

OICE

Associazione delle organizzazioni di ingegneria, di architettura e di consulenza tecnico-economica

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

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

Per quel che riguarda, in generale, la possibile partecipazione di soggetti pubblici alle procedure di gara, la giurisprudenza nazionale ha ormai pacificamente ammesso gli enti pubblici economici, i quali hanno natura, e spesso anche struttura, imprenditoriale (TAR Lazio, sez. II, n. 540/2003; TAR Liguria, sez. II, n. 30/2002).

Viceversa il giudice nazionale ha sempre agito con maggiore prudenza nel riconoscere tale possibilità agli enti pubblici non economici (ad esempio, le Università), ragionando in ordine al rischio di alterazione della *par condicio* tra i concorrenti derivante dal particolare regime di agevolazioni finanziarie e dal fatto che tali soggetti possono rendere servizi sul mercato partendo da evidenti condizioni di privilegio, connesse ai minori costi che sopportano rispetto agli altri soggetti operanti sul mercato (in tal senso vedasi TAR Marche – Ancona, n. 1307/2000).

Prima della sentenza della Corte di giustizia del 23 dicembre 2009, la giurisprudenza nazionale ha quindi circoscritto la possibilità di partecipazione degli enti pubblici alle sole gare aventi ad oggetto prestazioni corrispondenti ai loro rispettivi fini istituzionali, onde scongiurare il pericolo che il riconoscimento generalizzato e indistinto in capo agli enti pubblici di una vera e propria capacità imprenditoriale crei effetti distorsivi sul regime della concorrenza (CdS, sez. V, n. 4327/2003; TAR Lazio, sez. I, n.7353/2004) e si ponga in contrasto con la chiara volontà del legislatore di stabilire comunque una limitazione soggettiva nell’accesso alla contrattazione con le amministrazioni aggiudicatrici.

In tale senso l’Autorità nel parere n. 127 del 24 aprile 2008 ha sostenuto la necessità di effettuare, caso per caso, la verifica dello statuto di tali persone giuridiche al fine di valutare gli scopi istituzionali per cui sono state costituite. In sostanza, la stazione appaltante deve verificare se gli enti partecipanti alla gara possano statutariamente svolgere attività di impresa offrendo la fornitura di beni o la prestazione di servizi sul mercato, pur senza rivestire la forma societaria.

./.

La sentenza della Corte di giustizia ha, come noto, introdotto nuovi elementi, con riferimento alle direttive comunitarie, che così possono essere sintetizzati:

- a) la direttiva non dà alcuna definizione della forma giuridica dei soggetti ammessi alle gare di appalto;
- b) la direttiva non dà alcuna definizione della nozione di imprenditore, lasciando intendere, in coerenza con la giurisprudenza comunitaria, che è tale chi offre sul mercato beni o servizi a prescindere dalla sua forma giuridica;

c) il principio della libertà della forma giuridica del soggetto offerente si desume, indirettamente, dall'art. 21, direttiva 93/37/CE, a tenore del quale “i raggruppamenti di imprenditori sono autorizzati a presentare offerte. La trasformazione di tali raggruppamenti in una forma giuridica determinata non può essere richiesta per la presentazione dell'offerta, ma il raggruppamento prescelto può essere obbligato ad assicurare tale trasformazione quando l'appalto gli è stato aggiudicato”; il principio di libertà di forma per i raggruppamenti non può non valere anche per i concorrenti singoli;

d) il principio della libertà della forma giuridica del soggetto offerente si desume, indirettamente, anche dall'art. 24, direttiva 93/37/CE, che nell'indicare le cause di esclusione per difetto di requisiti generali, non menziona il difetto di una forma giuridica determinata;

e) **la direttiva lascia comunque impregiudicata la questione della capacità giuridica a essere imprenditore, che resta regolata dal diritto nazionale.**

Recentissimamente il Consiglio di Stato (sezione VI, 8 giugno 2010, n. 3638) ha fornito una interessante lettura della questione in esame, partendo proprio dalla citata sentenza della corte europea del dicembre scorso, affermando in particolare che la stessa “*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.*”

Il **Consiglio di Stato**, nella sua esegesi della pronuncia comunitaria, ha quindi modo di affermare, partendo “sia dal silenzio della direttiva 93/37/CEE, sia dalla regola espressa dettata dall'art. 4, par. 1, direttiva 2004/18/CE”, 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 soggetti, in astratto rientranti nella nozione di operatore economico, l'esercizio di attività imprenditoriali.**”

Ed è proprio quanto è avvenuto sia con il Codice dei contratti pubblici, sia, più in generale, con il codice civile che – come si legge nella sentenza – “regola la capacità di essere imprenditore che svolge attività commerciale ai sensi dell'art. 2195 c.c.” e quindi richiama “l'attività industriale diretta alla produzione di beni e servizi” e la riserva di attività commerciale alle società commerciali (art. 2249 c.c.).

Se, quindi, in base alla legislazione dello Stato membro, la capacità giuridica necessaria per lo svolgimento di attività di impresa viene limitata a determinati soggetti (con esclusione delle società semplici e di ogni altra struttura che non abbia veste di società commerciale), si può comprendere come anche il Codice dei contratti pubblici si sia conseguentemente regolato nel mettere a punto la nozione di “operatore economico” di cui all'articolo 34 che rappresenta, appunto, proprio la scelta del “legislatore nazionale” che ha autorizzato ad essere controparti delle Amministrazioni aggiudicatrici soltanto determinate figure.

Il legislatore nazionale, evidentemente, si è posto il problema della presenza di strutture non aventi natura imprenditoriale nell'ambito del mercato degli appalti pubblici, cercando di garantire una competizione corretta e paritaria fra soggetti aventi natura, scopi e attività simili, escludendo quindi

- implicitamente - determinate strutture dalla partecipazione ad un determinato mercato.

La sentenza del Consiglio di Stato, riferendosi all'esclusione delle società semplici dal novero dei soggetti che possono essere ammessi a partecipare a gare di appalto (ma ciò vale, ovviamente, anche per enti come le Università che non hanno veste imprenditoriale), afferma anche il carattere non discriminatorio e la ragionevolezza della scelta del legislatore che non autorizza tali società "a svolgere attività commerciale, e dunque a offrire sul mercato lavori, beni o di servizi".

Si tratta, dicono i giudici amministrativi, di un "regime ragionevole e non discriminatorio in quanto si giustifica per il peculiare regime della responsabilità della società semplice verso i terzi, rispetto al regime della responsabilità delle altre società, ben più garantista per i terzi"¹.

E tali ragioni appaiono ancora di più valide per soggetti come le Università e i loro Dipartimenti che, oltre a non avere natura giuridica imprenditoriale, hanno come oggetto principale della propria attività (rientrante nell'alveo del servizio pubblico di istruzione) la didattica, la ricerca e lo studio, certamente non una attività industriale tesa alla fornitura di beni e servizi.

Il fatto, poi, che la legge n. 68/1989 preveda fra le entrate degli atenei anche i "corrispettivi di contratti e convenzioni" non appare elemento decisivo per riconoscere a dette strutture la possibilità di partecipare a procedure di appalto pubblico.

Se infatti si legge l'articolo 6 della citata legge e, segnatamente, i commi 3, 4 e 5, appare chiaro come le università abbiano ben altri fini che quelli di partecipare a procedure ad evidenza pubblica per l'aggiudicazione di appalti: in quanto "sedi primarie della ricerca scientifica" e della "attività didattica", le università hanno, correttamente, come esclusivo campo di attività quello della didattica e della ricerca, a nulla rilevando l'attività commerciale tesa all'acquisizione di appalti.

Il richiamo di cui all'articolo 7, comma 1, lettera c) sembra invece fare riferimento ad una generica capacità contrattuale che può essere riferita, ad esempio, al settore privato (ad esempio una società privata chiede all'Università di testare una determinata applicazione), o a convenzioni con altri soggetti pubblici nei limiti di cui si dirà in seguito. La norma citata, lungi dal mettere al centro dell'attività di queste strutture una attività commerciale che appare del tutto al di fuori dei compiti previsti dall'articolo 6, sembra avere una funzione di "norma di chiusura" tesa a ricomprendere nel novero delle entrate anche quei proventi che potrebbero derivare da prestazioni richieste alle Università da soggetti terzi (privati).

Viceversa non appare desumibile da tale norma né una capacità giuridica come "imprenditore", dal momento che l'attività fondamentale delle università si colloca all'interno della nozione generale di servizio pubblico (istruzione), né ancor meno una legittimazione a concorrere sul mercato pubblico per l'acquisizione di commesse.

D'altro canto, a contrario, non si comprende quale senso avrebbero le disposizioni del d. lgs. 297/99 e del d.m. 593/00 sugli "spin-off": se le università avessero già una propria capacità imprenditoriale tali norme sarebbero state superflue. Viceversa la partecipazione dell'Università come socio di una società, prevista espressamente dal decreto 297 dimostra che le Università non hanno, in base alla legge n. 68, una autonoma capacità imprenditoriale e, quindi, quella capacità giuridica che il codice civile riconosce per operare come impresa e il Codice dei contratti pubblici implicitamente richiama nell'articolo 34.

E che non si possa desumere una legittimazione a concorrere ad appalti pubblici viene indirettamente confermato anche dalla sentenza del Tar Lombardia- Milano, sez. I 19/1/2010 n. 74. I giudici, infatti, per potere giustificare l'operato di una stazione appaltante che aveva bandito una

procedura di selezione aperta alle sole università, sono dovuti ricorrere all'istituto dell'accordo procedimentale e non alle norme in materia di appalti pubblici. Con riferimento, invece alla possibilità per le università a partecipare a procedure ad evidenza pubblica per l'aggiudicazione di appalti

pubblici, la sentenza, dopo avere richiamato l'orientamento giurisprudenziale che aveva affermato che la stessa *“non può spingersi fino a configurare la legittimazione a rendersi aggiudicatari in pubbliche gare, in quanto ciò sfocerebbe in vera e propria attività imprenditoriale, da ritenersi ad essi preclusa”* (T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 12 giugno 2002, n. 3411), esclude l'applicazione dell'orientamento (del Tar Campania) *“rispetto al caso per cui è causa, in cui non si è di fronte alla partecipazione ad una procedura d'appalto da parte dell'ente pubblico, che assumerebbe così la veste di “operatore economico”, in competizione con altri soggetti privati, ma ad un mero accordo tra soggetti pubblici, che prescinde dello svolgimento di una procedura di selezione.”* In sostanza, dicono i giudici, soltanto come accordo fra soggetti pubblici sarebbe stato possibile legittimare un affidamento diretto, ma se così non fosse stato l'università non avrebbe potuto partecipare ad una gara pubblica in concorrenza con altri operatori e, quindi, in veste di “operatore economico”.

Ciò detto per quel che attiene alla capacità giuridica ad essere “imprenditore” con riferimento all'articolo 34 del Codice, la partecipazione di Università, loro Dipartimenti e strutture simili a procedure di affidamento di incarichi aventi ad oggetto i servizi di ingegneria e le attività tecnico-amministrative ad essa connesse deve essere inquadrato, all'interno del Codice dei contratti pubblici, nella disciplina speciale prevista dagli articoli 90 e 91.

Sono queste infatti, e non l'articolo 34, le disposizioni di pertinenza nell'ambito del settore di interesse dell'Associazione.

Anche con riguardo all'articolo 91 del Codice possono, peraltro, essere portate le stesse argomentazioni addotte con riguardo all'articolo 34, con la differenza che il legislatore nazionale, nella sua facoltà di “autorizzare o meno determinati soggetti” a svolgere prestazioni di servizi di ingegneria e architettura, ha ammesso anche i professionisti singoli o associati, oltre alle strutture societarie, consortili e cooperative, fra i soggetti affidatari. In questo caso il principio comunitario di indifferenza di forma giuridica è stato applicato in via estensiva in considerazione della normativa in materia di professioni che contempla i professionisti singoli o associati ai sensi della legge 1815/39 come soggetti abilitati; ciò, però, non fino al punto di comprendere anche enti pubblici non economici quali sono le università.

L'Autorità, con specifica attenzione ai predetti servizi, con deliberazione n. 83/2007, richiamando quando deciso nella deliberazione n. 179/2002, ha precisato che “stante il carattere tassativo dell'elenco dei soggetti aventi diritto ad essere affidatari di incarichi di progettazione, contenuto nell'art. 17 della legge 11 febbraio 1994 n. 109 e s.m. (oggi, articolo 91, comma 2 del Codice), risulta non conforme al dettato normativo l'affidamento di detti incarichi a dipartimenti universitari, fatta salva la possibilità per gli stessi di costituire apposite società in base all'autonomia riconosciuta alle Università dalla legge 168/1989”.

Tale conclusione, con riferimento al settore dei servizi di ingegneria e architettura, appare ancora ampiamente valida oggi: la **natura tassativa degli affidatari di cui all'articolo 91 non può essere infatti messa in discussione dalla sentenza del Corte di giustizia** che, per le ragioni di cui sopra, ha lasciato ampio spazio al legislatore italiano di definire sia la capacità giuridica di essere “imprenditore”, sia di autorizzare determinate categorie di operatori economici ad essere controparti delle stazioni appaltanti in funzione delle loro attività.

Appare quindi evidente, anche in relazione alla natura di norma speciale che riveste l'articolo 19, comma 2 rispetto alla norma di riferimento generale (articolo 34), la volontà del legislatore nazionale, anche dopo l'approvazione della direttiva 2004/18/CE, di definire esattamente i destinatari di incarichi a terzi di progettazione e attività ad essa connesse, escludendo implicitamente le strutture universitarie dalla concorrenza con gli altri soggetti presenti sul mercato.

Per quel che riguarda infine la possibilità di stipula di accordi procedurali fra Università e amministrazioni pubbliche aventi ad oggetto la prestazione di servizi di ingegneria e architettura (accordi che sono evidentemente finalizzati all'assegnazione diretta e al di fuori da ogni logica concorrenziale di incarichi di progettazione, anche di rilevante importo), si deve preliminarmente richiamare il comma 8 dell'articolo 91 del Codice laddove afferma che è vietato affidare incarichi di progettazione, direzione lavori, coordinamento sicurezza, collaudo e indagini e attività di supporto con "procedure diverse da quelle previste dal presente Codice", quindi, essenzialmente, con procedure che non siano quelle ad evidenza pubblica.

Che poi l'articolo 15 della legge 241/90 non possa costituire una delle norme di copertura per giustificare l'applicazione della lettera c, del comma 1, dell'articolo 90 (affidamenti infra - Amministrazioni), si desume anche da quanto precisano alcuni passaggi delle recenti sentenze del Tar Puglia - Lecce del 17.12.2009:

"Al di fuori di una effettiva collaborazione nello svolgimento di una attività pubblica e in assenza di uno specifico interesse comune, l'articolo 15 della legge 241/90 non può sicuramente rappresentare uno strumento normativo adeguato per individuare nell'Università...una pubblica amministrazione di cui ci si possa avvalere per legge" e quindi "non può sicuramente rappresentare uno strumento normativo per derogare all'osservanza delle prescritte procedure ad evidenza pubblica".

Di norma, invece, l'accordo ex articolo 15 viene utilizzato per mascherare un affidamento diretto in cui non vi è alcuna attività in comune fra le due amministrazioni, bensì un mero rapporto sinallagmatico a prestazioni corrispettive (l'università redige un progetto o uno studio e l'altra Amministrazione la remunera, spesso non con rimborsi spese, bensì con un corrispettivo "a tariffa").

Appare inoltre opportuno rinviare ai principi generali espressi dalla Corte di giustizia nella sentenza del 9 maggio 2009 citata nel documento base dell'Autorità che puntano sull'elemento fondante della comune ed effettiva collaborazione tra amministrazioni non diretta ad eludere le procedure ad evidenza pubblica in materia di appalti pubblici", nonché sulla necessità che siano effettuati soltanto "rimborsi per le spese effettivamente sostenute".

Infine si rinvia anche alle considerazioni finali della Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 9 marzo 2010 riguardante la cooperazione fra amministrazioni pubbliche, che delimita correttamente gli spazi operativi per il ricorso a tale strumento. In particolare si sottolinea come anche nella Circolare della Presidenza emerga un elemento critico generale sull'utilizzo di tale strumento e si suggerisca la "possibilità di ricorrere ove ne ricorrano gli estremi, alla normativa in materia di appalti pubblici o a quella della concessione di contributi economici, svolta nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica". Da evidenziare, inoltre, la necessità di una reale suddivisione di compiti e responsabilità e la sola possibilità di rimborsi spese con esclusione di ogni profitto".

Conclusioni

In via generale, le ragioni che sono state alla base delle sentenze dei Tar di questi ultimi anni che hanno negato la partecipazione delle Università a gare di appalto (in ragione della posizione di privilegio che l'Università avrebbe, non dovendo sopportare gli stessi costi dei soggetti che forniscono servizi nell'esercizio di una attività di impresa, con conseguente alterazione della *par condicio* e distorsione dei meccanismi concorrenziali) devono ritenersi tuttora valide e tali da imporre un intervento dell'Autorità teso a ripristinare condizioni di parità di accesso al mercato, anche alla luce della lettura sopra riportata della sentenza della Corte di giustizia dello scorso dicembre fornita da ultimo dal Consiglio di Stato.

Si ritiene inoltre che, con specifico riguardo ai servizi di ingegneria e architettura, siano ancora pienamente valide le considerazioni che portarono l'Autorità ad assumere la posizione contenuta nella delibera n. 119/2007 (impossibilità per le università e i loro dipartimenti a partecipare a procedure di appalto pubblico, ammissibile solo tramite società di spin-off), con conseguente natura tassativa dell'elenco di affidatari di cui all'articolo 91, comma 2 del Codice.

Per le prestazioni di servizi diverse da quelle di ingegneria e architettura, laddove anche si volesse ritenere ammissibile (e ciò non dovrebbe essere per le ragioni esposte in precedenza) - a legislazione vigente - la partecipazione delle università alle gare, si ritiene necessario imporre alle stazioni appaltanti sia la verifica sugli statuti dei singoli organismi universitari, sia la verifica sul possesso dei requisiti di partecipazione alla gara previsti dal singolo bando, sia ancora la precisa individuazione delle responsabilità in capo ai singoli soggetti responsabili delle prestazioni oggetto del contratto.

Infine si segnala la necessità di precisare che lo strumento di cui all'articolo 15 della legge 241/90 non può essere ricondotto alla fattispecie di cui alla lettera c, del comma 1 dell'articolo 90 del Codice e può essere utilizzato, per servizi diversi da quelli di ingegneria e architettura, nei limiti stabiliti dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria e dalla citata Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

¹ *“Infatti, nella società semplice non è prescritto un patrimonio o un capitale minimo della società; e nei confronti dei creditori risponde il patrimonio della società, che può tuttavia essere infimo, e i soli soci che hanno agito in nome e per conto della società. Gli altri soci rispondono solo se non c'è un patto contrario. Basta dunque un patto societario contrario a limitare la responsabilità dei soci diversi da quelli che hanno agito. Si comprende, allora la scelta legislativa di non autorizzare le società semplici a svolgere attività commerciale, e di riservare tale attività alle sole società commerciali, in funzione della adeguata tutela dei terzi creditori”.*