

Marco Porcu

ATI Consorzi e reti di imprese negli appalti pubblici

PROFILI OPERATIVI SULLA FORMAZIONE DI AGGREGAZIONI SOCIETARIE PER LA PARTECIPAZIONE AGLI APPALTI PUBBLICI

- Le reti di imprese negli appalti pubblici e le indicazioni dell'ANAC
- Come costituire una rete e partecipare agevolmente ad una gara pubblica



eBook di www.grafill.it

The logo for GRAFILL, featuring a stylized 'G' with a yellow dot above it, followed by the word 'GRAFILL' in a bold, sans-serif font.

Marco Porcu

ATI. CONSORZI E RETI DI IMPRESE NEGLI APPALTI PUBBLICI

ISBN 13 978-88-8207-798-3

EAN 9 788882 077983

e-Book, 62

Prima edizione, settembre 2015

Hanno collaborato alla redazione del testo l'avv. Valentina Zuddas e la dr.ssa Maria Giulia Porcu

© **GRAFILL S.r.l.**

Via Principe di Palagonia, 87/91 – 90145 Palermo

Telefono 091/6823069 – Fax 091/6823313

Internet <http://www.grafill.it> – E-Mail grafill@grafill.it

Tutti i diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica e di riproduzione sono riservati. Nessuna parte di questa pubblicazione può essere riprodotta in alcuna forma, compresi i microfilm e le copie fotostatiche, né memorizzata tramite alcun mezzo, senza il permesso scritto dell'Editore. Ogni riproduzione non autorizzata sarà perseguita a norma di legge. Nomi e marchi citati sono generalmente depositati o registrati dalle rispettive case produttrici.

INDICE

PREMESSA	p.	1
1. I SOGGETTI A CUI POSSONO ESSERE AFFIDATI		
I CONTRATTI PUBBLICI	"	3
1.1. L'articolo 34 del codice degli appalti: elencazione dei soggetti ammessi alla gara.....	"	3
1.2. La nozione di operatore economico secondo le Direttive Comunitarie e la prima attuazione nell'ordinamento italiano	"	4
1.3. L'evoluzione giurisprudenziale della Corte di Giustizia Europea	"	6
1.4. Il "nuovo" articolo 34 del Codice degli Appalti	"	9
1.5. Rassegna di giurisprudenza	"	11
2. RAGGRUPPAMENTI TEMPORANEI TRA IMPRESE (RTI)	"	13
2.1. Nozione e origine dell'istituto	"	13
2.1.1. Nozione e caratteri generali dell'istituto	"	13
2.1.2. Origine dell'Istituto.....	"	14
2.1.3. La disciplina attuale e l'ambito di applicazione.....	"	15
2.2. Raggruppamenti orizzontali, verticali, misti e la cooptazione.....	"	15
2.3. I divieti.....	"	16
2.3.1. Il divieto di partecipazione simultanea	"	16
2.3.2. Il divieto di associazione in partecipazione	"	16
2.3.3. Il divieto di modifica della composizione soggettiva.....	"	17
2.4. I requisiti.....	"	18
2.4.1. I requisiti generali come presupposto	"	18
2.4.2. Le iscrizioni SOA.....	"	18
2.4.3. I requisiti economici.....	"	19
2.4.4. I requisiti tecnici.....	"	19
2.5. Modalità di costituzione dei RTI	"	20
2.6. Fallimento, morte, interdizione e/o inabilitazione.....	"	22
2.6.1. Fattispecie estintive relative alla mandataria: art. 37, c. 18 del Codice	"	22
2.6.2. Fattispecie estintive relative alla mandante: art. 37, c. 19 del Codice	"	23
2.7. Il regime di responsabilità dei RTI	"	23
3. CONSORZI E RETI DI IMPRESE NEGLI APPALTI PUBBLICI	"	24

3.1.	Nozione di consorzi	p.	24
3.2.	Distinzione tra consorzio stabile e consorzio ordinario.....	"	24
3.3.	Responsabilità delle società consortili a responsabilità limitata.....	"	26
3.3.1.	La giurisprudenza in materia di responsabilità delle società consortili.....	"	26
3.4.	Le reti di imprese: nozioni generali	"	28
3.4.1.	Le reti di imprese negli appalti pubblici	"	30
3.5.	Il GEIE	"	34

PREMESSA

I continui stravolgimenti normativi, richiedono una ricognizione periodica della normativa in vigore soprattutto in un settore come quello degli appalti pubblici, in continua evoluzione.

Nell'attesa del recepimento delle nuove direttive europee in materia di contratti pubblici e concessioni, è quantomeno opportuno analizzare quali sono gli strumenti attualmente in vigore che permettono alle imprese, soprattutto alle più piccole, di associarsi e partecipare all'affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

Questo breve manuale, approfondisce, con taglio pratico ed operativo, le più importanti forme di aggregazione previste dal Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163, c.d. Codice dei contratti pubblici, compreso l'istituto delle "Reti di Imprese", introdotto recentemente dal legislatore con la Legge 6 agosto 2008, n. 133, "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, recante disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria" a favore delle tante piccole e medie imprese esistenti nel nostro tessuto economico.

Modalità di costituzione, formalità contrattuali, eventuali responsabilità dei soggetti aderenti, sono questioni che vengono trattate e sviscerate attraverso analisi teoriche, schemi riassuntivi, focus di approfondimento ed attente ricerche giurisprudenziali.

I SOGGETTI A CUI POSSONO ESSERE AFFIDATI I CONTRATTI PUBBLICI

1.1. L'articolo 34 del codice degli appalti: elencazione dei soggetti ammessi alla gara

L'articolo 34 rappresenta indubbiamente una norma cardine all'interno del decreto legislativo del 12 aprile 2006, n. 163, giacché disposizione in cui si rinviene l'elencazione dettagliata e puntuale dei soggetti che sono legittimati a partecipare alle procedure per l'affidamento di contratti pubblici.

Questi, “*salvo i limiti espressamente indicati*”, sono:

- a) **gli imprenditori individuali, anche artigiani, le società commerciali, le società cooperative;**
- b) **i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro**, costituiti a norma della legge 25 giugno 1999, n. 422 e del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577, e successive modificazioni, e i **consorzi tra imprese artigiane** di cui alla legge 8 agosto 1985, n. 443;
- c) **i consorzi stabili**, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'articolo 2615 *ter* del codice civile, tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro, secondo le disposizioni di cui all'articolo 36;
- d) **i raggruppamenti temporanei di concorrenti**, costituiti dai soggetti di cui alle lettere a), b), c), i quali, prima della presentazione dell'offerta, abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad alcuno di essi, quantificato mandatario, il quale esprime l'offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti; si applicano al riguardo le disposizioni dell'articolo 37;
- e) **i consorzi ordinari di concorrenti** di cui all'articolo 2602 del codice civile, costituiti tra i soggetti di cui alle lettere a), b) e c) del presente comma, anche in forma di società ai sensi dell'articolo 2615 *ter* del codice civile; si applicano al riguardo le disposizioni dell'articolo 37;
- e-bis) **le aggregazioni tra le imprese** aderenti al contratto di rete ai sensi dell'articolo 3, comma 4 *ter*, del decreto legge 10 febbraio 2009, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 aprile 2009, n. 33; si applicano le disposizioni dell'art. 37;
- f) i soggetti che abbiano stipulato il contratto di **gruppo europeo di interesse economico** (GEIE) ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240; si applicano al riguardo le disposizioni dell'articolo 37;
- f-bis) **operatori economici**, ai sensi dell'art. 3, comma 22, stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi.

Dinanzi a tale *dictum normativo*, se da un lato non si può prescindere dall'evidenziarne la grande portata, tuttavia, dall'altro lato deve ammettersi come lo stesso non abbia costituito una novità nel nostro ordinamento, quanto piuttosto il riflesso della legislazione previgente, ovvero sia la Legge n. 109/94 *c.d.* Legge Merloni, ove l'articolo 10 disciplinava espressamente la tipolo-

gia di soggetti ammessi a partecipare alle procedure di affidamento pubbliche, circoscrivendola però alle società commerciali, intese quali società costituite secondo uno dei tipi regolati dai capi III e ss. del Titolo V del codice civile.

Difatti, operando un semplice confronto tra le due menzionate disposizioni è possibile scorgere come l'impianto normativo dell'articolo 34 del Codice degli appalti, in particolare nella sua formulazione originaria, sembra abbracciare una nozione di imprenditore fortemente ancorata alla disciplina contenuta nell'articolo 2082 del codice civile, intesa come esercizio professionale di “*una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi*”, in ciò consacrando la linea seguita dall'articolo 10.

Sin dalla prima emanazione del Codice degli appalti, infatti, uno dei problemi sorti *ab origine* e che tutt'oggi investe tanto la dottrina quanto la giurisprudenza ruota attorno all'interpretazione del termine imprenditore in esso espressamente utilizzato.

Trattasi di una problematica dai contorni assai delicati cui la giurisprudenza nazionale, stante la difficoltà delle questioni ad essa sottese, ha dato nel tempo soluzioni addirittura contrapposte.

Se, infatti, l'imprenditore cui fa riferimento l'articolo 34 è solo quello disciplinato dall'articolo 2082 del codice civile, si comprende che si sarebbe di fronte ad un concetto di operatore economico ben più ristretto rispetto a quello dettato *per contro* dal diritto comunitario, e con il quale si porrebbe in evidente contrasto.

In tale prospettiva, non può ignorarsi il fondamentale contributo certamente fornito dalla più autorevole fonte giuridica che è il diritto comunitario, segnatamente dalla Corte di Giustizia Europea, l'esame della quale sarà di fondamentale importanza al fine di poter dare una risposta compiuta a tale interrogativo, e per comprendere totalmente se l'elencazione contenuta nell'articolo 34 *de quo* debba essere considerata tassativa, o se possa consentire la partecipazione alle procedure competitive anche di ulteriori e diverse tipologie soggettive, indipendentemente dalla loro natura giuridica.

Tale indagine, ci consentirà al contempo di cogliere e approfondire le ragioni sottese al più ampio fenomeno della *c.d. comunitarizzazione* del diritto nazionale, inteso come sistematica e diffusa incidenza del diritto dell'Unione Europea sugli istituti e sulle regole nazionali, che negli ultimi anni nel campo del diritto pubblico – amministrativo sta investendo proprio il settore degli appalti pubblici, segnando in tempi brevissimi trasformazioni profonde.

1.2. La nozione di operatore economico secondo le Direttive Comunitarie e la prima attuazione nell'ordinamento italiano

Come è noto, il decreto legislativo n. 163 del 2006, è stata la misura di trasposizione di due importanti direttive, rispettivamente la n. 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e di servizi, e la n. 2004/17/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina invece le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali.¹

¹ In materia di appalti pubblici, sono state pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea L. 94 del 28 Marzo 2014, le nuove direttive sugli appalti pubblici nei settori ordinari e speciali e nel settore delle concessioni. Si tratta di un pacchetto di norme che punta alla modernizzazione degli appalti pubblici in Europa. In due casi, le nuove norme

Punto di partenza delle predette Direttive per individuare i soggetti aggiudicatari di una gara pubblica è la locuzione di *operatore economico*, termine di portata generale utilizzato unicamente per semplificare il testo, che ricomprende i termini “*imprenditore*”, “*fornitore*” e “*prestatore di servizi*”.

L’articolo 1, paragrafo 8, primo e secondo comma, della Direttiva comunitaria 2004/18/CE prevede espressamente che “*i termini imprenditore, fornitore e prestatore di servizi designano 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 o servizi*”.

Da una prima analisi della succitata norma balza subito agli occhi come la nozione di operatore economico è sicuramente più ampia rispetto alla definizione di società commerciale, cui pare essersi ispirato il legislatore italiano.

Ciò, poiché se si va a esplorare la normativa di matrice comunitaria si potrà vedere come la stessa nozione di impresa, abbraccia e racchiude qualsiasi entità che esercita un’attività economica consistente nell’offerta di beni e servizi su un determinato mercato, a prescindere dallo *status* giuridico di tale entità e dalle sue forme di finanziamento; mentre, l’attività economica consiste nell’offerta di beni o servizi su un determinato mercato contro retribuzione e con assunzione dei rischi finanziari connessi, anche se non viene perseguito uno scopo di lucro.

Al riguardo, la giurisprudenza della Corte precisa che “*è impresa qualunque entità che svolge un’attività economica, indipendentemente dalla forma giuridica e dal modo del suo finanziamento*”.

Si tratta, quindi, di una nozione dai confini più ampi del concetto di imprenditore, che induce l’interprete a dover correlare la nozione di impresa così come prevista dal codice civile prescindendo da una particolare formula organizzativa e dalla necessità di perseguire finalità di lucro.

La *ratio* di questa impostazione, discende dal fatto che in ambito comunitario si rende necessario adottare delle formule elastiche, che siano tali da poter garantire un’apertura la più ampia possibile delle commesse pubbliche alla libertà di concorrenza, e si da potersi adattare alla specificità dei singoli sistemi nazionali.

Nell’ordinamento italiano, la definizione comunitaria di “*operatore economico*” trova riscontro nell’articolo 3, D.lgs. n. 163 del 2006, dapprima al comma 22, laddove statuisce espressamente che è “*l’imprenditore, il fornitore ed il prestatore di servizi o un raggruppamento o un consorzio tra gli stessi*” mentre, successivamente 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 economico, che offra sul mercato la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti e la prestazioni di servizi*”.

In proposito, il Consiglio di Stato, chiamato più volte a chiarire la portata del concetto di operatore economico dettato dal diritto dell’Unione Europea a livello nazionale, era fermo nell’affermare che “*l’art. 10, l. 109/1994 (e segnatamente l’art. 34, lett. a) D.lgs. n. 163/2006) laddove non consentono alle società semplici la partecipazione alle gare di appalti pubblici, non contrastano con il diritto comunitario dei pubblici appalti che, pur affermando il principio*

sostituiscono disposizioni vigenti, ovvero la Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici che abroga la direttiva 2004/18/CE e la direttiva 2004/25/UE sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali che abroga la direttiva 2004/17/CE. Completamente innovativa è invece la direttiva 2014/23/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione. Le direttive sono entrate in vigore il 17 aprile 2014 e gli Stati Membri avranno tempo fino al 2016 per completare il recepimento nei propri ordinamenti.

di libertà di forma del concorrente, tuttavia non impedisce agli Stati membri di regolare la capacità giuridica dei soggetti diversi dalle persone fisiche, e di vietare a determinate categorie di persone giuridiche di offrire lavori, beni o servizi sul mercato. Invero, la regola contenuta nel c.c. secondo cui la società semplice non può svolgere attività commerciale, è coerente con l'art. 4, par. 1, Direttiva 2004/18/CE che lascia agli Stati membri la possibilità di autorizzare o meno determinate categorie di soggetti a offrire prestazioni sul mercato e, in definitiva, di riconoscere o meno determinati soggetti la relativa capacità giuridica".²

Dalla lettura della succitata sentenza, dunque, si evince chiaramente come contrariamente ai principi espressi dalla giurisprudenza comunitaria, nel nostro ordinamento andava a svilupparsi un orientamento volto a escludere tutti quei soggetti sui quali, come le menzionate società semplici, pareva difettare il requisito dell'imprenditorialità così come previsto dall'articolo 2082 del codice civile.

Le valutazioni operate dai Giudici di Palazzo Spada non si mostravano peraltro "isolate", bensì perfettamente in linea e coincidenti con quanto statuito da larga parte della dottrina, ad avviso della quale l'esclusione dall'ambito di applicazione del codice di determinate "figure" giuridiche si ricaverebbe proprio dalla lettura dell'art. 34 in combinato disposto con l'art. 3, comma 22 del codice dei contratti pubblici e con l'art. 2082 del codice civile.

In particolare, i dubbi maggiori si erano creati sull'ammissibilità della partecipazione ad una gara per l'aggiudicazione di una commessa da parte di enti pubblici, e specialmente degli enti pubblici non economici, per la cui stessa natura è certamente difficile attribuire il carattere dell'imprenditorialità.

Secondo i giudici amministrativi, tale preclusione era coerente con l'impianto normativo nazionale e comunitario in quanto una possibile ammissione degli enti pubblici si porrebbe in contrasto con il "principio di libera concorrenza" sotto un duplice profilo:

- a) da una parte, rischiando di sottrarre al libero mercato quote di contratti pubblici, nei confronti dei quali una fetta non irrilevante di imprese ordinarie verrebbero, di fatti, almeno ostacolate da un agevole accesso attraverso la presenza capillare di centrali di approvvigionamento d'affari;
- b) dall'altra parte, costituendosi una posizione di ingiusto privilegio, garantendogli una sicurezza economica, costituita da finanziamenti pubblici costanti e prevedibili, che gli altri operatori economici non hanno, dovendo affidarsi alla loro capacità di ricavare reddito esclusivamente dalla "offerta sul mercato". Il tutto con il pericolo di tradursi nella creazione di posizioni di vantaggio economico che l'aspirante affidatario del servizio può sfruttare anche nel mercato, nel quale si presenta come "particolarmente" competitivo, con conseguente alterazione della "*par condicio*".

1.3. L'evoluzione giurisprudenziale della Corte di Giustizia Europea

Spostandoci oltre confine, lo scenario normativo e giurisprudenziale è sicuramente ben diverso da quello appena delineato.

² In questi termini, si era espresso Consiglio di Stato, sez. VI, 8 giugno 2010, n. 3638.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea, infatti, ha da sempre costantemente confermato la propria propensione a interpretare il diritto europeo in modo da garantire il *favor participationis* alle gare pubbliche e, quindi, la massima possibile concorrenza e libertà di partecipazione.

A tal fine, appare opportuno illustrare brevemente i principi comunitari, per il tramite di due illuminanti recenti pronunce, i cui riflessi – come si avrà modo di evidenziare nel paragrafo successivo – sono stati certamente di non poco conto nel nostro ordinamento, al punto da ribaltare la posizione fino ad ora assunta dalla giurisprudenza nazionale amministrativa.

Il primo degli interventi che si segnala, è la sentenza del 23 dicembre 2009, in occasione della quale la Corte di Giustizia Europea si è pronunciata sulla causa *CoNisma*, C-305/08, che concerneva l'esclusione di un consorzio interuniversitario da una gara indetta per l'affidamento di un servizio.

Il Consiglio di Stato, in qualità di Giudice *a quo*, con il parere n. 167/2008 rimetteva alla Corte la questione:

- 1) se enti non aventi scopo di lucro, che non sono necessariamente presenti sul mercato con regolarità (in particolare università e studi di ricerca), nonché loro raggruppamenti (consorzi) possono partecipare a procedure di appalti pubblici;
- 2) se un'interpretazione della normativa nazionale, la quale prevede l'esclusione di detti enti da siffatta partecipazione, sia in contrasto con la direttiva 2004/18/CE.

In risposta a tali quesiti, la Corte in primo luogo conferma che le disposizioni della direttiva non distinguono tra soggetti che perseguono o no un preminente scopo di lucro, né li escludono sulla base di questa caratteristica dalle gare, in quanto ***“le disposizioni della direttiva 2004/18/CE, 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”***.

Pertanto, sulla scorta del menzionato principio il giudice comunitario aveva concluso affermando che ***“la direttiva 2004/18/Ce deve essere interpretata nel senso che essa osta ad 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”***.

Nella pronuncia in esame, si appalesa come sulla base della normativa e della giurisprudenza comunitaria è ammesso a presentare un'offerta qualsiasi soggetto o ente che, considerati i requisiti indicati in un bando di gara, si reputi idoneo a garantire l'esecuzione dell'appalto, in modo diretto oppure facendo ricorso al subappalto, a prescindere dal fatto che:

A) SIA UN SOGGETTO DI DIRITTO PRIVATO O DI DIRITTO PUBBLICO	B) SIA ATTIVO SUL MERCATO IN MODO SISTEMATICO OPPURE SOLTANTO	C) SIA SOVVENZIONATO TRAMITE FONDI PUBBLICI O MENO
---	---	--

Ciò, tuttavia, non equivale ad autorizzare in maniera indiscriminata tali enti a partecipare alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici.

La stessa giurisprudenza ha individuato in proposito due limiti ostativi:

- 1) che l'attività posta a base di gara sia strumentale al conseguimento delle finalità istituzionali dell'ente pubblico di cui trattasi;
- 2) che non vi sia una previsione normativa specifica nazionale che vieti tale attività, in particolare in ragione del possibile effetto discorsivo sulla concorrenza.

Con riferimento alla possibile distorsione della concorrenza causata dalla partecipazione di enti pubblici alle gare, la Corte di Giustizia nell'ambito della sentenza in commento, ricorda che spetta agli Stati membri provvedere affinché ciò non avvenga, sottolineando che tale prerogativa *“non può in ogni caso giustificare forme di esclusione a priori”*.

Gli Stati membri possono, infatti, disciplinare le attività di soggetti, quali le università o gli istituti di ricerca non aventi finalità di lucro e possono autorizzarli o no ad operare sul mercato con attività compatibili rispetto ai fini istituzionali e statutari. Tuttavia, concludono i giudici, la legislazione nazionale non può vietare la partecipazione ad appalti aventi ad oggetto servizi per i quali questi enti sono stati autorizzati ad operare sul mercato *“un simile divieto contrasterebbe con le disposizioni della direttiva 2004/18/CE”* e avrebbe effetti gravemente pregiudizievoli *“per la collaborazione tra attività di ricerca e attività d'impresa e rappresenterebbe una restrizione della concorrenza”*.

In seguito, la Corte di Giustizia con un'altra importante sentenza, C-568/13, è tornata ad occuparsi del delicatissimo tema dello spazio di mercato occupato dall'intervento pubblico, preoccupandosi ancora una volta di garantire il rispetto delle finalità delle direttive ed i principi dei Trattati, nel procedimento riguardante un appalto pubblico di servizi in cui era risultata aggiudicataria una azienda ospedaliera pubblica.

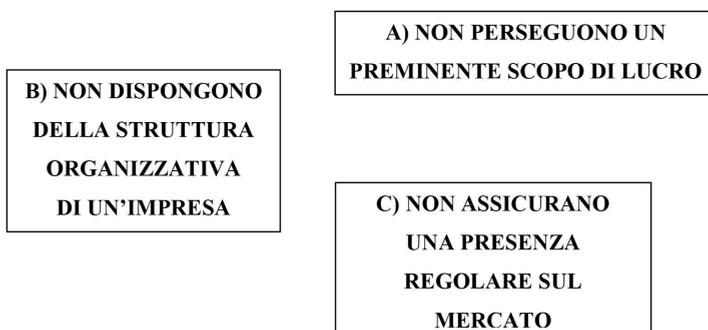
I Giudici comunitari, nel riconoscere pacificamente la natura di ente pubblico economico a tali soggetti, si sono espressi nel senso che *“l'articolo 1, lett. c), della Direttiva 92/50/CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, osta a una normativa nazionale che escluda un'azienda ospedaliera pubblica, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, a causa della sua natura di ente pubblico economico, se e nei limiti in cui tale azienda è autorizzata a operare sul mercato conformemente ai suoi obiettivi istituzionali e statutari. Le disposizioni della direttiva 92/50, e in particolare i principi generali di libera concorrenza, di non discriminazione e di proporzionalità soggiacenti a tale direttiva, devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa nazionale che consenta a un'azienda ospedaliera pubblica, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, partecipante a una gara d'appalto, di presentare un'offerta alla quale non è possibile fare concorrenza, grazie ai finanziamenti pubblici di cui essa beneficia. Tuttavia, nell'esaminare il carattere anormalmente basso di un'offerta sul fondamento dell'articolo 37 di tale direttiva, l'amministrazione aggiudicatrice può prendere in considerazione l'esistenza di un finanziamento pubblico di cui detta azienda beneficia, alla luce della facoltà di respingere tale offerta.*

La Corte, al punto 34 della sentenza in esame, ha inoltre sottolineato che *“uno degli obiettivi della normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici è costituito dalla concorrenza nella misura più ampia possibile, apertura che è anche nell'interesse stesso dell'amministrazione aggiudicatrice considerata, la quale disporrà così di un'ampia scelta circa l'offerta più vantaggiosa e più rispondente ai bisogni della collettività pubblica interessata”*.

Un'interpretazione restrittiva della nozione di “operatore economico” avrebbe come conseguenza che i contratti conclusi tra amministrazioni aggiudicatrici e organismi che non agiscono in base a un preminente scopo di lucro non sarebbero considerati come “appalti pubblici” e potrebbero quindi essere aggiudicati in modo informale, sottraendosi alle norme dell'Unione in materia di parità di trattamento e di trasparenza, in contrasto con la finalità delle medesime norme.

L'elasticità e l'ampiezza del diritto dell'Unione, non può certamente stupire, posto che principio ispiratore delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici impone ed esige il rispetto della parità di trattamento degli operatori economici, che in nessun caso può essere eluso e/o violato dalla normativa interna di uno Stato membro.

Sulla base di quanto detto, nonché alla luce degli orientamenti giurisprudenziali sopra esposti, è utile, per riassumere, ricordare che la nozione di operatore economico riportata nelle direttive sugli appalti pubblici va interpretata nel senso di consentire la partecipazione alle gare anche a soggetti che:



1.4. Il “nuovo” articolo 34 del Codice degli Appalti

Il nostro legislatore, a fronte di un siffatto dinamismo da parte della giurisprudenza comunitaria, naturalmente non poteva rimanere inerte.

Ed invero, i principi stabiliti dalle sentenze della Corte di giustizia segnano un vero e proprio spartiacque e superamento degli orientamenti di quanti a livello nazionale avevano fin qui negato l'ammissibilità alle gare di soggetti privi di quelle caratteristiche imposte alla luce dell'articolo 2082 del codice civile.

Tale mutamento di veduta, è stato il frutto di diversi fattori, sollecitati dal rispetto degli obblighi dei Trattati e delle sentenze della Corte, ma tra i quali merita di essere menzionato proprio per aver contribuito a dare una spinta decisiva, la *c.d.* procedura di infrazione n. 2007/2309, avviata dalla Commissione Europea.

In tale contesto, la Commissione osservava come la lista contenuta nell'articolo 34 del Codice degli Appalti, fosse connotata da evidente esaustività e, dunque, poco incline a permettere la partecipazione alle gare di operatori economici aventi una forma giuridica diversa da quelle in essa indicate, e nell'invocare il rispetto del principio di parità di trattamento degli operatori economici rilevava rispettivamente tre distinte “anomalie”, sulle quali intendeva porre chiarezza:

- 1) in primo luogo, l'articolo 34 facendo riferimento ai consorzi costituiti secondo la legge italiana e disciplinati da quest'ultima, pareva escludere la partecipazione di quelli costituiti conformemente alla legislazione di altri Stati membri;

- 2) ma, più in generale non permetteva la partecipazione di altre entità pubbliche ovvero di entità qualificabili come organismi di diritto pubblico ai sensi delle direttive appalti pubblici;
- 3) da ultimo, la disposizione *de quo* escludeva la partecipazione di società costituite conformemente alla legislazione di altri Stati membri.

All'esito di tale procedura, la Commissione Europea non poteva che statuire la contrarietà dell'articolo 34, par. 1 del Codice rispetto alle Direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE, proprio nella misura in cui restringe la possibilità di partecipare alle gare ad alcune categorie di operatori economici escludendone altri, e segnatamente per le altre amministrazioni aggiudicatrici che, in base alla normativa che disciplina la loro attività, sono autorizzate ad offrire sul mercato beni e servizi ovvero la realizzazione di lavori.

Orbene, gli effetti derivati nel nostro ordinamento da una simile decisione sono di facile ed evidente comprensione.

In *primis*, si segnala la modifica all'articolo 34 operata con il D.lgs. 11 settembre del 2008 n. 152, *c.d.* terzo decreto correttivo, che nella sua nuova formulazione la lettera *f-bis* ora ammette esplicitamente anche “*gli operatori economici stabiliti in altri Stati membri e costituiti conformemente alla legislazione là vigente*”.

In tale contesto, è bene rammentare come anche la posizione assunta in proposito dalla stessa Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici (AVCP), ora Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), non era di diverso avviso rispetto a quella assunta dalla giurisprudenza amministrativa, dapprima con la deliberazione n. 119 del 18 aprile 2007, infatti, la Autorità esaminando i soggetti che ai sensi dell'articolo 34 del Codice sono legittimati a partecipare ad una gara pubblica, notava che il comune denominatore degli stessi era rappresentato dall'esercizio professionale di un'attività economica, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 2082 del codice civile e, pertanto, che gli enti pubblici, e in particolar modo quelli non economici, quali appunto le Università, non possedendo tale requisito, non potevano essere ammesse alle procedure per l'affidamento di contratti pubblici.

Senonché, l'Autorità non poteva esimersi dal ritornare sull'argomento, e con il parere n. 127 del 23 aprile 2008, ribaltando completamente la propria precedente posizione, ha *per contro* assunto una linea perfettamente coincidente con i principi espressi dalla giurisprudenza comunitaria, ammettendo 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 da parte della stazione appaltante di operare una verifica in concreto dello statuto al fine di valutare la conformità delle prestazioni oggetto dell'appalto agli scopi istituzionali dell'ente, in quanto “*la partecipazione delle Università e degli altri enti alle gare d'appalto non è incondizionata, ma presupposto imprescindibile è la previsione regolamentare su l'esercizio di attività di impresa e lo svolgimento di compiti aventi rilevanza economica*”.

Più precisamente, sulla scorta della nuova interpretazione data all'articolo 34, viene ora enunciato il principio secondo il quale “*i soggetti giuridici che annoverano nel proprio statuto attività di rilevanza economica possono, limitatamente al settore di propria pertinenza e se in possesso dei requisiti richiesti dal singolo bando di gara, partecipare a procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento di servizi compatibili con le proprie attività istituzionali*” e, conseguentemente sarà la stazione appaltante che dovrà valutare caso per caso i possibili effetti discorsivi sulla concorrenza.

Il Consiglio di Stato, dal canto suo, ha affermato la sussistenza di una nozione di “impresa” più ampia di quella sottesa all’articolo 2082 del codice civile: nozione che “alla luce del principio comunitario non può che sussumere nell’ambito dell’attività di impresa qualsiasi soggetto che svolga attività economica a prescindere dalla sua qualifica formale, e tale da compiere atti idonei a restringere la concorrenza.

Al fine di agevolare la comprensione, si reputa opportuno riportare qui di seguito un breve schema riassuntivo sui soggetti che alla luce delle intervenute modifiche possono ritenersi legittimati a partecipare alle gare pubbliche:

a) I SOGGETTI IMPRENDITORIALI, OSSIA QUELLI CHE SVOLGONO UN’ATTIVITÀ DI IMPRESA, PER IL TRAMITE DI UN’ORGANIZZAZIONE STABILE A CIÒ DEPUTATA, POSSONO SICURAMENTE PARTECIPARE ALLE GARE

b) I SOGGETTI CHE NON RIENTRANO NELLA NOZIONE RISTRETTA DI IMPRESA COME INDICATA AL PUNTO a) POSSONO PARTECIPARE ALLE GARE SE QUALIFICABILI COME OPERATORI ECONOMICI

c) SONO DA CONSIDERARE TALI QUEI SOGGETTI CHE, INDIPENDENTEMENTE DALLA NATURA PUBBLICA O PRIVATA E INDIPENDENTEMENTE DALL’ULTERIORE CIRCOSTANZA DEL PERSEGUIMENTO O MENO DI SCOPO DI LUCRO, POSSONO OFFRIRE SULLA BASE DI DISPOSIZIONI DI LEGGE P STATUTARIE LE ATTIVITÀ E LE PRESTAZIONI OGGETTO DEL CONTRATTO CHE LA STAZIONE APPALTANTE INTENDE OFFRIRE

In conclusione, ripercorrendo un breve *excursus* rispetto al quadro normativo e giurisprudenziale tracciato in apertura della presente trattazione, non potrà sfuggire come il nostro ordinamento – seppur con un lento processo di adeguamento – abbia finalmente posto in essere quella necessaria apertura al diritto dell’Unione, ampliando i confini e la portata delle proprie disposizioni.

1.5. Rassegna di giurisprudenza

Al fine di offrire un quadro giurisprudenziale quanto più esaustivo, si reputa opportuno riportare alcune delle pronunce maggiormente significative, che possano esplicitare chiaramente quello che oggi risulta essere pacificamente l’orientamento condiviso dalla giurisprudenza amministrativa nazionale.

1. TAR Lazio, Sez. III, 14 gennaio 2015, n. 539

Non può essere ragione ostativa alla partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica la qualificazione pubblica dell'ente. Alla stregua dell'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea non sembra potersi affermare, in via generale, l'esistenza di un divieto per gli operatori pubblici a partecipare alle procedure ad evidenza pubblica. In sostanza, la definizione comunitaria di impresa non discende da presupposti soggettivi, quali la pubblicità dell'ente o l'assenza di lucro, ma da elementi puramente oggettivi quali l'offerta di beni e servizi da scambiare con altri soggetti. L'unico limite all'ammissibilità delle offerte di soggetti pubblici non imprenditori può semmai derivare, eventualmente, da clausole statutarie auto-limitative ovvero dallo statuto giuridico proprio di quel tipo di ente (sia esso pubblico o privato) sulla base della normativa nazionale di riferimento: sarà cioè necessario effettuare, caso per caso, un esame approfondito dello statuto di tali persone giuridiche al fine di valutare gli scopi istituzionali per cui sono costituite.

2. Cons. Stato, Sez. VI, 17 luglio 2013, n. 3891

Le società semplici *ex art.* 2081 c.c., sono legittimate a partecipare a possedere la qualificazione SOA ed a partecipare alle gare d'appalto. Infatti tali società sono qualificabili come imprenditore ai sensi della direttiva 93/37/CEE, e quindi la normativa nazionale, che non consente a siffatte società di prendere parte alle gare pubbliche, contrasta con la normativa comunitaria come anche rilevato dalla corte di giustizia sull'ordinanza in causa C-502/2011.

3. Cons. St., Sez. VI, 16 giugno 2009, n. 3897

Anche soggetti economici **senza scopo di lucro**, quali le fondazioni, possono soddisfare i requisiti per essere ammessi alle gare pubbliche ed essere qualificati come "imprenditori", "fornitori" o "prestatori di servizi" ai sensi delle disposizioni statali e comunitarie vigenti in materia, attesa la personalità giuridica che le fondazioni vantano e la loro capacità di esercitare anche attività di impresa, qualora funzionali ai loro scopi e sempre che quest'ultima possibilità trovi riscontro nella disciplina statutaria del singolo soggetto giuridico, e considerato anche l'elencazione contenuta nell'art. 34, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 non è tassativa e che la normativa comunitaria individua il soggetto abilitato a partecipare alle gare pubbliche nello "operatore economico" che offre sul mercato lavori, prodotti o servizi, secondo un principio di libertà di forme (persone fisiche o persone giuridiche).