

LINEE GUIDA

PER LA VALUTAZIONE DEI CONTRATTI ATTIVI PROPOSTI DA COMMITTENTI PUBBLICI E PRIVATI CONTENENTI DIFFORMITÀ RISPETTO AL “REGOLAMENTO RELATIVO AI CONTRATTI E CONVENZIONI PER ATTIVITÀ DI AUTOFINANZIAMENTO IN COLLABORAZIONE O PER CONTO TERZI DELL’UNIVERSITÀ DI PAVIA”.

Sommario

1. Introduzione
2. Uso dei termini “contratto” e “convenzione” in modo indifferente
3. Principali difformità:
 - a) Durata
 - b) Recesso
 - c) Violazione obblighi di riservatezza e concernenti i diritti di proprietà, di invenzione, di brevettazione, di riservatezza
 - d) Codici etici aziendali e norme interne al Committente
 - e) Clausole che prevedono risarcimenti
 - f) Legge applicabile al contratto
 - g) Foro e arbitrato
4. Assunzione di responsabilità
5. Non difformità
6. Conclusioni

1. Introduzione

A seguito dell'entrata in vigore, con il 1° gennaio 2014, del "*Regolamento relativo ai contratti e convenzioni per attività di autofinanziamento in collaborazione o per conto terzi dell'Università di Pavia*" (di seguito anche solo "Regolamento contratti attivi" o "nuovo Regolamento") che ha sostituito il precedente "*Regolamento in materia di contratti attivi, prestazioni esterne a pagamento e contributi di ricerca*" (di seguito anche solo "vecchio Regolamento"), si è posta l'esigenza, in via di prima applicazione, di demandare al Consiglio di Amministrazione dell'Università di Pavia l'approvazione definitiva di quei contratti contenenti delle difformità rispetto al nuovo Regolamento, al pari di quanto avveniva durante la vigenza del precedente Regolamento.

Considerata tuttavia la necessità di superare, per quanto possibile, il problema delle difformità nell'ambito dei contratti attivi proposti alle strutture dipartimentali dell'Università di Pavia da Committenti pubblici e privati, occorre individuare lo strumento più opportuno affinché le strutture medesime possano procedere all'approvazione di tutti i contratti attivi loro proposti, anche in presenza di difformità, nello spirito che aveva animato l'elaborazione del nuovo Regolamento contratti attivi.

Le presenti Linee Guida hanno lo scopo di individuare e circoscrivere le difformità contrattuali ricorrenti e di segnalare indicazioni operative finalizzate alla stipula dei contratti attivi che le contengono allo scopo di evitare inopportuni aggravii per il Consiglio di Amministrazione.

In via generale, in considerazione delle conseguenti responsabilità e oneri economici, i Dipartimenti sono tenuti a valutare le difformità del contratto alla luce della rilevanza scientifica ed economica del contratto stesso.

2. Uso dei termini “contratto” e “convenzione” in modo indifferente.

Sovente le parti committenti utilizzano il termine “convenzione” per titolare il contratto o viceversa, oltre ad altri termini (accordo, protocollo d’intesa, etc.).

Pur rilevando l’opportunità di utilizzare i termini “contratto” per individuare “l’accordo fra due o più parti per la costituzione di un rapporto giuridico di natura patrimoniale nel quale l’Ateneo, e per esso le sue strutture, si impegnano a svolgere una determinata attività a fronte di un corrispettivo” (art. 10, comma 3, nuovo Regolamento contratti attivi) e “convenzione” per individuare “gli accordi quadro con soggetti ovvero altri enti pubblici o privati finalizzati all’attuazione di un progetto complesso ovvero un insieme coordinato di progetti di attività di ricerca, formazione e servizio; la collaborazione ... è attuata attraverso la sottoscrizione di appositi contratti” (art. 10, comma 2, nuovo Regolamento Contratti attivi), non sempre risulta possibile, in fase negoziale, la corretta attribuzione dei termini nel modo indicato.

In tal caso per determinare se l’atto è un contratto o è una convenzione, come definiti dal nuovo Regolamento contratti attivi, occorrerà valutarne i contenuti per individuare la tipologia di appartenenza, indipendentemente dal termine che il committente preferirà utilizzare come titolo dell’atto stesso.

3. Principali difformità

a) Durata

La durata, in un contratto, è un elemento fondamentale e deve essere certa con l'individuazione della data di decorrenza, generalmente coincidente con la data di sottoscrizione o di poco posteriore, e di quella di scadenza.

Le difformità sulla durata sono tutte quelle in cui la stessa non è prevista in modo certo. In proposito si veda il successivo punto c).

b) Recesso

È elemento di difformità (oltre che clausola vessatoria) il recesso unilaterale da parte del solo committente.

Nella fase negoziale è consigliabile trattare con la controparte per ottenere che il recesso sia esercitabile per entrambi i contraenti.

In mancanza di accordo la struttura dipartimentale dovrà necessariamente prendere atto di tale clausola, accettarla espressamente in sede di Consiglio ed assumersi le eventuali responsabilità che potrebbero derivarne.

c) Violazione obblighi di riservatezza e concernenti i diritti di proprietà, di invenzione, di brevettazione, di riservatezza

È elemento di difformità in talune clausole contrattuali – generalmente quelle riconducibili ai diritti di proprietà, di invenzione, di brevettazione e di riservatezza –, l'inclusione della previsione che ne impone l'efficacia per un periodo temporale indeterminato oltre alla scadenza contrattuale.

Nella fase negoziale con la controparte è consigliabile trattare un limite temporale all'efficacia delle clausole che prevedono un'estensione oltre alla scadenza contrattuale.

In mancanza di accordo la struttura dipartimentale deve necessariamente prendere atto della presenza di tali clausole e della loro efficacia, al fine di evitare possibili futuri contenziosi in caso di loro violazione.

d) Codici etici aziendali e norme interne al Committente

Nel corollario di norme tese alla prevenzione della corruzione che coinvolgono il settore privato e che hanno recentemente coinvolto, con l'emanazione di norme specifiche, anche quello pubblico, i soggetti privati che commissionano contratti di ricerca alle strutture dipartimentali dell'Università tendono ormai frequentemente a imporre il rispetto dei codici etici aziendali dalle stesse adottati come disposizioni interne, vevoli nei rapporti con l'esterno, tese a stabilire principi di comportamento etici. Tali codici etici trovano il loro presupposto normativo nel D.Lgs. 231/2001 "Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della L. 29 settembre 2000, n. 300" che tuttavia non si applica alle Università a norma dell'art. 1, comma 3, dello stesso D. Lgs.

Ciò posto, è sempre difficoltoso imporre ai committenti privati di eliminare l'assoggettamento dell'Università alle norme dei loro codici etici.

Generalmente in fase negoziale, al fine di evitare l'esplicito assoggettamento a tali norme da parte delle strutture dipartimentali dell'Università si è trovato il modo di sostituire all'assoggettamento la conoscenza delle norme contenute in ciascun codice etico e il rispetto dei principi in esso contenuti nei limiti in cui non siano incompatibili con le norme che regolano la pubblica amministrazione, in generale, e l'università, in particolare. A tal proposito anche la risoluzione immediata del contratto per violazione del codice etico aziendale non ha ragion d'essere ed è pertanto consigliabile eliderla dalle previsioni contrattuali, se presente.

Considerato che sia la L. 240/2010, sia le norme di recente emanazione sull'anticorruzione nella pubblica amministrazione tendono a bilanciare il "peso" delle parti – da un lato il committente privato, dall'altro il dipartimento universitario – nei rapporti contrattuali che si instaurano tra le stesse, in previsione di richiami al codice etico aziendale e al fatto che il medesimo si possa applicare all'Università nella misura in cui non sia incompatibile con le

norme che regolano la pubblica amministrazione, in generale, e l'università, in particolare, è consigliabile prevedere che anche l'Università, ai sensi dell'art. 2, comma 4, della L. 240/2010 ha adottato un proprio codice etico quale patrimonio condiviso di valori e di regole deontologiche di condotta applicabile, a integrazione delle disposizioni normative già vigenti, ai componenti della comunità accademica.

A titolo puramente esemplificativo si riporta, di seguito, la comparazione tra un articolo contrattuale riportante l'assoggettamento al codice etico di un committente privato e l'articolo modificato per renderlo conforme al Regolamento contratti attivi:

Codice Etico	
Esempio di articolo contrattuale originario	Esempio di articolo contrattuale modificato
<p>Ai fini del presente contratto per "Codice Etico" si intende il codice etico adottato ed approvato dal Consiglio di Amministrazione della ... in data ... (così come eventualmente successivamente integrato e modificato).</p> <p>Il Dipartimento dichiara di aver ricevuto copia del Codice Etico e di accettarne e dividerne i contenuti. Il Dipartimento si impegna ad adempiere a tutti gli obblighi ed indicazioni previsti nel predetto Codice Etico ed accetta che in caso di inadempimento da parte del Dipartimento di qualsiasi disposizione del Codice Etico, ... avrà il diritto di risolvere il presente contratto per inadempimento del Dipartimento, richiedendo tutti i danni diretti ed indiretti</p>	<p>Il Dipartimento si impegna a rispettare il Codice Etico adottato ed approvato dal Consiglio di Amministrazione della ... in data ... (così come successivamente integrato e modificato), pubblicato sul sito ..., nonché, ove compatibili con le norme che regolano la pubblica amministrazione, in generale, e l'università, in particolare, a rispettare le disposizioni in esso contenute nell'ambito dell'esecuzione delle attività previste nel presente contratto, e segnatamente i seguenti punti:</p> <p>Il Dipartimento dovrà segnalare all'Organismo di Vigilanza di ... ogni violazione del codice etico di cui venisse a conoscenza. Tale segnalazione dovrà contenere una descrizione dei fatti che costituiscono violazione del codice etico, incluse le informazioni relative al tempo e al luogo di svolgimento dei fatti rappresentati, nonché delle persone coinvolte. Le segnalazioni potranno essere effettuate anche in forma anonima; in caso contrario, l'Organismo di Vigilanza assicurerà la riservatezza dell'identità dei segnalanti, fatti salvi gli obblighi di legge.</p> <p>Il Dipartimento è assoggettato al Codice Etico dell'Università di Pavia, adottato in ottemperanza alla L. 240/2010, art. 2, comma 4, pubblicato sul sito dell'Università stessa, al link ..., quale patrimonio condiviso di valori e di regole deontologiche di condotta in tutti i rapporti derivanti dalla sua attività istituzionale.</p>

e) Clausole che prevedono risarcimenti

In taluni contratti di ricerca vi è la presenza di clausole che impongono alle strutture dipartimentali dell'Università di risarcire la controparte in caso di danni alla stessa cagionati per cause imputabili alla struttura medesima.

Generalmente si tratta di danni di carattere economico, di immagine, per violazione di diritti di terzi, etc., per violazione degli obblighi di riservatezza, dei diritti di proprietà intellettuale, industriale, etc.

Difficilmente queste clausole sono trattabili.

Il consiglio della struttura dipartimentale dovrà pertanto prendere atto di tali clausole, accettarle espressamente, dichiarare di farsi carico degli eventuali oneri che la loro

applicazione potrebbe comportare disponendo che, all'occorrenza, gravino sul corrispettivo contrattuale e, se insufficiente, su altri fondi disponibili alla struttura stessa, ferma restando la responsabilità professionale personale del responsabile scientifico delle attività, su cui l'università stessa si rivarrà. A tal riguardo si raccomanda la stipula di polizze professionali in grado di garantire la copertura dei costi connessi alla realizzazione dei contenuti contrattuali

Occorre chiarire che nell'esecuzione delle attività contrattuali il responsabile scientifico delle attività dovrà avere consapevolezza della presenza di tali clausole, in modo da evitare che si determinino le circostanze per la loro applicazione, generalmente riconducibili a casi di dolo e colpa grave.

f) Legge applicabile al contratto

Gli schemi contrattuali allegati al Regolamento contratti attivi recano l'assoggettamento alla legge italiana, con la possibilità di variare la legge di riferimento in caso di contratti con controparti straniere che non accettano questa condizione.

Per la scelta della legge applicabile si fa rinvio, a prescindere dalla diversa forza negoziale delle parti, alla normativa del Paese con cui il contratto ha il collegamento più stretto, che si presume sussistere con il Paese in cui risiede la parte che deve fornire la prestazione caratteristica o col Paese identificato come il luogo di esecuzione del contratto.

Benché il Regolamento contratti attivi consenta un certo margine d'azione alle strutture dipartimentali nella scelta della legge applicabile al contratto, è sempre aspetto di criticità la previsione di un suo assoggettamento a leggi di Stati esteri, difficilmente accertabili e reperibili, di cui peraltro occorrerebbe avere esatta conoscenza prima di concludere il contratto. L'opzione per la legge italiana evita lo svantaggio del ricorso a una normativa non conosciuta di cui non sarebbe facile comprendere l'esatta portata.

Nel caso di assoggettamento del contratto a leggi estere la valutazione che le strutture dipartimentali sono chiamate a compiere, ammesso e non concesso che si possa maturare per tempo la conoscenza di tali leggi, va operata in base alla convenienza in termini scientifici ed anche economici alla stipula del contratto stesso.

Le strutture dipartimentali nell'approvare contratti attivi contenenti l'assoggettamento a leggi di stati esteri dovranno espressamente accettare la condizione contrattuale. Sull'assunzione degli eventuali oneri si rimanda al successivo punto g).

g) Foro e arbitrato

Lo schema tipo di contratto per attività di ricerca allegato al Regolamento contratti attivi vigente prevede due possibili alternative per la risoluzione delle eventuali controversie che potrebbero determinarsi in merito all'interpretazione, alla validità e all'esecuzione di ciascun contratto: o il foro competente (ovvero un Tribunale) o l'arbitrato rituale ex art. 806 e seguenti del c.p.c.

Sovente, soprattutto nei contratti proposti alle strutture dipartimentali da committenti esteri, la tendenza è quella di ricorrere all'arbitrato irrituale, prevedendo l'applicazione di regole riconosciute e adottate a livello internazionale (quali, a titolo esemplificativo, le "International Rules of the Chamber of Commerce of ...").

Generalmente il ricorso all'arbitrato irrituale per la risoluzione di controversie in cui sia parte una pubblica amministrazione non è ammesso perché la medesima "benché ... nel suo operare negoziale, si trovi su un piano paritetico rispetto a quello dei privati, ciò non significa che vi sia una piena e assoluta equiparazione della sua posizione a quella del privato, essendo essa portatrice di un interesse pubblico, a cui il suo agire deve ispirarsi ... Ne consegue che all'Amministrazione è preclusa la possibilità di avvalersi, nella risoluzione di controversie derivanti da contratti, accordi o convenzioni, del cosiddetto "arbitrato irrituale o libero" poiché – in tal modo – il componimento della vertenza sarebbe affidato a soggetti (gli arbitri irrituali) individuati, nell'ambito di una pur legittima logica negoziale, in difetto di qualsiasi procedimento legalmente determinato e, pertanto, privo di adeguate garanzie di trasparenza e pubblicità" (cfr. Cass., sez. unite, sent. n. 8987/2009 e, in proposito, anche Tar Molise, sez. I, sent. n. 1552/2010).

Tale presupposto giurisprudenziale pone pertanto il problema di come agire quando la controparte non è disponibile ad accettare modalità di risoluzione delle eventuali controversie diverse dall'arbitrato irrituale. I committenti esteri tendono a prediligere l'arbitrato irrituale che nell'ottica di una più equilibrata soluzione delle controversie offre determinati vantaggi quali la maggiore rapidità, la segretezza e il minor formalismo.

Nella fase negoziale le strutture dipartimentali dovranno cercare di ottenere l'applicazione della clausole contrattuali sul foro competente o sull'arbitrato rituale, come previste dallo schema tipo di contratto per attività di ricerca. Eventuali opzioni per il ricorso all'arbitrato irrituale dovranno essere opportunamente valutate e, nel caso di accettazione, espressamente approvate dai consigli delle strutture dipartimentali proponenti, con assunzione di ogni responsabilità, nonché di ogni onere che dovesse derivare dall'applicazione di tale clausola a valere sul corrispettivo contrattuale e, se insufficiente, su altri fondi disponibili alla struttura stessa, ferma restando la responsabilità professionale personale del responsabile scientifico delle attività, su cui l'università stessa si rivarrà.

Occorre inoltre considerare, indipendentemente dalla modalità scelta dalle parti per la risoluzione delle eventuali controversie, che quando la sede stabilita per la composizione delle medesime non è italiana, viene meno la competenza territoriale dell'Avvocatura di Stato, con la conseguenza, per il Dipartimento, di dover attribuire l'incarico della propria difesa in giudizio a un avvocato del libero foro, esperto internazionalista, previo esperimento di procedura di selezione secondo le disposizioni contenute nel Regolamento di ateneo per l'amministrazione, la finanza e la contabilità, e con oneri a carico dei propri fondi.

4. Assunzione di responsabilità

Ribadendo, in parte, quanto già rilevato sull'assunzione di responsabilità nei punti che precedono, è necessario puntualizzare che le strutture dipartimentali sono autonome nel gestire direttamente i contratti attivi secondo quanto previsto dal Regolamento contratti attivi anche in presenza delle cd. difformità, purché:

- nella fase di negoziazione delle condizioni contrattuali siano sottoposte alla controparte le richieste di modifica del testo contrattuale tese, se non a eliminare, quantomeno a ridurre le difformità.
- alla conclusione della fase negoziale, una volta concordato tra le parti il testo contrattuale, sia riferito al consiglio della struttura dipartimentale l'esito della negoziazione e ne sia dato rilievo nel relativo verbale;
- il consiglio della struttura dipartimentale prenda atto e approvi espressamente le eventuali clausole difformi sopravvissute alla fase negoziale e si attenga alle disposizioni previste dal Regolamento contratti attivi, con particolare riguardo alle specifiche dichiarazioni da rendere;
- che il responsabile scientifico delle attività prenda espressamente atto delle clausole difformi e si impegni a non porre in essere atti o fatti tali da determinare, in particolare, l'applicazione di quelle previsioni che potrebbero comportare richieste di risarcimento danni da parte del committente. Sul responsabile scientifico grava la responsabilità personale dell'esecuzione delle attività.

5. Non difformità

Non sono da intendersi difformi tutte le clausole aggiunte al contratto quali, a titolo esemplificativo ma non esaustivo, quelle che impongono il divieto di assegnare l'esecuzione del contratto o di sue parti a subcontraenti, quelle che stabiliscono il divieto di compensazione dei crediti di una parte con i debiti dell'altra (che per la p.a. è comunque un divieto di legge, pertanto la precisazione non sarebbe comunque illegittima), quelle che prevedono precisazioni sulle abbreviazioni utilizzate nel contratto o precisazioni specifiche sui suoi contenuti, etc.

6. Conclusioni

Le presenti Linee Guida, approvate dal Consiglio di Amministrazione dell'Università degli Studi di Pavia nella seduta del ... perseguono lo scopo indicato nel punto 1 e si intendono operative dal primo giorno successivo alla loro approvazione.

Eventuali ulteriori difformità che dovessero riscontrarsi nel tempo saranno oggetto di aggiornamento delle presenti Linee Guida.