

CAMBIA LA NOZIONE DI OPERATORE ECONOMICO: LA CORTE DI GIUSTIZIA CONFERMA LA PARTECIPAZIONE ALLE GARE PUBBLICHE DI UNIVERSITÀ, ENTI NO PROFIT, IMPRESE SOCIALI, FONDAZIONI ED ALTRE ORGANIZZAZIONI

Nota del dott. M. Cozzio

[estratto da *Informator*, 1, 2010]



CORTE GIUSTIZIA CE, Sez. IV, C-305/08, del 23 dicembre 2009, *CoNISMA*



CORTE GIUSTIZIA CE, Sez. IV, C-357/06, del 18 dicembre 2007, *Frigerio L.*

1. La *comunitarizzazione* del diritto nazionale, intesa come sistematica e diffusa incidenza del diritto dell'Unione europea sugli istituti e sulle regole nazionali, nonché sulla loro applicazione e interpretazione¹, è fenomeno che interessa non solo il campo del diritto privato, ma anche quello del diritto pubblico - amministrativo ed in particolare degli appalti pubblici. In effetti è sempre più difficile negare l'esistenza di un diritto 'comunitarizzato' degli appalti pubblici, al punto che, superate le fasi dell'armonizzazione minima (con le direttive appalti degli anni '70) e dell'armonizzazione rafforzata (con le direttive appalti degli anni '90), i recenti sviluppi operati dalle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE vanno verso l'uniformazione dei diritti nazionali in questo settore.

A fronte di un contesto normativo così dinamico è interessante studiare i meccanismi, le modalità e soprattutto le conseguenze che l'evoluzione del diritto dell'Unione europea comporta nell'ordinamento nazionale spesso segnando in tempi brevissimi trasformazioni profonde. Ciò sta avvenendo, ad esempio, con riferimento al novero dei soggetti che possono partecipare alle gare per l'affidamento degli appalti pubblici. Al riguardo la nozione di *operatore economico* adottata nelle direttive del 2004 per indicare i soggetti ammissibili alle gare, non era sovrapponibile, perché più ampia, all'omonima categoria vigente nell'ordinamento nazionale (art. 3 co. 19 e 22 e art. 34 Codice appalti). Di qui il formarsi di un orientamento giurisprudenziale diretto prevalentemente a escludere dalle gare alcune figure che pure sarebbero state qualificabili come *operatori economici* secondo le direttive e dunque ammissibili (ad esempio enti pubblici non economici, fondazioni, enti no profit, imprese sociali, associazioni etc.). Solo recentemente il legislatore e i giudici nazionali, sollecitati dal rispetto degli obblighi dei Trattati e delle sentenze della Corte di giustizia sembrano aver mutato orientamento.

¹ Sul tema v. BENACCHIO G.A., *Manuale di diritto Privato della Comunità europea. Fonti, modelli, regole*, Padova, IV ed., 2008, 22 e ss.

2. Sul tema sono particolarmente significative due sentenze della Corte di giustizia le quali, da prospettive (l'una nel settore degli appalti e l'altra in quello dei servizi pubblici) e in tempi differenti (2007 e 2009)², stabiliscono che la nozione di *operatore economico* riportata nelle direttive sugli appalti - (nozione che comprende ogni “*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/opere, prodotti o servizi*”) - va interpretata nel senso di consentire la partecipazione alle gare anche a soggetti che:

- (a) non perseguono un preminente scopo di lucro,
- (b) non dispongono della struttura organizzativa di un'impresa,
- (c) non assicurano una presenza regolare sul mercato.

I giudici della Corte confermano dunque il principio della massima apertura delle gare pubbliche (*favor participationis*), il quale prevale su qualsiasi disposizione nazionale che precluda la partecipazione a soggetti privi di specifiche forme. Le conseguenze sull'ordinamento interno non mancano.

In primo luogo si segnala la modifica all'art. 34 del Codice appalti operata con d.lgs. 11 settembre 2008 n. 152 (cd. terzo decreto correttivo); tale modifica è stata sollecitata anche dalla Commissione europea nell'ambito della procedura di infrazione n. 2007/2309 avviata per presunte incompatibilità del Codice con le disposizioni delle direttive³. In effetti l'art. 34 del Codice nell'indicare i possibili soggetti affidatari di appalti pubblici stabiliva un elenco dal quale rimanevano esclusi, fra gli altri, gli *operatori economici* regolarmente costituiti secondo la legislazione di altri Stati membri. Nella nuova formulazione l'art. 34 ammette esplicitamente anche “*gli operatori economici stabiliti in altri Stati membri e costituiti conformemente alla legislazione là vigente*” (art. 34, co. 1, lett. f-bis).

In secondo luogo i principi stabiliti dalle sentenze della Corte di giustizia segnano un vero e proprio spartiacque e sembrano superare gli orientamenti di quanti a livello nazionale (giudici, Autorità di vigilanza, studiosi) hanno fin qui negato l'ammissibilità alle gare di soggetti privi di certe caratteristiche (fine lucrativo, regime di imputazione degli effetti del contratto, responsabilità personale e patrimoniale, capacità all'esercizio di attività d'impresa etc.). Facciamo riferimento, più precisamente, alle fondazioni, alle imprese sociali, alle organizzazioni *onlus*, agli enti pubblici non economici (ad es. università ed enti di ricerca) etc. Si riteneva, infatti,

² V. sentenza CGCE, Sez. IV, C-305/08, del 23 dicembre 2009, *CoNisma* e, Sez. IV, C-357/06, del 18 dicembre 2007, *Frigerio*.

³ V. questa rubrica su *Informator*, 2, 2008, 146 e ss.

che queste figure aventi scopi non economici o ideali non fossero da considerarsi operatori economici, donde l'esclusione dalle gare⁴.

La nozione europea di *operatore economico*, come precisata dalla Corte, si rivela, invece, ampia e comprensiva di qualsiasi soggetto che, indipendentemente dalla natura fisica o giuridica, offre sul mercato lavori, prodotti o servizi. In altri termini la nozione adottata in sede europea non è identificabile sulla base di presupposti di tipo soggettivo / formale (ad es. personalità giuridica, assenza dello scopo di lucro etc.), quanto di elementi di tipo oggettivo / sostanziale quali, appunto, l'offerta di beni e servizi sul mercato. Di qui l'impossibilità di interpretare la legislazione nazionale nel senso di escludere tali figure dalle gare per l'affidamento di appalti pubblici⁵.

⁴ L'orientamento che esclude determinate figure giuridiche dalla partecipazione alle gare era prevalente, tuttavia non sono mancate le eccezioni: v. ad esempio la sentenza del T.A.R. Piemonte del 15 dicembre 2001, n. 2427, la quale stabilisce che *“nessuna norma vieta espressamente alle associazioni di volontariato di prendere parte a gare pubbliche per l'affidamento di servizi di natura solidaristica. Di conseguenza, l'amministrazione può attribuire ad esse una specifica preferenza tramite la stipula di una convenzione senza ricorrere all'esperienza di una previa selezione, ma può anche procedere all'indizione di un'apposita gara, laddove intenda consentire eventualmente l'accesso al servizio di imprese commerciali, senza che ciò impedisca alle associazioni di volontariato di parteciparvi. Pertanto è illegittimo il bando di gara per un servizio di telesoccorso nella parte in cui esclude dalla partecipazione le associazioni di volontariato”*, (orientamento superato dalla più recente sentenza T.A.R. Piemonte, Sez. I, 15 aprile 2005 n. 1043 nella quale i giudici hanno ritenuto che la partecipazione ad una procedura di selezione concorrenziale è per regola preclusa alle associazioni di volontariato, non potendo le stesse avvalersi di proventi che deriverebbero dal discendente contratto sinallagmatico), v. anche TAR Liguria, sez. II, 23 dicembre 2002 n. 1206 e recentemente T.A.R. Veneto, 26 giugno 2006 n. 1899 che riconosce come la nozione di operatore economico della direttiva sia più estesa e generica del concetto di imprenditore (nella fattispecie si è ritenuto che la società semplice fosse da comprendere nella categoria dell'operatore economico).

Per contro sono espressione dell'orientamento prevalente escludente determinate figure giuridiche T.A.R. Lombardia, sez. III, 12 gennaio 1999, n. 108 nella quale i giudici dichiarano che *“l'amministrazione sanitaria che intende appaltare servizi di soccorso sanitario è tenuta ad esperire pubblica gara solo fra ditte professionalmente attrezzate per la prestazione richiesta, salva la possibilità di integrare le potenzialità del soccorso, mediante diretto convenzionamento con le organizzazioni solidaristiche di maggiore affidabilità; pertanto, devono essere escluse dalla gara le associazioni volontaristiche, altrimenti attivandosi un'anomala competizione fra soggetti imprenditoriali ed altri caratterizzati da base volontaria”*. Nel senso di tenere separate le organizzazioni *no profit* (in particolare quelle afferenti la sfera del volontariato e comunque non organizzate su base professionale) da quelle *profit* v. TAR Lombardia, 9 marzo 2000 n. 1869, TAR Lombardia, sez. III, 14 marzo 2003 n. 459 e di recente TAR Piemonte, Sez. I, 15 aprile 2005 n. 1043, Consiglio di Stato 2785/2003. V. anche pareri dell'Autorità di vigilanza fra i quali 26/2009, 29/2008, 266/2008.

⁵ La Corte di giustizia conferma la propria propensione a interpretare il diritto europeo in modo da favorire la massima apertura delle gare pubbliche alla partecipazione e, quindi, alla massima possibile concorrenza, rifiutando, in questi termini CONIO P. - LEONE L.,

Il nuovo orientamento ha trovato conferma di recente nella sentenza del Consiglio di Stato del 16 giugno 2009 n. 3897, laddove si stabilisce che anche *“i soggetti economici senza scopo di lucro, quali le fondazioni, possono soddisfare i requisiti necessari per essere qualificati come operatori economici, attese 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”*. Nella fattispecie i giudici hanno dichiarato legittima la partecipazione di una fondazione al raggruppamento di imprese risultato aggiudicatario di un appalto pubblico di forniture.

L'orientamento della Corte di giustizia è condiviso anche dall'Autorità di Vigilanza. Nel parere n. 119 del 22 ottobre 2009 i consiglieri dell'Autorità stabiliscono che le imprese sociali possono svolgere attività di impresa in determinati settori e possono dunque partecipare alle gare per l'affidamento di servizi⁶.

Di diverso avviso è stato il T.A.R. Sardegna nel caso riguardante la partecipazione ad una gara di un'amministrazione statale (nella fattispecie del Consiglio Nazionale delle Ricerche - CNR). Secondo i giudici amministrativi sembrava coerente con l'impianto normativo nazionale e comunitario l'esclusione, dal novero degli enti pubblici legittimati alla partecipazione, *“degli organismi pubblici che non comprendono tra le finalità d'istituto la prestazione del servizio per il quale è stata indetta la procedura di aggiudicazione”*⁷. Al riguardo i giudici sottolineano che la partecipazione degli enti pubblici alle procedure di gara si porrebbe in contrasto con il principio di 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*

Anche le Università possono partecipare alle gare pubbliche. Il responso della Corte UE, su Edilizia e Territorio, 2, 2010, 11 e ss.

⁶ L'Autorità, nel citato parere, ricorda che recente disciplina dell'impresa sociale (d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155) consente che tali operatori economici possano esercitare attività di impresa in alcuni settori (educazione, istruzione e formazione e tutela dell'ambiente). Al riguardo rinvia ad una recente giurisprudenza che conferma come il decreto legislativo 155/2005 abbia dato pratica attuazione alla nozione di impresa sociale, riconoscendo alla stessa la legittimazione a esercitare in via stabile e principale un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità di interesse generale e con particolari requisiti, v. Cons. di Stato, sez. V, 25 febbraio 2009, n. 1128. Ne consegue, secondo l'Autorità, che, in virtù della disciplina vigente, l'impresa sociale può partecipare a pieno titolo ad una gara concernente l'aggiudicazione di un servizio che rientra tra quelli di utilità sociale previsti dal legislatore.

⁷ V. il rinvio alla Corte di giustizia effettuato dal T.A.R. Sardegna, Sez. I, con ordinanza collegiale del 10 luglio 2009 n. 66.

imprese ordinarie verrebbero, di fatto, almeno ostacolate da un agevole accesso attraverso la presenza capillare di centrali di approvvigionamento d'affari;

- b) *dall'altra parte, costituendosi a favore dell'affidatario 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" competitiva, con conseguente alterazione della par condicio".*

Sulla base di queste motivazioni il TAR Sardegna ha operato un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, tuttora pendente (C-290/09, *Telecom Italia Spa vs. Regione Sardegna*). Il rinvio (luglio 2009), forse troppo tempestivo, sembra superato dalla recente sentenza della Corte di giustizia del 23 dicembre 2009 (*CoNisma*), la quale legittima la partecipazione degli enti pubblici alle gare. Per maggiori certezze, però, sarà opportuno attendere la sentenza dei giudici di Lussemburgo.

3. Il caso *CoNisma* (C-305/08) riguarda l'esclusione di un consorzio interuniversitario (formato da 24 Università italiane e tre Ministeri) dalla gara indetta dalla Regione Marche per l'affidamento di un servizio sull'acquisizione di rilievi marini sismostratigrafici, l'esecuzione di carotaggi e il prelievo di campioni in mare. Il Consiglio di Stato, in qualità di giudice *a quo*, chiede alla Corte: (1) se enti non aventi scopo di lucro, che non sono necessariamente presenti sul mercato con regolarità (in particolare università e istituti 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. Di seguito riportiamo alcuni dei passaggi più significativi della sentenza.

In primo luogo i giudici confermano 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. Al contrario, tanto il quarto 'considerando' della direttiva conferma la possibilità per gli *organismi di diritto pubblico* di partecipare alle gare, quanto la definizione di *operatore economico* riportata nella direttiva (art. 1, co. 8) comprende ogni *ente pubblico* (nonché eventuali raggruppamenti) che offre servizi sul mercato. Secondo le direttive europee possono quindi partecipare alle gare tutti i soggetti "*indipendentemente dal fatto di essere soggetti di diritto*

privato o di diritto pubblico e di essere attivi sul mercato in modo sistematico oppure soltanto occasionale, o, ancora, dal fatto di essere sovvenzionato tramite fondi pubblici o meno". Né v'è l'obbligo di eseguire direttamente le prestazioni ... *"risultando sufficiente la possibilità di farle eseguire a terzi e fornendo le garanzie necessarie a tal fine"* (pt. 41-42).

La Corte prende posizione anche in merito ai rilievi sulla possibile distorsione della concorrenza causata dalla partecipazione di enti pubblici alle gare e 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 (ad esempio didattica e ricerca) di soggetti, quali le università e 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 (pt. 48). 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 a operare sul mercato *"un simile divieto contrasterebbe infatti 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"* (pt. 44). È interessante rilevare come sul tema delicatissimo dello spazio di mercato occupato dall'intervento pubblico l'orientamento dell'Unione europea sia rispettoso delle scelte di politica economica operate dai legislatori nazionali, preoccupandosi 'soltanto' di garantire il rispetto delle finalità delle direttive ed i principi dei Trattati (sufficienti, pare, a mettere al riparo da possibili conflitti di interessi⁸).

⁸ V. anche la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 11 luglio 2008 n. 3499, che conferma la parità di accesso alle gare tra imprese pubbliche e private. V. anche la Comunicazione della Commissione *sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati* (PPPI), COM/2007/6661 del 5 febbraio 2008, per v. questa rubrica su *Informator*, 3, 2008. Sul tema vedi IANNONE C., *L'intervento pubblico nell'economia e le regole di concorrenza comunitarie*, 2009, Torino.