

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

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 nota n.38176 del 10.06.2010, si trasmettono, in vista dell'audizione sull'argomento in oggetto, fissato per il giorno 7 luglio p.v., le osservazioni sul documento predisposto da codesta Autorità.

In ordine alla possibilità di partecipazione alle gare di appalto, in qualità di operatori economici, di enti pubblici non economici, e segnatamente le Università e i consorzi universitari, la sentenza della Corte di giustizia europea del 23.12.2009, anche alla luce dell'interpretazione contenuta nella recente pronuncia del Consiglio di Stato (Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 giugno 2010, 6838), ha affermato, da un lato, che operatore economico non è necessariamente un soggetto che persegue un fine di lucro e che abbia struttura di impresa, rilevando, dall'altro lato, che i singoli Stati membri possono, con propria normativa, autorizzare o non autorizzare determinate categorie di soggetti a offrire prestazioni sul mercato, in virtù dell'art. 4, par. 1, direttiva 2004/18/CE.

Più in dettaglio, secondo la Corte di giustizia *"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."*

Secondo la Corte, infatti, i pubblici appalti sono aperti alla partecipazione di qualsivoglia soggetto idoneo, a prescindere dalla sua forma giuridica, dalla natura pubblica o privata, dal carattere duraturo o occasionale della sua attività, statuendo che *"è ammesso a presentare un'offerta o a candidarsi qualsiasi soggetto o ente che, considerati i requisiti indicati in un bando di gara, si reputa idoneo a garantire l'esecuzione di detto appalto, in modo diretto oppure facendo ricorso al subappalto, indipendentemente dal fatto di essere un soggetto di diritto privato o di diritto pubblico e di essere attivo sul mercato in modo sistematico oppure soltanto occasionale, o, ancora, dal fatto di essere sovvenzionato tramite fondi pubblici o meno"*.

Il Consiglio di Stato così sintetizza le conclusioni cui perviene la Corte di giustizia:

- a) l'operatore economico può essere anche un ente pubblico, ai sensi dell'art. 1, n. 8, direttiva 2004/18/CE, e un ente pubblico può anche non avere fine di lucro;
- b) anche l'organismo di diritto pubblico, ai sensi del 4° considerato della citata direttiva, può partecipare alle gare di appalto;
- c) i concorrenti, ai sensi dell'art. 4 della citata direttiva, non possono essere esclusi dalle procedure di gara sulla base del loro status di persona fisica o giuridica, o di soggetto pubblico o privato.

Il Consiglio di Stato, riferendosi alla questione ulteriore di cui si è occupata la Corte - relativa alla possibilità per gli Stati membri di subordinare l'esercizio di determinate attività da parte degli operatori economici ad autorizzazione - evidenzia che, secondo quanto affermato dalla Corte, gli Stati membri, ai sensi dell'art.4, n. 1, direttiva 2004/18, hanno il potere di autorizzare o meno talune categorie di operatori a fornire certi tipi di prestazioni; in particolare, 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.

Ciò premesso, e stante la natura non tassativa dell'elenco dei soggetti contenuto nell'art. 34, comma 1, del codice dei contratti pubblici, oramai riconosciuta a livello di interpretazione giurisprudenziale, si richiama l'attenzione sugli aspetti di merito che richiedono soluzione di carattere interpretativo.

La sentenza della Corte di giustizia sembra avere una portata non assoluta, in quanto consente la partecipazione alle gare pubbliche soltanto alle Università (e ad altri soggetti quali gli Istituti di ricerca) che a ciò siano state autorizzate dal diritto nazionale.

Infatti, la Corte stabilisce che *"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"*.

In relazione al potere riconosciuto agli Stati membri di autorizzare o meno talune categorie di operatori a fornire certi tipi di prestazioni, risultante dalla formulazione dell'art. 4, n.1, della direttiva 2004/18, la Corte di giustizia, nel richiamare la sentenza 22 dicembre 2008, causa C-414/07, Magoora, punto 44, sottolinea che *"in tale ipotesi, spetta al giudice del rinvio interpretare il proprio diritto interno quanto più possibile alla luce del testo e della finalità della direttiva 2004/18, allo scopo di raggiungere i risultati perseguiti da quest'ultima, privilegiando l'interpretazione delle disposizioni nazionali che sia maggiormente conforme a tale finalità per giungere quindi ad una soluzione compatibile con le disposizioni della medesima direttiva e, all'occorrenza, disapplicando ogni contraria disposizione di legge nazionale"*.

Nell'evidenziare che pertanto potrebbe risultare utile attendere la specifica decisione del Consiglio di Stato a seguito della pronuncia della Corte di giustizia europea, relativa alla questione rimessa in via pregiudiziale con l'ordinanza n.167/2008, si pone la questione dell'individuazione, nel nostro ordinamento interno, della fonte di tale autorizzazione, verificando se la medesima debba considerarsi già prevista in maniera generale nella legge 9 maggio 1989, n.168 (recante "Istituzione del Ministero dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica"), come sembra evincersi nel documento predisposto dall'Autorità per la vigilanza in base alle osservazioni ivi contenute, ovvero se tale autorizzazione di per sé non sia sufficiente e debba essere prevista anche nello statuto delle singole Università.

Tale questione sembrerebbe debba essere affrontata anche tenendo conto della possibilità di stipulare convenzioni o un accordi, ai sensi dell'art. 15 della legge n.241/90, attraverso i quali si realizza la c.d. "cooperazione pubblico-pubblico" e rispetto ai quali non sembra rinvenirsi, nell'ordinamento nazionale, alcun divieto.

Per quanto concerne infine la questione relativa alla necessità evidenziata dalla Corte di scongiurare, da parte degli stati membri e delle stazioni appaltanti, il rischio di un'alterazione della

par condicio tra i soggetti partecipanti ad una procedura di gara, si concorda con l'Autorità circa il non rinvenimento della normativa vigente di alcuna disposizione che imponga, allo stato, l'obbligo, in capo alle Università di partecipare alle procedure selettive, mediante società separate, ed, imprese "spin-off", costituite con il principale obiettivo di favorire il contatto tra le strutture di ricerca universitarie, il mondo produttivo e le istituzioni del territorio, per sostenere la ricerca e diffondere nuove tecnologie, con ricadute positive sulla produzione industriale e il benessere sociale del territorio.

In conclusione, dalla pronuncia della Corte di giustizia non sembrerebbe discendere direttamente l'ammissibilità della partecipazione delle Università alle gare di appalto, occorendo, in via preliminare, verificarne la sussistenza di specifici divieti previsti dall'ordinamento. Ove non vi siano, la partecipazione risulterebbe altresì ammessa, fermo restando che potrebbe essere valutata l'opportunità di stabilire principi di separazione contabile e di regolamentare la materia del compenso dei dipendenti pubblici che svolgono servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria per l'esterno.