

CNAPP - Consiglio Nazionale Degli Architetti, Pianificatori, Paesaggisti e Conservatori

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

Il Consiglio Nazionale degli Architetti Pianificatori Paesaggisti e Conservatori si pregia di sottoporre all'attenzione di codesta On.le Autorità le proprie determinazioni circa la questione interpretativa, posta con nota del 10 giugno 2010, in ordine alla ammissibilità della "partecipazione a gare d'appalto anche di persone giuridiche diverse da quelle espressamente contemplate (...) nell'art.34 [del dlgs. n. 163/2006], quali le Università e gli istituti similari".

Rinviando per motivazioni a quanto di seguito ragionato, si anticipano le conclusioni cui si è pervenuti:

- le università, i loro dipartimenti nonché gli istituti similari non possono partecipare alle procedure di appalto per i servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria in quanto non inclusi nell'elenco degli operatori tassativamente abilitati ai sensi e per gli effetti degli artt. 90 e ss. del dlgs. n. 163/2006 (d'ora in poi, Codice);
- le università, i loro dipartimenti nonché gli istituti similari che non esercitano attività di impresa non possono partecipare alle procedure di appalto di lavori, servizi e forniture in quanto non inclusi nell'elenco tassativo degli operatori abilitati ai sensi e per gli effetti dell'art. 34 del Codice;
- le università, i loro dipartimenti nonché gli istituti similari che non esercitano attività di impresa non possono partecipare alle procedure di appalto di lavori, servizi e forniture in quanto alla luce dell'ordinamento interno che disciplina le loro finalità istituzionali non sono, in via di principio, "autorizzati" all'esercizio delle prestazioni che costituiscono oggetti degli appalti pubblici.

1. In limine.

1.1 Nel *"Documento di consultazione"*, datato 8 giugno 2010, (d'ora in poi, "Documento") della Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture (d'ora in poi, "AVPC"), la questione interpretativa circa gli operatori economici che possono partecipare alle *"gare per l'affidamento di lavori, servizi e forniture"* viene posta facendo riferimento all'art. 34 del Codice che elenca i soggetti *"ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici"*.

Nel *Documento*, la questione - alla luce del quadro normativo espressamente richiamato - viene trattata in via astratta e generale, ossia senza operare distinzioni circa le diverse categorie di lavori, servizi e forniture che sono oggetto di disciplina nel Codice.

Prima ancora di entrare nel merito del carattere tassativo o meno dell'elenco contenuto nell'art. 34, si pone pertanto il problema di definire la latitudine della predetta disposizione posto che nel Codice

si registrano discipline speciali per l'aggiudicazione di determinate categorie di contratti.

In specie - nella Parte II, Titolo I, Capo IV, sez. I - il Codice detta la disciplina per l'aggiudicazione dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria e all'art. 90 è declinato l'elenco dei soggetti abilitati ad espletare i suddetti servizi.

Il giudizio di comparazione tra le predette disposizioni porta a ritenere che **la disciplina (a carattere generale) posta nell'art. 34 non trova applicazione ai servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria** in quanto tali servizi trovano una più rigorosa regolamentazione nell'art. 90 del Codice e nello stesso art. 34 si legge che i soggetti abilitati, ivi indicati, sono ammessi a partecipare alle procedure *“salvo i limiti espressamente indicati”*.

Nel prevedere requisiti specifici per l'espletamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, l'impianto normativo interno è conforme ai vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario in quanto, come segnalato dalla stessa Corte di Giustizia europea, l'art. 4, n. 1, della Direttiva 2004/18 riconosce espressamente agli Stati membri il potere di autorizzare o meno talune categorie di operatori a fornire certi tipi di prestazione (cfr. C. Giust. europea, 23 dicembre 2009, causa c- 305/08).

Ne deriva che la questione interpretativa posta nel *Documento* va affrontata tenendo conto del fatto che **le conclusioni cui si perverrà circa il carattere tassativo o meno dell'elenco contenuto nell'art. 34 non riguardano, né direttamente né indirettamente, le procedure relative ai servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, che rimangono disciplinate dagli artt. 90 e ss. del Codice.**

Corollario naturale è che le università e gli istituti simili non sono abilitati a partecipare alle gare aventi ad oggetto i servizi disciplinati dagli artt. 90 e ss. del Codice, posto che tali soggetti non sono ricompresi nell'elenco stabilito al comma 1 dell'art. 90.

1.2 Alla luce di quanto sopra ragionato, poiché AVCP ha sollecitato i soggetti invitati all'audizione a “segnalare eventuali ulteriori difficoltà applicative” (p. 2), si ritiene opportuno rilevare la prioritaria esigenza che, nella sua determinazione, **l'Autorità precisi espressamente che dall'ambito delle procedure a cui possono partecipare gli operatori indicati dall'art. 34 sono escluse quelle aventi ad oggetto i servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria in quanto i predetti servizi possono essere erogati solo dai soggetti abilitati ai sensi e per gli effetti degli artt. 90 e ss. del Codice.**

Vero è, infatti, che la ricostruzione operata dal *Documento* è svolta con esclusivo riferimento al profilo soggettivo (operatori abilitati) per cui, in assenza di ulteriori precisazioni circa l'ambito oggettivo, la determinazione dell'Autorità si espone al pericolo di distorsioni applicative circa una possibile pretesa competenza dei soggetti indicati dall'art. 34 a partecipare a qualunque gara avente ad oggetto lavori, servizi e forniture.

2. La sentenza 23 dicembre 2009 della Corte di Giustizia europea (causa c-305/2008) e la posizione del Giudice amministrativo.

2.1 Nei limiti di quanto sopra specificato, vale ora entrare nel merito della questione interpretativa posta.

In estrema sintesi, la questione trova origine nel fatto che ai fini della identificazione dei soggetti che possono partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici: (i) la Direttiva 2004/18 si limita a fare riferimento agli “operatori economici”, comprendendo con tale termine l’ “imprenditore” (che fornisce opere e/o lavori), il “fornitore” (di prodotti) e il “prestatore di servizi”; (ii) mentre l’art. 34 del Codice precisa dettagliatamente le categorie di soggetti che possono partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici.

La divergenza ha alimentato differenti indirizzi interpretativi - di cui il *Documento* dà ampiamente conto - a fronte dei quali si pone la sentenza della Corte di Giustizia europea 23 dicembre 2009 (causa c-305/2008) che era stata investita del problema dal Consiglio di Stato.

Come emerge dal *Documento*, la sentenza costituisce il primario punto di riferimento per affrontare la questione che occupa e la sua soluzione.

Sempre nel *Documento* si ricorda che la Corte ha affermato che:

- a) “le disposizioni della direttiva 2004/18, 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”;
- b) “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”.

Da tale posizione l’Autorità ha tratto il seguente corollario: “in altri termini, anche se non ricompresi nell’elenco di cui all’articolo 34 del Codice, qualora i soggetti giuridici in questione annoverino, tra le attività statutariamente ammesse, quella di svolgere compiti aventi rilevanza economica possono, limitatamente al settore di pertinenza, - e se in possesso dei requisiti richiesti dal singolo bando di gara - partecipare a procedure di evidenza pubblica per l’affidamento di contratto aventi ad oggetto servizi compatibili con le rispettive attività istituzionali” (p. 9).

Semberebbe così confermata l’opzione cui l’Autorità era pervenuta nel parere n. 127/2008 - richiamandosi espressamente alla decisione 29 luglio 2003, n. 4327, del Consiglio di Stato - “per un’interpretazione che non riconosce carattere tassativo all’art. 34 del Codice” (p. 7).

2.2. Vero è, però, che proprio **la decisione n. 4327/2003 del Consiglio di Stato** ha preso espressa posizione circa la possibilità per le università di partecipare con i loro dipartimenti alle procedure di affidamento di appalti pubblici e la **ha categoricamente esclusa**.

Il *Documento*, nel citare a fondamento della propria posizione la decisione n. 4327/2003, non sembra tenere in adeguato conto del fatto che il Consiglio di Stato ha affermato a chiare lettere che:

- a) “possono concorrere alle procedure selettive in questione solo gli enti pubblici che erogano le prestazioni oggetto del contratto, secondo i propri fini istituzionali ed in coerenza con i compiti loro affidati dall’ordinamento”;

b) se è vero che il dipartimento universitario ha capacità negoziale, è altresì vero “mentre i compiti istituzionali dell’università si risolvono nell’attività di ricerca e di insegnamento, il servizio appaltato postula l’organizzazione e l’impiego di risorse, personale e mezzi, peraltro in forma imprenditoriale, al fine di assicurare l’erogazione di un servizio, quale l’attuazione del programma di sorveglianza sanitaria presso un ente pubblico, che, per la sua complessa articolazione in accertamenti, esami e visite, implica l’esercizio di competenze diverse ed ulteriori rispetto a quelle, essenzialmente didattiche proprie del Dipartimento”;

c) “né vale, di contro, sostenere che quest’ultimo svolge anche attività diagnostica e terapeutica, posto che anche tali prestazioni, propriamente sanitarie, non valgono ad esaurire le molteplici competenze richieste dalla corretta realizzazione della sorveglianza sanitaria, per come descritta nel capitolato speciale d’appalto, e che, comunque, le stesse non appaiono esercitabili dall’istituto in forma imprenditoriale ed al di fuori della necessaria connessione funzionale con l’attività di ricerca e di formazione”;

d) “va, quindi, escluso che il servizio in oggetto rientri tra i compiti istituzionali del dipartimento universitario”;

e) Se è vero che lo statuto dell’università autorizza espressamente i dipartimenti a “stipulare contratti e convenzioni con soggetti pubblici e privati per attività di ricerca, di consulenza e di servizio” è altresì vero che “la facoltà in parola risulta espressamente attribuita nei settori di competenza e nei limiti fissati dal regolamento’, sicché ogni interpretazione che pretende di estendere illimitatamente la capacità negoziale dei dipartimenti ad ogni attività di ricerca, consulenza e servizio va rifiutata siccome contrastante con l’esplicita clausola limitativa contenuta all’inizio della disposizione”;

f) “ove, comunque, interpretata nel senso voluto dal Centro Medico, la previsione statutaria in parola andrebbe disapplicata (tenuto conto della sua valenza normativa) in quanto contrastante con quella comunitaria che limita, nel senso sopra indicato, la capacità degli enti pubblici di aggiudicarsi appalti di servizi”.

In definitiva, le università e i dipartimenti non hanno una generale capacità giuridica di partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici in quanto sono legittimati ad erogare solo ed esclusivamente i servizi che sono connessi funzionalmente con l’attività di ricerca e di insegnamento che costituisce il loro compito istituzionale.

2.3 Quanto all’opzione circa il carattere non tassativo dell’art. 34 cui l’Autorità perviene richiamandosi espressamente alla sentenza 23 dicembre 2009 della Corte di Giustizia europea e alla decisione del Consiglio di Stato n. 3897/2009, è da osservarsi che proprio il **Consiglio di Stato**, nella recentissima decisione **8 giugno 2010, n.3638**, ha chiarito il valore del principio affermato dalla Corte di Giustizia affermando che:

“7.7. La Corte si è però occupata anche della questione ulteriore, della possibilità per gli Stati membri di subordinare l’esercizio di determinate attività da parte degli operatori economici ad autorizzazione.

La Corte ricorda che ai sensi dell’art. 4, n. 1, direttiva 2004/18, gli Stati membri hanno il potere di autorizzare o meno talune categorie di operatori a fornire certi tipi di prestazioni.

In particolare, gli Stati membri possono autorizzare o non autorizzare tali soggetti ad operare sul mercato in funzione della circostanza che l'attività in questione sia compatibile, o meno, con i loro fini istituzionali e statutari.

7.8. In sintesi, sia dal silenzio della direttiva 93/37/CEE, sia dalla regola espressa dettata dall'art. 4, par. 1, direttiva 2004/18/CE, si desume che un conto è la libertà di forme dei soggetti che partecipano alle gare di appalto, un conto è la loro **capacità giuridica**, in quanto gli Stati membri possono vietare a determinate categorie di oggetti, in astratto rientranti nella nozione di operatore economico, l'esercizio di attività imprenditoriali.

8. Alla luce di tale quadro, va osservato che il codice civile italiano regola la capacità di essere imprenditore che svolge attività commerciale ai sensi dell'art. 2195 c.c., e la esclude per le società semplici. Infatti lo svolgimento di una attività commerciale è riservato alle società commerciali, con esclusione della società semplice (art. 2249 c.c.). Si può allora ritenere che la società semplice non è autorizzata dallo Stato italiano a svolgere attività commerciale, e dunque a offrire sul mercato lavori, beni, servizi. (...)

9. Alla luce di quanto esposto, si deve ritenere che l'art. 10, l. n. 109/1994 (e segnatamente l'art. 34, lett. a), dlgs. n. 163/2006) laddove non consentono alle società semplici la partecipazione alle gare di appalti pubblici, non contrastano con il diritto comunitario dei pubblici appalti che, pur affermando il principio di libertà di forma del concorrente, tuttavia **non impedisce agli Stati membri di regolare la capacità giuridica dei soggetti diversi dalle persone fisiche, e di vietare a determinate categorie di persone giuridiche di offrire lavori, beni o servizi sul mercato.** Invero, la regola contenuta nel c.c. secondo cui la società semplice non può svolgere attività commerciale, è coerente con l'art. 4, par. 1, direttiva 2004/18/CE che lascia agli Stati membri la possibilità di autorizzare o meno determinate categorie di soggetti a offrire prestazioni sul mercato e, in definitiva, di riconoscere o meno a determinati soggetti la relativa capacità giuridica".

Secondo la più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, pertanto, **l'art. 34 ha carattere tassativo** in quanto spetta agli Stati autorizzare, per il tramite del riconoscimento della capacità giuridica, le categorie di operatori alla partecipazione agli appalti pubblici.

Ora, poiché l'elenco dell'art.34 - come non include le società che esercitano attività economica non imprenditoriale (società di persone) - non include le università e gli istituti similari, è da trarsi la conseguenza che questi ultimi non possono essere legittimati a concorrere agli appalti pubblici, con l'eccezione di quegli istituti che possono esercitare attività di impresa.

Occorre infatti distinguere il profilo della libertà di forma da quello della capacità giuridica. Quando la Corte di Giustizia europea ha negato che un soggetto possa essere escluso perché persona fisica o giuridica ovvero perché dotato di uno status pubblico o privato lo ha fatto sull'assunto che tale soggetto rientrasse nella categoria dei soggetti "autorizzati" dallo Stato membro (cfr. C. Giust. Europea, 23 dicembre 2009, cit., §. 31).

Il principio della libertà di forma non ha carattere generale, ma si applica solo ed esclusivamente a favore dei soggetti a cui la norma interna riconosce la capacità giuridica.

Ne deriva che se, come doverosamente osservato, dal Consiglio di Stato, la società semplice è esclusa dalla partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti pubblici non perché il suo modello organizzativo/tipo non rientra tra quelli previsti dal Codice, ma perché ai sensi dell'art. 2249 c.c. essa non ha la capacità giuridica di esercitare attività di impresa, allora non si può fare a meno di concludere che la **preclusione per incapacità giuridica** vale anche per le università e gli

istituti similari
che non esercitano attività di impresa.

2.4 Quanto alla sentenza della Corte di Giustizia europea, si deve osservare che l'assunto per il quale la partecipazione alle procedure di evidenza pubblica dei soggetti che svolgono compiti di rilevanza economica ancorché non inclusi nell'elenco dell'art. 34 trovi conferma nella sentenza medesima non appare giustificato.

A ben vedere, la Corte di Giustizia non è mai entrata nel merito del valore e della portata di quanto disposto dall'art. 34 del Codice né sulla sua conformità al diritto comunitario.

Nel suo giudicato, **la Corte ha dettato i criteri** in ragione dei quali devono essere **interpretate le disposizioni che danno attuazione alla Direttiva 2004/18** e, ciò facendo, ha affermato il principio per cui la direttiva 2004/18 non consente di escludere la partecipazione alle procedure di evidenza pubblica dei soggetti che la legge nazionale autorizza ad offrire sul mercato i servizi oggetto dell'appalto.

Questo è il dettato testuale della sentenza:

“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”.

Al punto 49, la Corte è ferma nello statuire che: **“se, e nei limiti in cui, siffatti soggetti siano autorizzati** a offrire taluni servizi sul mercato, la normativa nazionale che recepisce la direttiva 2004/18 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” (punto 49).

Ne deriva che secondo la Corte di Giustizia europea **spetta alla legge italiana stabilire se o in che limiti gli operatori economici possano partecipare alle procedure di affidamento degli appalti pubblici**, con l'avvertenza che, ove la legge nazionale lo consenta, la loro partecipazione non può essere preclusa in ragione della normativa di derivazione comunitaria sugli appalti pubblici.

3. I criteri della legge comunitaria.

3.1 Ora, nell'ordinamento interno, il potere attribuito agli Stati membri dall'art. 1° art. 4, n. 1, della Direttiva 2004/18 di “autorizzare” specifiche categorie di operatori alla partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti pubblici è stato esercitato dal Legislatore italiano con e nell'art. 34 del Codice che, appunto, prevede l'elenco dei soggetti “*ammessi*”. Giova ricordare che il dlsg. 163/2006 è il risultato dell'esercizio di una delega al Governo, che ha fonte nella legge comunitaria (2004) del 18 aprile 2005, n. 62¹.

L'art. 2 della legge n. 62/2005 reca i principi e criteri direttivi della legge delega e, tra questi, al comma 1 stabilisce:

“b) ai fini di un migliore coordinamento con le discipline vigenti per i singoli settori interessati

dalla normativa da attuare, sono introdotte le occorrenti modificazioni alle discipline stesse, fatte salve le materie oggetto di delegificazione ovvero i procedimenti oggetto di semplificazione amministrativa”.

A tutta evidenza, quindi, il **dlgs. n. 163/2006** è un provvedimento che non solo (i) dà attuazione alle Direttive comunitarie di settore; **ma, altresì, prevede (ii) “ai fini di un migliore coordinamento con le discipline vigenti” le modifiche dei “singoli settori interessati dalla normativa da attuare”.**

Ne deriva che l’art. 34 va considerata come una disposizione interna di coordinamento che trova origine nell’esercizio della delega secondo il criterio direttivo stabilito dall’art. 2, comma 1, lett. b) della legge n. 62/2005 e l’elenco, ivi stabilito, costituisce espressione dell’autonomia riconosciuta agli Stati membri dalla Corte di Giustizia circa la identificazione dei soggetti autorizzati a partecipare agli appalti.

3.2 Vero è infatti che: a) la Direttiva 2004/18 **nulla statuisce** in ordine ai soggetti autorizzati a partecipare alle procedure di affidamento degli appalti, riconoscendo sul punto la piena autonomia degli Stati membri;

b) la sentenza 23 dicembre 2009 dà espressamente atto che **“gli Stati membri hanno il potere di autorizzare o meno talune categorie di operatori a fornire certi tipi di prestazioni”** (punto 47);

c) la procedura di infrazione aperta nei confronti della Repubblica Italiana per alcune disposizioni contenute nel Codice, prevedeva una contestazione circa l’opzione interna che escludeva alcune categorie di operatori dalla partecipazione agli appalti. La procedura è stata chiusa con l’adozione del dlgs. 11 settembre 2008, n.152, (c.d. *“Terzo correttivo”*) che, a fronte di tale rilievo, ha introdotto la lettera f-bis al capoverso dell’art.34 che permette la partecipazione alle gare degli *“operatori economici, ai sensi dell’art. 3, comma 22, stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi”*;

d) l’intervento additivo conferma, quindi, che **rientra nella autonomia dei singoli Stati membri stabilire quali soggetti possano essere autorizzati a partecipare alle procedure di evidenza pubblica;**

e) l’intervento additivo in parola, inoltre, introducendo una modifica normativa che ha come destinatari esclusivamente gli operatori stabiliti in altro Stato membro conferma **la legittimità della disposizione interna là dove, con riferimento agli operatori italiani, stabilisce l’elenco dei soggetti autorizzati a partecipare alle procedure di affidamento degli incarichi.**

Le considerazioni, appena svolte, confermano che quella dell’art. 34 costituisce una disposizione interna che mira a definire l’elenco degli operatori italiani autorizzati a partecipare alle procedure per gli appalti pubblici nell’esercizio dell’autonomia, in materia, riconosciuta dalla stessa Direttiva agli Stati membri e in attuazione del criterio direttivo di cui all’art. 2, comma 1, lett. b) della legge delega n. 62/2005.

In altri termini, **l’art. 34 costituisce la norma del diritto nazionale a cui, secondo l’insegnamento della Corte di Giustizia europea, occorre fare riferimento per accertare se o in che termini determinate categorie di operatori possano o meno partecipare alle procedure di affidamento degli appalti pubblici.**

3.3 A tale conclusione non può certo essere eccepito che la norma nazionale debba essere costituita e contenuta nelle leggi di disciplina delle singole categorie di operatori. Una tale eccezione non solo sarebbe priva di giustificazione sul piano normativo ma, a ben vedere, contrasterebbe con il criterio direttivo dell'art. 2, comma 1, lett. b) della legge comunitaria n. 62/2005 che impone al decreto che, dà attuazione alla Direttive appalti, di farsi carico delle disposizioni di coordinamento "*con le discipline vigenti per i singoli settori interessati dalla normativa da attuare*".

D'altro canto, anche la Corte di Giustizia europea prende in considerazione la circostanza che la autorizzazione alla partecipazione agli appalti possa essere contenuta in un atto normativo estraneo e diverso rispetto a quello che regola gli enti in questione.

Al punto 48 della sentenza si legge, infatti, che:

"Gli Stati membri possono autorizzare o non autorizzare tali soggetti ad operare sul mercato in funzione della circostanza che l'attività in questione sia compatibile, o meno, con i loro fini istituzionali e statutari".

Posto che gli Stati possono autorizzare gli enti in funzione della circostanza che l'attività in questione sia compatibile, o meno, con i loro fini istituzionali e statutari, ciò significa che l'autorizzazione non deve essere contenuta necessariamente nella disciplina, in sede di legislazione speciale, che regola le singole categorie di operatori, ma può anche essere a latere o sopraggiungere successivamente.

3.4 Tale conclusione trova ulteriore riscontro nella constatazione per la quale la tesi del carattere non tassativo dell'elenco contenuto nell'art. 34 del Codice urta contro il dettato testuale dello stesso, che così recita: "*Sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici i seguenti soggetti, salvo i limiti espressamente indicati: (...)*".

Ictu oculi, la norma mira a identificare e circoscrivere, con un duplice e concorrente vincolo, i soggetti autorizzati a partecipare alle procedure di evidenza pubblica.

Ora, secondo l'insegnamento della Corte costituzionale, "in linea di principio, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché é possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché é impossibile darne interpretazioni costituzionali" (così, *ex plurimis*, sentenze nn. 90 del 1999; 65 del 1999 e 356 del 1996".

Ne deriva che dinanzi alla possibilità di una interpretazione, come quella qui proposta, per la quale l'art. 34 costituisce la norma di diritto nazionale che autorizza le categorie di operatori interne alla partecipazione agli appalti - norma conforme alla Direttiva e coerente con i criteri direttivi della legge delega - la tesi della non tassatività dell'elenco contenuto nell'art. 34 viene a perdere di giustificazione nei termini in cui, se da un canto, urta contro il dettato testuale della disposizione medesima, dall'altro non rappresenta più una opzione necessaria per la salvezza dell'ordinamento interno.

4. Compiti istituzionali delle università e degli istituti similari.

4.1 Alla inammissibilità della partecipazione delle università e degli istituti similari alle procedure per l'affidamento di appalti pubblici si perviene anche nella denegata ipotesi in cui si volesse continuare a sostenere il carattere non tassativo dell'elenco posto dall'art. 34 del Codice. Va, infatti,

rilevato che l'affermazione della Corte di Giustizia europea secondo la quale: “le disposizioni della direttiva 2004/18, 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”; va colta alla luce e nell’ambito dell’intero iter argomentativo della sentenza 23 dicembre 2009, ove viene precisato che:

- “gli Stati membri hanno il potere di autorizzare o meno talune categorie di operatori a fornire certi tipi di prestazioni” (punto 47);
- “gli Stati membri possono disciplinare le attività di soggetti, quali le università e gli istituti di ricerca, non aventi finalità di lucro, ma volte principalmente alla didattica e alla ricerca. In particolare, gli Stati membri possono autorizzare o non autorizzare tali soggetti ad operare sul mercato in funzione della circostanza che l’attività in questione sia compatibile, o meno, con i loro fini istituzionali e statuari” (punto 48);
- “se, e nei limiti in cui, siffatti soggetti siano autorizzati a offrire taluni servizi sul mercato, la normativa nazionale che recepisce la direttiva 2004/18 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” (punto 49).

4.2 Appare allora evidente che quello di “operatore economico” è un concetto soggetto a un duplice intervento rigorizzante: (i) di cornice, da parte della Direttiva 18/2004; (ii) di contenuto, da parte degli Stati membri che autorizzano le categorie tipologiche.) Il che significa che se, in via di principio, non può essere escluso che università ed istituti similari siano riconducibili al concetto di operatore economico, la possibilità per gli stessi di partecipare alle gare è - in ogni caso - condizionata alla disciplina nazionale che ne regola gli scopi.

4.3 Preme ancora sottolineare che la circostanza in fatto per cui università e istituti similari offrano servizi sul mercato **non è sufficiente**.

E’ necessario che la **legge nazionale autorizzi espressamente** università e istituti similari a svolgere i servizi posto che la sentenza 23 dicembre 2009 dichiara che essi potranno essere considerati operatori economici “se, e nei limiti in cui, siffatti soggetti siano autorizzati” (punto 49) “in funzione della circostanza che l’attività in questione sia compatibile, o meno, con i loro fini istituzionali e statuari” (punto 48);

Ciò significa, a tutta evidenza, che l’erogazione dei servizi:

a) non può essere ricondotta alla capacità di porre in essere attività strumentale agli scopi istituzionali dell’ente, ma;

b) deve essere **espressamente** - anche se, ovviamente, non è necessario che lo sia in via esclusiva o principale - **prevista dalla legge**.

E’, pertanto, utile esaminare l’ordinamento giuridico delle università e degli enti di ricerca.

4.4 Prima di procedere, è opportuno significare un ulteriore distinguo rispetto a quanto prospettato nel *Documento*. A pag. 19 si legge che, alla luce della posizione della Corte di Giustizia europea, dovrebbero essere ricondotti al concetto di “operatore economico” anche i soggetti che “annoverino, tra le attività statutariamente ammesse, quella di svolgere compiti di rilevanza economica”.

Ora, il riferimento alle “attività statutariamente ammesse” sembra ampliare il parametro di riferimento indicato dalla sentenza 29 dicembre 2009 che fa, invece, costante ed esclusivo riferimento alla “normativa dello Stato” (punto 39), alla “disciplina” (punto 48) e al concetto di “autorizzazione” da parte dello Stato (punti 47 e 49).

In altri termini, per la Corte, la ammissibilità della partecipazione delle università e degli enti di ricerca agli appalti deve trovare fonte in un **atto eteronomo** sul presupposto che “gli Stati membri possono autorizzare o non autorizzare tali soggetti ad operare sul mercato in funzione della circostanza che l’attività in questione sia compatibile, o meno, con i loro fini istituzionali e statuari” (punto 48).

In questa prospettiva, il riferimento contenuto nel *Documento* alle “attività statutariamente ammesse” può essere condivisibile, ed è condiviso, solo a condizione che **con lo stesso non si intenda alludere alle (altre) attività che le università e gli enti di ricerca potrebbero, nella loro autonomia, includere tra i compiti statuari o tra le attività che possono essere svolte in ragione della capacità di svolgere attività strumentali ai compiti istituzionali.**

Vero è, infatti, che nelle parole della Corte sono gli **Stati** a dover/poter “autorizzare” gli operatori e lo possono (o meno) fare “in funzione” della circostanza per cui l’attività in questione “sia compatibile, o meno, con i loro fini istituzionali e statuari”, per cui **ad essere rilevante non è la circostanza che l’attività di servizio sia inclusa tra quelle che definiscono i compiti statuari delle università e degli enti di ricerca, ma piuttosto la circostanza che l’attività sia espressamente prevista/autorizzata dallo Stato in ragione di una autonoma e discrezionale valutazione circa la sua compatibilità con i fini istituzionali e statuari².**

Corollario naturale è che quando a pag. 7 del *Documento* si legge - ai fini della ammissibilità alla procedura - della “necessità di operare una verifica in concreto dello statuto al fine di valutare la conformità delle prestazioni oggetto dell’appalto agli scopi istituzionali dell’ente”, tale indicazione merita considerazione, ed è giustificata, a condizione che, con ciò stesso, si intenda **una verifica delle prestazioni oggetto dell’appalto alla luce degli scopi istituzionali dell’ente così come definiti sul piano normativo** e, solo in caso di esito positivo, alla luce dello specifico statuto adottato dall’ente (rientrando nella sua autonomia ulteriormente **circoscrivere** tra le diverse opzioni consentite dalla legge statale).

Non sarebbe, invece, conforme all’indirizzo comunitario dare rilevanza determinante agli scopi che risultano nello statuto concretamente adottato, posto che in tal caso non si rispetterebbe il requisito della eteronomia della fonte di autorizzazione e, soprattutto, si legittimerebbe una indebita sostituzione dello Stato con i singoli operatori che, peraltro, nel caso delle università e degli enti di ricerca - come si avrà modo di approfondire nel prosieguo - sono soggetti la cui attività è vincolata e funzionalizzata dalla legge.

Non sarebbe, altresì, conforme all’indirizzo comunitario riconoscere rilevanza alla capacità degli enti di svolgere attività strumentali ai compiti istituzionali nei termini in cui, come ha chiarito la giurisprudenza amministrativa, questa deve essere, in ogni caso, funzionalmente connessa agli scopi istituzionali (cfr. Cons. Stato, n. 4327/2003) e quindi (ancora una volta) il punto di riferimento per la ricostruzione della **capacità giuridica** delle università e degli istituti similari è costituito dalla

loro **disciplina normativa**, dovendosi in caso di contrasto procedere alla disapplicazione della disposizione statutaria interna.

5. La disciplina italiana su università ed enti di ricerca

A ben vedere, l'affermazione contenuta a pag. 10 del *Documento* per la quale sebbene la Direttiva "attribuisca agli Stati membri la facoltà di proibire a determinati soggetti di offrire alcuni servizi sul mercato, non sono rinvenibili, attualmente, nell'ordinamento del sistema universitario, norme di tale portata" non solo non è giustificata alla luce della invocata sentenza 23 dicembre 2009, ma è priva di riscontro normativo.

Quanto alla sentenza della Corte di Giustizia europea è dato osservare che la stessa non chiede agli Stati di "proibire", ma piuttosto di "autorizzare" l'offerta dei servizi sul mercato ai sensi dell'art. 4, n. 1, della Direttiva 2004/18.

Quanto all'ordinamento interno, vale ricordare che le università e gli enti di ricerca sono soggetti la cui attività è per legge funzionalizzata agli scopi dalla stessa posti e, come tali, sono abilitati a porre in essere (esclusivamente) le attività dirette al perseguimento degli scopi posti dal legislatore (si veda la giurisprudenza citata nel prosieguo). Ne deriva che nulla importa che nell'ordinamento interno non si rinvenga una norma che vieti la partecipazione agli appalti, dovendo piuttosto sussistere una norma che la consenta (quantomeno in via strumentale).

Ciò premesso, vale ora richiamare, seppur in rapida sintesi, il quadro normativo sulle università ed enti di ricerca.

a. Normativa italiana circa le funzioni istituzionali.

5.1 La legge 9 maggio 1989, n. 168³, stabilisce le funzioni istituzionali delle università e degli enti di ricerca. A tutta evidenza, secondo la normativa italiana delle università e degli enti di ricerca **le finalità istituzionali sono rappresentate dalla didattica e dalla ricerca per le prime, e dalla sola ricerca per le seconde.**

5.1.1 A proposito delle università, la legge n. 168/1989 prevede quanto segue: a) *art. 6* ("*Autonomia dell'Università*");

- "Le università svolgono attività didattica e organizzano le relative strutture nel rispetto della libertà di insegnamento dei docenti e dei principi generali fissati nella disciplina relativa agli ordinamenti didattici universitari (...)" (comma 3); - "Le università sono sedi primarie della ricerca scientifica e operano, per la realizzazione delle finalità istituzionali, nel rispetto della libertà di ricerca dei docenti e dei ricercatori nonché dell'autonomia di ricerca delle strutture scientifiche. (...)" (comma 4);
- "Le università, in osservanza delle norme di cui ai commi precedenti, provvedono all'istituzione, organizzazione e funzionamento delle strutture didattiche, di ricerca e di servizio, anche per quanto concerne i connessi aspetti amministrativi, finanziari e di gestione" (comma 5).

b) art. 7 (“Autonomia finanziaria e contabile delle università”):

- “Le entrate delle università sono costituite da:“(...) forme autonome di finanziamento, quali contributi volontari, proventi di attività, rendite, frutti e alienazioni del patrimonio, atti di liberalità e corrispettivi di contratti e convenzioni. (...)” (comma 1);
- “Gli statuti indicano le strutture didattiche, di ricerca e di servizio alle quali è attribuita autonomia finanziaria e di spesa” (comma 4)

5.1.2 A proposito degli istituti di ricerca la legge n. 168/1989 stabilisce che: a) art. 8 (“Autonomia degli enti di ricerca”): -

- “Il CNR, l’Istituto nazionale di fisica nucleare (INFN), gli Osservatori astronomici, astrofisici e vesuviano, nonché gli enti e istituzioni pubbliche nazionali di ricerca a carattere non strumentale hanno autonomia scientifica, organizzativa, finanziaria e contabile ai sensi dell’art. 33 della costituzione e si danno ordinamenti autonomi, nel rispetto delle loro finalità istituzionali, con propri regolamenti” (comma 1).
- Gli enti di cui al presente articolo:
 - a) svolgono attività di ricerca scientifica nel rispetto dell’autonomia di ricerca delle strutture scientifiche e della libertà di ricerca dei ricercatori, singoli o associati, in coerenza con le rispettive funzioni istituzionali e nel quadro della programmazione nazionale; b) gestiscono programmi di ricerca di interesse nazionale, attuati anche in collaborazione con altri enti pubblici e privati, e partecipano alla elaborazione, al coordinamento ed alla esecuzione di programmi di ricerca comunitari e internazionali; c) provvedono all’istituzione, alla organizzazione e al funzionamento delle strutture di ricerca e di servizio, anche per quanto concerne i connessi aspetti amministrativi, finanziaria e di gestione; d) esercitano la propria autonomia finanziaria e contabile ai sensi del comma 5” (comma 3).

5.1.3 Le norme appena rassegnate danno riscontro a quanto sopra sostenuto. Per l’ordinamento italiano, le università e degli enti di ricerca sono chiamate e possono esercitare solo ed esclusivamente attività preordinate alla didattica e alla ricerca (cfr., ex plurimis, C. Cost. n. 266/1993; n. 87/1989).

Nessuna norma “autorizza” l’offerta sul mercato di servizi, come è invece richiesto dalla Corte di Giustizia per poter ricondurre anche le università e gli enti di ricerca tra gli operatori economici che possono partecipare alle procedure di evidenza pubblica.

La fornitura di servizi sul mercato non costituisce in alcun modo un compito o una finalità istituzionale delle università e degli enti di ricerca secondo la legge nazionale.

Pertanto, il fatto che alcune università o enti di ricerca si propongano e offrano sul mercato i loro servizi non può costituire in alcun modo una circostanza a cui possa essere riconosciuta rilevanza giuridica ai fini della loro riconduzione nel concetto comunitario di operatore economico, così come identificato dalla sentenza 23 dicembre 2009.

Se è vero che la Corte di Giustizia europea ha sostenuto che tale qualifica può essere riconosciuta

anche in capo ai soggetti che non svolgono professionalmente attività di erogazione di servizi e che, quindi, offrono solo saltuariamente i loro servizi sul mercato, è altresì vero che sempre secondo la Corte questi soggetti devono in ogni caso essere autorizzati dalla legge nazionale a stare sul mercato.

In altri termini, secondo la Corte, **solo i soggetti che sono autorizzati dalla legge nazionale a fornire servizi possono partecipare alle procedure anche se non svolgono questa attività professionalmente, ma solo occasionalmente.**

In difetto di autorizzazione, la capacità di un soggetto di offrire servizi sul mercato quando non è espressione dell'esercizio di una attività professionale di impresa non può di per sé costituire indice per la riconduzione dello stesso nella categoria degli operatori economici ex art.34.

Ne deriva che la circostanza per cui in fatto alcune università ed enti di ricerca si propongono di offrire sul mercato i loro servizi non costituisce elemento sufficiente nei termini in cui queste iniziative non possono essere considerate espressione e attuazione dei loro compiti istituzionali, non essendo le stesse oggetto di autorizzazione da parte della legge nazionale.

Né vale sostenere che tale offerta rientra nella loro libertà e capacità negoziale. Nel nostro ordinamento, le università e gli enti di ricerca sono soggetti ad uno statuto normativo e come tali la loro capacità negoziale è diretta e vincolata alla attuazione delle finalità istituzionali poste dalla legge (vedi le sentenze della Corte costituzionale sopra e successivamente citate).

b. Normativa italiana circa le attività imprenditoriali

5.2 Nel *Documento* si legge che “gli spin-off promossi dalle Università sono uno strumento per rafforzare la diffusione della cultura d'impresa tra ricercatori e tecnici in formazione ed un mezzo per realizzare la valorizzazione ed il trasferimento al sistema produttivo delle nuove conoscenze in campo scientifico e tecnologico. La costituzione di tali attività imprenditoriali è contemplata dal dlgs. 27 luglio 1999, n. 297, e dal decreto ministeriale n. 593/2000” (p. 14).

A ben vedere, però, la ricostruzione operata dalla Autorità va oltre il **dato normativo, che non prevede in alcun modo che le università e gli enti di ricerca abbiano una generale capacità giuridica di svolgere un'attività economica (nel senso comunitario) ovvero imprenditoriale (art. 2082 c.c.) preordinata alla fornitura sul mercato di servizi.**

Vale, infatti, osservare che il dlgs. n. 297/1999 non si occupa di disciplinare l'esercizio di attività imprenditoriali da parte delle università e degli enti di ricerca, ma piuttosto di **introdurre strumenti (imprenditoriali) a sostegno della “ricerca industriale”** e solo in funzione di questa viene preso in considerazione - e, con ciò, indubbiamente (nei limiti) autorizzato - l'esercizio di (determinate) attività imprenditoriali da parte delle università, degli enti di ricerca e del relativo personale.

Come si avrà modo di riscontrare, l'invocato dlgs. n. 297/1999 autorizza le università e gli enti di ricerca a costituire attività imprenditoriali solo ed esclusivamente con riferimento al sostegno e allo sfruttamento della ricerca industriale.

Alle università e agli enti di ricerca non viene riconosciuta una generale competenza/autorizzazione a offrire sul mercato i loro servizi in quanto il decreto ha come dichiarato obiettivo il sostegno alla ricerca industriale e, solo in questi termini, consente l'esercizio di attività imprenditoriali alle

università e centri di ricerca come strumento per, appunto, sostenere e sfruttare i risultati della ricerca.

Ne deriva che anche in questo caso è da escludere che le università e gli enti di ricerca siano autorizzati dalla legge nazionale a offrire, come compito e finalità istituzionale, sul mercato i loro servizi.

Così come, sul piano tipologico, è da escludere che le attività imprenditoriali preordinate al sostegno e allo sfruttamento della ricerca industriale possano configurarsi alla stregua delle prestazioni di servizi oggetto degli appalti pubblici.

5.2.1 Nel merito, all'art. 1 si legge che il dlgs.n. 297/1999⁴:

- *“disciplina gli interventi di sostegno alla ricerca industriale, alla connessa formazione e alla diffusione delle tecnologie derivanti dalle medesime attività” (comma 1);*

L'art. 2 indica invece i “soggetti ammissibili agli interventi di cui al presente titolo” e tra questi elenca:

- i centri di ricerca con personalità giuridica promossi da determinate imprese commerciali e artigiane;
- società, consorzi e società consortili costituite nelle aree depresse con la partecipazione di tali centri di ricerca, da università, enti di ricerca, ENEA, ASI;
- società di recente costituzione ovvero da costituire, finalizzate all'utilizzazione industriale dei risultati della ricerca nonché *“per le attività di ricerca industriale, sviluppo precompetitivo, diffusione di tecnologie, fino all'avvio e comunque finalizzate a nuove iniziative economiche ad alto contenuto tecnologico, per l'utilizzazione industriale dei risultati della ricerca da parte di soggetti assimilati in fase d'avvio, su progetto o programma presentato anche da coloro che si impegnano a costituire o a concorrere alla nuova società”* con la partecipazione azionaria o il concorso, o comunque con il relativo impegno di professori e ricercatori universitari, personale di ricerca dipendente da enti di ricerca, ENEA e ASI, nonché dottorandi di ricerca e titolari di assegni di ricerca⁵ ovvero università, enti di ricerca, ENEA ed ASI.

L'art. 3 disciplina le attività finanziabili sempre con riferimento alle attività di ricerca industriale nonché le attività su progetto o programma alle stesse collegate.

c. Considerazioni sulla normativa italiana in materia di università ed enti di ricerca.

5.3 La sopra rassegnata normativa italiana sui compiti e le attività delle università e degli enti di ricerca dimostra come, nel nostro

La c.d. autonomia universitaria e degli enti di ricerca è riconosciuta, anche a livello costituzionale (art. 33), con specifico ed esclusivo riferimento alla didattica e alla ricerca.

E con riferimento alla didattica e alla ricerca si consente/autorizza le università e gli enti di ricerca a porre in essere quanto nelle loro capacità per realizzare gli obiettivi che si propongono.

In definitiva, **non solo non sussistono indici di diritto positivo che consentano di ritenere che le università e gli enti di ricerca siano autorizzati a offrire (anche saltuariamente) i loro servizi nel mercato degli appalti pubblici, ma sussistono chiari indici di diritto positivo per escludere che essi abbiano una tale capacità e possibilità nei termini in cui i loro compiti istituzionali**

sono espressamente ed esclusivamente funzionalizzati, anche nell'esercizio delle attività di diritto privato, alla didattica e alla ricerca e, pertanto, gli eventuali servizi erogati sul mercato devono essere connessi funzionalmente con la didattica e la ricerca.

5.3.1 Né è possibile sostenere che l'offerta di servizi nel mercato degli appalti pubblici possa essere ricondotta al potere di esercitare attività strumentali. Tale tesi urta anzitutto contro l'insegnamento della Corte di Giustizia europea che chiede espressamente che la legge **autorizzi** università e enti di ricerca a partecipare alle procedure di evidenza pubblica - rientrando nella autonomia degli Stati membri accertare la **compatibilità** di una tale partecipazione con le finalità istituzionali demandati a tali soggetti - e stabilisce che la loro ammissione è, in ogni caso, consentita "se e nei limiti" dell'autorizzazione medesima.

A ciò si aggiunga che la giurisprudenza amministrativa è chiara nel precisare che le università possono erogare sul mercato solo ed esclusivamente servizi che risultino funzionalmente connessi alla ricerca e alla didattica (cfr. Cons. Stato, n. 4327/2003): caratteristica, questa, che esclude una generale capacità di partecipare agli appalti pubblici nei termini in cui l'oggetto di questi ultimi è da ritenersi funzionale ai compiti istituzionali della stazione appaltante, che - per definizione - sono altri rispetto a quelli della ricerca e della didattica propri delle università e degli enti di ricerca.

5.3.2 Vero è che anche della nozione di "*attività di consulenza e ricerca*" - prevista dall'art. 66 del d.P.R. 11 luglio 1980, n. 382⁶ - viene data dalla giurisprudenza amministrativa una interpretazione rigorosa, tale per cui è da escludere che la stessa possa configurarsi alla stregua di una attività di prestazioni di servizi oggetto dei contratti pubblici in questione.

A tal riguardo, sono da ricordare due significative sentenze del Tar Puglia:

- la sentenza n. 418/2010 con la quale il Tribunale amministrativo ha escluso la legittimità dell'affidamento in favore di una università dell'incarico di progettazione definitiva ed eventuale progettazione esecutiva relativa alla costruzione di una struttura ospedaliera. Nella motivazione viene espressamente negato che la progettazione possa essere ricondotta alla consulenza e ricerca universitaria proprie dell'università ("in disparte ogni valutazione circa i limiti e i contenuti dell'attività di consulenza e ricerca universitaria, nel cui ambito non sembra comunque potersi ricondurre l'elaborazione di un progetto per la realizzazione di un'opera pubblica");
- la sentenza n. 1613/2009 con la quale il Tribunale amministrativo ha escluso la legittimità dell'affidamento in favore di una università di un incarico per lo studio e la valutazione di vulnerabilità sismica di una struttura ospedaliera. La motivazione ancora una volta esclude che possa essere ricondotta alla consulenza e ricerca universitaria una attività come quella oggetto del disciplinare, riconducendola invece a quelle riservate ad architetti ed ingegneri.

5.4 Un'ultima notazione. Le considerazioni sopra esposte non riguardano quegli istituti che per legge o, se privati, per statuto possono esercitare professionalmente attività di impresa perché ovviamente la loro partecipazione agli appalti sarebbe, in questo caso, ammissibile in quanto riconducibili alla categoria di imprenditore espressamente prevista dall'art. 34.

6. Posizione della Corte costituzionale circa l'esercizio di attività extra-istituzionali da parte delle università.

6.1 Le considerazioni sopra svolte circa l'impossibilità di ricondurre le università e gli enti di ricerca nella nozione di "operatore economico" rilevante, secondo l'insegnamento della Corte di Giustizia europea, ai fini della ammissione alla procedure di affidamento degli appalti pubblici trovano ulteriore e definitiva conferma ove si confronti il quadro normativo che qui rileva con quello sui sanitari ospedalieri clinicizzati e convenzionati, così come ricostruito nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Nella sentenza n. 103/1977, con la quale la Corte si è pronunciata circa alcune eccezioni di illegittimità della normativa sugli ospedali delle città sedi di facoltà medico-chirurgiche - che, ricorrendone i presupposti, vengono trasformati in "ospedali clinici" - si legge che:

- “Non può non riconoscersi al **legislatore**, in sede di riforma dell'assistenza ospedaliera pubblica, la potestà di **ampliare** e potenziare l'apporto, in tale ambito, delle università, e di disciplinare all'uopo in modo unitario l'omogeneo rapporto di servizio assistenziale del personale sanitario ospedaliero ed universitario, fatto salvo per quest'ultimo l'adempimento dei compiti didattici e di ricerca scientifica”;
- “Nelle sedi di facoltà medico-chirurgiche il fine **didattico-scientifico** dell'università attrae il fine assistenziale dell'ente ospedaliero: l'ospedale clinicizzato si trasforma in strumento dell'attività universitaria, la quale, dal suo canto, si estende all'ambito assistenziale, per la stretta connessione tecnica fra insegnamento clinico e cura degli ammalati”;
- “L'università, dunque, in ragione dell'alto livello di preparazione scientifica e tecnica dei suoi docenti, è stata chiamata ad assicurare, con le sue cliniche, con i suoi istituti, con il suo personale sanitario addetto agli ospedali totalmente o parzialmente clinicizzati, un prezioso apporto al più efficace perseguimento di quella **finalità assistenziale curativa, additata dal ricordato precetto costituzionale, ed alla quale va riconosciuto rilievo non inferiore a quello emergente dall'art. 33 della stessa Carta costituzionale per la finalità didattico-scientifica, che l'università è istituzionalmente tenuta a perseguire**. Correlativamente, agli enti ospedalieri regionali, sia generali che specializzati, sono stati assegnati come compiti istituzionali, oltre quello precipuo dell'assistenza ospedaliera, quello di contribuire alla preparazione professionale ed all'aggiornamento del personale medico, nonché quello di collaborare nella ricerca scientifica (combinato disposto degli artt. 2, comma secondo; 23, comma terzo, e 24, comma secondo, della citata legge n. 132 del 1968)”;

In altri termini, dalla sentenza sopra richiamata si rilevano i seguenti principi:

- a) ai sensi dell'art. 33 della Costituzione “la finalità didattico- scientifica” costituisce il compito istituzionale dell'università;
- b) spetta, se del caso, al legislatore ampliare tale finalità attribuendo alle università anche la “finalità assistenziale curativa” in quanto ha analogo rilievo costituzionale;
- c) la legge nazionale può disporre tale ampliamento “per la stretta connessione tecnica fra insegnamento clinico e cura degli ammalati”.

Ancorché non sussista dubbio alcuno che la cura degli ammalati costituisca, da un canto, il fine della scienza medica e, dall'altro, rappresenti lo strumento indispensabile per il suo progresso, dalla motivazione della sentenza n. 103/1977 emerge, a tutta evidenza, come l'assunzione della finalità assistenziale-curativa da parte delle università non possa essere considerata il naturale sviluppo dei suoi compiti istituzionali di ricerca e didattica **ma deve essere espressamente prevista dal legislatore.**

6.2 I principi appena richiamati dimostrano, *ictu oculi*, la fondatezza dei criteri interpretativi che sono stati posti alla base delle considerazioni svolte nella presente determinazione, ossia: a) l'estraneità dell'attività di offerta, anche saltuaria, di servizi nel mercato dei lavori pubblici dai compiti istituzionali delle università, che la Corte costituzionale ribadisce circoscritti alla ricerca e alla didattica;

b) l'esigenza che l'ampliamento delle finalità istituzionali della ricerca e didattica con altri compiti sia disposto espressamente dal legislatore, la cui autonomia è, in ogni caso, condizionata alla sussistenza di un rapporto di connessione funzionale con la ricerca e la didattica.

6.3 Per conseguenza, trovano conforto le conclusioni cui si è pervenuti circa la inammissibilità della partecipazione delle università e degli enti di ricerca alle procedure di affidamento degli appalti pubblici in quanto: (i) non solo non sussiste, nei rispettivi statuti normativi, una disposizione di diritto nazionale che autorizzi tali soggetti ad offrire i servizi sul mercato dei lavori pubblici (in assenza della quale non può essere considerata asseverata la compatibilità di tali attività con quelle istituzionali - didattica e ricerca - che l'art. 33 Cost. demanda alle università e agli enti di ricerca: giudizio che, si è visto, sia la Corte costituzionale che la Corte di Giustizia affidano espressamente al legislatore); (ii) ma, per converso, si registra una norma di diritto nazionale (art. 34 dlgs. n. 163/2006) che declina le categorie dei soggetti abilitati, il cui dettato testuale ha carattere tassativo, senza contemplare, e con ciò stesso escludendo, le università e gli enti di ricerca.

* * *

Sulla base di quanto sopra argomentato e dimostrato, il Consiglio nazionale degli Architetti, Pianificatori, Paesaggisti e Conservatori raccomanda a codesta Autorità di assumere una determinazione circa:

- il carattere tassativo dell'elenco contenuto nell'art. 34 del dlgs. n. 163/2006;
- l'assoggettamento dell'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria alla disciplina contenuta negli artt. 90 e ss. del dlgs. n. 163/2006;
- il carattere tassativo dell'elenco e della disciplina contenuta negli artt. 90 e ss. del dlgs. n. 163/2005;
- la inammissibilità della partecipazione delle università, dei loro dipartimenti nonché degli istituti similari alle procedure di appalto per i servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria ai sensi e per gli effetti degli artt. 90 e ss. del dlgs. n. 163/2006;
- la inammissibilità della partecipazione delle università, dei loro dipartimenti nonché degli istituti similari che non esercitano attività di impresa alle procedure di appalto di lavori, servizi e forniture ai sensi e per gli effetti dell'art. 34 del Codice;
- la revoca e/o sostituzione delle precedenti determinazioni che risultino incompatibili e/o difformi rispetto ai suddetti principi.

¹ La legge n. 62/2005 reca "*Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004*" chiusa con l'adozione del dlgs. 11 settembre 2008, n. 152, (c.d. "Terzo correttivo") che, a fronte di tale rilievo, ha introdotto la lettera f-bis al capoverso dell'art. 34 che permette la partecipazione alle gare degli "operatori economici, ai sensi dell'art. 3, comma 22, stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi";

² Si noti che nella sentenza 23 dicembre 2009 la Corte parla di "fini istituzionali e statutari" - utilizzando la congiunzione "e" - per cui non è sufficiente che le attività siano previste nello statuto.

³ La legge n. 168/1989 reca la "Istituzione del Ministero dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica".

⁴ Il dlgs. n. 297/1999 reca il "*Riordino della disciplina e snellimento delle procedure per il sostegno della ricerca scientifica e tecnologica, per la diffusione delle tecnologie, per la mobilità dei ricercatori*"

⁵ Il Tali società devono essere costituite "sulla base di regolamenti delle università e degli enti di appartenenza, che ne disciplinino la procedura autorizzativa e il collocamento in aspettativa ovvero il mantenimento in servizio o nel corso di studio, nonché le questioni relative ai diritti di proprietà intellettuale e che definiscano le limitazioni volte a prevenire i conflitti di interesse con le società costituite o da costituire".

⁶ Il d.PR. n. 382/1989 reca "Riordinamento della docenza universitaria, relativa fascia di formazione nonché sperimentazione organizzativa e didattica". Si noti che l'art. 66 consente alle università di svolgere attività di ricerca e consulenza "purché non vi osti lo svolgimento della loro funzione scientifica didattica" e "mediante contratti e convenzioni con enti pubblici e privati".