



Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici
di Lavori, Servizi e Forniture

Avcp



Deliberazione n. 4 Adunanza del 6 febbraio 2013

Fascicolo n. 652/2012

Oggetto: servizi di promozione e ricettivi; servizi relativi alla formazione professionale

Stazione Appaltante: Fondazione per la Formazione Forense dell'Ordine degli Avvocati di Firenze

Riferimenti normativi: artt. 3, 20, 29 e 125 del D.Lgs. n. 163/2006

Il Consiglio

Vista la normativa sopra richiamata;

Vista la relazione della Direzione Generale Vigilanza Lavori Servizi e Forniture;

Considerato in fatto

E' pervenuta all'Autorità una segnalazione dell'Avv. Francesco Gaviraghi con la quale si denuncia che la Fondazione per la Formazione Forense (d'ora in poi solo Fondazione), cui l'Ordine degli Avvocati di Firenze ha delegato in via esclusiva il compito di soddisfare la richiesta di attività di formazione, aggiornamento e informazione professionale, affiderebbe reiteratamente ed in via diretta, senza esperimento di alcuna procedura ad evidenza pubblica, più del 40% delle ore totali di formazione degli Avvocati di Firenze (compresi la locazione dello spazio per lo svolgimento dei corsi, i servizi tecnici, la cancelleria, il materiale congressuale, le spese postali, telefoniche, fax, la progettazione didattica e la docenza, le spese di segreteria, l'elaborazione dati, le statistiche, il personale d'agenzia e i relativi diritti) alla società Promo Leader Service Congressi Srl, per un importo complessivo di circa 740.000 euro (dal 2006 al 2011).

In particolare, secondo l'esponente, la Fondazione, in qualità di organo stabile dell'Ordine degli Avvocati, sarebbe da qualificare come un organismo di diritto pubblico ai sensi dell'art. 3, comma 26, del Codice Appalti e, pertanto, sarebbe vincolata al rispetto delle norme in materia di contratti pubblici per l'affidamento dei servizi in questione.

Sulla base delle informazioni contenute nell'esposto, l'Autorità ha dunque avviato una specifica istruttoria, volta ad accertare le modalità con cui la Fondazione ha effettuato gli affidamenti oggetto di contestazione.

La Fondazione ha riscontrato la richiesta offrendo ampie motivazioni circa la piena legittimità del proprio operato, essenzialmente incardinate su due considerazioni di base:

a. tutti gli affidamenti in discussione non superano mai, singolarmente considerati, la soglia dei 20.000 euro; limite, quest'ultimo, entro cui la legge consente l'affidamento diretto dei servizi ad un operatore economico privato (limite che il D.L. 70/2011, convertito in legge n. 106/2011, ha elevato a 40.000 euro); in ogni caso, anche ove fosse stata superata tale soglia, poiché i servizi sarebbero stati acquisiti mediante procedura di cottimo fiduciario, la Fondazione "sarebbe stata tenuta solo alla previa consultazione (non procedimentalizzata) di almeno 5 operatori economici";

b. l'impossibilità di una programmazione unitaria e preventiva degli eventi formativi esclude, in radice, che vi sia stato un artificioso frazionamento delle prestazioni di servizi al fine di sottoporli alla disciplina delle acquisizioni in economia: ciascun evento formativo costituisce un evento a sé, distinto ed autonomo rispetto a tutti gli altri in ragione sia dei soggetti proponenti, sia della materia, sia delle modalità organizzative, sia del numero – incerto e ipotetico – dei partecipanti.

Ritenuto in diritto

La questione preliminare è quella della riconducibilità o meno della Fondazione nell'alveo degli "organismi di diritto pubblico".

A mente dell'art. 3, comma 26, del Codice Appalti, la nozione di organismo di diritto pubblico è legata a tre requisiti fondamentali, la cui contemporanea presenza vale a conferire tale natura ad un ente:

- a. istituito per soddisfare esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale;
- b. dotato di personalità giuridica;
- c. la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico; oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi; oppure il cui organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

Orbene, considerata tale definizione, nel caso di specie sembrano essere rispettati tutti i requisiti menzionati: nulla questo sui primi due, mentre semmai il dubbio potrebbe sorgere in relazione al terzo requisito prescritto.

Dallo Statuto si evince che il Presidente e gli organi direttivi della Fondazione sono di nomina diretta o indiretta del Consiglio dell'Ordine di Firenze (cfr. artt. 7-12) e lo stesso bilancio è sottoposto al controllo e alla valutazione del medesimo Ordine.

Costituisce, al tempo stesso, dato pacifico in dottrina e giurisprudenza che gli Ordini professionali siano organismi di diritto pubblico secondo la definizione che precede, rientranti nella vasta gamma degli enti pubblici non territoriali (o, secondo altra dottrina, nella categoria degli enti pubblici associativi) e quindi assoggettati al regime pubblicistico degli appalti.

Siffatta qualificazione giuridica degli Ordini professionali è essenziale ai fini della presente disamina poiché consente di considerare verificato anche il terzo requisito prescritto dall'art. 3, comma 26, cit.

In definitiva, si ritiene che la Fondazione debba ritenersi un organismo di diritto pubblico quanto all'elemento soggettivo, perché dotato di personalità giuridica; quanto ai fini perseguiti, poiché essi non attengono alla produzione o al commercio, ma, indipendentemente dall'assetto organizzativo nelle forme del diritto privato, si caratterizzano per il perseguimento di interessi di rilievo pubblicistico; quanto, infine, alle modalità di finanziamento o comunque di controllo dell'attività istituzionale, poiché non v'è dubbio che esso venga svolto, come richiesto dalla legge, in maniera preponderante da un altro organismo di diritto pubblico, quale è il Consiglio dell'Ordine, suo unico fondatore (cfr. art. 4 dello Statuto).

Posto quanto precede, discende che la Fondazione deve adottare procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento a privati dei servizi connessi alle attività statutariamente demandate dal Consiglio dell'Ordine, giusto il disposto generalissimo dell'art. 3, comma 25, del D.Lgs. 163/2006.

Risolta, così, in senso affermativo la questione preliminare circa l'obbligo della Fondazione di adottare procedure ad evidenza pubblica, si devono ora esaminare le ragioni che hanno indotto il medesimo Ente ad incaricare sempre e solo un operatore economico (la Promo Leader Service Congressi Srl, in seguito PLS) dell'organizzazione degli eventi formativi nel periodo oggetto di valutazione (anni 2006/2011).

La Fondazione, nella propria nota controdeduttiva, fa correttamente rilevare che i servizi oggetto di affidamento rientrano nell'ambito dell'Allegato II B del Codice Appalti (categoria 24 – Servizi relativi all'istruzione, anche professionale) al solo fine, però, di delimitare e meglio specificare le prestazioni effettive richieste all'affidatario.

Sotto il profilo, infatti, dell'effettivo *modus operandi*, la Fondazione – sostenendo che "i servizi individuati, di volta in volta, in relazione al singolo evento con appositi provvedimenti (delibere) del Comitato Direttivo della Fondazione assunti in conformità all'art. 125, comma 10, D.Lgs. n. 163/2006 e di cui veniva data, di volta in volta, evidenza sul profilo della Fondazione" – di fatto si è autovincolata al rispetto delle appena citate procedure ad evidenza pubblica.

A conferma di ciò e quale principale argomento difensivo, in relazione agli importi dei singoli affidamenti, la Fondazione dichiara che gli stessi sono sempre stati tutti inferiori alla soglia

dei 20.000 euro, "con conseguente esclusione dell'obbligo di selezione pubblica ovvero di consultazione di almeno cinque operatori economici e legittimità dell'affidamento diretto ex art. 125, comma 11 (ultima parte), D.Lgs. 163/2006".

Dall'esame della documentazione pervenuta, tuttavia, non pare potersi confermare quanto sostenuto dalla Fondazione: dalle fatturazioni della PLS, infatti, emerge che alcuni eventi formativi (v. ad esempio "Convegno Area Penale" riferito al I quadrimestre 2008, il cui saldo ammonta ad euro 20.782,51; "Come cambia il Codice di Procedura Civile" del I quadrimestre 2009, il cui saldo ammonta ad euro 22.092,08; "Codice di Deontologia" del III quadrimestre 2009, il cui saldo ammonta ad euro 21.121,35), pur singolarmente considerati – come indicato dalla stessa Fondazione dal momento che le fatturazioni sono quadrimestrali – superano detta soglia, anche se di poco.

Ad ogni modo, anche ove tutti i singoli affidamenti presi in considerazione fossero stati di importo inferiore alla citata soglia, non pare che l'operato della Fondazione possa considerarsi conforme alle norme in tema di contratti pubblici, che la Fondazione stessa si era vincolata ad osservare.

L'asserita impossibilità di programmare in modo unitario e preventivo tutti gli eventi formativi per un dato periodo di tempo non costituisce, infatti, una argomentazione sufficientemente persuasiva.

La Fondazione sostiene, al riguardo, che non sarebbe possibile conoscere in anticipo, all'inizio di ogni anno, quali e quanti potrebbero essere gli eventi formativi, "dipendendo il loro numero e la loro organizzazione sia dalla sollecitazione degli interessati, sia dalle proposte scientifiche correlate a sopravvenute novità normative e/o giurisprudenziali". Cosicché, "ogni evento formativo deliberato ed organizzato dalla Fondazione nel periodo cui si riferisce l'esposto è stato pertanto considerato (e non poteva che essere considerato) singolarmente ed, allo stesso tempo, la decisione di ricorrere alla eventuale acquisizione in economia dei servizi e dei beni connessi a ciascun evento formativo svolto in tale periodo è stata effettuata di volta in volta".

Invero, posto che nessun affidamento pubblico può avvenire senza l'indicazione della relativa previsione di spesa, il Codice dei Contratti, all'art. 29, stabilisce che "il calcolo [del valore stimato del contratto, n.d.r.] ... è basato sull'importo totale pagabile al netto dell'Iva, valutato dalle stazioni appaltanti. Questo calcolo tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di opzione o di rinnovo del contratto".

A ciò si aggiunga che il medesimo art. 29, al comma 11, prevede che "la scelta del metodo per il calcolo del valore stimato di un appalto pubblico non può essere fatta con l'intenzione di escluderlo dal campo di applicazione delle norme dettate per gli appalti di rilevanza comunitaria", concetto ribadito dall'art. 125, comma 13, secondo cui "nessuna prestazione di beni, servizi, lavori ... che non ricade nell'ambito di applicazione del presente articolo [essendo l'importo complessivo superiore alla soglia entro cui è possibile l'acquisizione in economia, n.d.r.], può essere artificiosamente frazionata allo scopo di sottoporla alla disciplina delle acquisizioni in economia".

Il legislatore non richiede dunque che le stazioni appaltanti stabiliscano con precisione assoluta l'importo della base di gara, ma ritiene sufficiente l'indicazione della spesa massima

presunta per l'acquisizione di uno specifico servizio o bene, dettando successivamente i criteri da seguire ai fini dell'effettuazione di tale stima.

Ciò posto, non si comprende quale specificità contraddistingua gli affidamenti dei servizi e forniture in esame rispetto a tutti gli altri, analoghi o meno, tanto da rendere impossibile l'individuazione di un loro valore economico complessivo.

Il valore globale di un contratto, infatti, che in questo caso consisterebbe – come visto – nell'affidamento di una attività di gestione, organizzazione e promozione di eventi formativi di carattere giuridico, potrebbe essere calcolato in diversi modi: a mero titolo di esempio, ci si potrebbe basare su un'indagine di mercato, oppure su dati statistici riferiti all'Ente stesso, o ad altri Enti che svolgano la medesima funzione, ed alle attività analoghe svolte negli anni antecedenti.

In altri termini, i motivi addotti dalla Fondazione per giustificare l'assoluta impossibilità di una previsione globale di spesa, e dunque dell'adozione di una procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento delle attività di formazione, appaiono infondati, né le modalità attraverso cui la Fondazione regola i propri rapporti contabili con la società incaricata del servizio, oppure le modalità di preparazione e gestione degli eventi formativi¹, ancorché rimesse alle libere scelte organizzative dell'Ente, possono comportare la violazione delle norme pubblicistiche in tema di computo della base d'asta.

Non è infrequente, del resto, che per particolari tipologie di servizi e/o a causa di singolari circostanze contingenti, le stazioni appaltanti non siano in grado di conoscere con certezza il costo degli stessi; ciò tuttavia non può costituire un motivo per sottrarsi all'obbligo di individuare, anche in via solo presuntiva, l'importo da porre a base di gara: quest'ultimo ha la duplice funzione di orientare le scelte degli operatori di mercato e potenziali concorrenti circa la partecipazione o meno alla gara, nonché di consentire, ai fini del rispetto delle regole della contabilità pubblica, una programmazione dell'attività contrattuale retta dai principi di economicità, efficacia ed efficienza, così come disposto anche dall'art. 271 del Regolamento n. 207/2010 di esecuzione e attuazione del Codice Contratti.

Alla luce di tali considerazioni, appare fuorviante ammettere, come fa la Fondazione, da un lato, "la necessaria determinazione o determinabilità dell'oggetto e dell'ammontare" di un affidamento pubblico e, dall'altro, sostenere contemporaneamente che l'osservanza di tale principio determinerebbe per la Fondazione stessa una lesione "dell'autonomia e della discrezionalità necessarie per assicurare le attività di formazione e di aggiornamento più qualificate ed economicamente meno onerose".

E' innegabile che una programmazione a medio-lungo termine comporti degli sforzi organizzativi, gestionali, previsionali non indifferenti rispetto a singoli interventi decisi di volta in volta. Tuttavia, le esigenze di controllo della spesa pubblica, di tutela della concorrenza e di garanzia dell'economicità, efficacia ed efficienza dell'agire amministrativo sono considerate dal legislatore prevalenti rispetto agli eventuali, specifici interessi dei singoli enti pubblici.

Il rapporto – per così dire – privilegiato che la Fondazione ha instaurato, per sua stessa ammissione, da alcuni anni con la PLS, appare inoltre censurabile anche sotto un altro profilo. Indipendentemente dalle questioni strettamente economico-contabili, si deve infatti osservare che le funzioni attribuite dalla Fondazione a PLS, consistenti in tutte le attività necessarie ad organizzare l'evento formativo (ad eccezione della progettazione didattica e della docenza, che

rimarrebbe in capo alla Fondazione), compresa la riscossione diretta delle quote di partecipazione e dei contributi derivanti dalle sponsorizzazioni, potrebbero verosimilmente suscitare interesse in una platea indistinta di operatori del settore, eventualmente attratti anche dalla sola possibilità di trarre i vantaggi indiretti che un siffatto affidamento può procurare in termini di prestigio, di entità del fatturato e di referenze per successive commesse (v., in proposito, Consiglio di Stato, Sent. n. 466 del 28.1.2009).

Dovrebbe, pertanto, ritenersi quantomeno opportuno che la Fondazione, organismo di diritto pubblico, al fine di garantire l'effettivo rispetto dei principi di cui all'art. 2 del Codice Appalti, adotti procedure ad evidenza pubblica atte a garantire il libero gioco della concorrenza, la scelta delle quali varierà in ragione dell'oggetto e dell'entità complessiva della commessa.

Alla luce delle valutazioni che precedono,

Il Consiglio

- ritiene che gli affidamenti diretti effettuati dalla Fondazione, superiori alla soglia dei 20.000 euro (in vigore durante il periodo preso in considerazione), siano stati disposti in difformità dalle previsioni di cui all'art. 125 del D.Lgs. n. 163/2006;
- ritiene che la Fondazione dovrebbe programmare e dunque affidare gli eventi formativi prendendo in considerazione un periodo di tempo sufficientemente lungo e svolgendo, conseguentemente, una procedura ad evidenza pubblica;
- considera che anche ove la Fondazione non si fosse autovincolata al rispetto delle previsioni normative contenute nell'art.125 citato, la procedura adottata non appare comunque conforme ai principi di trasparenza e parità di trattamento, il rispetto dei quali vincola le stazioni appaltanti anche nelle ipotesi di servizi rientranti nell'Allegato II B del Codice Appalti;
- invita la Fondazione a dare riscontro alla presente delibera entro trenta giorni dalla ricezione della stessa, comunicando eventuali iniziative assunte;
- dà mandato alla Direzione Generale Vigilanza Lavori Servizi e Forniture affinché comunichi la presente delibera alla Fondazione, all'esponente ed alla società controinteressata.

Il Consigliere Relatore: Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 26 febbraio 2013

Il Segretario: Maria Esposito

1 *La società incaricata, salvo per quanto riguarda la progettazione didattica e la scelta della docenza, effettuate in proprio dalla Fondazione con riferimento ad ogni singolo evento formativo, è delegata ad incamerare direttamente (ove presenti) le quote di partecipazione versate da parte degli iscritti all'evento, nonché i contributi provenienti dalle eventuali sponsorizzazioni; tutto ciò che non risulta coperto economicamente da queste due voci viene anticipato dalla società medesima, la quale successivamente presenterà la fattura con l'indicazione del saldo effettivamente dovuto a consuntivo dalla Fondazione.*