Parere n.127 del 23/04/2008

PREC 528/07

Oggetto : istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dal PORE - Progetto Opportunità per le Regioni in Italia, Dipartimento per gli Affari Regionali della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Servizio di progettazione e realizzazione di iniziativa formativa, da svolgersi in modalità e-learning, per il miglioramento delle capacità di accesso ai programmi di finanziamento

Il Consiglio

Considerato in fatto

La stazione appaltante PORE - Progetto Opportunità per le Regioni in Italia (Dipartimento per gli Affari regionali della Presidenza del Consiglio dei Ministri) ha bandito una gara per l'affidamento del servizio in oggetto, suddiviso in due lotti. Alla gara d'appalto hanno presentato offerte due raggruppamenti di concorrenti che non rientrano tra le tipologie di soggetti ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, elencati dall'art. 34 del D. Lgs. n. 163/2006 (un'ATI composta da GIUNTI LABS srl e IFOA e un'altra ATI composta dal CNR, CENSIS e FORMEZ)

In particolare, La Commissione giudicatrice, in sede di gara, ha rilevato che:

- l'IFOA (Istituto Formazione Operatori Aziendali) e il FORMEZ (Centro di Formazione Studi) hanno entrambi natura giuridica di associazione senza fini di lucro riconosciuta ai sensi del codice civile. L'IFOA è iscritto nel Repertorio Economico Amministrativo (REA) e alla Camera di Commercio di Reggio Emilia;
- il CNR (Consiglio Nazionale delle Ricerche) ha natura giuridica di ente pubblico nazionale di ricerca, dotato di autonomia finanziaria;
- il CENSIS (Centro Studi Investimenti Sociali) ha natura giuridica di fondazione.

Di conseguenza, la Commissione aggiudicatrice ha sospeso la seduta di gara per chiedere ai concorrenti alcuni chiarimenti, che non hanno tuttavia risolto pienamente i dubbi circa l'ammissibilità di tali tipologie di persone giuridiche alle gare d'appalto.

Pertanto, la Commissione di gara ha ammesso con riserva le due associazioni di partecipanti e, nelle more, ha valutato l'offerta tecnica di tutti i concorrenti, interpellando nel contempo l'Autorità in merito al carattere tassativo o meno dell'elenco contenuto nell'art. 34 del Codice dei contratti.

In sede di valutazione delle offerte tecniche, la Commissione ha altresì rilevato la volontà, da parte di alcuni concorrenti, di subappaltare parte delle attività esecutive a persone giuridiche aventi - anch'esse - una forma differente da quelle elencate dall'art. 34 del Codice (enti pubblici, istituti di ricerca pubblici e privati, associazioni riconosciute ai sensi del codice civile o fondazioni). Anche in questo caso, la stazione appaltante chiede se, in sede di esecuzione contrattuale, sia legittimo autorizzare il subappalto a siffatti soggetti giuridici.

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, ciascuna parte coinvolta ha espresso proprie circostanziate considerazioni.

La stazione appaltante ha richiamato quanto già disposto dall'Autorità in un precedente caso analogo (sugli istituti di ricerca), con deliberazione n. 119 del 18/04/2007 che dichiara tassativa l'elencazione di cui all'art. 34 ma assume come determinante e risolutiva la verifica, caso per caso, dell'atto costitutivo e/o dello statuto dell'ente al fine di valutare gli scopi istituzionali per i quali è stato costituito.

Il CNR, il FORMEZ, il CENSIS e l'IFOA hanno prospettato tutti, a vario titolo, un'interpretazione estensiva dell'art. 34 alla luce di una lettura sistematica del Codice dei contratti pubblici, delle direttive comunitarie e della giurisprudenza nazionale ed europea: elementi da cui si desumerebbe una nozione ampia di "operatore economico", non circoscritta ai soli soggetti esplicitamente menzionati dal Codice, bensì applicabile a tutte quelle persone giuridiche che svolgono attività di impresa offrendo la prestazione di beni e servizi sul mercato, indipendentemente dalla veste giuridica assunta.

Peraltro, alcuni concorrenti ammessi con riserva (ad esempio l'IFOA) hanno dichiarato di aver legittimamente già partecipato, anche sotto la vigenza dell'attuale normativa del Codice dei contratti, a numerose procedure per l'aggiudicazione di servizi dello stesso tipo di quello oggetto della presente gara.

Ritenuto in diritto

La questione in esame riveste carattere generale e verte sulla possibilità di partecipazione alle gare d'appalto di persone giuridiche diverse da quelle ricomprese nell'elenco dell'art. 34 del D. Lgs. n. 163/2006 (quali ad esempio le fondazioni, gli istituti di formazione o di ricerca) alla stregua di un'interpretazione capace di includere anche ulteriori e diverse tipologie soggettive, qualificate dal carattere imprenditoriale dell'attività svolta, indipendentemente dalla loro natura giuridica.

Il citato art. 34 ammette alle gare d'appalto di lavori, servizi e forniture (anche organizzati in ATI) gli imprenditori individuali, anche artigiani, le società commerciali, le società cooperative, i consorzi nonché i soggetti che abbiano stipulato il contratto GEIE. La disposizione del Codice si limita ad individuare un numero estremamente ristretto di soggetti affidatari dei contratti pubblici, recependo pressoché letteralmente la previsione contenuta nell'art. 10, comma 1, della previgente legge n. 109/94 relativa ai soli appalti di lavori. L'art. 3, comma 6, del Codice definisce il soggetto affidatario di contratti pubblici quale "operatore economico": termine, questo, che include "l'imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi o un raggruppamento o consorzio di essi" (comma 22 del medesimo articolo), affiancando dunque alla figura dell'imprenditore anche quelle del fornitore e del prestatore di servizi. Comune denominatore di tutte le figure contemplate dall'art. 34 è, senza dubbio, la nozione di impresa intesa come esercizio professionale di un'attività economica.

In ambito europeo, la nozione d'impresa "comprende qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento" e l'attività economica consiste nell'offerta di beni e servizi su un determinato mercato contro retribuzione e con assunzione dei rischi finanziari connessi (Corte Giust. CE, sez. V, n. 35/1998). La nozione d'impresa fornita a livello comunitario ha, pertanto, parametri molto ampi, che prescindono da una particolare fattispecie organizzativa e dalla necessità di perseguire finalità lucrative, essendo sufficiente l'esercizio di un'attività economica come quella di offerta di beni e servizi sul mercato. Parimenti, 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 tale ambito, la normativa comunitaria è quindi informata a principi di massima apertura, tesi al superamento di ogni discriminazione tra imprese di diversa nazionalità (tenuto conto della peculiarità degli ordinamenti nazionali nella complessa materia della regolamentazione della soggettività giuridica), e al reciproco riconoscimento delle forme giuridiche che le stesse possono assumere nei vari Stati membri dell'Unione Europea, non ponendo alcuna limitazione o condizione correlata alla natura giuridica dei concorrenti, al fine di creare un mercato concorrenziale nel settore degli appalti pubblici.

In quest'ottica sono condivisibili le considerazioni espresse in particolare dall'IFOA, secondo cui le disposizioni del Codice in materia di appalti di servizi devono applicarsi a tutte quelle persone giuridiche che svolgano attività di impresa, offrendo la prestazione di servizi sul mercato in qualità di operatori economici e indipendentemente dalla veste giuridica assunta.

Invero, la formulazione dell'art. 34, ove ritenuta esaustiva dei soggetti di cui è ammessa la partecipazione alle gare, non sarebbe coerente né compatibile con la disciplina comunitaria. A tal proposito, la Commissione europea ha rilevato profili di incompatibilità comunitaria proprio in relazione all'art. 34 ed ha avviato - anche in ordine ad altre disposizioni del Codice dei contratti - apposita procedura di infrazione nei confronti del Governo italiano.

Le censure mosse dalla Commissione attengono proprio al carattere tassativo dell'elencazione di cui all'art. 34, che preclude la possibilità di partecipare alle gare e di rendersi affidatari dei relativi contratti a soggetti che, pur aventi una forma giuridica diversa da quella puntualmente indicata, certamente rientrano nella nozione comunitaria di "operatore economico", nozione che fa esplicito riferimento anche agli enti pubblici.

Alla luce di tali istanze comunitarie, appare di chiara evidenza che l'interpretazione estensiva dell'elencazione contenuta nell'art. 34 del Codice garantisce la concorrenza, senza porre preclusioni o veti immotivati all'accesso alle gare, in piena conformità con la Direttiva 2004/18/CE.

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, quindi, ammesso la partecipazione alle gare anche di persone giuridiche non contemplate nell'elenco dell'art. 34, 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 statuari - 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).

Alla luce delle citate pronunce giurisprudenziali, anche un ente no profit quale un istituto di ricerca pubblico o privato può essere ricompreso in un'accezione ampia di impresa e, di conseguenza, può partecipare a gare pubbliche se e in quanto organizzato per produrre beni e servizi.

Circa la possibile partecipazione di soggetti pubblici alle procedure di gara, la giurisprudenza 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, nella deliberazione n. 119/2007, ha affermato 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.

Coniugando tale criterio al caso di specie, si ritiene che tutti i soggetti partecipanti alla procedura in oggetto (CNR, FORMEZ, CENSIS e IFOA) soddisfino tali requisiti ed abbiano le caratteristiche essenziali per potersi qualificare come "prestatori di servizi" ai sensi delle citate previsioni comunitarie.

Venendo alla disamina di ciascuno di questi enti, si rileva infatti quanto segue.

In relazione al CNR, titolare del servizio pubblico di ricerca e formazione, il D. Lgs. n. 127/2003 (recante il riordino del CNR) prevede, tra le attività, la prestazione di servizi a terzi in regime di diritto privato nell'ambito del perseguimento delle proprie attività istituzionali (art. 3, comma 1, lett. p)).

Altrettanto vale per il FORMEZ, il quale, ai sensi dell'art. 3, comma 3, del D. Lgs. n. 285/1999, può svolgere - con contabilità separata e con il vincolo dell'equilibrio della relativa gestione - attività formative e di consulenza per conto terzi, in aggiunta alle attività istituzionali.

Anche il CENSIS è da ritenersi dotato dei requisiti necessari ai fini della partecipazione a procedure di evidenza pubblica alla stregua di qualsiasi altro operatore economico, in quanto, pur trattandosi di una fondazione senza finalità di lucro (gli utili non vengono distribuiti ma reinvestiti esclusivamente nelle attività istituzionali), può esercitare - per espressa disposizione statutaria - attività economiche dietro specifico compenso, mediante la propria organizzazione e al fine della produzione e dello scambio di servizi realizzati su richiesta e per conto di pubbliche amministrazioni, partecipando anche a gare e concorsi.

Peraltro, servizi aventi ad oggetto la realizzazione di iniziative formative analoghe a quelle considerate nella fattispecie in esame sono espressamente previsti dall'art. 2 dello Statuto del CENSIS.

Analogamente, l'IFOA è qualificabile alla stregua di operatore economico esercente un'attività imprenditoriale al fine della produzione e dello scambio di beni e servizi nel settore della formazione

professionale, della consulenza, della ricerca e dell'orientamento. Anche in tal caso, l'assenza di lucro si sostanzia nel divieto statutario di distribuzione ai soci di utili, avanzi di gestione, fondi e riserve o capitale durante la vita dell'istituto ed è perfettamente coerente con il carattere della economicità della gestione, che deve essere comunque assicurata con l'obiettivo di realizzare il pareggio di bilancio.

La prestazione del servizio in oggetto è, pertanto, pienamente compatibile con i fini istituzionali e le previsioni statutarie di tutti i soggetti giuridici innanzi esaminati. Dal che appare evidente che, seppure con carattere strumentale e accessorio rispetto alle finalità principali, tali soggetti annoverano, tra le attività statutariamente ammesse, anche quella di svolgere compiti aventi rilevanza economica e quindi, limitatamente al settore di pertinenza, possono - qualora siano 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.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- legittima la partecipazione a gare pubbliche di persone giuridiche quali il CNR, il CENSIS, il FORMEZ e LIFOA che, pur non figurando nell'elencazione di cui all'art. 34 del Codice dei contratti, rientrano pacificamente nel novero dei prestatori di servizi ai sensi della disciplina comunitaria, come produttori di beni e servizi sul mercato. La loro legittimazione a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici si riflette anche sulla eventuale successiva autorizzazione al subappalto di tali soggetti.

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Giuseppe Brienza

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 29/04/2008