

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957

# Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici

Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola

Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604

2021 - Anno XLII

## **GLI ACCORDI EX ART. 15 DELLA LEGGE 241/90 QUALI STRUMENTI DI REGOLAZIONE DEI RAPPORTI TRA UNA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E UN ENTE PUBBLICO DI RICERCA**

di Liborio Capozzo e Antonella Gorga, CONSIGLIO NAZIONALE DELLE RICERCHE

### **PREMESSA**

Al fine di regolamentare attività di comune interesse, le Pubbliche Amministrazioni, intendendosi tutti i soggetti di diritto pubblico (ivi inclusi gli enti pubblici di ricerca), in quanto dotate di capacità giuridica generale, possono scegliere l'adozione di atti di natura privatistica<sup>1</sup> oppure moduli pubblicistici, fermo restando il rispetto del principio di legalità.

In particolare, l'art. 15 della legge n. 241/90<sup>2</sup> rappresenta un referente normativo così generico nella sua formulazione al punto da configurarsi come una vera e propria norma "in bianco" con la conseguenza che è rimesso all'apprezzamento discrezionale delle parti pubbliche coinvolte la valutazione circa l'opportunità di pervenire ad un accordo di collaborazione e, dunque, alla

<sup>1</sup> L'art. 1bis della legge 241/90 prevede che "La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente".

<sup>2</sup> Articolo rubricato (Accordi fra pubbliche amministrazioni) – "1. 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. 2. Per detti accordi si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni previste dall'articolo 11, commi 2 e 3. 2-bis. A fare data dal 30 giugno 2014 gli accordi di cui al comma 1 sono sottoscritti con firma digitale, ai sensi dell'articolo 24 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, con firma elettronica avanzata, ai sensi dell'articolo 1, comma 1, lettera q-bis), del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, ovvero con altra firma elettronica qualificata, pena la nullità degli stessi. Dall'attuazione della presente disposizione non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico del bilancio dello Stato. All'attuazione della medesima si provvede nell'ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie previste dalla legislazione vigente."

definizione concreta delle clausole negoziali che sostanziano il contenuto dello stesso.

La genericità delle disposizioni contenute nell'art. 15 della legge 241/90 potrebbe determinare, in linea di principio, la regolamentazione di attività che ben potrebbero essere oggetto di affidamento ad un soggetto di natura privatistica mediante procedure di selezione disciplinate nel codice dei contratti pubblici<sup>3</sup> con la conseguenza che l'accordo risulti in violazione delle ridette norme ed, in quanto tale, nullo sotto il profilo giuridico.

Nel presente lavoro ci si interroga se, gli accordi tra Pubbliche Amministrazioni ex art. 15 della legge 241/90, con particolare riguardo a quelli stipulati tra una Pubblica Amministrazione ed un Ente Pubblico di Ricerca, debbano essere considerati quali atti preordinati al perseguimento di uno scopo comune, tesi ad instaurare una collaborazione tra parti pubbliche per il perseguimento di un'attività di interesse pubblico generale oppure se l'art. 15, debba essere considerato quale genus di tutti gli accordi tra pubbliche amministrazioni.

## **INTRODUZIONE**

Negli ultimi anni, la legislazione in materia di atti e procedimenti amministrativi si è evoluta da un modello di esercizio di tipo autoritativo-unilaterale della potestà amministrativa ad un modello di esercizio di tipo consensuale-contrattuale. A tal riguardo e per il tema che ci occupa, vale la pena sottolineare che il referente normativo contenuto nell'art. 15 della legge 241/90 prima facie, sembrerebbe un necessario strumento funzionale alla definizione di accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento di cui all'art. 11, commi 2 e 3, della legge in parola<sup>4</sup> stipulati tra la Pubblica

<sup>3</sup> DECRETO LEGISLATIVO 18 aprile 2016, n. 50 - Codice dei contratti pubblici - (in GU n. 91 del 19-04-2016 - Supplemento Ordinario n. 10).

<sup>4</sup> Legge 241/90 - Art. 11. (Accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento). Comma 2. Gli accordi di cui al presente articolo debbono essere stipulati, a pena di nullità per atto scritto, salvo che la legge disponga altrimenti. Ad essi si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili. Gli accordi di cui al presente articolo devono

Amministrazione e i privati, non già uno strumento generico di regolazione dei rapporti tra Pubbliche Amministrazioni. Invero, la legge 241/90 ha sancito il principio di contrattualità dell'azione amministrativa, ossia il principio in forza del quale il modulo convenzionale/contrattuale di regolazione dei rapporti tra Pubblica Amministrazione e cittadino diventa strumento fondamentale dell'azione amministrativa. Sicché, gli accordi ex art. 15 si configurano come fonte generale del potere di stipulare accordi da parte delle Pubbliche Amministrazioni<sup>5</sup> ed anche genus di tutti gli accordi tra le stesse.

Dunque, mentre l'art. 11 costituisce il generale riconoscimento della possibilità di concludere accordi con i soggetti privati interessati direttamente al provvedimento, l'art. 15 integra il generale riconoscimento della possibile conclusione di accordi come modalità di svolgimento dell'attività amministrativa nell'esercizio di funzioni e nel connesso perseguimento di interessi pubblici, coinvolgente più soggetti pubblici, in un quadro di semplificazione dell'attività amministrativa.

Oltre al requisito oggettivo dell'attività di comune interesse, la dottrina ha altresì precisato che questi accordi hanno i loro caratteri essenziali nella collaborazione e nella comunione di scopo. Il Prof. M.S. Giannini ha qualificato gli accordi ex art. 15 come "accordi organizzativi" mentre la giurisprudenza<sup>6</sup> ha chiarito che "le attività di interesse comune" disciplinate attraverso accordi ex art. 15 possono riguardare anche "attività materiali da svolgere nell'espletamento di un pubblico servizio e direttamente in favore della collettività".

Recentemente, la giurisprudenza del TAR ha precisato che "Qualora non sia riscontrabile l'interesse comune tra pubbliche amministrazioni, cioè una cooperazione tra enti pubblici finalizzata a garantire l'adempimento di una

essere motivati ai sensi dell'articolo 3. Comma 3. Gli accordi sostitutivi di provvedimenti sono soggetti ai medesimi controlli previsti per questi ultimi.

<sup>5</sup> Elio Casetta – Manuale di Diritto Amministrativo, Quindicesima edizione, Giuffrè Editore, 2013, pag. 661.

<sup>6</sup> *Ex multis*: Consiglio di Stato, sez. VI, 8 aprile 2001, n. 1902; TAR Lombardia, Milano, sez. III, 16 marzo 2005, n. 612.

funzione di servizio pubblico comune a questi ultimi, o qualora le prestazioni da affidare abbiano natura patrimoniale e siano astrattamente reperibili presso privati, non è configurabile un accordo ai sensi dell'art. 15 della legge 241/90, non essendo ammissibile l'affidamento diretto ad altra amministrazione, ma occorre indire una procedura selettiva pubblica"<sup>7</sup>.

Non solo, laddove si optasse per la forma negoziale richiamata all'art. 15 della legge 241/90 sarebbe necessario correlare la ridetta norma con la disposizione contenuta all'art. 5, comma 6, del d.lgs. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici)<sup>8</sup> a tenore del quale la cooperazione tra Amministrazioni è ammissibile ove vengano assicurate le condizioni essenziali ovvero sia che: i) l'accordo stabilisca che i servizi pubblici vengano prestati per conseguire obiettivi comuni tra le Amministrazioni, che ii) l'attuazione di tale cooperazione sia retta esclusivamente da considerazioni inerenti l'interesse pubblico, e che iii) le Amministrazioni partecipanti svolgano sul mercato aperto non meno del 20% delle attività interessate dalla cooperazione. Vale la pena ricordare, al riguardo, che il mercato a cui fa riferimento la disposizione in parola è declinato al successivo comma 7 della richiamata norma contenuta nel d.lgs. 50/2016<sup>9</sup>, il quale prevede che "per determinare la percentuale delle attività di cui al comma 1, lettera b), e al comma 6, lettera c) (dell'art. 5 ndr), si prende in considerazione il fatturato totale medio, o una idonea misura alternativa basata sull'attività, quale i costi sostenuti dalla persona giuridica o amministrazione

<sup>7</sup> TAR Palermo, Sezione I, sentenza n. 2259 del 24/09/2019.

<sup>8</sup> DECRETO LEGISLATIVO 18 aprile 2016, n. 50 - Codice dei contratti pubblici - (in GU n. 91 del 19-04-2016 - Supplemento Ordinario n. 10). Art. 5 – Comma 6. Un accordo concluso esclusivamente tra due o più amministrazioni aggiudicatrici non rientra nell'ambito di applicazione del presente codice, quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) l'accordo stabilisce o realizza una cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti, finalizzata a garantire che i servizi pubblici che essi sono tenuti a svolgere siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che essi hanno in comune; b) l'attuazione di tale cooperazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico; c) le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 per cento delle attività interessate dalla cooperazione.

<sup>9</sup> DECRETO LEGISLATIVO 18 aprile 2016, n. 50 - Codice dei contratti pubblici - (in GU n. 91 del 19-04-2016 - Supplemento Ordinario n. 10). Art. 5 – Comma 7 - Per determinare la percentuale delle attività di cui al comma 1, lettera b), e al comma 6, lettera c), si prende in considerazione il fatturato totale medio, o una idonea misura alternativa basata sull'attività, quale i costi sostenuti dalla persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore nei settori dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto o della concessione.

aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore nei settori dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto o della concessione.". Sicché, appare evidente come tale norma possa trovare difficile applicazione laddove si consideri che i soggetti interessati al ridetto accordo siano, per esempio, un Comune ed un Ente Pubblico di Ricerca.

Va poi evidenziato e, per quanto di pertinenza, richiamato nel presente documento, il parere della Corte dei Conti – Sezioni riunite in sede di controllo del 27/07/2018 laddove precisa che "Da quanto appena precisato discende, a contrario, che nell'ambito dell'accordo tra amministrazioni (ex art. 15 legge 241/90 ndr), i movimenti finanziari tra i soggetti potranno configurarsi solo come mero ristoro dei costi funzionali all'attuazione degli obiettivi previsti dall'accordo (al di fuori, quindi del perimetro delle spese di personale e delle altre ordinarie di funzionamento che comunque l'ente deve sostenere) e non come corrispettivo per i servizi resi (deve quindi escludersi l'utile d'impresa) e comunque non a carico di una sola delle parti contraenti".

Deve ulteriormente precisarsi che l'accordo di cui al più volte richiamato art. 15 della legge n. 241/90 presuppone sempre e comunque "un risparmio di mezzi e risorse finanziarie", dovendosi in caso diverso fare ricorso alle "ordinarie procedure di gara per l'acquisizione del servizio".

Dunque, il facile ricorso all'art. 15 della legge 241/90 nell'ambito degli accordi tra Pubbliche Amministrazioni trova alcune limitazioni la conoscenza delle quali presuppone un approfondimento del quadro normativo di riferimento.

## **QUADRO NORMATIVO DI RIFERIMENTO: PRINCIPALI DIFFERENZE TRA ACCORDI ORGANIZZATIVI E ACCORDI DI PROGRAMMA**

Il richiamato modello evolutivo di esercizio della potestà autoritativa di tipo consensuale-contrattuale trova la sua estrinsecazione negli accordi integrativi e sostitutivi del procedimento amministrativo di cui all'art. 11 della legge 241/90

e negli accordi di programma di cui all'art. 34 del d.lgs. 267/00 (Testo unico sull'ordinamento degli Enti locali)<sup>10</sup>. I primi sono accordi stipulati tra la Pubblica Amministrazione ed i soggetti privati mentre i secondi sono stipulati tra i diversi soggetti pubblici.

Particolari sono i rapporti tra i referenti normativi dei ridetti accordi: in particolare, si discute se l'art. 15 della legge n. 241/90, che di fatto richiama l'art. 11 della medesima legge e l'art. 34 d.lgs. n. 267/00 facciano riferimento allo stesso istituto o se, tramite questi, il legislatore abbia inteso definire ipotesi differenti. Occorre, infatti, precisare che la previsione introdotta dall'art. 15 della legge n. 241/90 è, come detto, più ampia di quella dell'art. 34 del d.lgs. n. 267/90, in quanto la legge 241/90 dispone, in maniera generica, la possibilità di stipulare accordi finalizzati alla disciplina in collaborazione di attività di interesse comune, senza specificare l'oggetto, delimitare la natura dei soggetti pubblici legittimati e dette procedure, limitandosi, quanto alla disciplina, ad operare un rinvio ai commi 2, 3 e 5 dell'art. 11 della legge n. 241/90. Sicché, si è in presenza di accordi (atipici) di tipo organizzativo, stipulabili da tutti i soggetti di natura pubblica, su ogni materia di loro competenza, senza specifiche procedure. Risulta pertanto evidente la valenza generale rivestita dagli accordi organizzativi di cui al citato art. 15, in forza del quale gli enti pubblici possono "sempre" utilizzare lo strumento convenzionale per concludere tra loro accordi volti a disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune.

Diversamente, l'art. 34 del d.lgs. n. 267/00 prevede una disciplina particolarmente dettagliata: fa riferimento a specifiche tipologie di interventi (definizione e attuazione di opere, di interventi o di programmi di intervento),

<sup>10</sup> DECRETO LEGISLATIVO 18 agosto 2000, n. 267 - Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali. Articolo 34 - Accordi di programma. 1. Per la definizione e l'attuazione di opere, di interventi o di programmi di intervento che richiedono, per la loro completa realizzazione, l'azione integrata e coordinata di comuni, di province e regioni, di amministrazioni statali e di altri soggetti pubblici, o comunque di due o più tra i soggetti predetti, il presidente della regione o il presidente della provincia o il sindaco, in relazione alla competenza primaria o prevalente sull'opera o sugli interventi o sui programmi di intervento, promuove la conclusione di un accordo di programma, anche su richiesta di uno o più dei soggetti interessati, per assicurare il coordinamento delle azioni e per determinarne i tempi, le modalità, il finanziamento ed ogni altro connesso adempimento.

individua quali amministrazioni possono far parte dell'accordo e ne scandisce il relativo iter procedimentale. All'opinione di chi ritiene che le norme in questione riguardino istituti distinti, si contrappone la tesi prevalente, in dottrina e giurisprudenza, che propende per un rapporto di specialità e non di incompatibilità, nel quale l'art. 15 della legge n. 241/90 rappresenta la figura generale degli accordi tra amministrazioni (genus) e l'art. 34 del d.lgs. 267/00 ne è una sottocategoria (species), con una peculiare caratterizzazione quanto ai soggetti (per lo più enti locali) e soprattutto dall'oggetto (opere pubbliche di una certa complessità e rilievo politico-sociale). Dal rapporto di genere a specie deriva che la particolare disciplina dell'accordo ex art. 34 d.lgs. 267/00 deroga alla disciplina dell'art. 15 della legge n. 241/90, il quale quindi potrà trovare applicazione solo in presenza di lacune dello stesso art. 34.

Entrambi gli articoli, comunque, si caratterizzano per il porsi come momenti di autolimitazione a monte rispetto alla successiva attività amministrativa di esecuzione dell'accordo: una fonte di regole che pur essendo il frutto di una sequenza procedimentale possiede come elemento caratterizzante quello del consenso.

Pur trovandosi, peraltro, i due istituti in rapporto di genere a specie, occorre segnalare che accordo di programma e accordi organizzativi assolvono ad una diversa funzione: i primi sono strumenti "direzionali" ad azione doverosa; i secondi sono strumenti caratterizzati da una maggiore libertà di contenuti e, quanto all'adozione, discrezionali.

Ciò fa sì che gli accordi ex art. 15 della legge n. 241/90 siano dotati di maggiori potenzialità in un'ottica di semplificazione, ma questo implica anche che i due strumenti possano essere utilizzati contemporaneamente secondo quello che è lo schema tipizzato nella normativa in tema di programmazione negoziata.

Un profilo problematico che viene in rilievo nel rapporto tra i due articoli attiene, invece, alla giurisdizione.

L'art. 11 della legge n. 241/90, in tema di accordi tra Pubbliche Amministrazioni e privati, afferma la giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo, la quale, in virtù del rinvio operato dall'art. 15 al dettato dell'art. 11, comma 5, finisce per estendersi anche agli accordi tra Pubbliche Amministrazioni. Ci si è chiesti se con riferimento agli accordi di programma di cui all'art. 34 d.lgs. n. 267/00 operi tale rinvio o se per questi valga l'ordinario criterio di riparto di giurisdizione.

Per l'orientamento maggioritario, fatto proprio anche dal Consiglio di Stato, dal rapporto di specialità discende che la disciplina relativa al genus sia applicabile alla species per tutto quanto quest'ultima espressamente non preveda; con la conseguenza che, tacendo l'art. 34 d.lgs. n. 267/00 in tema di giurisdizione, troverà applicazione il disposto dell'art. 15 legge n. 241/90.

Esaminando gli ulteriori aspetti della previsione normativa contenuta nell'art. 15 della legge n. 241/90, si evidenzia il rinvio operato ai commi 2, 3 e 5 dell'art. 11 della stessa legge. Dalla lettura dell'art. 11 della legge n. 241/90, appare evidente che non sono applicabili agli accordi ex art. 15 né la norma sulla forma, né quella sui controlli per gli accordi sostitutivi di procedimenti.

Sono invece applicabili la norma sulla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (comma 5), come detto, e la disposizione che fa rinvio ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti, per quanto compatibili.

La circostanza del mancato rinvio al comma 1 dell'art. 11 della legge n. 241/90, il quale prevede che l'accordo debba essere caratterizzato da un vincolo di scopo rispetto all'interesse pubblico, si spiega con l'inutilità del suddetto rinvio, visto che l'accordo interviene solo tra amministrazioni la cui attività è (dovrebbe essere) naturalmente deputata al perseguimento di interessi pubblici (seppur generali).

Inoltre, lo stesso art. 15 della legge n. 241/90, nell'affermare che lo strumento degli accordi può essere utilizzato dalle amministrazioni per le finalità istituzionali, opera un chiaro richiamo al vincolo di scopo.

Maggiori perplessità, invece, suscita il mancato richiamo al comma 4 dell'art. 11 della legge n. 241/90, in tema di recesso della Pubblica Amministrazione per sopravvenute ragioni di interesse pubblico. Secondo una preliminare esegesi, il mancato rinvio al comma 4 dell'art. 11 della legge n. 241/90 non toglie che l'amministrazione, secondo il principio generale dell'inesauribilità del potere pubblico, possa sempre recedere dall'accordo, senza, peraltro, risentire dei limiti dei motivi sopravvenuti nel caso di recesso da accordo tra amministrazione e privati. La circostanza che non sia previsto un indennizzo a favore delle amministrazioni che subiscono il recesso trova inoltre fondamento nel fatto che l'art. 11, comma 4, della legge n. 241/90 è strutturato in modo tale da approntare una tutela al significativo affidamento che viene ingenerato nel soggetto privato a seguito dell'accordo. Analogo affidamento, invece, il legislatore non ha ritenuto si generi nel caso di accordi tra Pubbliche Amministrazioni.

### **LA NATURA GIURIDICA DEGLI ACCORDI EX ART. 15 LEGGE 241/90**

L'art. 15 della legge n. 241/90, attraverso il rinvio operato al comma 2 dell'art. 11 della medesima norma, prevede l'applicabilità agli accordi in parola dei principi del codice civile in materia di contratti e obbligazioni, in quanto compatibili.

Tale previsione riguarda anche gli accordi di programma ex art. 34 d.lgs. n. 267/00, in virtù, come detto, del rapporto di genere a specie che li lega alla figura generale contenuta nell'art. 15 della legge n. 241/90. Sicché, ci si interroga se, gli accordi tra Pubbliche Amministrazioni possono godere di tutela civilistica ed, in particolare, dei rimedi tipici contro l'inadempimento contrattuale.

Preliminare alla soluzione del problema in esame è la questione della natura giuridica, privata o pubblica, di tali accordi.

Secondo i sostenitori della tesi privatistica, si è in presenza di accordi di natura negoziale retti dalla disciplina del codice civile, pur avendo un oggetto di natura pubblicistica. A sostegno di tale tesi si porta, innanzitutto, il rinvio normativo operato dall'art. 15 della legge n. 241/90 all'art. 11 della stessa legge.

Altro argomento, di natura testuale, si basa sulla lettera dell'art. 34 del d.lgs. n. 267/00 che adopera l'espressione "concordano l'accordo", indizio della natura negoziale/contrattuale dell'istituto in esame.

Un terzo argomento riguarda, più a monte, la possibilità che l'interesse pubblico sia oggetto di accordo; il contrario assunto, secondo cui l'esercizio della funzione pubblica sarebbe indisponibile (essendo il raggiungimento dell'interesse pubblico necessitato) è tuttavia superabile considerando che la Pubblica Amministrazione conserva, comunque, margini di disponibilità dell'interesse, quantomeno in ordine ai tempi, modi e mezzi di realizzazione.

Aderendo alla tesi privatistica, si dovrebbe concludere per l'esistenza di una posizione di diritto soggettivo in capo a ciascuna amministrazione nei confronti dell'altra circa l'attuazione dell'accordo, per cui tutti gli atti o provvedimenti emessi in violazione degli impegni assunti nell'accordo determinerebbero un inadempimento contrattuale. Ciò, in quanto, la discrezionalità della Pubblica Amministrazione inerte si esaurirebbe al momento dell'accordo, a seguito del quale rimane vincolata sulle posizioni che in questo si sono cristallizzate.

Di conseguenza, se un'amministrazione rifiutasse di adottare i provvedimenti o gli atti concordati, l'altra potrebbe attivare tutte le forme di tutela previste dal codice civile nell'ipotesi di inadempimento: risoluzione per inadempimento, risarcimento del danno per inadempimento, eccezione di inadempimento, tutela in forma specifica ai sensi dell'art. 2932 c.c.

La tesi prevalente tende a considerare tali accordi come contratti ad oggetto pubblico regolati dal diritto comune.

Tuttavia, l'uso del termine "accordo" al posto di "contratto" e il richiamo all'applicazione dei principi del codice civile, che non sarebbe altrimenti necessario, fanno intendere che non c'è identità di natura giuridica tra fattispecie negoziale e accordo lasciando all'interprete la ponderazione circa l'applicabilità delle norme relative al contratto alle fattispecie degli accordi.

I sostenitori della natura pubblicistica negano che dall'accordo possano discendere posizioni di diritto soggettivo rispetto all'adozione di determinati atti o provvedimenti, in quanto le singole amministrazioni rimangono titolari di un potere pubblicistico.

Tale dottrina esclude, quindi, la possibilità per le parti di ricorrere ai rimedi privatistici in caso di inadempimento.

Così, ad esempio, nel caso in cui l'accordo di programma preveda che più amministrazioni debbano adottare provvedimenti, si evidenzia l'impossibilità per un'amministrazione di avvalersi della eccezione di inadempimento e, dunque, di rifiutarsi di adempiere ai propri impegni finché perduri l'inadempimento altrui.

Ciò in quanto, essendo preminente il perseguimento dell'interesse pubblico, la mancata adozione di altro provvedimento non può valere come fattore ostativo rispetto all'obbligo per l'amministrazione non inadempiente di adottare il provvedimento per il quale si era impegnata. Si ritiene, invece, che qualora l'inadempimento si concreti nell'emanazione di un atto difforme rispetto a quello che l'amministrazione avrebbe dovuto emanare in base all'accordo, tale provvedimento potrà essere impugnato, in quanto viziato per eccesso di potere, dalle altre amministrazioni interessate.

## **APPLICABILITÀ AGLI ACCORDI EX ART. 15 DEI PRINCIPI CONTENUTI NEL CODICE CIVILE IN MATERIA DI OBBLIGAZIONI E CONTRATTI**

Nella ricostruzione appena svolta circa il regime giuridico applicabile agli accordi tra Pubbliche Amministrazioni ex art. 15 della legge 241/90, al fine di verificare in che misura i principi civilistici in materia di obbligazioni e contratti possano ritenersi compatibili con le peculiarità proprie dei ridetti accordi, occorre tenere conto, da un lato, della natura giuridica assunta da tali atti convenzionali, dall'altro, del contenuto precettivo dagli stessi concretamente disciplinato.

Sotto il primo profilo, si evidenzia che gli accordi in argomento costituiscono, come già detto, atti preordinati al perseguimento di un comune interesse (seppur di carattere generale), tesi ad instaurare una collaborazione tra due o più parti pubbliche, ciascuna nell'ambito della propria sfera di competenza.

Nello specifico, contrariamente a quanto accade in materia negoziale, in cui mediante il contratto le parti regolano o costituiscono un rapporto giuridico a contenuto patrimoniale, negli accordi sottoscritti ai sensi dell'art. 15 della legge n. 241/90, le Amministrazioni contraenti, poste in posizione equiordinata, tendono a realizzare una collaborazione su ambiti di materie di comune interesse, funzionale al miglior svolgimento della propria missione istituzionale ovvero ad una più efficiente ed economica gestione di servizi pubblici di cui abbiano assunto la titolarità<sup>11</sup>.

Sicché, l'espressione contratti "ad oggetto pubblico" regolati dal diritto comune, evidenzia la sostanziale differenza degli accordi de quibus rispetto ai contratti di natura privatistica ex art. 1321 c.c., dei quali contiene solo l'elemento strutturale dato dall'accordo ai sensi del comma 1 dell'art. 15, senza che ad esso si accompagni tuttavia l'ulteriore elemento del carattere patrimoniale del rapporto che con esso si regola.

<sup>11</sup> Consiglio di Stato, sez. V, 3 settembre 2020, n. 5352.

Come nel contratto, le amministrazioni pubbliche stipulanti partecipano all'accordo ex art. 15 in posizione di equi-ordinazione, ma non già al fine di comporre un conflitto di interessi di carattere patrimoniale, bensì di coordinare i rispettivi ambiti di intervento su oggetti di interesse comune. Il quale coordinamento può anche implicare la regolamentazione di profili di carattere economico, ma come necessario riflesso delle attività amministrative che in esso sono interessate.

Nella prospettiva ora accennata deve essere apprezzato il carattere "comune" alle amministrazioni stipulanti dell'interesse pubblico perseguito, che vale a distinguere gli accordi suddetti dai contratti.

Pertanto, il predicato in questione può essere soddisfatto solo quando vi sia una "sinergica convergenza" su attività di interesse comune, pur nella diversità del fine pubblico perseguito da ciascuna amministrazione<sup>12</sup>

La particolare natura giuridica degli accordi tra pubbliche amministrazioni condiziona, dunque, il regime giuridico concretamente applicabile. Difatti, da un lato, sembra debba ammettersi la possibilità, per ciascuna Amministrazione, di riesaminare la legittimità o l'opportunità della propria partecipazione al vincolo convenzionale, attraverso l'esercizio dei poteri di autotutela decisoria; dall'altro, l'applicazione dei principi civilistici in materia di obbligazioni e contratti deve essere subordinata alla compatibilità con la natura pubblicistica di tali strumenti convenzionali.

Avuto riguardo all'ammissibilità dell'autotutela decisoria, si osserva che gli accordi in esame configurano una modalità consensuale di esercizio del pubblico potere (modello consensuale-contrattuale come detto), venendo conclusi per il migliore perseguimento del pubblico interesse affidato alla cura delle Amministrazioni contraenti.

<sup>12</sup> Consiglio di Stato, sez. V, 28 marzo 2017, n. 1418; 23 giugno 2014, n. 3130.

La rispondenza al pubblico interesse costituisce, dunque, la causa giustificatrice della collaborazione posta in essere dalle amministrazioni contraenti, sicché una sua carenza originaria ovvero una sua rivalutazione in costanza di rapporto sarebbe idonea a condizionare, rispettivamente, la validità e la perdurante efficacia del vincolo consensuale.

Ciascuna Amministrazione, pertanto, ove ritenga che l'accordo ex art. 15 della legge n. 241/90 non sia o non sia più funzionale al perseguimento dell'interesse pubblico comune sotteso alla pattuizione, potrebbe riesaminare la legittimità o l'opportunità della propria partecipazione all'accordo, agendo in autotutela al fine di sciogliersi dal relativo vincolo consensuale<sup>13</sup>.

Parimenti, avendo riguardo ai principi civilistici in materia di obbligazioni e contratti, la loro applicazione deve essere valutata tenendo conto della particolare natura giuridica degli accordi in esame, come reso manifesto dalla clausola di compatibilità dettata dal combinato disposto degli artt. 15, comma 2, e 11, comma 2, della legge n. 241/90, facendosi questioni di accordi ad oggetto pubblico e non di contratti a contenuto patrimoniale.

Pertanto, difettando una contrapposizione di interessi individuali, suscettibili di realizzazione mediante prestazioni in rapporto di sinallagmaticità, non sembrano applicabili alla materia in esame le disposizioni civilistiche regolanti i contratti a prestazioni corrispettive, tendenti a garantire l'equilibrio genetico e funzionale dello scambio convenuto tra le parti<sup>14</sup>.

Il regime giuridico degli accordi tra pubbliche amministrazioni, oltre ad essere condizionato dalla natura pubblicistica dell'oggetto regolato, risente del contenuto dispositivo suscettibile di essere concordato tra le parti, configurandosi sia accordi, prevalentemente, di natura politico istituzionale,

<sup>13</sup> Consiglio di Stato, sez. VI, 20 giugno 2019, n. 4206, che ha riconosciuto il potere di revoca a fronte di un accordo concluso tra pubbliche Amministrazioni.

<sup>14</sup> Consiglio di Stato, sez. VI, 20 giugno 2019, n. 4206, che nega la riconducibilità degli accordi tra pubbliche amministrazioni al sinallagma contrattuale tipico dei contratti a prestazioni corrispettive.

necessitanti di successivi atti per il perseguimento degli obiettivi comuni indicati, sia accordi dal contenuto dettagliato, volti a definire i reciproci impegni assunti dalle parti per la realizzazione dell'interesse comune.

## **GLI ACCORDI EX ART. 15 COME STRUMENTI DI REGOLAZIONE DEI RAPPORTI TRA UNA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE ED UN ENTE PUBBLICO DI RICERCA**

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, appare opportuno soffermarsi sulla necessità di ricorrere ad accordi ex art. 15 della legge 241/90 nel caso in cui le parti contraenti siano una Pubblica Amministrazione (in quanto tale portatrice di interessi pubblici) ed una istituzione di ricerca seppur di diritto pubblico come, ad esempio, il Consiglio Nazionale delle Ricerche.

Sotto il profilo strettamente giuridico, le parti sarebbero legittimate a concludere accordi in relazione alla generalizzazione introdotta dall'art. 1bis della legge 241/90 in forza del quale la Pubblica Amministrazione (intesa in senso ampio) nell'adozione di atti di natura non autoritativa agisce secondo le norme di diritto privato.

Il ricorso, invece, ad accordi basati sull'applicazione dell'art. 15 della legge 241/90 pone all'attenzione del giurista redattore almeno due elementi di criticità: a) la definizione dell'oggetto dell'accordo (tenuto conto che l'art. 15 della legge 241/90 non indica nulla al riguardo); b) le obbligazioni concernenti il contributo economico che una delle parti potrebbe corrispondere all'altra nell'ambito della attività previste dall'accordo che non debbano essere configurabili come prestazioni in rapporto di sinallagmaticità.

Relativamente al primo punto è evidente che l'oggetto non può riportare attività di servizio svolte da una delle parti al fine di evitare la violazione delle norme sulla scelta del contraente disciplinate dal codice dei contratti pubblici. In merito al secondo punto, non sarebbe possibile esporre oneri economici ben

definiti a carico di una delle parti senza la previsione a carico dell'altra dell'obbligo di rendicontazione.

Conseguentemente, appare opportuno effettuare una preventiva valutazione degli interessi da tutelare al fine di evitare la scelta di un accordo ex art. 15 della legge 241/90 rispetto a qualsiasi altro atto di natura negoziale previsto dall'ordinamento oppure dai regolamenti interni adottati dalle parti di natura pubblicistica.

Infatti, poiché non è possibile una categorizzazione generale, si può affermare che nel caso in cui l'oggetto dell'atto convenzionale rientri nel campo della ricerca scientifica ma ricada anche nell'ambito dei servizi sottoposti alla normativa in materia di appalti pubblici, affinché esso possa essere qualificato come accordo istituzionale è necessario che:

1. le parti svolgano in comune una parte delle attività (ossia che destinino allo svolgimento delle attività risorse umane e/o strumentali);
2. il risultato dell'attività sia necessaria ad entrambe le parti per lo svolgimento delle loro attività istituzionali, così come i risultati;
3. l'attività attuata dalle parti sia sempre procedimentalizzata.

Vanno, invece, ritenuti indici la cui presenza non consente di inquadrare la fattispecie all'interno degli accordi di collaborazione istituzionale: i) la partecipazione di soggetti privati; ii) la produzione di vantaggi per soggetti privati anche se non partecipanti all'accordo; iii) la presenza nell'oggetto di attività strumentali offerta anche da operatori privati sul libero mercato; iv) la conclusione di un accordo generale a cui si vuole facciano seguito accordi aventi contenuti economici.

L'accordo ex art. 15 della legge 241/90 deve riguardare l'acquisizione di "attività" non solo erogata da struttura pubblica, ma anche priva di alcuna connotazione imprenditoriale, nell'ampia accezione delineata dall'ordinamento

europeo<sup>15</sup>. L'interesse comune tra le due pubbliche amministrazioni esclude che l'una intenda avvalersi delle prestazioni dell'altra dietro pagamento di un corrispettivo<sup>16</sup>.

## CONCLUSIONI

Come illustrato nel presente lavoro, la Pubblica Amministrazione, soprattutto perché soggetto fornito di una capacità giuridica generale, può alternativamente scegliere con una certa libertà fra strumenti privatistici e moduli pubblicistici, i quali si configurano come alternativi e fungibili, purché sia fatto salvo il rispetto del principio di legalità.

L'art. 15 della legge n. 241/90 è nella sua formulazione così generico da configurarsi come una norma suscettibile di portare alle più estreme conseguenze un'importante tendenza evolutiva dell'ordinamento positivo ossia a profilare il rapporto tra norme di attribuzione del potere e i successivi regolamenti negoziali di interessi pubblici all'insegna di una straordinaria libertà, risultando coerentemente rimesso al prudente apprezzamento discrezionale dei soggetti pubblici ogni pur necessaria valutazione sia in ordine all'opportunità di pervenire ad un accordo di collaborazione, sia in relazione alla concreta determinazione delle clausole negoziali che sostanziano il contenuto di un certo accordo.

Per quanto concerne l'elemento soggettivo, l'ampiezza della dizione e la natura dell'art. 15 della legge n. 241/90 costituiscono elementi sufficienti per ritenere, quanto meno in astratto, utilizzabile lo strumento dell'accordo da parte di ogni soggetto qualificabile, in termini sostanziali e non meramente formali, amministrazione pubblica.

<sup>15</sup> Consiglio di Stato, Sez. III, 25/01/2012, N. 324; Sez. V, n. 4539/2010.

<sup>16</sup> Consiglio di Stato, Sez. V, 15/07/2013, N. 3849, Sez. V, 16/09/2011 n. 5207.

A quest'ultimo riguardo, a livello teorico, non sembrano sussistere ostacoli generali all'utilizzo di una nozione ampia, anche con riferimento agli organismi di diritto pubblico ivi inclusi gli enti pubblici di ricerca e le università pubbliche.

Riguardo all'oggetto, la genericità dell'art. 15 della legge n. 241/90 può far sì che, in linea di principio, siano regolamentate con una collaborazione anche attività che potrebbero essere oggetto di affidamento del servizio ad un operatore economico privato, che sono normalmente affidati tramite le procedure di selezione definite dal Codice dei contratti pubblici<sup>17</sup> come già detto in premessa, con la conseguenza che l'atto possa essere inficiato di nullità.

Il ricorso allo strumento dell'accordo di collaborazione ex art. 15, dunque, ponendosi come strumento alternativo alle procedure ad evidenza pubblica non costituisce, di per se, elusione delle regole in materia di concorrenza, ma al fine di non incorrere nella violazione dei principi che regolano la materia, l'affidamento del servizio deve poter avvenire senza alcun corrispettivo e con la previsione del semplice rimborso delle spese sostenute per lo svolgimento del servizio stesso.

Di talché, l'introduzione nell'accordo di collaborazione di una clausola che prevede la corresponsione di una determinata somma di denaro, deve necessariamente contenere la previsione di una specifica rendicontazione in ordine al suo utilizzo. La rendicontazione serve a fugare la possibilità o anche solo il dubbio che uno dei due Enti tragga un vantaggio economico non legittimo o non riconducibile all'attività svolta nel comune interesse.

17 Tribunale dell'Aquila sez. I, n. 242 del 27/05/2020. A parere del giudice, sussiste la giurisdizione del giudice ordinario nell'azione volta all'accertamento della nullità di un contratto tra due enti pubblici se ha ad oggetto prestazioni di natura architettonica ed ingegneristica che riguardano esclusivamente uno degli enti e tale da escludere che le due PP.AA. realizzino un servizio pubblico comune, rimanendo pertanto fuori dall'operatività dell'art. 15 L. 241/90. (Nel caso di specie, si trattava di un vero e proprio contratto di appalto di servizi ex art. 3, comma 10, d.lgs. 163/06 con cui il Comune aveva Richiesto all'Università una consulenza per la ri-pianificazione e ricostruzione del tessuto urbano distrutto dal sisma).

In conclusione, è possibile affermare che lo strumento fornito alle Pubbliche Amministrazioni dall'articolo 15 della legge n. 241/90, è prezioso ed irrinunciabile ma, allo stesso tempo deve essere utilizzato solo se si è in presenza di una reale collaborazione nell'ottica di un interesse pubblico. Esso, infatti, attua una semplificazione notevole, apre alla cooperazione, può ridurre i costi e favorire la crescita a livello scientifico e di innovazione tecnologica delle Pubbliche Amministrazioni.

Gli accordi di collaborazione di tal specie sono, infatti, strumento di preventiva cooperazione e composizione dei conflitti e di azione coordinata di più Amministrazioni per rendere l'azione amministrativa efficiente, efficace, razionale ed adeguata in ossequio al principio costituzionale di buon andamento ed imparzialità sancito dall'art. 97 della Costituzione ed ai principi generali cui deve ispirarsi l'azione amministrativa.