

DOCUMENTO DI CONSULTAZIONE

**Problematiche relative alla partecipazione alle gare di cui al
d.lgs. n. 163/2006 delle Università e degli istituti similari**

Premessa

Sono state sottoposte all'attenzione dell'Autorità alcune questioni interpretative attinenti la disciplina dettata dall'articolo 34 del d.lgs. 163/2006 (nel seguito "Codice") il quale elenca i soggetti che possono partecipare alle gare per l'affidamento di lavori, servizi e forniture, includendo tra questi gli imprenditori individuali, anche artigiani, le società commerciali, le società cooperative; i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro e i consorzi tra imprese artigiane; i consorzi stabili; i raggruppamenti temporanei di concorrenti; i consorzi ordinari di concorrenti *ex art. 2602 c.c.*; i soggetti che abbiano stipulato il contratto di gruppo europeo di interesse economico (GEIE); gli operatori economici stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi.

Con riferimento all'elencazione in commento, sembra opportuno stabilire se sia consentita la partecipazione a gare d'appalto anche di persone giuridiche diverse da quelle espressamente contemplate nel citato art. 34, quali le Università e gli istituti simili.

A tal fine, in attuazione delle disposizioni di cui all'art. 8 del Codice, l'Autorità ha predisposto un documento riassuntivo delle tematiche di maggior rilievo riguardanti l'argomento in esame.

Si sottopongono, pertanto, all'attenzione dei soggetti invitati all'audizione le problematiche evidenziate di seguito, sulle quali si chiede di formulare osservazioni, nonché di segnalare eventuali ulteriori difficoltà applicative.

1. Il concetto di operatore economico e di imprenditore

Al fine di fornire una risposta alle problematiche citate in premessa, occorre preliminarmente soffermarsi sul concetto di operatore economico e su quello di imprenditore, analizzando la posizione a riguardo assunta dal legislatore comunitario e da quello nazionale.

In riferimento ai soggetti che possono partecipare ad una gara di appalto, si osserva che la normativa comunitaria è informata a principi di massima apertura, volti al superamento di ogni discriminazione tra imprese di diversa nazionalità, nell'ottica di giungere al reciproco riconoscimento delle forme giuridiche che le stesse assumono nei vari Stati membri dell'Unione.

Da questi principi deriva una nozione di “operatore economico” molto ampia tendente ad abbracciare tutta la gamma dei soggetti che potenzialmente possono prender parte ad una pubblica gara: l’articolo 1, comma 8 della direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, dopo aver definito gli appalti pubblici come contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici ed una o più amministrazioni aggiudicatrici, designa, con i termini “*imprenditore*”, “*fornitore*” e “*prestatore di servizi*”, una persona fisica o giuridica, o un ente pubblico, o un raggruppamento di tali persone e/o enti che “offra sul mercato”, rispettivamente, la realizzazione di lavori e/o opere, prodotti e servizi; la stessa disposizione specifica, poi, che il termine “*operatore economico*” comprende l’imprenditore, il fornitore ed il prestatore di servizi ed è utilizzato allo scopo dichiarato di semplificare il testo normativo.

In ambito italiano, la definizione comunitaria di “*operatore economico*” trova riscontro nell’articolo 3 del Codice che prevede, al comma 22, che il termine di “*operatore economico*” comprende l’imprenditore, il fornitore ed il prestatore di servizi o un raggruppamento o un consorzio tra gli stessi, mentre, al comma 19, specifica che i termini “*imprenditore*”, “*fornitore*” e “*prestatore di servizi*” designano una persona fisica o giuridica o un ente senza personalità giuridica, compreso il gruppo europeo di interesse comune (GEIE), che offra sul mercato la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti e la prestazione di servizi.

Quindi, da un primo esame comparativo, le disposizioni dei due plessi giuridici sembrerebbero perfettamente allineate.

Tuttavia, il legislatore nazionale introduce nel Codice, riproponendo il contenuto dell’art. 10, comma 1, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, l’articolo 34, rubricato “*soggetti a cui possono essere affidati i contratti pubblici*”; in esso è previsto un elenco di soggetti ammessi a partecipare alle gare per l’affidamento di commesse pubbliche. Un primo problema, che l’articolo in commento pone, è relativo alla natura, tassativa o meno, dell’elenco contenuto; un secondo, ma strettamente connesso al primo, è legato al significato attribuito al termine imprenditore espressamente utilizzato.

Se l’imprenditore cui fa riferimento l’articolo 34 è solo quello disciplinato dall’articolo 2082 del codice civile (chi esercita professionalmente un’attività economica organizzata al fine della produzione e dello scambio di beni e servizi), si comprende che si è di fronte ad un concetto più

ristretto rispetto a quello abbracciato dal diritto comunitario, secondo il quale è imprenditore la persona fisica o giuridica o l'ente pubblico o il raggruppamento di tali persone e/o enti che offra sul mercato la realizzazione di lavori e/o opere.

Del resto, a riguardo, è opportuno segnalare che, nel contesto della procedura di infrazione aperta nei confronti dell'Italia per alcune delle disposizioni contenute nel Codice (poi chiusa in seguito all'adozione del d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152 cosiddetto "terzo correttivo"), la Commissione europea ha evidenziato che le direttive in materia di appalti pubblici non consentono di restringere la possibilità di partecipare alle gare ad alcune categorie di operatori, escludendone altre. Tale rilievo è, poi, sfociato nell'intervento additivo della lettera *f-bis* al capoverso dell'articolo 34 del Codice, 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. L'interpretazione dell'articolo 34 del Codice

La giurisprudenza è stata chiamata più volte a pronunciarsi sull'evidenziata divergenza tra le richiamate disposizioni nazionali che, testualmente interpretate, circoscrivono la partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici alle sole società commerciali (escludendo società semplici, associazioni, enti pubblici, ecc..) e l'impostazione sostanziale ed oggettiva del diritto comunitario, estranea a queste distinzioni.

Sulla questione, come era prevedibile, sono emerse posizioni non univoche. In particolare, ci si è interrogati sull'ammissibilità della partecipazione ad una gara per l'aggiudicazione di una commessa da parte di enti pubblici. I dubbi erano diretti non tanto verso gli enti pubblici economici i quali hanno natura ed a volte anche struttura imprenditoriale, quanto verso gli enti pubblici non economici a cui è difficile attribuire il carattere dell'imprenditorialità e la cui partecipazione alle gare è suscettibile di alterare la *par condicio*, creando una distorsione dei meccanismi concorrenziali, atteso il sistema di contribuzione e vantaggi di cui l'ente pubblico gode.

A fianco di un orientamento restrittivo¹, ne è emerso un altro che, partendo dalle

¹ Cfr. Tar Campania, Napoli, sez. I, 12 giugno 2002, n. 3411, che ha sostenuto che "*le Università non possono essere annoverate nelle suddette categorie di operatori imprenditoriali privati e pubblici, in quanto istituzionalmente preposte allo svolgimento di attività didattica e di ricerca, in vista del promovimento del progresso della scienza e della*

considerazioni per cui un'opzione pregiudizialmente ostile alla partecipazione alle gare di soggetti pubblici mal si concilierebbe con il principio che riconosce agli enti pubblici piena autonomia negoziale; la circostanza di essere beneficiari di contribuzioni pubbliche non è di per sé ostativa alla partecipazione a gare pubbliche, sempre che si tratti di contribuzioni conseguite nel rispetto della disciplina comunitaria di riferimento (ne è prova il fatto che le imprese private beneficiarie di aiuti finanziari pubblici possono prender parte a gare pubbliche), esclude un'incompatibilità in astratto e ritiene che la questione vada affrontata in concreto, verificando caso per caso² la compatibilità delle finalità istituzionali proprie dell'ente che intende prender parte alla selezione con l'attività oggetto della prestazione dedotta nell'appalto da affidare.

Il Consiglio di Stato ha dovuto prender atto del dibattito sulla vicenda, sfociato in un orientamento oscillante assunto dai tribunali amministrativi che, a riguardo, hanno sostenuto tesi diametralmente opposte. Pertanto, le sezioni consultive hanno ritenuto necessario sottoporre la questione alla Corte di Giustizia, con il parere n. 167/2008, reso nell'Adunanza della sez. II del 23 aprile 2008. I quesiti sottoposti alla Corte riguardano, appunto, la verifica della conformità alla direttiva 2004/18/CE di un eventuale divieto a partecipare ad un appalto di servizi da parte di un consorzio costituito esclusivamente da università e amministrazioni statali; più in generale si chiede di verificare se la disciplina italiana del codice dei contratti si ponga in contrasto con la direttiva 2004/18/CE, ove interpretata nel senso di limitare la partecipazione ai soli soggetti che professionalmente offrono sul mercato la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi, con esclusione di enti che abbiano preminenti finalità diverse da quelle di lucro, come per esempio la ricerca.

Infine, si osserva che minori problemi ha rivestito la questione dell'ammissibilità della partecipazione a gare pubbliche delle fondazioni e delle organizzazioni *non profit*. L'assenza dello scopo di lucro, a prescindere dal fatto che costituisca o meno un attributo necessario dell'imprenditore, si è ritenuto non impedisca che tali enti rientrino nella nozione comunitaria di "operatore economico", nel momento in cui svolgano sul mercato un'attività economica di

preparazione culturale e professionale degli studenti".

² Cfr. Cons. Stato, sez. V, 29 luglio 2003, n. 4327, che ha ritenuto di escludere dal novero degli enti pubblici legittimati ad acquisire la qualità di appaltatore quegli organismi pubblici che non comprendono tra le finalità d'istituto la prestazione del servizio per la quale è stata indetta la procedura di selezione e quindi l'esercizio della relativa attività.

produzione o distribuzione di beni o servizi, purché siano in possesso dei requisiti minimi connessi alla nozione, in particolare della personalità giuridica³.

L'Autorità ha avuto occasione di pronunciarsi sull'argomento con la deliberazione n. 119 del 18 aprile 2007; in essa, esaminando i soggetti che ai sensi dell'art. 34 del Codice possono partecipare ad una gara pubblica, notava che il comune denominatore degli stessi era rappresentato dall'esercizio professionale di un'attività economica. Ciò aveva indotto l'Autorità a concludere nel senso che le Università, non possedendo tale requisito, non potessero essere ammesse alle procedure per l'affidamento di contratti pubblici, a meno che le stesse non costituissero apposite società, sulla base dell'autonomia loro riconosciuta dalla legge 9 maggio 1989, n. 168/1989.

Anche per gli Istituti di ricerca, veniva lasciato aperto uno spiraglio in quanto l'Autorità riteneva necessario procedere ad una verifica caso per caso degli statuti dei singoli enti al fine di valutare gli scopi istituzionali che gli stessi erano chiamati a perseguire.

Più recentemente, l'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 indicati nell'elenco dell'art. 34 del Codice, 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 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).

Per quanto concerne gli enti pubblici non economici, quali gli enti di ricerca CNR, FORMEZ, CENSIS e IFOA, l'Autorità ha esaminato il rischio di alterazione della *par condicio* tra i

³ Cfr. Tar Lazio, sez. I, 5 aprile 2004, n. 3176; Tar Milano, sez. III, 14 marzo 2003, n. 459 e Cons. Stato, sez. VI, 16 giugno 2009, n. 3897.

partecipanti e il possibile effetto distorsivo della concorrenza, atteso il particolare regime di agevolazioni finanziarie di cui godono i predetti enti e la conseguente posizione di vantaggio rispetto ad altri soggetti che forniscono i medesimi servizi nell'esercizio dell'attività di impresa, dovendo sopportare integralmente i relativi costi.

In proposito, va sottolineato che la Corte di giustizia CE ha già avuto modo di precisare che gli enti pubblici che beneficiano di sovvenzioni erogate dallo Stato, che consentono loro di presentare offerte a prezzi notevolmente inferiori a quelli degli altri offerenti non sovvenzionati, sono espressamente autorizzati dalla direttiva a partecipare a procedure per l'aggiudicazione di appalti pubblici (sentenza 7 dicembre 2000, causa C-94/99, ARGE).

Alla luce delle considerazioni esposte, l'Autorità, nel citato parere n. 127/2008, ha concluso, conformemente a quanto affermato dal giudice amministrativo⁴, che gli enti pubblici non economici possono partecipare a quelle gare che abbiano ad oggetto prestazioni corrispondenti ai loro fini istituzionali, con la conseguente 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, optando per un'interpretazione che non riconosce carattere tassativo all'articolo 34 del Codice.

3. L'orientamento della Corte di Giustizia

La Corte di Giustizia il 23 dicembre 2009 si è pronunciata sulla causa C-305/08 relativa alla questione rimessa in via pregiudiziale dal Consiglio di Stato nel citato parere n. 167/2008.

In particolare sono stati sottoposti all'attenzione del giudice comunitario i seguenti quesiti:

1. se le disposizioni della direttiva 2004/18/CE (...) debbano essere interpretate nel senso che vietano la partecipazione ad un appalto di servizi come quello di acquisizione di rilievi geofisici e campionatura a mare ad un consorzio costituito esclusivamente da università italiane e amministrazioni statali (...).

2. Se le disposizioni dell'ordinamento italiano di cui all'art. 3, commi 22 e 19, e all'art. 34 del (...) decreto legislativo n. 163/2006 - secondo i quali, rispettivamente "il termine 'operatore economico' comprende l'imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi o un raggruppamento o consorzio di essi, e, i termini 'imprenditore', 'fornitore' e 'prestatore di servizi' designano una

⁴ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 29 luglio 2003, n. 4327.

persona fisica, o una persona giuridica, o un ente senza personalità giuridica, ivi compreso il gruppo europeo di interesse economico (GEIE) (...), che 'offra sul mercato', rispettivamente, la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi,, - si pongano in contrasto con la direttiva 2004/18 (...), se interpretat[e] nel senso di limitare la partecipazione ai prestatori professionali di tali attività con esclusione di enti che abbiano preminenti finalità diverse da quelle di lucro, quali la ricerca.

Nell'ordinanza di rimessione il Consiglio di Stato, oltre a riportare le menzionate posizioni della giurisprudenza e dell'Autorità, evidenziava il rischio per la concorrenza nel mercato dei contratti pubblici derivante dalla partecipazione delle Università che godono di una posizione "di privilegio che gli garantirebbe una sicurezza economica attraverso finanziamenti pubblici costanti e prevedibili di cui gli altri operatori economici non possono beneficiare".

Nella soluzione del primo quesito, pur riconoscendo che, in talune circostanze particolari, l'amministrazione aggiudicatrice ha l'obbligo, o quanto meno la facoltà, di prendere in considerazione l'esistenza di aiuti non compatibili con il Trattato, al fine eventualmente di escludere gli offerenti che ne beneficiano, tuttavia, la Corte ha affermato che *"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"*.

Infatti, ribadendo quanto affermato in alcuni precedenti, la Corte ricorda 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 reputi 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. L'effettiva capacità di detto ente di soddisfare i requisiti posti dal bando di gara deve essere valutata durante una fase ulteriore della procedura, in applicazione dei criteri previsti agli artt. 44-52 della direttiva 2004/18 (cfr. sentenze 18 dicembre 2007, causa C-357/06, Frigerio Luigi & Co, 12 luglio 2001, causa C-399/98,

Ordine degli Architetti, 7 dicembre 2000, causa C-94/99).

Relativamente al secondo quesito, la Corte, richiamando l'art. 4, n. 1, della direttiva 2004/18/CE, precisa che gli Stati membri possono decidere liberamente se autorizzare o meno determinati soggetti, quali le università e gli istituti di ricerca, non aventi finalità di lucro, ma volti principalmente alla didattica e alla ricerca, ad operare sul mercato in funzione della compatibilità di tali attività con i fini istituzionali e statutari che sono chiamati a perseguire. Una volta concessa, però, l'autorizzazione, poi, non si può escludere gli enti in commento dalla partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. Pertanto, alla luce dell'attuale disciplina legislativa, il giudice comunitario dispone che *"la direttiva 2004/18 deve essere interpretata nel senso che essa osta all'interpretazione di una normativa nazionale come quella di cui trattasi nella causa principale che vieti a soggetti che, come le università e gli istituti di ricerca, non perseguono un preminente scopo di lucro di partecipare a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, benché siffatti soggetti siano autorizzati dal diritto nazionale ad offrire sul mercato i servizi oggetto dell'appalto considerato."*

Resta ferma la necessità di effettuare, caso per caso, un esame approfondito 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 (cfr. *Cons. Stato sez. VI 16/6/2009 n. 3897*).

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 contratti aventi ad oggetto servizi compatibili con le rispettive attività istituzionali.

4. La partecipazione degli operatori economici pubblici alle gare ed il problema delle convenzioni ex art. 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241

Alla stregua dell'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia con la sentenza in esame, non

sembra potersi affermare, in via generale, l'esistenza di un divieto per le Università e per gli altri operatori a partecipare alle procedure ad evidenza pubblica. Sebbene, infatti, la risposta al secondo quesito 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. Al contrario, la possibilità per le Università di operare sul mercato sarebbe espressamente prevista dall'art. 7, comma 1, lett. c), legge 9 maggio 1989, n. 68, che include, tra le entrate degli atenei, anche i corrispettivi di contratti e convenzioni.

Appare chiaro, allora, quanto la pronuncia della Corte abbia spostato il baricentro della questione, fugando ogni dubbio sull'impossibilità per le stazioni appaltanti di escludere a priori, dalla partecipazione alle gare, gli enti pubblici non economici, e le Università in particolare, solo perché difettano del requisito dello scopo di lucro o di un'organizzazione stabile d'impresa.

Peraltro, l'interpretazione proposta dalla Corte di Giustizia è volta anche ad evitare una conseguenza insita nell'adozione di una nozione restrittiva di operatore economico: ci si riferisce al fatto che i contratti conclusi tra amministrazioni aggiudicatrici e organismi che non agiscono in base ad un preminente scopo di lucro possano non essere considerati "appalti pubblici" e, pertanto, venir aggiudicati senza il rispetto della normativa comunitaria e nazionale dettata in materia.

A riguardo, l'Autorità considera opportuno analizzare i confini tra la legittimità della stipula di una convenzione-accordo, di cui all'articolo 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241, e l'esperimento di una procedura competitiva per l'affidamento di un contratto pubblico (cfr. circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 9 marzo 2010 avente ad oggetto la "cooperazione tra amministrazioni pubbliche (cooperazione pubblico-pubblico), ed in particolare gli accordi ex art.15 della legge n. 241 del 1990").

In proposito, si ricorda che la Corte di Giustizia ha ribadito, in più sentenze (cfr. ad es. sentenza Coditel Brabant, 13 novembre 2008, causa C 324/07), il principio secondo cui un'amministrazione pubblica può adempiere ai compiti ad essa attribuiti attraverso moduli organizzativi che non prevedono il ricorso al mercato esterno per procurarsi le prestazioni di cui necessita, ma ha piena discrezionalità nel decidere di far fronte alle proprie esigenze attraverso lo strumento della collaborazione con le altre autorità pubbliche. A ben vedere, quella esposta è la stessa *ratio* che è alla base dell'esenzione dall'espletamento della gara nell'ipotesi di utilizzo dell'*in house providing*: anche in questo caso l'amministrazione opta per una scelta contraria al processo di

outsourcing, stabilendo di affidare l'attività a cui è interessata ad un altro ente che solo formalmente è distinto dalla propria organizzazione, ma su cui sostanzialmente essa esercita un controllo analogo a quello che espleterebbe nei confronti di un proprio servizio e che realizza con essa la parte più importante della sua attività.

Il giudice comunitario è tornato sul punto in una recente pronuncia (sentenza del 9 giugno 2009, causa C-480/06) sancendo la legittimità di un accordo stipulato tra quattro *Landkreise* tedeschi e la città di Amburgo, subordinandola al verificarsi di una serie di presupposti.

In tale contesto viene precisato che se, da un lato, il diritto comunitario non impone alle autorità pubbliche di ricorrere a particolari forme giuridiche per assicurare in comune le loro funzioni di servizio pubblico, dall'altro, questo tipo di cooperazione non può *“rimettere in questione l'obiettivo principale delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici, vale a dire la libera circolazione dei servizi e l'apertura alla concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri.”*

Nel caso specifico, la Corte ha espresso un giudizio di compatibilità dell'accordo con le norme del diritto comunitario perché sussistevano le seguenti condizioni:

- l'attuazione della cooperazione è retta unicamente da considerazioni e prescrizioni connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico;
- viene salvaguardato il principio della parità di trattamento degli interessati, in modo tale che nessuna impresa privata è posta in situazione privilegiata rispetto agli altri concorrenti;
- la collaborazione tra amministrazioni non è una costruzione di puro artificio diretta ad eludere le norme in materia di appalti pubblici;
- gli unici movimenti finanziari ammessi tra gli enti pubblici cooperanti sono quelli corrispondenti al rimborso delle spese effettivamente sostenute;
- tutte le strutture pubbliche coinvolte svolgono un ruolo attivo, anche se non necessariamente nella stessa misura; quindi sussiste un'effettiva condivisione di compiti e di responsabilità ben diversa dalla situazione che si avrebbe in presenza di un contratto a titolo oneroso in cui solo una parte svolge la prestazione pattuita, mentre l'altra assume l'impegno della remunerazione;

- l'accordo controverso istituisce una cooperazione tra gli enti locali finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune agli stessi che, nel caso specifico, è costituita dallo smaltimento dei rifiuti.

Parallelamente, si ricorda, però, che la Corte ha dichiarato non conforme al diritto comunitario escludere a priori dall'applicazione delle norme comunitarie sugli appalti i rapporti stabiliti tra amministrazioni pubbliche, indipendentemente dalla loro natura. Ancora più esplicitamente, nella citata sentenza del 23 dicembre 2009, la stessa ha chiarito che la normativa comunitaria in materia di appalti pubblici è applicabile agli accordi a titolo oneroso conclusi tra un'amministrazione aggiudicatrice ed un'altra amministrazione aggiudicatrice, intendendo con tale espressione un ente che soddisfa una funzione di interesse generale, avente carattere non industriale o commerciale e che, quindi, non esercita a titolo principale un'attività lucrativa sul mercato.

Del resto, un'interpretazione della normativa comunitaria incline alla massima apertura delle procedure selettive per l'affidamento di commesse pubbliche a soggetti tradizionalmente esclusi, come le Università, è perfettamente in linea con l'intento di circoscrivere il ricorso all'affidamento diretto: si tratta di un "*modus operandi*" che prima della pronuncia menzionata poteva trovare una qualche giustificazione nella considerazione secondo la quale, essendo al mondo della ricerca precluso all'origine l'accesso al mercato dei contratti pubblici, lo strumento dell'accordo-convenzione-contratto permetteva alla stazione appaltante di assicurarsi la collaborazione sinergica con un polo di eccellenza, come il settore universitario, non altrimenti conseguibile. Essendo, però, profondamente mutata l'interpretazione dell'articolo 34 del Codice dei Contratti, la pratica descritta non ha più ragion d'essere.

Sulla base della giurisprudenza comunitaria, potrebbe dunque ritenersi non elusivo della normativa sugli appalti pubblici l'impiego dello strumento convenzionale, previsto dall'articolo 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241, sulla base dei seguenti presupposti (cfr. sul punto circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 9 marzo 2010 avente ad oggetto la "cooperazione tra amministrazioni pubbliche (cooperazione pubblico-pubblico), ed in particolare gli accordi ex art.15 della legge n. 241 del 1990"):

1. l'accordo deve regolare la realizzazione di un interesse pubblico, effettivamente comune ai partecipanti, che le parti hanno l'obbligo di perseguire come compito principale, da valutarsi alla luce delle finalità istituzionali degli enti coinvolti;
2. alla base dell'accordo deve esserci una reale divisione di compiti e responsabilità;
3. i movimenti finanziari tra i soggetti che sottoscrivono l'accordo possono configurarsi solo come ristoro delle spese sostenute, essendo esclusa la remunerazione di un eventuale profitto;
4. il ricorso all'accordo non può interferire con il perseguimento dell'obiettivo principale delle norme comunitarie in tema di appalti pubblici, ossia la libera circolazione dei servizi e l'apertura alla concorrenza non falsata negli Stati membri. Pertanto, la collaborazione tra amministrazioni non può trasformarsi in una costruzione di puro artificio diretta ad eludere le norme menzionate e gli atti che approvano l'accordo, nella motivazione, devono dar conto di quanto su esposto.

In argomento, si segnala una recente giurisprudenza che ha annullato le determinazioni assunte da una Azienda sanitaria che aveva proceduto ad affidare la progettazione per la realizzazione di un nuovo plesso ospedaliero all'Università, senza espletare alcuna procedura di evidenza pubblica, utilizzando lo strumento convenzionale, ai sensi dell'articolo 15 della legge 241 citata. In particolare, l'AUSL, a sostegno della legittimità del suo operato, adduceva un'interpretazione dell'art. 90, comma 1, lett. c, del Codice, che consente l'affidamento delle prestazioni relative anche alla progettazione di lavori agli *“organismi di altre pubbliche amministrazioni di cui le singole stazioni appaltanti possono avvalersi per legge”*, non convincente in quanto, come si deduce dalla lettera della disposizione, il Codice ha inteso attribuire solo al legislatore la possibilità di istituire un rapporto tra pubbliche amministrazioni che consente di procedere ad un affidamento diretto, in virtù di un meccanismo di avvalimento. In nessun caso, il dettato legislativo può essere sostituito da quanto concordato dalle parti nell'ambito della stipula di una convenzione (cfr. TAR Puglia, Lecce, Sez. II, 2 febbraio 2010, n. 417 e n. 418).

5. Le Università e le imprese “spin-off”

Altro profilo problematico, che rimane ai margini della pronuncia della Corte di Giustizia, è costituito dalle misure da adottare per scongiurare il rischio di un'alterazione della *par condicio* tra i soggetti ammessi a partecipare ad una gara pubblica.

A riguardo, la Corte, nella citata sentenza, pur sollecitata a prendere posizione dal Consiglio di Stato, preferisce non esprimersi direttamente, limitandosi a ribadire che costituisce compito precipuo degli Stati membri e delle stazioni appaltanti vigilare affinché la partecipazione di enti pubblici o privati, che godono di trasferimenti o erogazioni di contributi, non si risolva in una distorsione concorrenziale.

In proposito, si richiama la deliberazione 179/2002 dell'Autorità in cui si ammette la partecipazione ad una procedura concorsuale per l'affidamento di contratti pubblici delle Università, a patto che queste abbiano esercitato la facoltà loro riconosciuta dalla citata legge 168/89 di costituire apposite società.

Un'attuazione di tale prerogativa può considerarsi la costituzione delle imprese "spin-off" che, nate dall'esperienza anglosassone, hanno conosciuto un notevole sviluppo nell'ultimo decennio presso il mondo accademico italiano. La locuzione "spin-off" indica il fenomeno della gemmazione, cioè la nascita di una nuova entità a partire da una preesistente; correntemente essa è adottata per definire quelle società che sono costituite al fine dello sfruttamento economico dei risultati della ricerca condotta dalle Università e da altri enti.

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 d.lgs. 27 luglio 1999, n. 297 e dal decreto ministeriale n. 593/2000; in particolare sono previsti due tipi di "spin-off":

a. "spin-off dell'Università" che vedono la partecipazione dell'ateneo alla compagine sociale in qualità di socio;

b. "spin-off accademici" che sono quelle società promosse da personale universitario (docenti, ricercatori, tecnici amministrativi, ecc..) a cui però l'ente non partecipa.

Si tratta, in altri termini, di società che godono di un regime agevolato in virtù del valore preminente attribuito dal legislatore allo scopo di promozione dell'attività di ricerca e di sfruttamento sul mercato dei risultati raggiunti; appare importante segnalare che il sistema di

facilitazioni disposto dal decreto ministeriale n. 593/2000 è stato valutato compatibile con il regime degli aiuti di Stato dalla Commissione europea nella nota del 26 luglio 2000, n. D 430165.

La partecipazione delle Università ad una gara tramite una società separata potrebbe costituire, quindi, in astratto, un modo per tutelare la concorrenza, visto che avrebbe come risultato quello di spostare la competizione con gli imprenditori privati su un piano paritario.

Tuttavia, in base alla normativa vigente, non si rintraccia alcuna disposizione che imponga agli Atenei di prendere parte alle procedure concorsuali tramite un'impresa "spin-off", pertanto, in via interpretativa, non può discenderne, per le stazioni appaltanti, la possibilità di escludere le Università dalle gare per questa ragione.

E' stata, poi, avanzata l'ipotesi di un possibile parallelismo tra il regime dettato per le Università e quello previsto dalla legge sulla concorrenza nei confronti delle imprese che operano in situazioni di monopolio o che per legge esercitano la gestione di attività di interesse economico generale. A riguardo, si osserva che l'art. 8, comma 2 *bis*, della legge 10 ottobre 1990, n. 287 (cd. legge sulla concorrenza), prevede, per le imprese che per disposizione di legge esercitano la gestione di attività di interesse economico generale o che si trovano in regime di monopolio, l'obbligo di costituire società separate, qualora intendano svolgere attività in mercati diversi da quelli "istituzionali". Si precisa che deve ritenersi monopolista legale l'impresa investita in esclusiva della gestione di determinate attività economiche per previsione di legge diretta o indiretta (com'è nel caso di imprese titolari di concessioni in esclusiva). Meno agevole, invece, appare l'individuazione dell'altra tipologia di imprese: essa dipende dal significato attribuito alla nozione di «servizi di interesse economico generale». Tale nozione, peraltro, riprende pedissequamente quella utilizzata dal legislatore comunitario nell'articolo 86, par. 2, del Trattato CE, di cui il citato secondo comma dell'articolo 8 della citata legge n. 287 rappresenta mera trasposizione nell'ordinamento italiano. Si tratta di una categoria di cui la legislazione nazionale non offre una definizione; secondo il Consiglio di Stato un servizio riveste interesse economico generale quando sussistono due condizioni: 1) è un servizio rivolto alla generalità degli utenti, 2) è sottoposto alla rigida regolamentazione dell'Autorità amministrativa.

La disposizione in commento, pertanto, risulterebbe non applicabile al caso delle Università, difettandone l'ambito soggettivo: l'articolo 8, comma 2 prende in considerazione una fattispecie in cui sono presenti una determinata tipologia di imprese, sia private che pubbliche (le Università

pubbliche non sono imprese); tuttavia se ne condivide la *ratio* volta a tutelare l’iniziativa economica di tutti i soggetti presenti o aspiranti ad entrare in quei mercati in cui l’impresa, che eserciti – su altro mercato – un servizio di interesse economico generale, sfrutti la propria situazione di vantaggio con potenziale danno dei concorrenti.

Si segnala, infine, che l’articolo 16 della legge 6 agosto 2008, n. 133 di conversione del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, in attuazione dell’articolo 33 della Costituzione, nel rispetto delle leggi vigenti e dell’autonomia didattica, scientifica, organizzativa e finanziaria, attribuisce alle Università pubbliche la facoltà di deliberare la propria trasformazione in fondazioni di diritto privato; queste ultime sono definite come enti non commerciali che perseguono i propri scopi, secondo le modalità consentite dalla loro natura giuridica, ed operano nel rispetto dei principi di economicità della gestione.