

La nozione comunitaria di “operatore economico” e i consorzi costituiti da università e amministrazioni pubbliche (Nota a Corte di Giustizia CE, sez. IV, sentenza 23 dicembre 2009, causa C – 305/08)

di FEDERICA BARONE

SOMMARIO: 1. Il fatto. 2. Le questioni pregiudiziali formulate dal Consiglio di Stato. 3. Appalti pubblici di servizi – normativa previgente – Direttiva del Consiglio 18 giugno 1992 n. 92/50/CEE e D. Lgs. 17 marzo 1995, n. 157. 4. Appalti pubblici di servizi – normativa vigente – Direttiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004 e D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163. 5. La posizione dell’Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture – Deliberazione n. 119 del 18 aprile 2007. 6. La decisione della Corte di Giustizia. 7. Conclusione.

1. Il fatto.

Il Consiglio di Stato, in qualità di giudice del rinvio, ha invitato la Corte di Giustizia CE a pronunciarsi su due questioni pregiudiziali inerenti l’interpretazione della direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, 2004/18/CE¹, ovvero, sulla sussistenza o meno del divieto, per un consorzio costituito esclusivamente da università italiane e amministrazioni statali, di partecipare ad un appalto di servizi, e sulla compatibilità dell’articolo 3, commi 22 e 19, e dell’articolo 34 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 – Codice dei contratti pubblici², con la predetta direttiva.

Il contenzioso è sorto a seguito dell’impugnazione, da parte del predetto consorzio interuniversitario, degli atti che disponevano la sua esclusione da un appalto di servizi avente ad oggetto l’acquisizione di rilievi marini sismostratigrafici, l’esecuzione di carotaggi e il prelievo di campioni in mare nella fascia costiera della Regione che aveva indetto la gara. La stazione appaltante motivava l’esclusione sostenendo che l’articolo 34 del Codice dei contratti pubblici, rubricato “Soggetti a cui possono essere affidati i contratti pubblici”, non includesse nel suo – tassativo – elenco le università e gli istituti di ricerca.

Nell’ambito del procedimento incardinato con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, il Ministero competente chiedeva il parere del Consiglio di Stato, il

¹ Relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, in G.U.C.E. 30 aprile 2004, n. 134.

² In Suppl. ordin. n. 107/L alla G.U. 2 maggio 2006, n. 100.

quale, al fine di palesare il proprio orientamento, formulava le osservazioni di seguito riportate.

2. Le questioni pregiudiziali formulate dal Consiglio di Stato.

Il Consiglio di Stato, in via preliminare, osserva che per stabilire se un raggruppamento interuniversitario costituito da ventiquattro università e da tre ministeri, che non persegue scopo di lucro e che si propone di promuovere e coordinare varie attività scientifiche e applicative nel settore delle scienze del mare, possa essere considerato un "operatore economico" ai sensi della direttiva 2004/18/CE, occorre sciogliere alcune riserve.

La prima riserva è relativa all'interpretazione dell'articolo 1, lettera c) della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE³, che coordinava le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi precedentemente alla direttiva 2004/18/CE, a norma del quale i "prestatori di servizi" erano le persone fisiche o giuridiche, inclusi gli enti pubblici, che "forniscono servizi", con esclusione, quindi, degli enti che non svolgono "istituzionalmente" l'attività corrispondente alla prestazione oggetto dell'appalto.

In secondo luogo, il Consiglio di Stato evidenzia le posizioni contrapposte della giurisprudenza italiana, in bilico tra un orientamento restrittivo che, in ragione della mancanza della struttura d'impresa⁴ in capo alle università, non riconosce loro la possibilità di concorrere per un pubblico appalto, ed un orientamento più flessibile che prevede la valutazione di compatibilità del servizio di volta in volta considerato con i fini istituzionali e le previsioni statutarie dell'ente.

Ancora, il giudice del rinvio riporta la rigida posizione dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture, esternata con la deliberazione n. 119 del 18 aprile 2007 (vedi *infra*), secondo la quale il carattere tassativo dell'elenco di cui all'articolo 34 del Codice non permetterebbe di comprendere gli enti pubblici, le università ed i dipartimenti universitari tra i soggetti ammessi a partecipare alle procedure di gara, restando salva *"..la possibilità per gli stessi di costituire apposite società in base all'autonomia riconosciuta alle Università dalla legge 168/1989"*.

Da ultimo, il Consiglio di Stato rinvia alla giurisprudenza della Corte di Giustizia CE, in particolare all'orientamento secondo il quale le disposizioni comunitarie in tema di appalti pubblici devono essere interpretate alla luce di un criterio funzionale che

³ In G.U.C.E. 24 luglio 1992, n. 209.

⁴ Imprenditore è colui che esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi – articolo 2082 del codice civile.

consenta di evitare l'elusione del principio fondamentale della concorrenza effettiva⁵. In effetti, osserva il Supremo Collegio, la concorrenza potrebbe essere indebolita per due ordini di motivi: da un lato, l'ammissione delle università e degli enti di ricerca alla procedure per l'affidamento di appalti pubblici di servizi sottrarrebbe al mercato una quota non indifferente di appalti ai quali molte imprese ordinarie avrebbero difficoltà di accesso; d'altro canto, c'è da considerare l'ingiusta posizione di privilegio di cui godrebbe l'affidatario, sovvenzionato da finanziamenti pubblici costanti e prevedibili.

Sulla base di quanto osservato, il Consiglio di Stato ha sottoposto alla Corte di Giustizia le seguenti questioni pregiudiziali:

"1) Se le disposizioni della direttiva 2004/18 (...) debbano essere interpretate nel senso che vietano la partecipazione ad un appalto di servizi come quello di acquisizione di rilievi geofisici e campionatura a mare ad un consorzio costituito esclusivamente da università italiane e amministrazioni statali (...).

2) Se le disposizioni dell'ordinamento italiano di cui all'art. 3, commi 22 e 19, e all'art. 34 del (...) decreto legislativo n. 163/2006 - secondo i quali, rispettivamente "il termine 'operatore economico' comprende l'imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi o un raggruppamento o consorzio di essi" e "i termini 'imprenditore', 'fornitore' e 'prestatore di servizi' designano una persona fisica, o una persona giuridica, o un ente senza personalità giuridica, ivi compreso il gruppo europeo di interesse economico (GEIE) (...), che 'offra sul mercato', rispettivamente, la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi" - si ponga[no] in contrasto con la direttiva 2004/18 (...), se interpretate nel senso di limitare la partecipazione ai prestatori professionali di tali attività con esclusione di enti che abbiano preminenti finalità diverse da quelle di lucro, quali la ricerca".

Prima di conoscere il punto di vista della Corte di Giustizia, è opportuno però svolgere delle brevi considerazioni sul contesto normativo – comunitario e nazionale – e sulla giurisprudenza emessa in materia.

⁵ C.G.C.E. sentenza 13 dicembre 2007, causa C-337/06, *Bayerischer Rundfunk* e a., Racc. pag. I-11173). Per quanto riguarda più in particolare gli appalti pubblici di servizi, la Corte avrebbe evidenziato l'obiettivo principale delle norme comunitarie in tale materia, vale a dire la libera circolazione dei servizi e l'apertura ad una concorrenza non falsata e più ampia possibile in tutti gli Stati membri (sentenza 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle* e *RPL Lochau*, Racc. pag. I-1, punti 44 e 47).

3. *Appalti pubblici di servizi – normativa previgente – Direttiva del Consiglio 18 giugno 1992 n. 92/50/CEE e D. Lgs. 17 marzo 1995, n. 157.*

Si ritiene utile iniziare l'*excursus*, nonostante si tratti di normativa non più in vigore, dalla direttiva 18 giugno 1992, n. 50 in materia di appalti pubblici di servizi e dal D. lgs. 17 marzo 1995, n. 157⁶, recante l'attuazione della citata direttiva, poiché è su questa base che si appuntano le utili, seppur rare, riflessioni della giurisprudenza.

L'articolo 1, lettera c) della direttiva 92/50/CEE, definisce "prestatori di servizi" le persone fisiche o giuridiche, inclusi gli enti pubblici che forniscono servizi.

L'articolo 3 del D. lgs. n. 157/1995, si limita a definire l'appaltatore come "prestatore di servizi".

Il Consiglio di Stato ha osservato che tale carenza definitoria "...impedisce di riconoscere una precisa volontà del legislatore nazionale di definire in maniera diversa, rispetto alla classificazione comunitaria, il novero dei soggetti di diritto ammessi alle procedure finalizzate all'affidamento di appalti pubblici di servizi" assumendo "il chiaro significato di una limitazione soggettiva nell'accesso alla contrattazione considerata" e "l'evidente esclusione dal novero dei soggetti titolari di quegli organismi pubblici che non comprendono tra le finalità d'istituto la prestazione del servizio per il quale è stata indetta la procedura di selezione"⁷. Nel caso posto al Consiglio di Stato, il T.A.R. Campania⁸ aveva annullato l'aggiudicazione dell'appalto del servizio di attuazione del programma di sorveglianza sanitaria presso un Comune, avvenuta in favore di un'A.T.I. partecipata dal dipartimento di Scienze Mediche Preventive di un'università, sulla base di un duplice rilievo:

- l'estraneità, rispetto alle finalità istituzionali del dipartimento universitario, dell'oggetto del contratto in questione;
- l'alterazione della concorrenza provocata dalla partecipazione del dipartimento alla procedura selettiva, per la presenza di significativi vantaggi in ordine alla disponibilità delle risorse e al contenimento dei costi di gestione.

Il Supremo Collegio, confermando la decisione appellata, ha avuto modo di chiarire che, sulla base del richiamo operato dall'articolo 1 lettera c) della direttiva

⁶ In Suppl. ordinario n. 52 alla G.U. 6 maggio 1995, n. 104; V. anche l'articolo 11 della legge 22 febbraio 1994, n. 146, legge comunitaria per il 1993, recante la delega al Governo per l'attuazione della direttiva 92/50/CEE del Consiglio.

⁷ Cons. Stato, sez. V, sentenza 29 luglio 2003 n. 4327.

⁸ T.A.R. Campania, sez. I, sentenza 12 giugno 2002, n. 3411, in *Foro amm. TAR*, 2002, 7-8, pag. 2572, con nota di M. CALABRÒ.

92/50/CEE, gli enti pubblici sono legittimati a conseguire l'aggiudicazione di appalti pubblici di servizi, a condizione che eroghino le prestazioni oggetto del contratto *"...secondo i propri fini istituzionali ed in coerenza con i compiti loro affidati dall'ordinamento"* (con ciò escludendo, alla luce dello statuto e della normativa di riferimento, che nel caso in esame tale circostanza fosse ravvisabile).

Lo stesso orientamento è rinvenibile nella giurisprudenza del T.A.R. Lazio⁹, che, in accoglimento del ricorso presentato da un'A.T.I. di cui erano parte alcune università romane, ha pronunciato l'annullamento del provvedimento di esclusione dalla gara indetta per l'affidamento dell'appalto concernente le attività relative alla elaborazione dei piani di gestione e di regolamentazione sostenibili dei siti di importanza comunitaria e delle zone di protezione speciale nell'area protetta dei Monti Lucretili. Il Collegio, riprendendo le argomentazioni svolte dal Consiglio di Stato nella citata sentenza n. 4327/2003, è giunto ad affermare la perfetta riconducibilità della prestazione oggetto dell'appalto ("studio e analisi del sito da curare e conseguente individuazione delle soluzioni operative") alle attività di studio, ricerca e consulenza che, a norma delle relative disposizioni statutarie, *"caratterizzano l'azione tipica delle Università ricorrenti, conformemente alle loro finalità istituzionali"*. Per quanto più specificamente riguarda le attività c.d. di assistenza tecnica, valutate in termini di complementarietà rispetto a quelle di studio e ricerca, e comunque giudicate compatibili con i fini istituzionali delle università, il T.A.R. Lazio ha ritenuto che potessero, comunque, *"...essere garantite dagli ulteriori soggetti componenti la costituenda associazione"*.

Molto opportunamente, il T.A.R. Toscana¹⁰ ha in seguito osservato che, in linea di principio, la finalità lucrativa di un soggetto, presupponendo un'attività, ossia una serie di atti tra loro coordinati, va tenuta distinta dalla possibilità, sempre ammissibile, di porre in essere singoli atti aventi rilievo economico. Inoltre, l'assenza del fine di lucro non comporta, di per sé, l'impossibilità di svolgere attività imprenditoriale, come accade per le società cooperative che, come è noto, si caratterizzano per la finalità mutualistica del loro oggetto sociale.

⁹ T.A.R. Lazio, sez. I *ter*, sentenza 26 luglio 2004, n. 7353.

¹⁰ T.A.R. Toscana, sez. I, sentenza 13 febbraio 2006, n. 395. Curiosamente, il contenzioso che impegnava il T.A.R. vedeva come resistente proprio il medesimo consorzio interuniversitario oggetto dell'odierna pronuncia della C.G.C.E.; il Collegio, tra le altre considerazioni, ha ritenuto risolutiva la lettura dell'articolo 3 dello Statuto, secondo cui, allo scopo di realizzare il proprio fine, il Consorzio *"esegue studi o ricerche su commissione di Amministrazioni statali, Enti pubblici e privati, Enti locali e territoriali, Agenzie nazionali e internazionali e fornisce ai medesimi pareri e mezzi di supporto relativi a problemi nel settore delle Scienze del Mare"*.

4. *Appalti pubblici di servizi – normativa vigente – Direttiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004 e D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163.*

L'evoluzione della normativa di settore, ha fatto registrare un approccio apparentemente contraddittorio rispetto agli orientamenti che sembravano ormai consolidati, sia a livello comunitario, sia a livello nazionale.

L'articolo 1, paragrafo 2, lettera d), della direttiva 2004/18/CE definisce gli appalti pubblici di servizi rilevanti ai fini della direttiva stessa, rinviando all'elenco delle prestazioni di cui all'allegato II, il quale, non innovando sul punto rispetto alla direttiva 92/50/CEE, vi comprende i "servizi di ricerca e sviluppo" – sempre ad esclusione dei contratti per servizi di ricerca e sviluppo diversi da quelli di cui beneficiano esclusivamente le amministrazioni aggiudicatrici per loro uso nell'esercizio della propria attività, nella misura in cui la prestazione dei servizi sia interamente retribuita da dette amministrazioni.

L'articolo 1, paragrafo 8, prevede espressamente che i termini "imprenditore", "fornitore" e "prestatore di servizi", sinteticamente ricondotti ad unità con la nozione di "operatore economico", "designano una persona fisica o giuridica o un ente pubblico o un raggruppamento di tali persone e/o enti che offra sul mercato, rispettivamente, la realizzazione di lavori e/o opere, prodotti o servizi".

Alla luce della disposizione da ultimo richiamata, parrebbe, dunque, permanere la legittimazione degli enti pubblici a rendersi affidatari di servizi di consulenza e ricerca all'esito di una procedura di gara.

Inoltre, per quanto riguarda le università, collocate dallo stesso legislatore comunitario all'interno delle categorie degli organismi di diritto pubblico¹¹, trova applicazione il considerando n. quattro della direttiva, che di seguito si riporta: "*Gli Stati Membri dovrebbero provvedere affinché la partecipazione di un offerente che è un organismo di diritto pubblico a una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico non causi distorsioni della concorrenza nei confronti di offerenti privati*".

In questa ultima direzione sembrerebbe operare il D. lgs. 12 aprile 2006, n. 163¹², la cui definizione di "prestatore di servizi" designa "*..una persona fisica, o una persona giuridica, o un ente senza personalità giuridica, ivi compreso il gruppo*

¹¹ V. direttiva 2004/18/CE, allegato III: l'elenco, non tassativo, comprende anche gli istituti universitari statali, i consorzi per i lavori interessanti le università, gli istituti superiori scientifici e culturali, osservatori astronomici, astrofisici, geofisici o vulcanologici, enti di ricerca e sperimentazione, enti culturali e di promozione artistica, ecc.

¹² V. anche l'articolo 25 della legge 18 aprile 2005, n. 62, legge comunitaria per il 2004, recante la delega al Governo per l'attuazione della direttiva 2004/18/CE.

europeo di interesse economico [...] che offra sul mercato [...] la prestazione di servizi" (articolo 3, comma 19, D. lgs. n. 163/2006).

Gli enti pubblici, contemplati nella definizione comunitaria, sono quindi stati espunti dal legislatore nazionale dal novero dei prestatori di servizi (nonché, a più ampio raggio, dal novero degli "imprenditori" e dei "fornitori"); a conferma di ciò, l'articolo 34 del Codice dei contratti pubblici, non riporta in elenco tale categoria di affidatari, legittimando esclusivamente gli imprenditori individuali, le società commerciali, le società cooperative ed i loro consorzi e raggruppamenti.

In realtà, e come già anticipato, la nozione di "prestatore di servizi" è una specificazione del più ampio *genus* "operatore economico", di derivazione comunitaria, che si riferisce a qualsiasi soggetto (persona fisica o giuridica, ente pubblico o raggruppamento di tali persone e/o enti) che offra sul mercato la realizzazione di opere e/o lavori, prodotti o servizi. Sebbene l'articolo 34 del D. Lgs. n. 163/2006 stabilisca che soltanto i soggetti organizzati in forma imprenditoriale e i loro raggruppamenti e consorzi possano concorrere agli affidamenti di appalti pubblici, la nozione di impresa che deve assumere rilevanza è sicuramente quella definita dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia nell'ambito del diritto alla concorrenza, nozione *"...che abbraccia qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, cioè che offra beni o servizi su un determinato mercato, a prescindere dal suo status giuridico e dalle sue modalità di finanziamento"*¹³.

Peraltro, la Corte dei Conti¹⁴, richiamando la giurisprudenza comunitaria, aveva in passato ribadito che *"l'assenza dello scopo di lucro non priva l'attività dell'ente -*

¹³ Sentenza 24 ottobre 2002, causa C-82/01, *Aéroports de Paris c/ Commissione CE*; V. anche: sentenza 11 dicembre 1997, causa C-55/96, *Job Centre coop. a r.l.*; sentenza 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Klaus Hoefner e Fritz Elser c/ Macrotron GMBH*.

¹⁴ Corte dei Conti, sezione controllo, sentenza 18 gennaio 1997, n. 4, in *Foro amm.* 1997, pag. 2160 e ss. Il Collegio, nel sancire la non conformità a legge del ricorso alla trattativa privata (qualora non siano presenti le condizioni previste espressamente dalla normativa comunitaria per derogare alle procedure concorsuali), ha statuito che *"...rientra nell'ambito degli appalti di servizio, disciplinati dalla direttiva del Consiglio CE 18 giugno 1992 n. 50 [...] l'affidamento da parte del Ministero dei lavori pubblici, di servizi di ricerca e consulenza a istituti universitari, in quanto né la particolare natura della prestazione di tipo intellettuale né le presunte difficoltà di predeterminare il contenuto della convenzione, né infine, la natura di enti pubblici che le università rivestono, rappresentano cause espresse di esclusione dall'applicazione della predetta normativa; pertanto, non è conforme a legge il ricorso alla trattativa privata, per l'affidamento dei suddetti incarichi qualora non sussistano specifiche condizioni, previste espressamente dalla normativa comunitaria, per derogare alle procedure concorsuali"*. Il Collegio ha altresì evidenziato che l'Amministrazione *"non può giustificare ex post l'avvenuto ricorso alla procedura negoziale assumendo la sussistenza dei relativi presupposti poiché l'apprezzamento di eventuali ragioni tecniche che legittimano un affidamento diretto deve essere oggetto di specifiche valutazioni da effettuare negli atti amministrativi che hanno escluso il ricorso alla procedura concorsuale"*, ed ha ricordato che l'allegato IA alla Direttiva CE 18 giugno 1992 n. 50 – ora abrogata -, comprende tra i

università - della sua natura economica, con la conseguenza che sono applicabili le norme in materia di concorrenza” e che le università si configurano come soggetti operanti nell’ambito del mercato dei servizi di ricerca e di consulenza.

Non volendo ipotizzare una fattispecie di parziale adempimento, da parte del legislatore statale, nell’attuazione dell’articolo 1, paragrafo 8, della direttiva 2004/18/CE, è forse opportuno ritenere che si tratti di una peculiare modalità di attuazione del considerando n. quattro succitato, anche se, ad onor del vero, al legislatore nazionale viene solo richiesto di provvedere affinché la partecipazione di un offerente, che sia organismo di diritto pubblico, a una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico, non causi distorsioni della concorrenza nei confronti di offerenti privati, non di eliminare la possibilità di tale partecipazione *tout court*.

Invero, il considerando n. quattro, valutando in termini di “normalità” la partecipazione di questa categoria di concorrenti, sottolinea semplicemente l’esigenza di assicurare la concorrenza tra gli offerenti all’interno del mercato, rimettendo ad ogni Stato - membro l’individuazione delle concrete modalità operative per raggiungere il risultato prefigurato.

Il tema è quindi denso di implicazioni, se solo si pone mente all’aspetto della diretta efficacia delle direttive che contengano norme c.d. *self-executing*, ovvero, che impongano agli Stati membri obblighi sufficientemente chiari, precisi e incondizionati; in tali casi, una risalente e costante giurisprudenza della Corte di Giustizia, consente ai singoli di far valere tali norme dinanzi ai giudici nazionali nei confronti dello Stato, sia che questo non abbia recepito tempestivamente la direttiva nel diritto nazionale, sia che l’abbia recepita in modo inadeguato¹⁵. A tale proposito è doveroso osservare, qualora si volessero ritenere direttamente efficaci le norme definitorie che qui interessano (ovvero, l’articolo 1, parag. 8, della direttiva 2004/18/CE), che l’efficacia diretta di cui si discute riguarderebbe pur sempre i rapporti tra i cittadini e lo Stato (c.d. effetto verticale delle direttive), rimanendo escluso qualsiasi effetto orizzontale delle stesse, e, conseguentemente,

servizi sottoposti per intero alle norme di aggiudicazione degli appalti i “servizi di ricerca e sviluppo” - ad esclusione dei contratti per servizi di ricerca e sviluppo diversi da quelli i cui risultati appartengono all’amministrazione aggiudicatrice, perché li usi nell’esercizio della sua attività, purchè la prestazione del servizio sia interamente retribuita da tale amministrazione.

¹⁵ Tra la copiosa giurisprudenza emessa in materia dalla Corte di Giustizia della Comunità Europea, si segnala: sentenza 26 ottobre 2006, causa C-317/05, G. *Pohl/ Boskamp*; sentenza 5 ottobre 2004, cause da C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer* e a.; sentenza 17 febbraio 2005, cause riunite C-453/02 e C-462/02, *Linneweber e Akritidis*; sentenza 10 settembre 2002, causa C-141/00, *Kügler*; sentenza 19 gennaio 1982, causa 8/81, *Becker*.

rimanendo preclusa la tutela giudiziale del diritto di fonte comunitaria nei rapporti tra privati.

A prescindere da questi, fondamentali, aspetti, è opportuno rilevare che la Commissione europea, con la comunicazione interpretativa 1 agosto 2006, relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive "appalti pubblici"¹⁶, ha fornito chiarimenti sull'interpretazione della materia da parte della Corte di Giustizia, riportandone l'orientamento secondo il quale "sebbene taluni contratti siano esclusi dalla sfera di applicazione delle direttive comunitarie nel settore degli appalti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici che li stipulano sono ciò nondimeno tenute a rispettare i principi fondamentali del trattato"¹⁷; pertanto, anche per le prestazioni di servizi escluse o sotto soglia, indefettibile rimane il rispetto dei principi di uguaglianza di trattamento e di non discriminazione, sussistendo un generale obbligo di trasparenza che garantisca un livello di pubblicità tale da aprire gli appalti di servizi alla concorrenza e da consentire un controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione.

5. *La posizione dell'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture – Deliberazione n. 119 del 18.4.2007.*

Alla riferita complessità e novità del quadro normativo si deve aggiungere la recente deliberazione n. 119 del 18 aprile 2007 dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture.

Nel caso sottoposto all'esame dell'Autorità, una regione italiana (Stazione Appaltante) a seguito della contestazione di un bando di gara formulata da alcuni concorrenti con riferimento alla previsione che consentiva la partecipazione delle università, dei dipartimenti universitari e degli istituti di ricerca alla gara per l'affidamento di servizi di monitoraggio nel campo ambientale, proponeva istanza di parere ex articolo 6, comma 7 lettera n) del D. lgs. n. 163/2006.

L'Autorità, con la deliberazione indicata in epigrafe, riprendendo l'elenco di cui all'articolo 34 del D. lgs. n. 163/2006, ha ritenuto che "La caratteristica che accomuna le figure sopra individuate è l'esercizio professionale di una attività economica [...]; gli elementi sopra richiamati consentono di individuare il discrimen tra gli operatori economici e quei soggetti, quali gli enti pubblici non economici, le università ovvero i dipartimenti universitari, non rientranti in tale categoria, in

¹⁶ In G.U.C.E. C 179/2 1 agosto 2006.

¹⁷ C.G.C.E., sezione seconda, ord. 3 dicembre 2001, causa C-59/2000, *Bent Moustén Vestergaard c/ Spøttrup Boligselskab*.

quanto rivestono una finalità diversa dall'attività economica, come noto rivolta alla produzione di ricchezza". A parere dell'Autorità, il carattere tassativo di tale elenco non permette di comprendere gli enti pubblici, le università ed i dipartimenti universitari tra i soggetti ammessi a partecipare alle procedure di gara, restando salva "...la possibilità per gli stessi di costituire apposite società in base all'autonomia riconosciuta alle università dalla legge 168/1989"¹⁸; per quanto riguarda gli istituti di ricerca, l'Autorità ha preferito non tracciare una demarcazione netta, sottolineando la necessità "...di effettuare, caso per caso, la verifica del relativo statuto al fine di valutare gli scopi istituzionali per i quali sono costituiti".

6. La decisione della Corte di Giustizia.

La Corte di Giustizia, con la pronuncia in commento, ha affrontato, punto per punto, tutte le riserve formulate dal giudice del rinvio. In particolare:

a) relativamente alla struttura organizzativa delle università e all'assenza dello scopo di lucro, ha rilevato che le disposizioni della direttiva 2004/18/CE, da un lato, non contengono una definizione della nozione di "operatore economico" e, dall'altro, non operano distinzioni tra gli offerenti a seconda che essi perseguano o meno un preminente scopo di lucro, e tantomeno prevedono in modo esplicito l'esclusione di enti come quello oggetto della causa principale. Nondimeno, tali disposizioni, considerate alla luce della giurisprudenza della Corte, contengono elementi sufficienti a fornire una risposta utile. Così, il considerando n. quattro della direttiva 2004/18/CE evoca la possibilità, per un "organismo di diritto pubblico", di partecipare in qualità di offerente ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico. Allo stesso modo, l'articolo 1, n. 8, primo e secondo comma, di tale direttiva riconosce la qualità di "operatore economico" non soltanto a ogni persona fisica o giuridica, ma anche, in modo esplicito, a ogni "ente pubblico", nonché ai raggruppamenti costituiti da tali enti, che offrono servizi sul mercato. Orbene, la nozione di "ente pubblico" può includere anche organismi che non perseguono un preminente scopo di lucro, che non hanno una struttura d'impresa e che non assicurano una presenza continua sul mercato.

b) In ordine alla questione di una possibile distorsione della concorrenza a motivo della partecipazione ad un appalto pubblico di enti che, come il ricorrente nella causa principale, vanterebbero una posizione privilegiata rispetto a quella degli operatori privati, grazie ai finanziamenti pubblici che vengono loro erogati, si deve

¹⁸ Così come in precedenza deliberato in ordine all'elenco, tassativo, dei soggetti aventi diritto ad essere affidatari di incarichi di progettazione, contenuto nell'articolo 17 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m.i.; V. deliberazione n. 83 del 28 marzo 2007 e n. 179 del 25 giugno 2002.

ricordare che il considerando n. quattro della direttiva 2004/18/CE enuncia l'obbligo per gli Stati - membri di provvedere affinché una distorsione di questo tipo non si produca per il fatto della partecipazione di un organismo di diritto pubblico a un appalto pubblico. Peraltro, la Corte ha riconosciuto che, in talune circostanze particolari, l'amministrazione aggiudicatrice ha l'obbligo, o quanto meno la facoltà, di prendere in considerazione l'esistenza di sovvenzioni, ed in particolare di aiuti non compatibili con il Trattato, al fine eventualmente di escludere gli offerenti che ne beneficiano¹⁹. Pur tuttavia, l'esistenza di finanziamenti pubblici o aiuti di Stato non può giustificare l'esclusione a priori di enti da una procedura di gara.

La Corte prosegue l'esame del caso attraverso un *excursus* della giurisprudenza emessa in precedenza, elencando una serie di principi che fanno ormai parte dell'*acquis communautaire*, primo fra tutti "l'apertura alla concorrenza nella misura più ampia possibile" (sentenza 15 maggio 2008, cause riunite C-147/06 e C-148/06, SECAP e Santorso, Racc. pag. I-3565, punto 29), nonché, che è nell'interesse del diritto comunitario che venga garantita la partecipazione più ampia possibile di offerenti ad una gara d'appalto²⁰. Nella stessa direzione, la Corte ha dichiarato che la normativa comunitaria osta a qualsiasi normativa nazionale che escluda dall'aggiudicazione di appalti pubblici di servizi il cui valore superi la soglia di applicazione delle direttive, candidati od offerenti autorizzati, in base alla normativa dello Stato - membro nel quale sono stabiliti, ad erogare il servizio in questione per il solo motivo che tali candidati od offerenti non hanno la forma giuridica corrispondente ad una determinata categoria di persone giuridiche²¹.

Fondamentale importanza assume inoltre il rilievo che un'interpretazione restrittiva della nozione di "operatore economico" avrebbe come conseguenza che i contratti conclusi tra amministrazioni aggiudicatrici e organismi che non agiscono in base a un preminente scopo di lucro non sarebbero considerati come appalti pubblici, potrebbero essere aggiudicati in modo informale e, in tal modo, sarebbero sottratti alla norme comunitarie in materia di parità di trattamento e di trasparenza, in contrasto con la finalità delle medesime norme²².

Per tali motivi, la Corte di Giustizia ha risolto i quesiti posti dal Consiglio di Stato con la prima questione pregiudiziale, così disponendo:

"1) *Le disposizioni della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione*

¹⁹ V., in tal senso, sentenza 7 dicembre 2000, causa C-94/99, ARGE, punto 29.

²⁰ Sentenza 19 maggio 2009, causa C-538/07, Assitur, punto 26.

²¹ V., in tal senso, la sentenza 18 dicembre 2007, causa C-357/06, Frigerio Luigi & C., punto 22.

²² Cfr. nt. 13.

degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, ed in particolare quelle di cui al suo art. 1, nn. 2, lett. a), e 8, primo e secondo comma, che si riferiscono alla nozione di «operatore economico», devono essere interpretate nel senso che consentono a soggetti che non perseguono un preminente scopo di lucro, non dispongono della struttura organizzativa di un'impresa e non assicurano una presenza regolare sul mercato, quali le università e gli istituti di ricerca nonché i raggruppamenti costituiti da università e amministrazioni pubbliche, di partecipare ad un appalto pubblico di servizi”.

In ordine alla seconda questione pregiudiziale posta dal giudice del rinvio, la Corte, sul presupposto che l'articolo 4, comma 1 della direttiva 2004/18/CE richiama il potere, in capo agli Stati - membri, di autorizzare o meno talune categorie di operatori a fornire certi tipi di prestazioni, rileva che i medesimi Stati - membri possono autorizzare o non autorizzare le università e gli istituti di ricerca ad operare sul mercato in funzione della circostanza che l'attività in questione sia compatibile, o meno, con i loro fini istituzionali e statutari. Pertanto, una volta accertato che tali soggetti sono autorizzati a offrire taluni servizi sul mercato, la normativa nazionale che recepisce la direttiva 2004/18/CE nel diritto interno non può vietare a questi ultimi di partecipare a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici aventi ad oggetto la prestazione degli stessi servizi. In ultima analisi, spetta al giudice nazionale interpretare il proprio diritto interno quanto più possibile alla luce del testo e della finalità della direttiva 2004/18/CE, allo scopo di raggiungere i risultati perseguiti da quest'ultima, privilegiando l'interpretazione delle disposizioni nazionali che sia maggiormente conforme a tale finalità, all'occorrenza, disapplicando ogni contraria disposizione di legge nazionale²³.

Di conseguenza, la seconda questione pregiudiziale è stata risolta come di seguito: “2) La direttiva 2004/18 dev'essere interpretata nel senso che essa osta all'interpretazione di una normativa nazionale come quella di cui trattasi nella causa principale che vieti a soggetti che, come le università e gli istituti di ricerca, non perseguono un preminente scopo di lucro di partecipare a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, benché siffatti soggetti siano autorizzati dal diritto nazionale ad offrire sul mercato i servizi oggetto dell'appalto considerato”.

7. Conclusione.

Dalla lettura della sentenza 23 dicembre 2009, resa dalla Corte di Giustizia CE nella causa C- 305/08, emerge chiaramente che le università – ed i loro raggruppamenti -, seppure carenti del requisito dell'organizzazione d'impresa e

²³ V. sentenza 22 dicembre 2008, causa C-414/07, *Magoora*, punto 44.

dello scopo di lucro, sono abilitate a partecipare alle procedure per l'affidamento di servizi pubblici, purchè le medesime siano "autorizzate" ad offrire sul mercato i loro servizi (i quali, necessariamente, devono concretizzarsi in attività compatibili con i loro fini istituzionali e statutari).

Nella fattispecie, l'autorizzazione abilitante potrebbe essere rinvenuta nell'articolo 66, comma 1, del D.P.R. 11 luglio 1980, n. 382²⁴, il quale consente alle università, per mezzo dei dipartimenti in cui è articolata e "...purchè non vi osti lo svolgimento della loro funzione scientifica didattica..", di eseguire attività di ricerca e consulenza mediante la stipulazione di contratti e convenzioni con enti pubblici e privati.

Per superare, invece, l'ostacolo rappresentato dal Codice dei contratti, si potrebbe suggerire ai giudici nazionali che siano chiamati a risolvere la questione che ci impegna, di operare mediante un'interpretazione estensiva della nozione di "persona giuridica" di cui all'articolo 3, comma 19, del D. Lgs. n. 163/2006, al fine di superare la pretesa tassatività dell'elenco di cui all'articolo 34 del Codice e di dotare - anche formalmente - il prestatore di servizi "università" della necessaria legittimazione²⁵.

Ovviamente, ci si attende ora anche un deciso *revirement* dell'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

²⁴ Suppl. Ordin. alla G.U. del 31 luglio 1980, n. 209.

²⁵ Ricordiamo che l'articolo 3, comma 19, del Codice dei contratti pubblici, stabilisce che i termini "imprenditore", "fornitore" e "prestatore di servizi" designano una persona fisica, o una persona giuridica, o un ente senza personalità giuridica, che offra sul mercato, rispettivamente, la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi.