

**Causa C-305/08**

**CoNISMa (Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare)  
contro  
Regione Marche**

(domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Consiglio di Stato)

«Appalti pubblici di servizi – Direttiva 2004/18/CE – Procedura di aggiudicazione di appalti pubblici – Nozione di “operatore economico” – Esclusione di enti non a scopo di lucro aventi, tra l'altro, finalità di ricerca, quali le università»

1. La presente domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Consiglio di Stato riguarda l'interpretazione della nozione di «operatore economico», di cui, in particolare, al secondo comma dell'art. 1, n. 8 della direttiva 2004/18/CE (2). Il giudice del rinvio chiede se enti non a scopo di lucro che non sono necessariamente presenti sul mercato con regolarità, in particolare università e istituti di ricerca, nonché raggruppamenti (consorzi) di tali università e istituti di ricerca e amministrazioni pubbliche, siano autorizzati a partecipare a procedure di appalti pubblici di servizi relativi all'acquisizione di rilievi geofisici e campionatura a mare. Il giudice del rinvio chiede, inoltre, se un'interpretazione restrittiva della normativa nazionale, la quale prevede l'esclusione di detti enti da siffatta partecipazione, sia in contrasto con la Direttiva.

**I – Contesto normativo**

*A – Normativa comunitaria*

2. L'art. 1, n. 2, lett. a), della Direttiva prevede che gli «appalti pubblici» sono contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più *operatori economici* e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi ai sensi della stessa Direttiva (3).

3. Ai sensi dell'art. 1, n. 8, della Direttiva:

«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.

Il termine “operatore economico” comprende l'imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi. È utilizzato unicamente per semplificare il testo.

(...)» (4).

4. L'art. 4 della Direttiva intitolato «*Operatori economici*» è del seguente tenore:

«1. I candidati o gli offerenti che, in base alla normativa dello Stato membro nel quale sono stabiliti,

sono autorizzati a fornire la prestazione di cui trattasi non possono essere respinti soltanto per il fatto che, secondo la normativa dello Stato membro nel quale è aggiudicato l'appalto, essi avrebbero dovuto essere persone fisiche o persone giuridiche.

(...)

2. I raggruppamenti di *operatori economici* sono autorizzati a presentare offerte o a candidarsi. Ai fini della presentazione di un'offerta o di una domanda di partecipazione le amministrazioni aggiudicatrici non possono esigere che i raggruppamenti di operatori economici abbiano una forma giuridica specifica; tuttavia al raggruppamento selezionato può essere imposto di assumere una forma giuridica specifica una volta che gli sia stato aggiudicato l'appalto, nella misura in cui tale trasformazione sia necessaria per la buona esecuzione dell'appalto» (5).

5. Infine, l'art. 44, n. 1, della Direttiva intitolato «Accertamento dell'idoneità e scelta dei partecipanti, aggiudicazione» dispone che «[l]aggiudicazione degli appalti avviene in base ai criteri di cui agli articoli 53 e 55, tenuto conto dell'articolo 24, previo accertamento dell'idoneità degli *operatori economici* non esclusi in forza degli articoli 45 e 46, effettuato dalle amministrazioni aggiudicatrici conformemente ai criteri relativi alla capacità economica e finanziaria, alle conoscenze od alle capacità professionali e tecniche di cui agli articoli da 47 a 52 e, se del caso, alle norme ed ai criteri non discriminatori di cui al paragrafo 3» (6).

## B – Normativa nazionale

6. L'art. 3, nn. 19 e 22 del Codice dei contratti pubblici, adottato con decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (7), dispone che «[i] termini "imprenditore", "fornitore" e "prestatore di servizi" designano una persona fisica, o una persona giuridica, o un ente senza personalità giuridica, ivi compreso il gruppo europeo di interesse economico (GEIE) costituito ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240, che offra sul mercato, rispettivamente, la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi» e che «[i]l termine "operatore economico" comprende l'imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi o un raggruppamento o consorzio di essi» (8).

7. L'art. 34 del decreto legislativo n. 163/2006 rubricato «Soggetti a cui possono essere affidati i contratti pubblici» dispone:

«1. Sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici i seguenti soggetti, salvo i limiti espressamente indicati:

- a) gli imprenditori individuali, anche artigiani, le società commerciali, le società cooperative;
- b) i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro (...) e i consorzi tra imprese artigiane (...);
- c) i consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili (...), tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro (...);
- d) i raggruppamenti temporanei di concorrenti, costituiti dai soggetti di cui alle lettere a), b) e c) (...);
- e) i consorzi ordinari di concorrenti (...), costituiti tra i soggetti di cui alle lettere a), b) e c) del presente comma, anche in forma di società (...);
- f) i soggetti che abbiano stipulato il contratto di gruppo europeo di interesse economico (GEIE) (...).

(...).

8. Solo in data successiva ai fatti di cui alla causa principale, e quindi anche successivamente alla data in cui è stata emanata l'ordinanza di rinvio, ovvero il 23 aprile 2008, con decreto legislativo 11 settembre 2008, n. 152 (9), all'elenco supra menzionato è stata aggiunta la seguente lett. f bis): «operatori economici, ai sensi dell'articolo 3, comma 22, stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi».

## II – Fatti, procedimento principale e le questioni pregiudiziali

9. La Regione Marche, in qualità di amministrazione aggiudicatrice, indiceva una gara ad evidenza pubblica per l'affidamento del servizio relativo all'acquisizione di rilievi geofisici e campionatura a mare. Il *Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare* (in prosieguo: il «CoNISMa») partecipava alla gara, ma veniva infine escluso dalla procedura.

10. Il CoNISMa impugnava tale esclusione con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. Nell'ambito di detto ricorso straordinario il Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio chiedeva un parere al Consiglio di Stato. Il giudice del rinvio deve stabilire se un consorzio interuniversitario, come il CoNISMa, costituisca un «operatore economico» ai sensi della Direttiva, e, in caso di risposta affermativa, se possa partecipare ad una gara d'appalto come quella oggetto della causa principale. Il giudice del rinvio nutre dubbi in proposito in base alle seguenti considerazioni.

11. Il Consiglio di Stato sostiene che il CoNISMa è un raggruppamento (consorzio) composto da 24 università e tre ministeri. Secondo il suo statuto esso è un consorzio non avente scopo di lucro che si propone di promuovere e coordinare le ricerche e le altre attività scientifiche e applicative nel campo delle scienze del mare, tra le università ad esso aderenti. Lo statuto prevede comunque che il consorzio può partecipare a gare d'appalto. Esso è finanziato preminentemente con fondi erogati dal Ministero dell'Università e della Ricerca. Secondo il giudice del rinvio la partecipazione alle gare d'appalto di cui trattasi è possibile solo agli enti pubblici che forniscono i servizi oggetto dell'appalto conformemente ai loro compiti ufficiali e in modo coerente con le funzioni di lucro che sono attribuite dalle norme che li disciplinano.

12. Il Consiglio di Stato ha pertanto deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1. Se le disposizioni della Direttiva [2004/18/CE] debbano essere interpretat[e] 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, [come il CoNISMa].

2. Se le disposizioni dell'ordinamento italiano di cui all'articolo 3, commi 22 e 19, e all'art. 34 del codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 163/2006 – secondo [le] quali, rispettivamente “[i]l 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 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 ponga[no] in contrasto con la Direttiva [2004/18/CE], 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».

### **III – Valutazione**

#### *A – Principali argomenti delle parti*

13. Secondo il CoNISMa, ricorrente nella causa principale, la normativa italiana, che esclude i soggetti che non sono «imprenditori» ai sensi dell'elenco tassativo contenuto nell'art. 34 del decreto legislativo n. 163/2006, deve essere interpretata alla luce della Direttiva. L'art. 1, n. 8, della Direttiva include espressamente gli «enti pubblici» tra gli imprenditori, i fornitori, e i prestatori di servizi. L'art. 4 della Direttiva stabilisce che i candidati autorizzati a fornire la prestazione di cui trattasi non possono essere respinti soltanto per il fatto che, secondo la normativa dello Stato membro nel quale è aggiudicato l'appalto, essi avrebbero dovuto essere persone fisiche o persone giuridiche. A fortiori, non dovrebbe essere escluso un candidato per il fatto di non essere un «imprenditore». Il CoNISMa sostiene che tale tesi è confermata dalla circostanza che, successivamente all'avvio da parte della Commissione delle Comunità europee del procedimento amministrativo n. 2007/2009 (10) nei confronti della Repubblica italiana per l'inadempimento dei suoi obblighi comunitari, il governo italiano ha introdotto la detta lett. f bis) nell'art. 34, n. 1, del decreto legislativo n. 163/2006. Secondo il CoNISMa, tale riforma ha espressamente abolito il requisito della qualità di «imprenditore» per gli operatori stabiliti in altri Stati membri. Essa ha inoltre sostituito il termine «imprenditori» utilizzato nel decreto legislativo con l'espressione «operatori economici».

14. Per il governo ceco, sostanzialmente, se la Direttiva avesse inteso porre una distinzione tra

gli enti pubblici che svolgono una determinata attività economica e gli enti pubblici non economici, lo avrebbe fatto inserendo un'espressa previsione a tal proposito. Esso propone pertanto di risolvere la prima questione in senso negativo.

15. Il governo austriaco sostiene, tra l'altro, che le norme comunitarie in materia di appalti pubblici trovano applicazione qualora un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere un contratto a titolo oneroso con un ente giuridicamente distinto; indipendentemente dal fatto che quest'ultimo ente sia a sua volta un'amministrazione aggiudicatrice o meno. Ne consegue che le amministrazioni aggiudicatrici possono partecipare a gare d'appalto come offerenti o come candidate, considerazione che dovrebbe applicarsi a fortiori agli offerenti che non sono amministrazioni aggiudicatrici ma che non hanno fini di lucro e che non agiscono esclusivamente in base alle esigenze del mercato.

16. La Commissione sostiene sostanzialmente che, ai sensi dell'art. 1, n. 8, della Direttiva e della giurisprudenza della Corte, gli enti pubblici e le amministrazioni aggiudicatrici in generale possono partecipare ad una procedura di gara d'appalto pubblico in qualità di offerenti e possono, quindi, essere considerati operatori economici ai sensi della Direttiva. Inoltre, nessuna disposizione della Direttiva impedisce che le università ed i consorzi formati da queste ultime siano considerati operatori economici e abbiano accesso alle gare d'appalto comunitarie.

17. Relativamente alla seconda questione, tutti i soggetti supra menzionati ritengono, sostanzialmente, che essa debba essere risolta affermativamente.

#### B – *Giudizio*

18. Con le due questioni che vanno considerate congiuntamente, il giudice del rinvio chiede sostanzialmente se enti non aventi fini di lucro che non sono necessariamente presenti stabilmente sul mercato (11) – come il CoNISMa – vale a dire università e istituti di ricerca nonché raggruppamenti (consorzi) formati da università, istituti di ricerca e autorità statali (12) – possano partecipare a gare di appalti pubblici di servizi e possano essere considerati «operatori economici» ai sensi della Direttiva. Qualora la normativa nazionale fosse interpretata restrittivamente nel senso che essa preclude la partecipazione degli enti supra menzionati, il giudice del rinvio chiede se tale interpretazione sia contraria alla Direttiva. Al riguardo è sufficiente ricordare che la Corte interpreta la normativa comunitaria e non quella nazionale (13).

19. Esaminerò anzitutto il tenore letterale delle disposizioni pertinenti.

20. Nonostante il riferimento agli «operatori economici», fra l'altro, all'art. 1, n. 2, lett. a), la Direttiva non contiene una definizione precisa di tale nozione. L'art. 1, n. 8, della Direttiva prevede soltanto che il termine «[è] utilizzato unicamente per semplificare il testo» e designa «una persona fisica o giuridica o un *ente pubblico* o un raggruppamento di tali persone e/o enti che offra sul mercato (...) lavori[,] prodotti o servizi» (14).

21. In proposito, ritengo che la circostanza che l'art. 1, n. 8, della Direttiva si riferisca a coloro che «offr[ono] sul mercato» non implica un'intenzione di limitare la categoria di enti pubblici ammessi a concludere contratti con le amministrazioni aggiudicatrici ai soli enti che sono impegnati (in qualità di impresa) nell'attività oggetto del servizio che l'imprenditore prescelto dovrà prestare e che hanno scopi di lucro. Per essere considerato operatore economico non è essenziale offrire servizi sul mercato in modo continuativo e sistematico.

22. A mio parere, è chiaro che la Direttiva non esige una particolare forma giuridica e non contiene alcuna disposizione che impone che un operatore economico abbia la qualità di imprenditore o debba avere fini di lucro o una presenza stabile o regolare sul mercato.

23. La Direttiva si limita a prevedere che per «operatore economico» si intende, tra l'altro, ogni ente pubblico che offre sul mercato realizzazione di lavori, prodotti o servizi. Non dice nulla di più.

24. A tale proposito, come rilevato dalla Commissione, non avendo fornito indicazioni riguardo alle caratteristiche richieste e/o alla forma giuridica degli operatori economici autorizzati a partecipare alle procedure d'appalto, il legislatore comunitario non ha inteso definire tale nozione in modo tale da introdurre requisiti particolari e limitare quindi così l'accesso alle procedure d'appalto.

25. Per di più, occorre rilevare che l'art. 4, n. 1, della Direttiva prevede che «[i] candidati o gli

offerenti che, in base alla normativa dello Stato membro nel quale sono stabiliti, sono autorizzati a fornire la prestazione di cui trattasi non possono essere respinti soltanto per il fatto che, secondo la normativa dello Stato membro nel quale è aggiudicato l'appalto, essi avrebbero dovuto essere persone fisiche o persone giuridiche». Per quanto riguarda poi i raggruppamenti di operatori economici, l'art. 4, n. 2, della Direttiva enuncia che «[a]i fini della presentazione di un'offerta o di una domanda di partecipazione le amministrazioni aggiudicatrici non possono esigere che i raggruppamenti di operatori economici abbiano una forma giuridica specifica (...)».

26. Dalle considerazioni che precedono, e soprattutto dalla formulazione dell'art. 1, n. 8, della Direttiva, consegue che gli enti pubblici, quali l'ente di cui trattasi nella causa principale, sono «operatori economici» e possono, in linea di principio, partecipare alle procedure di appalti pubblici di servizi.

27. Tale tesi è confermata dai *travaux préparatoires* della Direttiva (15).

28. Potrebbe forse tracciarsi, al riguardo, un parallelo con la nozione, ben assodata, di impresa nel diritto comunitario della concorrenza.

29. Ciò potrebbe rivelarsi opportuno anche in quanto la Direttiva sottolinea che la nozione di «operatore economico» è utilizzata solo a fini di semplificazione. Oltre a ciò, è ovvio che il diritto della concorrenza e le norme che garantiscono una corretta competizione nelle procedure di appalto sono collegate.

30. È pertanto illuminante ricordare la linea seguita dalla giurisprudenza nella sentenza Höfner e Elser (16) riguardo alla nozione di «impresa» – nel contesto del diritto della concorrenza – la quale «comprende qualsiasi ente che eserciti un'attività economica, a prescindere dal suo status giuridico e dalle sue modalità di finanziamento» (17). In proposito, è particolarmente appropriato il rilievo dell'avvocato generale Jacobs che «un'attività non perde necessariamente il carattere commerciale per il semplice fatto che manchi il fine lucrativo» (18).

31. La mia interpretazione della nozione di «operatore economico» è suffragata anche dalla giurisprudenza della Corte in materia di appalti pubblici.

32. Anzitutto, vi sono sentenze (19) nelle quali la Corte ha dichiarato che le norme comunitarie in materia di appalti pubblici si applicano a un «operatore economico [che è] attivo sul mercato». Ritengo comunque che da tale affermazione non si dovrebbe dedurre che un operatore economico debba avere una presenza stabile e continuata sul mercato.

33. Al contrario, a mio parere, la nozione di «operatore economico» va interpretata estensivamente al fine di includervi ogni persona che offra servizi sul mercato, sia che ciò avvenga per la prima volta o soltanto isolatamente o occasionalmente.

34. In effetti, come ha sottolineato la Commissione, quanto precede non mette a rischio la qualità del servizio prestato giacché l'art. 44 della direttiva prevede che gli appalti vanno aggiudicati solo dopo che l'amministrazione aggiudicatrice abbia verificato la capacità economica e finanziaria dell'operatore economico, nonché le sue conoscenze o le capacità professionali e tecniche.

35. Un'interpretazione estensiva della nozione di «operatore economico» è anche in linea con la giurisprudenza della Corte secondo la quale è nell'interesse del diritto comunitario che venga garantita la più ampia partecipazione possibile di offerenti ad una gara d'appalto (20).

36. Occorrerebbe ricordare anche, in questo contesto, le sentenze Teckal, (21) ARGE (22), Stadt Halle e RPL Lochau, (23) e Auroux e a., (24) nelle quali la Corte ha, tra l'altro, statuito che la disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici trova applicazione persino nei casi in cui l'imprenditore sia esso stesso un'amministrazione aggiudicatrice (25). Pertanto un'amministrazione aggiudicatrice può essere considerata «operatore economico» ai sensi della Direttiva. Anche questo suffraga la mia interpretazione estensiva di tale nozione nella fattispecie.

37. Il giudice del rinvio ha espresso specificamente dubbi riguardo al fatto che il CoNISMa non ha fini di lucro. A tal proposito, nella sentenza Commissione/Italia (26), la Corte ha dichiarato che l'assenza di fini di lucro in un'associazione non esclude che essa eserciti un'attività economica e costituisca un'impresa ai sensi delle disposizioni del Trattato relative alla concorrenza.

38. La Corte ha poi ricordato la pronuncia nella causa ARGE (27) e ha affermato che la circostanza che, a seguito del fatto che i loro collaboratori agiscono a titolo volontario, tali associazioni possano presentare offerte a prezzi notevolmente inferiori a quelli di altri offerenti non impedisce loro di partecipare alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici previste dalla direttiva 92/50. La Corte ha pertanto concluso che l'accordo oggetto della causa non era escluso dalla nozione di appalti pubblici di servizi, ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva 92/50, per il fatto che le associazioni interessate non perseguivano fini di lucro (28).

39. Inoltre, relativamente ai dubbi espressi dal giudice del rinvio riguardo al fatto che il consorzio non sarebbe in grado di offrire la professionalità e capacità di stampo imprenditoriale, nonché i macchinari sofisticati e gli operatori di elevata professionalità richiesti dal servizio, è sufficiente ricordare la giurisprudenza nella quale la Corte ha dichiarato che è irrilevante che l'offerente stesso non possa o non intenda eseguire direttamente l'appalto, purché sia in grado di dimostrare di disporre delle risorse – di consociate o di terzi e indipendentemente dal rapporto giuridico con tali società (29) – necessarie per l'esecuzione dell'appalto.

40. A tale proposito, la Direttiva non consente ad un'amministrazione aggiudicatrice di escludere un ente pubblico, quale il CoNISMa, dal partecipare ad una gara d'appalto, giacché la questione se un operatore economico abbia le qualifiche per partecipare a tale procedura deve essere esaminata nell'ambito degli artt. 44-52 della Direttiva. In altre parole, come puntualizzato dal governo ceco, la possibilità di partecipare alla procedura di gara d'appalto con la presentazione di un'offerta va tenuta distinta dalla valutazione di tale offerta nell'ambito della successiva fase della procedura in cui avviene la selezione.

41. Il giudice del rinvio ritiene inoltre che la partecipazione a gare d'appalto di enti pubblici, quali il CoNISMa, possa violare il principio della libera concorrenza sotto un duplice profilo. In primo luogo, una partecipazione del genere potrebbe sottrarre al libero mercato quote di contratti pubblici, l'accesso ai quali sarebbe ostacolato, per una fetta non irrilevante di imprese ordinarie, dalla presenza capillare di centrali di approvvigionamento d'affari del consorzio. In secondo luogo, porrebbe l'affidatario in una posizione di ingiusto privilegio, per effetto della sicurezza economica, costituita da finanziamenti pubblici costanti e prevedibili, di cui non dispongono gli altri operatori economici, che devono affidarsi esclusivamente alla loro capacità di ricavare reddito dalla loro offerta sul mercato.

42. Anzitutto, per quanto riguarda la presenza capillare di centrali di approvvigionamento d'affari, non ritengo particolarmente determinante tale argomento, non foss'altro perché il CoNISMa ha spiegato, nelle sue osservazioni, che la sua unica sede si trova a Roma e che gli uffici dei suoi vari membri non svolgono alcun ruolo nelle gare d'appalto.

43. Per quanto riguarda, poi, l'argomento secondo cui il CoNISMa sarebbe posto in una posizione di ingiusto privilegio per effetto delle risorse pubbliche a sua disposizione – a prescindere dalla spiegazione del CoNISMa che le sue attività commerciali sono autofinanziate – concordo con il governo ceco e con la Commissione sul fatto che è sufficiente riferirsi alla giurisprudenza della Corte secondo cui tale elemento non osta alla partecipazione a gare d'appalto (30). La Corte ha affermato, in particolare, che gli enti pubblici, specificamente gli organismi che beneficiano di sovvenzioni dallo Stato che consentono loro di presentare offerte a prezzi notevolmente inferiori a quelli degli altri offerenti non sovvenzionati, sono espressamente autorizzati (31) a partecipare a procedure per l'aggiudicazione di appalti pubblici. In effetti, anche la Direttiva che è pertinente per i fatti nella causa principale autorizza espressamente gli enti pubblici, finanziati in alcuni casi con fondi pubblici, a partecipare a procedure per l'aggiudicazione di appalti pubblici.

44. Si può in proposito rilevare che l'art. 55, n. 3, della Direttiva riguardante le «[o]fferte anormalmente basse» stabilisce che «[l]'amministrazione aggiudicatrice che accerta che un'offerta è anormalmente bassa in quanto l'offerente ha ottenuto un aiuto di Stato può respingere tale offerta per questo solo motivo unicamente se consulta l'offerente e se quest'ultimo non è in grado di dimostrare, entro un termine sufficiente stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice, che l'aiuto in questione era stato concesso legalmente. Quando l'amministrazione aggiudicatrice respinge un'offerta in tali circostanze, provvede a informarne la Commissione» (32).

45. A tale proposito, nel quarto 'considerando' la Direttiva afferma che «[g]li Stati membri dovrebbero provvedere affinché la partecipazione di un offerente che è un organismo di diritto pubblico a una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico non causi distorsioni della concorrenza nei confronti di offerenti privati».

46. In conclusione, l'art. 1, n. 8 della Direttiva e, in particolare, la nozione di «operatore economico» vanno interpretati nel senso che non ostano alla partecipazione di un consorzio, come quello di cui alla causa principale, ad una gara d'appalto per l'aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi (33). Ne consegue che la Direttiva osta ad una normativa nazionale che esclude tali enti dal partecipare a gare d'appalto, sempre che a tali enti, in base alla normativa nazionale pertinente, sia comunque consentito di offrire lavori, prodotti o servizi sul mercato.

47. A tale riguardo, è compito del giudice nazionale di accertare, tenuto conto di tutte le circostanze pertinenti della causa di cui è investito, se la normativa nazionale applicabile sia compatibile con la Direttiva, disapplicando, ove necessario, qualsiasi contraria disposizione di diritto interno (34).

#### **IV – Conclusione**

48. Suggesto pertanto alla Corte di risolvere le questioni sottopostele dal Consiglio di Stato nel modo seguente:

- (1) L'art. 1, n. 8 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/EC, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, e, in particolare, la nozione di «operatore economico», vanno interpretati nel senso che non ostano alla partecipazione di un consorzio, come quello di cui alla causa principale, ad una gara d'appalto per l'aggiudicazione di un appalto di servizi riguardante servizi che esso sia autorizzato a prestare in base alla normativa nazionale pertinente.
- (2) La direttiva 2004/18 osta ad una normativa nazionale che esclude enti aventi fini principali diversi dal lucro, come la ricerca, dal partecipare a gare d'appalto, sempre che tali enti, in base alla normativa nazionale pertinente, siano autorizzati ad offrire lavori, prodotti o servizi sul mercato.

---

1 – Lingua originale: l'inglese.

---

2 – Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114; in prosieguo: la «Direttiva»).

---

3 – Il corsivo è mio.

---

4 – Idem.

---

5 – Idem.

---

6 – Idem.

---

7 – GURI n. 100 del 2 maggio 2006, Supplemento ordinario n. 107, («decreto legislativo n. 163/2006»). Attualmente le procedure per l'aggiudicazione di appalti pubblici di lavori, forniture e servizi sono interamente disciplinate da tale decreto.

---

8 – Il corsivo è mio.

---

9 – GURI n. 231 del 2 ottobre 2008.

---

10 – Il CoNISMa sostiene che la Commissione aveva criticato l'elenco di cui all'art. 34 del decreto legislativo n. 163/2006 affermando che tale elenco «non sembra permettere

la partecipazione alle gare di operatori aventi una forma giuridica diversa da quelle indicate nella lista. In particolare, tale articolo non sembra permettere la partecipazione di altre entità pubbliche ovvero di entità qualificabili come organismi di diritto pubblico ai sensi delle direttive appalti pubblici».

---

11 – Il Consiglio di Stato definisce al riguardo la presenza del CoNISMa sul mercato come «saltuaria» o non «stabile». Nondimeno lo statuto del CoNISMa prevede espressamente che esso possa partecipare a gare d'appalto ed è per tale ragione che qualifico questa affermazione includendo l'avverbio «necessariamente». Il CoNISMa sostiene, infatti, di partecipare regolarmente a gare d'appalto.

---

12 – Vorrei rilevare in proposito che il CoNISMa contesta il fatto di essere composto anche da autorità statali. È tuttavia sufficiente ricordare che le questioni pregiudiziali sottoposte sono esaminate nell'ambito del contesto fattuale e normativo tracciato dal giudice del rinvio. La Corte non tiene conto delle osservazioni delle parti interessate ai sensi dell'art. 23 dello Statuto della Corte che manifestano disaccordo con tale contesto. V. sentenze 13 novembre 2003, causa C-153/02, Neri, Racc. pag. I-13555, punti 33-36; e 12 aprile 2005, causa C-145/03, Keller, Racc. pag. I-2529, punti 32-34. In ogni caso, la conclusione finale cui perverrò in questa sede vale indipendentemente dal fatto che il consorzio sia composto o meno anche di autorità statali.

---

13 – Relativamente alla formulazione della seconda questione, non spetta alla Corte pronunciarsi, nell'ambito di un procedimento pregiudiziale, sulla compatibilità di una normativa nazionale con il diritto comunitario né interpretare il diritto nazionale. La Corte è, per contro, competente a fornire al giudice del rinvio tutti gli elementi interpretativi attinenti al diritto comunitario che gli consentano di pronunciarsi su tale compatibilità per la definizione della causa di cui è investito (v. sentenza 16 dicembre 2008, causa C-213/07, Michaniki, non ancora pubblicata nella Raccolta, punti 51 e 52 e giurisprudenza ivi citata).

---

14 – Il corsivo è mio.

---

15 – La proposta della Direttiva spiegava quale «giustificazione» del tenore letterale di quello che sarebbe alla fine divenuto l'art. 1, n. 8, che la «nuova nozione [di operatore economico] è divenuta necessaria a seguito della fusione delle tre direttive "classiche" in un solo testo». Nei *travaux préparatoires* della Direttiva si afferma inoltre che «The only purpose of [that] term is for conciseness» [l'unico scopo di tale termine è la concisione] esso sta per «opérateur économique» in francese o «ondernemer» in olandese e che in inglese esso significa in effetti «undertaking». I *travaux préparatoires* proseguono affermando che «in the event of serious transcription problems, systematic use could be made, despite the ponderous style, of "supplier, provider of services and contractor"» [qualora vi siano gravi problemi di trascrizione, nonostante la ponderosità dello stile, si potrebbe utilizzare sistematicamente «fornitore, prestatore di servizi e imprenditore»].

---

16 – Sentenza 23 aprile 1991, causa C-41/90, Racc. pag. I-1979, punto 21. V. pure, inter alia, sentenze 11 luglio 2006, causa C-205/03 P, FENIN/Commissione, Racc. pag. I-6295, punto 25; e, più di recente, 11 dicembre 2007, causa C-280/06, ETI e a., Racc. pag. I-10893, punto 38 e giurisprudenza ivi citata.

---

17 – V. sentenza 26 marzo 2009, causa C-113/07 P, Selex Sistemi Integrati/Commissione

e Eurocontrol, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 69. V. anche sentenze 16 giugno 1987, causa 118/85 Commissione/Italia, Racc. pag. 2599, punto 7; 18 giugno 1998, causa C-35/96, Commissione/Italia, Racc. pag. I-3851, punto 36; 19 febbraio 2002, C-309/99, Wouters e. a., Racc. pag. I-1577, punto 47; 11 giugno 2006, causa C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze e a., Racc. pag. I-289, punto 108; 10 gennaio 2006, causa C-237/04, Enirisorse Racc. pag. I-2843, punto 29, e FENIN/Commissione, citata alla nota 16, punto 25.

---

18 – Conclusioni presentate il 1° dicembre 2005 nella causa decisa con sentenza 23 novembre 2006, causa C-5/05, Joustra, Racc. pag. I-11075, paragrafo 84. V. pure le conclusioni dell'avvocato generale Poiares Maduro nella causa FENIN/Commissione, citata alla nota 16, «[a]nche se non viene perseguito alcuno scopo di lucro, può esservi una partecipazione al mercato suscettibile di mettere in discussione gli obiettivi del diritto della concorrenza» (paragrafo 14). Riguardo alla rilevanza della circostanza che un'organizzazione non sia a fini di lucro per la valutazione della natura economica di un'attività, vedasi sentenze 17 febbraio 1993, cause riunite C-159/91 e C-160/91, Poucet e Pistre, Racc. pag. I-637, punto 10; causa C-35/96 Commissione/Italia, citata alla nota 17, punto 37, e 12 settembre 2000, cause riunite da C-180/98 a C-184/98, Pavlov e a., Racc. pag. I-6451, punti 76 e 77.

---

19 – V. sentenza 18 gennaio 2007, causa C-220/05, Auroux e a., Racc. pag. I-385, punto 44.

---

20 – V., in proposito, sentenze Michaniki, citata alla nota 13, punto 39 e 19 maggio 2009, causa C-538/07, Assitur, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 26. V., inoltre, sentenza 11 gennaio 2005, causa C-26/03, Stadt Halle e RPL Lochau, Racc. pag. I-1, punto 47.

---

21 – Sentenza 18 novembre 1999, causa C-107/98, Racc. pag. I-8121, punti 50 e segg.

---

22 – Sentenza 7 dicembre 2000, causa C-94/99, Racc. pag. I-11037, punto 40.

---

23 – Citata alla nota 20, punto 47.

---

24 – Citata alla nota 19.

---

25 – Relativamente all'ipotesi in cui un'università può essere amministrazione aggiudicatrice, v. sentenza 3 ottobre 2000, causa C-380/98, The University of Cambridge, Racc. pag. I-8035. In riferimento alla nozione di amministrazione aggiudicatrice, v. Tizzano, A., «La notion de "pouvoir adjudicateur" dans la jurisprudence communautaire», in Monti, M., Prinz Nikolaus von und zu Liechtenstein, Vesterdorf, B., Westbrook, J., Wildhaber, L. (Eds.), *Economic Law and Justice in Times of Globalisation*, Nomos, Baden-Baden, 2007, pagg. 659-669.

---

26 – Sentenza 29 Novembre 2007, causa C-119/06, punti 37-41 e la giurisprudenza ivi citata. La sentenza concerneva la direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi

(GU L 209, p. 1).

---

27 – Citata alla nota 22, punti 32 e 38.

---

28 – Riguardo all'argomento relativo all'assenza di fini di lucro, v. anche sentenze 18 novembre 2004, causa C-126/03, Commissione/Germania, Racc. pag. I-11197, punti 18 e 19, e 13 gennaio 2005, causa C-84/03, Commissione/Spagna, Racc. pag. I-139, punti 38-40; nonché le conclusioni dell'avvocato generale Kokott nella causa Auroux e a., citata alla nota 19, paragrafo 54.

---

29 – V. sentenze 14 aprile 1994, causa C-389/92, Ballast Nedam Groep, Racc. pag. I-1289 («Ballast Nedam Groep I»), punto 11 e segg.; 2 dicembre 1999, causa C-176/98, Holst Italia, Racc. pag. I-8607, punti 25 e segg., e 12 luglio 2001, causa C-399/98, Ordine degli Architetti e a., Racc. pag. I-5409 («La Scala»), punti 88-96.

---

30 – V. sentenza ARGE, citata alla nota 22, punti 24 e segg.

---

31 – All'epoca, dalla direttiva 92/50.

---

32 – Al riguardo, v. anche ARGE, citata alla nota 22.

---

33 – In riferimento a ciò, come ha osservato la Commissione, uno Stato membro è naturalmente competente a disciplinare le attività di soggetti non aventi finalità di lucro, ma principalmente di ricerca, e, eventualmente, a limitare la possibilità per tali soggetti di offrire servizi sul mercato. Nondimeno, detto Stato membro deve riconoscere a tutti i soggetti, stabiliti in altri Stati membri e autorizzati dalla normativa di detti Stati membri ad esercitare l'attività oggetto del servizio, la qualità di «operatori economici», siano essi università, istituti di ricerca o gruppi costituiti da tali soggetti, aventi o meno fini di lucro. Il giudice del rinvio non menziona alcuna disposizione nazionale che preveda tali limitazioni per enti quali quello di cui alla causa principale.

---

34 – V., in proposito, sentenza 18 dicembre 2007, causa C-357/06, Frigerio Luigi & C. Racc. pag. I-12311, punto 28, che fa riferimento alle sentenze 4 febbraio 1988, causa 157/86, Murphy e a., Racc. pag. 673, punto 11, nonché 11 gennaio 2007, causa C-208/05, ITC, Racc. pag. I-181, punti 68 e 69.