela dell'interesse pubblico a garanzia dell'esecuzione della prestazione a regola d'arte.

Al fine di valutare eventuali margini di intervento dell'Autorità, nonché consentire un puntuale esame della fattispecie, si chiede l'invio di una memoria volta a controdedurre a quanto sopra contestato.

Ai sensi dell'art. 213 comma 13 del d.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016 si indica per il riscontro e la presentazione di memorie il termine di **30 giorni** dalla data di ricevimento della presente.

Si comunica che l'Ufficio competente è l'Ufficio Vigilanza Servizi e Forniture ed il Responsabile del procedimento è l'ing. _____, Dirigente p.t. del suddetto Ufficio.

Si comunica, altresì, che il termine di conclusione del procedimento istruttorio è di 180 giorni a decorrere dalla data di scadenza del termine assegnato per la presentazione di memorie.


Il Dirigente

