

## **Parere n. 101 del 27/05/2010**

**Protocollo** PREC 137/09/L

**Oggetto:** Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'Istituto per lo Sviluppo della Formazione Professionale dei Lavoratori (ISFOL) – Servizi di ricerca finalizzati alla realizzazione di un rapporto annuale sulla domanda di orientamento – Importo a base d'asta €220.000 – S.A.: ISFOL.

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

### **Considerato in fatto**

In data 6 ottobre 2009 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'Istituto per lo Sviluppo della Formazione Professionale dei Lavoratori (d'ora in avanti denominato ISFOL) ha chiesto a questa Autorità di esprimere il proprio avviso in ordine all'ammissibilità della partecipazione alla procedura di gara per l'affidamento del servizio di ricerca in oggetto, finalizzato alla realizzazione di un rapporto annuale sulla domanda di orientamento, da parte di un costituendo Raggruppamento Temporaneo di Impresa, composto da un ente morale di istruzione e formazione professionale (ENAIIP – Ente Nazionale ACLI Istruzione Professionale), da una società di capitali (GN RESEARCH S.p.A.) e dalla Facoltà di Sociologia dell'Università "La Sapienza" di Roma, stante il necessario rispetto della nozione di "*operatore economico*" prevista dall'articolo 34, comma 1, lettere da a) a f-bis) del D.Lgs n. 163/2006.

Nello specifico, la stazione appaltante ha rappresentato che la Commissione di gara, in sede di analisi della documentazione presentata dal suddetto costituendo RTI, ha rilevato che la natura giuridica della Facoltà di Sociologia dell'Università "La Sapienza" di Roma non risulta compatibile con la nozione di "operatore economico" e di soggetto eventualmente affidatario di contratti pubblici prevista dall'art. 34 del D.Lgs. n.163/2006, evidenziando altresì che tale organismo non può essere assimilato ad un soggetto giuridico presente nel mercato che esercita professionalmente un'attività economica né sembra compatibile con il concetto di imprenditore utilizzato dal diritto comunitario (art. 1, comma 8, Direttiva 2004/18/CE), coincidente con qualsiasi persona giuridica pubblica o privata, purché svolgente attività sussumibile in quella di impresa, cioè di offerta sul mercato della realizzazione di lavori e/o opere, prodotti o servizi.

A riscontro della richiesta di informazioni formulata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, né la stazione appaltante né i sopra richiamati soggetti interessati alla costituzione del raggruppamento temporaneo di impresa concorrente hanno fatto pervenire considerazioni sulla problematica oggetto dell'istanza di parere di cui trattasi.

### **Ritenuto in diritto**

La questione giuridica controversa sottoposta all'esame di questa Autorità nel caso di specie concerne l'ammissibilità di un'interpretazione dell'art. 34 del D.Lgs. n. 163/2006 tendente ad includere, tra i soggetti a cui possono essere affidati i contratti pubblici, anche ulteriori e diverse tipologie soggettive, rispetto a quelle espressamente ricomprese nell'elenco fornito dal legislatore, indipendentemente dalla loro natura e forma giuridica.

Ciò premesso, va ricordato che l'art. 34, comma 1 del D.Lgs. n. 163/2006 individua i seguenti soggetti a cui possono essere affidati i contratti pubblici: a) gli imprenditori individuali, anche artigiani, le società commerciali, le società cooperative; b) i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro (...) e i consorzi tra imprese artigiane (...); c) i consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili (...), tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro (...); d) i raggruppamenti temporanei di concorrenti, costituiti dai soggetti di cui alle lettere a), b) e c) (...); e) i consorzi ordinari di concorrenti (...), costituiti tra i soggetti di cui alle lettere a), b) e c) del presente comma, anche in forma di società (...); f) i soggetti che abbiano stipulato il contratto di gruppo europeo di interesse economico (GEIE) (...). Con il Decreto Legislativo 11 settembre 2008, n. 152 è stata aggiunta la seguente lett. f bis): *“operatori economici, ai sensi dell’articolo 3, comma 22, stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi”*.

Tali soggetti rivestono la qualifica di “operatore economico”, termine che, ai sensi dell’art. 3, comma 22 del Codice dei contratti pubblici comprende *“l’imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi o un raggruppamento o un consorzio di essi”*. A sua volta, il comma 19 del predetto articolo 3 precisa che i termini “imprenditore”, “fornitore” e “prestatore di servizi” designano *“una persona fisica, o una persona giuridica, o un ente senza personalità giuridica, ivi compreso il gruppo europeo di interesse economico (GEIE) costituito ai sensi del d.lgs. 23 luglio 1991, n. 240, che offra sul mercato, rispettivamente, la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi”*.

Inizialmente, con la deliberazione n. 119 del 18 aprile 2007 questa Autorità aveva osservato che la caratteristica che accomuna le figure sopra individuate è l’esercizio professionale di una attività economica. Ciò aveva indotto l’Autorità medesima a concludere nel senso che gli enti pubblici, le Università e i Dipartimenti universitari non possedessero tale requisito e non potessero essere ammessi alle procedure per l’affidamento di contratti pubblici, stante il carattere tassativo dell’elenco dei soggetti ammessi a partecipare alle gare, contenuto nell’art. 34 del D.Lgs. n. 163/2006, come già affermato con la deliberazione n. 179/2002 in relazione al previgente art. 17 della legge 11 febbraio 1994, n. 109.

Di recente, però, questa Autorità, alla luce della giurisprudenza nazionale e comunitaria, è tornata sulla questione, affrontando, in linea generale, con il parere n. 127 del 23 aprile 2008, il problema della possibilità di partecipazione alle gare d’appalto di soggetti giuridici diversi da quelli ricompresi nell’elenco di cui all’art. 34 del D.Lgs. n. 163/2006, quali, nel caso di specie, fondazioni, istituti di formazione o di ricerca.

In detto parere si è ricordato che per il diritto comunitario la nozione di impresa comprende qualsiasi ente che esercita un’attività economica consistente nell’offerta di beni e servizi su un determinato mercato, a prescindere dallo *status* giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento (cfr. da ultimo, in tal senso, Corte di giustizia CE, sentenza 26 marzo 2009, causa C-113/07 P, Selex Sistemi Integrati/ Commissione e Eurocontrol). Si tratta quindi di una nozione dai confini molto ampi, che prescindono da una particolare formula organizzativa e dalla necessità di perseguire finalità di lucro (cfr. sul punto le conclusioni dell’Avvocato generale Jacobs presentate il 1 dicembre 2005 nella causa C-5/05, decisa con sentenza della Corte di giustizia CE 23 novembre 2006, Joustra nonché la sentenza della Corte di giustizia CE 29 novembre 2007, causa C-119/06, Commissione/Italia). Parimenti, nel citato parere è stato rilevato che la nozione di operatore economico (e di soggetto affidatario di contratti pubblici) utilizzata dal diritto comunitario (art. 1, comma 8, Direttiva 2004/18/CE) è più generica ed estesa del concetto di imprenditore, in quanto individua tutti i soggetti (sia imprenditori che fornitori e prestatori di servizi) potenzialmente in grado di partecipare alle gare pubbliche, ed è conseguentemente

applicabile a qualsiasi persona giuridica pubblica o privata, purché svolgente attività sussumibile in quella d'impresa, cioè di offerta sul mercato della realizzazione di lavori e/o opere, prodotti o servizi. In quest'ottica è apparso, quindi, di chiara evidenza che l'interpretazione estensiva dell'elencazione contenuta nell'art. 34 del Codice dei contratti pubblici garantisce la concorrenza, senza porre preclusioni o veti immotivati all'accesso alle gare, in piena conformità con la Direttiva 2004/18/CE.

Peraltro, proprio ai fini dell'applicazione della disciplina della concorrenza, il Consiglio di Stato (sent. n. 3408/2005) ha ribadito l'orientamento secondo il quale la nozione d'impresa è più ampia di quella civilistica, poiché essa, alla luce del principio comunitario dell'effetto utile, comprende *“qualsiasi attività di natura economica tale da ridurre anche solamente in potenza la concorrenza nel mercato; di conseguenza possono essere considerate imprese tutti i soggetti, comunque strutturati e organizzati, che compiano atti a contenuto economico idonei a restringere la concorrenza”*.

In linea con il principio comunitario di libertà delle forme giuridiche, la giurisprudenza italiana ha, pertanto, ammesso la partecipazione alle gare anche di persone giuridiche non contemplate nell'elenco dell'art. 34 del D.Lg. n. 163/2006, nella misura in cui siano in possesso dei requisiti richiesti dal bando. In tal senso, ad esempio, il giudice nazionale ha ritenuto ammissibile – in assenza di limiti statutari – la partecipazione di una fondazione senza scopo di lucro a una gara per l'affidamento di servizi, sul presupposto che alle fondazioni non è preclusa in via di principio l'attività di impresa (attività organizzata per la produzione e lo scambio di beni e servizi) e che la qualità imprenditoriale prescinde dalla presenza di uno scopo lucrativo (come accade per le società cooperative che si caratterizzano per la finalità mutualistica del loro oggetto sociale, TAR Lazio, sez. I, n. 3176/2004 e n. 5993/2004). Su tali posizioni si è attestato anche il Consiglio di Stato (sez. V, n. 3790/2002), che ha ritenuto ammissibile la partecipazione a una gara di un'associazione senza finalità di lucro (nella specie, società sportiva).

Circa la possibile partecipazione di soggetti pubblici alle procedure di gara, la giurisprudenza nazionale è pacificamente orientata in senso positivo nei confronti degli 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), ma rimane prudente nel riconoscere tale possibilità agli enti pubblici non economici (ad esempio, le Università), i quali rischiano di alterare la *par condicio* tra i concorrenti poiché godono di un particolare regime di agevolazioni finanziarie e sono in grado di prestare servizi in condizioni di privilegio, non dovendo sopportare gli stessi costi dei soggetti che forniscono i medesimi servizi nell'esercizio di un'attività d'impresa (TAR Marche – Ancona, n. 1307/2000).

L'orientamento prevalente tende a circoscrivere la possibilità di partecipazione degli enti pubblici a quelle sole gare che abbiano 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.

Sulla scia di quest'ultimo indirizzo giurisprudenziale, l'Autorità nel citato parere n. 127 del 24 aprile 2008 ha concluso sostenendo 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.

Alla luce di quanto sopra richiamato, assume carattere particolarmente rilevante per la soluzione della questione controversa in oggetto la recente sentenza della Corte di Giustizia, Sez. IV, del 23 dicembre 2009, causa C-305/08, pronunciata in relazione a due rinvii pregiudiziali sollevati da giudici italiani, rispettivamente, con parere della seconda sezione consultiva del Consiglio di Stato del 23 aprile 2008, n. 167 (causa C-305/08) e con ordinanza della sez. I del TAR Sardegna del 10 luglio 2009, n. 66 (causa C-290/09), con i quali si chiedeva nella sostanza al Giudice comunitario di chiarire se le disposizioni di cui all'art. 3, commi 19 e 22 e all'art. 34 del Codice dei contratti pubblici si pongano in contrasto con la direttiva 2004/18/CE, qualora interpretati nel senso di precludere la partecipazione ad un appalto di servizi ad un raggruppamento (nel caso esaminato dalla Corte di Giustizia "un consorzio") fra i cui componenti figurino università pubbliche e amministrazioni statali, analogamente a quanto avviene nella fattispecie oggetto del presente parere, in relazione alla contestata partecipazione al costituendo RTI concorrente della Facoltà di Sociologia dell'Università "La Sapienza" di Roma.

Ebbene, la richiamata sentenza della Corte di Giustizia ha stabilito che le disposizioni della direttiva 2004/18/CE contenute nell'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.

Al riguardo, peraltro la Corte di Giustizia ha precisato che *"il legislatore comunitario non ha inteso restringere la nozione di <> unicamente agli operatori che siano dotati di un'organizzazione d'impresa né introdurre condizioni particolari atte a porre una limitazione a monte dell'accesso alle procedure di gara in base alla forma giuridica e all'organizzazione interna degli operatori economici"*, fornendo pertanto un'interpretazione molto ampia di tale nozione in linea con la precedente consolidata giurisprudenza comunitaria, secondo la quale è nell'interesse del diritto comunitario che venga garantita la più ampia partecipazione possibile di offerenti ad una gara d'appalto (cfr. sentenza 16 dicembre 2008, causa C-213/07, Michaniki e sentenza 19 maggio 2009, causa C-538/07, Assitur).

E' stato altresì ricordato che, sulla scorta della giurisprudenza della Corte, da un lato, il principio di parità di trattamento non può ritenersi violato per il solo motivo che le amministrazioni aggiudicatrici ammettono la partecipazione ad un procedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico di organismi che beneficiano di sovvenzioni che consentono loro di presentare offerte a prezzi notevolmente inferiori a quelli degli offerenti concorrenti non sovvenzionati e, dall'altro, che, se il legislatore comunitario avesse avuto l'intenzione di obbligare le amministrazioni aggiudicatrici ad escludere tali offerenti, l'avrebbe espressamente indicato (sentenza 7 dicembre 2000, causa C-94/99, ARGE, punti 25-26).

Di conseguenza, la citata sentenza del 23 dicembre 2009 (causa C-305/08) ha concluso nel senso che *"è ammesso a presentare offerta o a candidarsi qualsiasi soggetto o ente che, considerati i requisiti indicati in un bando di gara, si reputi idoneo a garantire l'esecuzione di detto appalto... 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"*, aggiungendo che un'interpretazione restrittiva della nozione di "operatore economico", nel particolare caso concernente le università e

gli istituti di ricerca, “sarebbe gravemente pregiudizievole per la collaborazione tra attività di ricerca e attività d’impresa e rappresenterebbe una restrizione della concorrenza” e che, per tali organismi, non aventi finalità di lucro, ma volti principalmente alla didattica e alla ricerca, “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”.

Ebbene, coniugando tali principi al caso di specie è rilevante osservare che la stazione appaltante, in sede di disciplinare di gara, ha ben definito l’oggetto dell’appalto, stabilendo, all’art. 3, che “l’incarico riguarda l’affidamento di un’attività di ricerca per la conduzione di un’indagine a campione a livello nazionale che analizzi bisogno e domanda di orientamento in relazione a specifiche tipologie di utenza, al diverso ciclo di vita e alle diverse realtà e contesti territoriali di riferimento. L’indagine è finalizzata, quindi, ad avere una fotografia quali/quantitativa sistematica e aggiornata dell’esistente relazione con specifico riferimento alla domanda di orientamento in Italia in maniera da evidenziare i fabbisogni orientativi ed eventuali differenti pattern di domanda in relazione a diverse tipologie di soggetti (giovani, adulti, maschi, femmine, ecc.), ai diversi contesti (scuola, università, aziende, ecc.) e ai diversi territori regionali.”. L’attività in questione appare, pertanto, pienamente compatibile con i fini istituzionali e statutari della Facoltà di Sociologia dell’Università “La Sapienza” di Roma, componente contestata del costituendo RTI concorrente, atteso che, come si evince anche dall’art. 1 dello Statuto, la predetta Università “esplica, in stretta relazione tra loro, le funzioni fondamentali della ricerca scientifica e della didattica, ogni tipo di formazione di livello superiore, ivi compresi l’orientamento, la formazione permanente e l’aggiornamento culturale e professionale e le attività a queste strumentali e/o complementari, nonché la ricerca applicata a problemi di interesse pubblico e privato.”.

Deve, pertanto concludersi nel senso della conformità al diritto comunitario e nazionale della partecipazione alla procedura di gara per l’affidamento del servizio di ricerca in oggetto del costituendo RTI concorrente composto, tra l’altro, anche dalla Facoltà di Sociologia dell’Università “La Sapienza” di Roma.

In base a quanto sopra considerato

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che è conforme al diritto comunitario e nazionale la partecipazione alla procedura di gara per l’affidamento del servizio di ricerca in oggetto del costituendo RTI, che ha tra i suoi componenti la Facoltà di Sociologia dell’Università “La Sapienza” di Roma.

Firmato:

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Giuseppe Brienza

Il Presidente f.f.: Giuseppe Brienza

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 1 giugno 2010