

Parere Aut. vig. sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture 18/4/2012 n. AG 1/12

Attività di progettazione affidata tramite convenzione a consorzio di bonifica.

Al Consorzio di Bonifica Montana del Gargano

Alla Regione Puglia

Al Comune di Cagnano Varano

Al Comune di Carpino

Al Comune di Ischitella

Al Comune di Mattinata

Al Comune di Monte Sant'Angelo

Al Comune di Peschici

Al Comune di Vico del Gargano

Al Comune di Vieste

Al Comune di Manfredonia

Al Comune di Rignano Garganico

Al Comune di San Giovanni Rotondo

Al Comune di San Marco in Lamis

Al Comune di San Nicandro Garganico

Al Comune di Apricena

Al Comune di Isole Tremiti

Al Comune di San Ferdinando di Puglia

Oggetto: richiesta di parere ai sensi del Regolamento interno sulla istruttoria dei quesiti giuridici – Consorzio di Bonifica Montana del Gargano – Attività di progettazione affidata tramite convenzione a consorzio di bonifica.

In esito a quanto richiesto dal Consorzio di Bonifica Montana del Gargano (di seguito, per brevità, Consorzio o Istante), con nota pervenuta in data 1 dicembre 2011, acquisita al

protocollo dell'Autorità n. 119758/2012, si comunica che il Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 18 aprile 2012 ha approvato le seguenti considerazioni.

Il Consorzio ha svolto e svolge attività di progettazione – in particolare attività di difesa del suolo e ingegneria naturalistica – destinate principalmente alla richiesta e all'utilizzo di fondi comunitari, nazionali e regionali a favore di amministrazioni comunali, sulla base di convenzioni stipulate ai sensi dell'art. 90, co. 1 lett. b) del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e dell'art. 30 d. lgs. 18 agosto 2007 n. 267. L'Istante, sollecitato da alcune stazioni appaltanti convenzionate, interroga l'Autorità sulla legittimità di tali affidamenti e, in caso di risposta affermativa, sulla modalità di determinazione del corrispettivo per l'attività di progettazione. È stato richiesto, in particolare, se è corretto che le convenzioni stipulate tra il Consorzio e i comuni prevedano che il corrispettivo per il Consorzio, che comunque risulta inferiore ai prezzi di mercato, comprenda o meno una voce forfettaria relativa alle spese generali.

Ritenuta la questione rilevante dal punto di vista giuridico ed economico, è stato avviato il procedimento ex art. 4 del Regolamento sulla istruttoria dei quesiti giuridici, dandone contestuale notizia – con nota in data 10 gennaio 2012, prot. n. 2010 – al Consorzio, ai comuni interessati, in quanto il loro territorio ricade, in tutto e in parte, in quello del Consorzio, e alla Regione Puglia.

Successivamente, l'Istante presentava una memoria procedimentale acquisita al protocollo dell'Autorità n. 8045 in data 25 gennaio 2012, nella quale si ribadiva quanto espresso nell'Istanza di parere con argomentazioni della quali si dà brevemente conto. L'Istante, in forza della propria natura "pubblica" e sulla base della esplicita previsione di cui all'art. 90, co. 1, lett. b) del d. lgs. 163/2006, sarebbe legittimato a svolgere attività di progettazione insieme e per conto di altre amministrazioni, nello specifico comuni. Si tratterebbe, sostanzialmente, di una delle forme di realizzazione della progettazione interna all'amministrazione. In tal modo, peraltro, verrebbero conseguiti rilevanti risparmi di spesa per le finanze pubbliche, poiché l'attività dell'Istante è remunerata a prezzi inferiori rispetto a quelli di mercato. A tale specifico riguardo, peraltro, l'Istante evidenzia di essere comunque un ente di "tipo economico, che come tale impronta la propria attività al raggiungimento dell'equilibrio di bilancio e tale obiettivo sarebbe irraggiungibile, stanti i costi (umani ed economici) che lo stesso sostiene nella redazione degli elaborati progettuali, se per tale attività non percepisse un compenso vero e proprio, a nulla valendo la circostanza che trattasi in questo caso di soggetto non di diritto privato". Inoltre, l'Istante rappresenta che parametrare il corrispettivo per il Consorzio con l'incentivo previsto per la progettazione interna non sarebbe corretto, in quanto il rapporto convenzionale intercorre tra il Consorzio e l'amministrazione interessata, mentre l'incentivo premiante riguarderebbe i rapporti tra una stazione appaltante e i propri dipendenti. Il Consorzio, infine, rappresenta che la effettiva corresponsione del corrispettivo è comunque subordinata al buon esito del procedimento di erogazione di contributi comunitari, nulla essendo dovuto in caso di esito negativo.

Successivamente, con note acquisite al protocollo dell'Autorità n. 7460 in data 24 gennaio 2012 e n. 8439 in data 26 gennaio 2012, la Città di Apricena e il Comune di Rignano Garganico hanno entrambi manifestato interesse alla soluzione del quesito, evidenziando i risparmi di spesa e di tempo che il ricorso alle convenzioni con il Consorzio assicurano.

In via preliminare si ritiene necessario procedere al corretto inquadramento della natura del Consorzio e delle convenzioni che quest'ultimo sottoscrive con i Comuni interessati.

I Consorzi di bonifica sono disciplinati dal r.d. 13 febbraio 1933 n. 215, dall'art. 862 codice civile, dalla l. 25 luglio 1952 n. 991 (sui consorzi di bonifica montani) e, per quanto di specifico interesse in questa sede, dalla L.R. Puglia 13 marzo 2012, n. 4. Ad ogni modo, la personalità giuridica di diritto pubblico del Consorzio di bonifica è pacifica in dottrina e in giurisprudenza che, in particolare, qualifica normalmente detti consorzi quali enti pubblici economici. Con particolare riferimento al diritto dei contratti pubblici, peraltro, si rileva che i Consorzi di bonifica sono elencati nell'allegato III del d. lgs. n. 163/2006, recante elenco degli organismi e delle categorie di organismi di diritto pubblico nei settori ordinari. In virtù di tale previsione il Consorzio di cui trattasi è, fino a prova contraria, un organismo di diritto pubblico e, pertanto, un'amministrazione aggiudicatrice.

Con riferimento alle attività di progettazione, le lettere a), b) e c) del comma 1 dell'art. 90 del d. lgs. n. 163/2006 disciplinano, con disposizioni già contenute nell'art. 17 della l. 11 febbraio 1994, n. 109, la c.d. progettazione interna alle stazioni appaltanti. L'obiettivo perseguito dal legislatore è stato ed è quello di ottenere risparmi di spesa attraverso la valorizzazione delle professionalità presenti nelle amministrazioni, che vengono peraltro gratificate attraverso la corresponsione dell'incentivo. Più in generale, si osserva, che le disposizioni di cui alle lettere b) e c) costituiscono delle species del genus degli accordi tra amministrazioni di cui all'art. 15 della l. 7 agosto 1990, n. 241.

Ciò doverosamente premesso, si ritiene che il Consorzio istante, in virtù dell'esplicita previsione dell'art. 90, co. 1, lett. b) possa stipulare, con alcune limitazioni di cui melius infra, le convenzioni di cui all'art. 30 del d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267 con i soggetti indicati dalla disposizione: "i comuni, i rispettivi consorzi e unioni, le comunità montane, le aziende unità sanitarie locali, i consorzi, gli enti di industrializzazione e gli enti di bonifica". Si ritiene, però, che l'art. 90, co. 1 lett. b), debba oggi essere interpretato alla luce della legislazione e della giurisprudenza comunitaria in materia di cooperazione tra amministrazioni pubbliche o, con diversa espressione, PPP – partenariato pubblico - pubblico.

Costituisce ius receptum che i contratti a titolo oneroso stipulati tra amministrazioni aggiudicatrici, al di fuori dei casi di in house providing, costituiscono a tutti gli effetti contratti pubblici e sono, pertanto, disciplinati dalle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE (ex plurimis CGUE, sent. 9 giugno 2009, causa C-480/06, punto 33). Ciononostante, la giurisprudenza della Corte di Giustizia, seguita più di recente da un atto del Parlamento Europeo, ha riconosciuto che in determinate circostanze è ammesso che distinte amministrazioni aggiudicatrici possano stipulare tra di loro convenzioni per la prestazione o gestione di servizi di interesse comune: "lo scopo del partenariato è l'esecuzione di un compito di servizio pubblico spettante a tutte le autorità locali in questione; il compito è svolto esclusivamente dalle autorità pubbliche in questione, cioè senza la partecipazione di privati o imprese private; l'attività in questione è espletata essenzialmente per le autorità pubbliche coinvolte" (Parlamento Europeo, Risoluzione del 18 maggio 2010). L'Autorità ha ulteriormente chiarito che "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" (AVCP, determinazione 21 ottobre 2010, n. 7. Si vedano anche le deliberazioni 8 febbraio 2012, n. 14 e 27 luglio 2010, n. 50).

Nel caso sottoposto all'attenzione dell'Autorità, le condizioni richieste dall'ordinamento comunitario potrebbero ricorrere in tutti i casi in cui l'attività di progettazione svolta congiuntamente dal Consorzio e dagli uffici tecnici comunali riguardi la realizzazione di opere pubbliche che siano comunque strumentali al perseguimento delle finalità istituzionali attribuite al Consorzio medesimo dalla legge. Si ritiene che possano rientrare tra i lavori e le attività di interesse comune la difesa del suolo e le opere di ingegneria naturalistica da candidare per l'ottenimento di finanziamenti comunitari, nazionali e regionali. È appena il caso di specificare, però, che si ritiene di escludere che possa sussistere interesse del Consorzio a svolgere la suddetta attività di progettazione nel caso di opere ricadenti in un ambito geografico esterno rispetto a quello del comprensorio. L'attività di progettazione, infatti, deve essere svolta non solamente nell'interesse e su incarico del comune di volta in volta interessato, ma anche nell'interesse del Consorzio che contribuendo alla realizzazione di determinate opere realizza gli interessi la cui cura gli è stata attribuita dalla legge. Parimenti, è necessario che la convenzione con il Consorzio, in conformità con la Risoluzione del Parlamento Europeo citata, preveda espressamente il divieto di esternalizzazione da parte del Consorzio dell'attività di progettazione.

Con riferimento alla questione del corrispettivo spettante al Consorzio, invece, si rappresenta che, secondo quanto specificato dall'Autorità nel precedente citato, i movimenti finanziari tra i soggetti coinvolti devono qualificarsi come rimborso delle spese effettivamente sostenute e documentate mentre, in nessun modo, deve essere ritenuta ammissibile la corresponsione di somme che possano costituire un corrispettivo per l'attività svolta. Ciò detto, tra le modalità di pagamento che il Consorzio indica nella richiesta di parere, deve certamente essere privilegiato il rimborso a piè di lista rispetto a quello forfettario, in quanto il primo, per definizione, è riconosciuto solo sulla base di spese documentate (per una fattispecie in cui il rimborso forfettario è stato ritenuto incompatibile con un sistema di mero rimborso delle spese si veda CGUE 29 novembre 2007, causa C-119-06, punto 48). Parimenti, sembra corretto prevedere che il suddetto rimborso spese sia versato solamente nel caso in cui il finanziamento venga effettivamente erogato: il Consorzio, infatti, è direttamente interessato alla realizzazione dell'opere (altrimenti non potrebbe svolgere la progettazione in regime di convenzione) e, pertanto, è tenuto a sopportare insieme al comune il rischio derivante dalla mancata accettazione della domanda di contributo.

Avv. Giuseppe Busia