

## **ANCI**

### **Osservazioni sul documento base “Problematiche relative alla partecipazione alle gare di cui al D.lg. 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 riferimento alla convocazione pervenuta da codesta Autorità con nota n 38176 in data 10 giugno 2010 relativa all’argomento indicato in oggetto questa Associazione rileva sulla base della recente pronuncia in data 23 dicembre 2009 della Corte di Giustizia europea sulla causa C-305/08 che la disciplina come dettata dall’articolo 34 del D.lg. 163/2006 potrebbe essere interpretata come non tassativa ammettendo, quindi, la partecipazione a gare d'appalto anche di persone giuridiche diverse da quelle espressamente contemplate nel citato articolo, quali le Università e gli istituti similari.

Il giudice comunitario dispone che "la direttiva 2004/18 deve 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."

Tale estensione comporta, a parere di questa Associazione, sicuramente ulteriori difficoltà interpretative per le stazioni appaltanti in sede di redazione del bando e dei disciplinari di gara nonché di svolgimento delle procedure di qualificazione dei prestatori del servizio oggetto delle procedure di affidamento in relazione ai tassativi termini indicati agli artt. 38 , 41 e 42 del D.lg.

La Corte, infatti, pur osservando che le disposizioni della Direttiva 2004/18, ed in particolare quelle di cui all’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 di consentire anche alle Università e amministrazioni pubbliche di partecipare alle gare ha ribadito che tali soggetti devono dimostrare di possedere i requisiti indicati nel bando, essere autorizzati dallo Stato membro ad operare sul mercato compatibilmente con la finalità principale didattica e di ricerca e le stazioni appaltanti devono vigilare affinché i contributi pubblici non costituiscano una distorsione della concorrenza.

In ambito nazionale, inoltre, il termine imprenditore ai sensi dell’articolo 2082 del Codice Civile individua un soggetto che “esercita professionalmente un’attività economica organizzata al fine della produzione e dello scambio di beni e servizi” e tale definizione ha circoscritto, all’attualità, la partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici alle sole società commerciali e in tale contesto è sviluppato il D.L.vo 163/2006 per quanto attiene alle documentazioni richieste in sede di gara ai fini della qualificazione che difficilmente possono essere prodotte da enti pubblici non economici che per loro finalità e caratteristiche non hanno struttura imprenditoriale stante il sistema di contribuzione pubblica a sostegno della propria attività.

Al riguardo e a titolo meramente esemplificativo e con riferimento agli artt. 41 e 42 del D.lg. n. 163/2006 relativi alla qualificazione economica e finanziaria e tecnica richiesta per i prestatori di servizi appare difficile confrontare un bilancio di un operatore economico commerciale con quello di un’Università o di un Dipartimento o istituto di ricerca ove, l’intervento pubblico, per ripianare eventuali squilibri economici è predominante ovvero richiedere l’elenco dei servizi prestati che

potrebbero non trovare riferimento nell'ambito del Bilancio stesso in quanto non legati a logiche di mercato o d'impresa.

Garantire, inoltre, una concorrenza paritaria tra i soggetti privati e quelli pubblici appare ancora più difficile se non impossibile per le stazioni appaltanti

Appare consequenziale che se le Università o gli istituti di ricerca assumono la funzione di "operatori economici" lo strumento convenzionale ex art. 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241 per l'affidamento di attività di servizio non può più essere utilizzato dagli enti locali.

Tali convenzioni di collaborazione con le Università e gli istituti di ricerca pubblici, consentivano di adempiere alle attività istituzionali, senza ricorrere a procedure concorsuali, e di avvalersi della notevole capacità tecnica sviluppata da tali soggetti attraverso lo svolgimento delle proprie attività istituzionali di ricerca e di studio.

La Corte di Giustizia europea con la pronuncia del 9 giugno 2009, (causa C-480/06 )ha, infatti, stabilito che la legittimità di un accordo stipulato tra amministrazioni è ammissibile solo al verificarsi dei seguenti presupposti:

- perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico;
- principio della parità di trattamento tra i soggetti interessati;
- la collaborazione tra amministrazioni è effettiva;
- movimenti finanziari limitati al rimborso delle spese effettivamente sostenute senza profitto;
- condivisione di compiti e di responsabilità e non un contratto a titolo oneroso in cui una parte svolge la prestazione e l'altra assume l'impegno della remunerazione;

Tra l'altro al riguardo la Corte di Giustizia nella citata sentenza del 23 dicembre 2009 ha chiarito che la normativa comunitaria in materia di appalti pubblici è applicabile anche agli accordi a titolo oneroso conclusi tra un'amministrazione aggiudicatrice ed un'altra amministrazione aggiudicatrice, intendendo con tale espressione un ente che soddisfa una funzione di interesse generale, avente carattere non industriale o commerciale e che, quindi, non esercita a titolo principale un'attività lucrativa sul mercato.

Tutto ciò premesso questa Associazione ritiene che in coerenza a quanto stabilito nel D.lg. n. 163/2006 e con i pronunciamenti comunitari che possano essere ammesse alle procedure di gara le Università e gli Istituti pubblici di ricerca qualora gli stessi abbiano esercitato la facoltà, loro riconosciuta dalla legge 168/89, di costituire apposita società che si pone come una nuova entità, a partire dall'ente pubblico non economico preesistente, per lo sfruttamento economico e commerciale dei risultati delle ricerche condotte nell'ambito dei fini istituzionali che possa partecipare, quindi come "operatore economico" alle procedure concorsuali.

La costituzione di tali attività imprenditoriali è contemplata dal d.lgs. 27 luglio 1999, n. 297 e dal decreto ministeriale n. 593/2000 che è stato compatibile con il regime degli aiuti di Stato dalla Commissione europea nella nota del 26 luglio 2000, n. D 430165.

La partecipazione alle gare di tale società tutelerebbe la concorrenza, visto che avrebbe il risultato di spostare la competizione con gli imprenditori privati su un piano paritario, consentirebbe di corrispondere ai requisiti di qualificazione di cui ai citati artt. 38 , 41 e 42 del D.L.von. 163/2006 che le stazioni appaltanti devono tassativamente applicare nei bandi di gara e sarebbe coerente con le finalità della legge 10 ottobre 1990, n. 287 (cd. legge sulla concorrenza) volta a tutelare

l'iniziativa economica di tutti i soggetti presenti sul mercato senza che uno sfrutti la propria situazione di vantaggio con potenziale danno dei concorrenti.