

ANCE

Direzione Legislazione Opere Pubbliche

Osservazioni sul documento base “Problematiche relative alla partecipazione alle gare di cui al d. lgs. n. 163/2006 delle Università e degli istituti similari”

Audizione presso l’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture del 7 luglio 2010

Con il documento-base predisposto dall’Autorità, si sottopone all’attenzione degli operatori del mercato la questione inerente la possibilità di partecipare a gare ad evidenza pubblica, indette ai sensi del decreto legislativo n. 163 del 2006, le Università e gli istituti ad esse similari, alla luce della sentenza della Corte di Giustizia del 23 dicembre 2009 C-305/08.

Sul punto, la sentenza in esame evidenzia due importanti profili.

Da un lato, delinea il concetto di “operatore economico” in base alla disciplina della direttiva comunitaria 2004/18/CE, individuandolo in un soggetto che non necessariamente persegue un preminente scopo di lucro, non sempre dispone di struttura organizzativa di impresa, né assicura una presenza regolare sul mercato. In buona sostanza, nel concetto di operatore economico può rientrare, nell’ottica comunitaria, qualsiasi soggetto di natura privata o pubblica che, anche occasionalmente, offra sul mercato beni o servizi. Pertanto, in astratto possono rientrare tra gli operatori economici così intesi, anche le Università e gli enti di ricerca.

Dall’altro lato, tuttavia, la sentenza sottolinea come, ai sensi dell’art. 4, n. 1 della direttiva, spetti agli Stati membri il potere di autorizzare o meno talune categorie di operatori a fornire certi tipi di prestazioni. In tal senso, gli 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.

Ad avviso di questa Associazione, quest’ultimo punto rappresenta quello di maggior interesse, al fine di fornire soluzione al quesito posto, dovendosi ricercare nell’ordinamento interno la posizione assunta dal legislatore in merito alla possibilità di operare sul mercato da parte degli enti universitari.

Al riguardo, non è rinvenibile una norma di legge che autorizzi in via generale le Università e gli enti di ricerca a svolgere attività rivolte al mercato. In tal senso, non appare sufficiente l’art. 7 comma 1, lettera c) della legge n. 168 del 1989, che contempla tra le entrate delle Università “i corrispettivi di contratti e convenzioni”, trattandosi di norma che investe il profilo dell’autonomia finanziaria e contabile delle Università senza determinare alcun concreto ampliamento delle attività che competono alle stesse. Al contrario, in merito al contenuto delle funzioni svolte dalle Università, l’art. 6 della medesima legge chiarisce espressamente che queste svolgono le attività istituzionali della didattica e della ricerca scientifica, mentre nessuna norma autorizza espressamente l’offerta di servizi sul mercato.

Si può pertanto ritenere che le Università e gli enti di ricerca non siano legislativamente autorizzati a svolgere servizi per il mercato, potendo al più realizzare i servizi che siano strettamente connessi alle finalità istituzionali ad essi demandate. Il riferimento ai corrispettivi derivanti da contratti e

convenzioni possono facilmente ricondursi ad attività svolte da detti enti nei confronti di privati, laddove gli stessi ritengano opportuno ricorrere alle competenze scientifiche altamente specializzate rinvenibili esclusivamente in detti enti, quali prove di laboratorio, analisi, certificazioni etc.

Né sembrerebbe sufficiente a consentire l'espletamento di attività rivolte al mercato la semplice previsione statutaria che attribuisca all'ente tale facoltà, in assenza di una specifica disposizione dello Stato. Lo statuto, infatti, contiene disposizioni di carattere organizzativo che non possono porsi in contrasto con le norme primarie, né l'autonomia statutaria può intendersi nel senso che l'ente stesso possa attribuirsi unilateralmente funzioni che non si desumono dalla legge che ne detta la disciplina generale.

Invece, nella disciplina relativa all'affidamento dei contratti pubblici, il legislatore ha chiaramente delineato quali sono i soggetti ammessi a partecipare alle procedure di gara, individuandone l'elenco all'art. 34 del codice dei contratti pubblici, che non include le Università e gli enti di ricerca.

In sostanza, la scelta del legislatore interno è stata quella di autorizzare a partecipare alle gare esclusivamente i soggetti che rivestano la qualità di imprenditore ai sensi della disciplina civilistica, e cioè soggetti che esercitano l'attività economica in via professionale, con propria organizzazione dei fattori produttivi. In tale senso, si è espresso recentemente anche il Consiglio di Stato (sentenza n. 3638 del 2010), che nel ritenere preclusa la partecipazione alle gare delle società semplici, ha chiarito che l'art. 34 non si pone in contrasto con la direttiva comunitaria sugli appalti pubblici, considerato che questa, pur affermando il principio della libertà di forma del concorrente, non impedisce agli Stati membri di regolare la capacità giuridica dei soggetti e di vietare a determinate categorie di persone giuridiche di offrire lavori, beni e servizi sul mercato.

Alla luce di quanto sopra evidenziato, si ritiene che la disposizione di cui all'art. 34 costituisca la norma nazionale cui fare riferimento per accertare se, ai sensi del diritto comunitario, determinate categorie di operatori economici siano o meno autorizzate a partecipare alle procedure di gara.

Pertanto, un'interpretazione delle disposizioni esaminate, che consentisse la partecipazione delle Università e degli enti di ricerca alle procedure di appalto pubbliche, potrebbe porsi in contrasto con l'evoluzione dell'ordinamento giuridico interno, che appare orientato a rimettere l'esercizio delle attività economiche ai soggetti privati e solo in via residuale agli enti pubblici.

Tale evoluzione si pone come applicazione concreta del c.d. principio di sussidiarietà di tipo orizzontale, in base al quale è favorita l'iniziativa privata anche nelle attività di interesse generale, e a maggior ragione in quelle avente carattere economico.

Si pensi, infatti, al settore dei servizi pubblici locali, dove le modifiche normative succedutesi negli ultimi anni hanno condotto a favorire progressivamente l'apertura del mercato ai privati, limitando la gestione del servizio da parte dell'ente pubblico ad ipotesi eccezionali e debitamente motivate.

In tale ottica, la possibilità per enti pubblici, quali le Università e i soggetti similari, di entrare nel mercato degli appalti, si porrebbe in assoluta controtendenza rispetto al processo che vede il trasferimento di attività economiche dal pubblico al privato.

In base alle argomentazioni sopra svolte, si ritiene che l'Autorità possa individuare ragionevoli elementi per affermare in via interpretativa l'inammissibilità della partecipazione alle procedure di gara da parte di Università ed enti di ricerca, ritenendo che lo svolgimento di attività sul mercato da

parte di detti enti non risulti autorizzata dalla legislazione vigente, che al contrario non ricomprende tali soggetti tra quelli abilitati ad essere affidatari di appalti pubblici.