

**ISSN 1127-8579**

**Pubblicato dal 21/01/2010**

**All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/28812-consiglio-di-stato-adunanza-della-sezione-seconda-23-aprile-2008>**

**Autore: sentenza**

## **Consiglio di Stato Adunanza della Sezione Seconda 23 aprile 2008**



# Consiglio di Stato

*Adunanza della Sezione*

*Seconda 23 aprile 2008*

***N. Sezione 200800167***

*(da citare nelle risposte)*

***La Sezione***

---

**OGGETTO:**

**MINISTERO DELL'AMBIENTE E DELLA TUTELA DEL TERRITORIO - Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, proposto dal CoNISMa (Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare), con sede in Roma, in persona del legale rappr.te in carica prof. Cesare Corselli, rappr.to e difeso dall'avv. Ilaria Deluigi con studio in Genova, Via Corsica n.19/11, contro la Regione Marche, per l'annullamento, previa sospensione: della nota prot. n. 79026 in data 23/4/2007 di esclusione da gara indetta dalla Regione per l'acquisizione di rilievi geofisici e campionatura a mare - tratto di costa tra il foglio Pesaro e il foglio Civitanova M.; di tutti i verbali di gara, sconosciuti, della Commissione Giudicatrice, ed in particolare di quello relativo alla seduta del 18/4/2007 nel quale la Commissione ha deciso di escludere il CoNISMa dalla gara, nonché quello relativo alla seduta del 4/4/2007 in cui si formulava riserva circa l'ammissibilità del CoNISMa alla procedura sopraindicata.**

Vista la nota prot. DPN-2008-0000649 in data 11 gennaio 2008, con la quale il Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio (Direzione per la Protezione della Natura) ha chiesto

il parere del Consiglio di Stato sul ricorso straordinario indicato in oggetto e sull'istanza di sospensiva;

Visto il proprio parere reso nell'Adunanza del 30 gennaio 2008;  
Ritenuto quanto riferito dall'Amministrazione nella menzionata relazione;  
Esaminati gli atti ed udito il relatore-estensore, cons. Armando Pozzi;

### **PREMESSO**

Il CoNISMA – Consorzio Nazionale Interuniversitario Scienze del Mare, con il provvedimento in oggetto indicato è stato escluso dalla gara per il servizio di acquisizione di rilievi geofisici e campionatura a mare.

Avverso il provvedimento di esclusione dalla gara il consorzio ricorrente deduce i seguenti motivi di illegittimità:

1- Violazione L. n. 241/1990, art. 2 d. lgs. n. 163/2006, eccesso di potere sotto molteplici profili. Il responsabile del procedimento con la nota 23-4-07 ha ammesso che la commissione aggiudicatrice ha aperto una procedura per valutare l'ammissibilità dell'offerta del consorzio ricorrente senza comunicare ad esso l'avvio del relativo procedimento e per di più in seduta non pubblica.

2- Violazione artt. 2, 3 e 34 d. lgs. n. 163/2006, artt. 3, 41 e 97 Cost., artt. 3,4,14, 43, 82 e 86 Trattato CEE. L'amministrazione ha disposto l'esclusione sull'erroneo presupposto della tassatività dell'elencazione dei soggetti ammissibili a gara, senza considerare l'art. 3, comma 19, dello stesso d. lgs. n. 163, il quale consente a tutti gli "operatori economici" che offrono sul mercato lavori o servizi di partecipare alle gare ad evidenza pubblica, né l'art. 1, commi 8, e 11, della dir. CE n. 18/2004.

3- Illegittimità propria e derivata della seconda motivazione dell'esclusione, cioè della mancata iscrizione nel registro delle imprese, non richiesta per le associazioni ed organismi che non svolgono in modo prevalente attività commerciale; per questi basta l'iscrizione al REA e gli altri adempimenti fiscali e contabili posti in essere dal consorzio.

4- Violazione artt. 3 e 34 d. lgs. n. 163/2006 e dir, CE n. 18/2004, violazione artt. 3, 41 e 97 Cost., travisamento ed ingiustizia. Il presupposto su cui la Regione fonda la ragione dell'esclusione, rifacendosi a due sole sentenze dei TAR Marche e Campania, per di più non pertinenti, è doppiamente errata.

Infatti: a). non sussiste l'incapacità delle università di partecipare alle gare pubbliche; b) il consorzio non è un'università né è ad essa equiparabile, in quanto il consorzio ha distinta personalità giuridica, nonché autonomia statutaria, gestionale e contabile, rappresentando perciò soggetto distinto dalle università che lo compongono.

5- Illegittimità del bando e del capitolato; violazione artt. 81, 82 e 83 del d. lgs. n. 1 163/2006, difetto di istruttoria, illogicità, ingiustizia, travisamento. Sarebbe illegittima la decisione di affidare per pubblico incanto- e per di più con il sistema del prezzo più basso - un'attività di altissima ricerca come quella di redazione di cartografia geologica nazionale.

### **CONSIDERATO**

La Sezione ritiene di dover richiedere alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea una pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'articolo 234 (ex articolo 177) del Trattato istitutivo della Comunità europea, nel testo in vigore dal 1° febbraio 2003, come integrato con le modifiche apportate dal trattato di Nizza, firmato il 26 febbraio 2001.

#### **1 – Il quadro normativo comunitario. La figura di “operatore economico”.**

L'articolo 1, comma 8, della Direttiva n. 18/2004 - relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi - dopo avere qualificato gli «appalti pubblici» come contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più **“operatori economici”** e una o più amministrazioni aggiudicatrici, con i termini «imprenditore», «fornitore» e «prestatore di servizi» designa 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, ulteriormente; la stessa norma specifica, altresì, che il termine «operatore economico» comprende l'imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi ed è utilizzato unicamente per semplificare il testo normativo.

Vale altresì aggiungere, sempre con riferimento alla stessa direttiva del 2004, che:

a) l'articolo 4, nel definire le caratteristiche sostanziali degli operatori economici, stabilisce 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”; in altri termini, si stabilisce il principio di libertà di forme per la partecipazione alle gare, ribadito dal successivo comma 2, secondo il quale 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;

b) l'articolo 44, relativo all'accertamento dell'idoneità e scelta dei partecipanti, stabilisce che l'aggiudicazione degli appalti avviene in base ai criteri di cui agli articoli 53 e 55, previo accertamento dell'idoneità degli “operatori economici” 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;

c) i predetti articoli, a loro volta, disciplinano, con costante riferimento agli “operatori economici” : l'articolo 47 – la capacità economica e finanziaria; l'articolo 48 – le capacità tecniche e professionali; l'articolo 49 – le norme di garanzia della qualità; l'articolo 50 – le norme di gestione ambientale; l'articolo 51 – i documenti e le informazioni complementari; l'articolo 52 – gli elenchi ufficiali di operatori economici riconosciuti e certificazione da parte di organismi di diritto pubblico o privato.

## **2 – Il quadro normativo italiano.**

La definizione comunitaria di “operatori economici” trova riscontro, in ambito italiano, nell'articolo 3, commi 22 e 19, del codice dei contratti pubblici di cui al d. lgs. n. 163/2006, secondo i quali, rispettivamente “ Il termine «operatore economico» comprende l'imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi o un raggruppamento o consorzio di essi” e “ I termini «imprenditore», «fornitore» e «prestatore di servizi» designano una 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”.

L'articolo 3, comma 6, dello stesso codice definisce, a sua volta, gli «appalti pubblici» come “i contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una stazione appaltante o un ente aggiudicatore e uno o più << operatori economici >>, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi come definiti dal presente codice”.

Il requisito dirimente – ai fini dell'individuazione degli “operatori economici”, cioè dei soggetti legittimati a partecipare alle gare per l'aggiudicazione di contratti d'appalto pubblico – sembrerebbe pertanto essere quello della “offerta sul mercato”, attraverso il quale si dovrebbero individuare esclusivamente soggetti ( non interessa se con o senza personalità giuridica) perseguitanti istituzionali fini lucrativi o, comunque e al di là di tale specifica finalità lucrativa, che siano sottoposti in ogni caso allo “ statuto “ dell' imprenditore commerciale, nel quale sono comprese, com'è noto, le disposizioni sul fallimento e tutte le altre prescrizioni relative ai requisiti di affidabilità tecnica e finanziaria imposti ai partecipanti alle gare di aggiudicazione, come le norme sull'obbligo di tenuta delle scritture contabili e quelle sull'iscrizione nel registro delle imprese. Con particolare riferimento a queste ultime, da parte del Consiglio di Stato si è peraltro chiarito che l'omessa menzione, da parte della l. 29 dicembre 1993, n. 580, istitutiva del registro delle imprese, e del relativo regolamento di attuazione, di associazioni e fondazioni che svolgano attività imprenditoriali non giustifica l'esonero delle medesime dall'obbligo di iscrizione nel registro ( **cfr. Cons. St., sez. V, 23 maggio 2003, n. 2785** ).

Sembrerebbe coerente con tali rilievi il riconoscimento, da parte della giurisprudenza e della dottrina italiane, della capacità di soggetti collettivi, pur statutariamente e istituzionalmente non lucrativi, di svolgere qualsiasi attività idonea al conseguimento degli scopi loro consentiti, ed in particolare anche di svolgere attività organizzate per la produzione o lo scambio di beni o di servizi , ammettendosi di conseguenza che i predetti soggetti possano “ assumere, nella sostanza, la qualità di imprenditore ai sensi dell'art. 2082 cod. civ. e finanche la qualità di imprenditore

commerciale ex art. 2195 cod. civ.” e, perciò, di partecipare alle gare d'appalto pubblico ( **T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 5 aprile 2004, n. 3176** ).

### **3 – Le nozioni di “Operatore economico” e soggetto offerente sul mercato.**

La qualità di imprenditore ovvero, più in generale, di soggetto sottoposto al suo statuto ovvero di soggetto professionalmente dedito ad attività economica offerta sul mercato ( quindi non saltuaria ed occasionale ) sembra d'altronde trasparire da tutta la normativa comunitaria e nazionale in materia.

Rilevano al riguardo, tra le altre, le disposizioni dell'art. 1, lett. c), della dir. 92/50/CEE del Consiglio del 18 giugno 1992, secondo cui sono "prestatori di servizi le persone fisiche o giuridiche, inclusi gli enti pubblici che forniscono servizi", e del relativo decreto di recepimento nell'ordinamento italiano, d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157, che parla, parimenti, di "prestatori di servizi" all'art. 3, 1° comma, genericamente riferendosi, in prosieguo, alle "imprese concorrenti".

Vale ricordare, ancora, al riguardo, oltre le disposizioni sopra riportate, che nell'ambito dell'ordinamento italiano lo stesso d. lgs. n. 157 del 1995 richiedeva la qualità di “impresa” ai soggetti partecipanti alle “Procedure d'aggiudicazione” (art. 6) sia in forma individuale sia nella forma di raggruppamenti “di imprese” ( art. 11).

D'altra parte, proprio per assicurare il principio comunitario di concorrenza effettiva – diffuso in una serie continua di disposizioni del Trattato CE, che saranno più avanti ricordate – si è osservato che la ratio delle disposizioni comunitarie e delle normative nazionali di recepimento in materia di partecipazione alle gare d'appalto pubblico è stata individuata nella esigenza di "circoscrivere il novero dei soggetti ammessi alla contrattazione con le amministrazioni aggiudicatrici (nella materia degli appalti pubblici di servizi) a quelli che, secondo la disciplina degli Stati membri, garantiscono, per un verso, un sicuro regime di responsabilità, personale e patrimoniale, e di imputazione degli effetti del contratto (così dovendosi intendere il riferimento, in qualche modo limitativo, alle persone fisiche e giuridiche) e, per un altro, una evidente capacità all'esercizio dell'attività d'impresa, nella quale si risolve la prestazione di un servizio in favore di un'amministrazione" (**Cons. St., sez. V, n. 2785 del 2003**, cit. ).

Sembrerebbe pertanto meritevole di considerazione l'indirizzo espresso da questo Consiglio, seppure con riguardo all'art.1 lett. c) della precedente direttiva CEE 92/50,

secondo il quale si devono escludere dal novero degli enti pubblici legittimati ad acquisire la qualità di appaltatore quegli organismi pubblici che non comprendono tra le finalità d'istituto la prestazione del servizio per il quale è stata indetta la procedura di selezione e, quindi, l'esercizio della relativa attività (secondo modalità riferibili al concetto di impresa). La formulazione letterale della norma comunitaria, ancorché scarna, appare, infatti, chiaramente significativa dell'intenzione di circoscrivere il novero dei soggetti pubblici ammissibili alla contrattazione con le amministrazioni aggiudicatrici (nella materia degli appalti pubblici di servizi) solo a quelli che svolgono "istituzionalmente" quell'attività nella quale si risolve la prestazione che dovrà essere eseguita dall'appaltatore selezionato, potendo concorrere alle procedure selettive in questione solo gli enti pubblici che erogano le prestazioni oggetto del contratto, secondo i propri fini istituzionali ed in coerenza con i compiti lucrativi loro affidati dall'ordinamento, con esclusione quindi degli organismi universitari [ **Cons. St., sez. V, 29 luglio 2003 , n. 4327** ].

In senso analogo sembra essersi espressa la Corte di Giustizia la quale ha avuto modo di chiarire che la disciplina comunitaria in materia di contratti di appalto pubblico si applica al soggetto che " in quanto operatore economico attivo sul mercato è imprenditore" ( Corte giustizia CE, sez. I, 18 gennaio 2007 nel procedimento C-220/05, la quale ha ritenuto che la direttiva 92/50, relativa all'aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, si applica anche alla prestazione di servizi postali non riservati ai sensi della direttiva 97/67 ad una società per azioni pubblica a capitale interamente detenuto dai pubblici poteri).

#### **4 Gli orientamenti espressi dal Giudice italiano.**

Alla stregua delle esposte considerazioni scarsa valenza favorevole alle tesi di parte ricorrente sembrerebbe poter assumere il richiamo, da lei fatto, alla sentenza del **T.A.R. Veneto, sez. I, 26 giugno 2006 , n. 1899**, la quale si riferiva all'ipotesi – diversa da quella in esame - dell'esclusione da gara di una società semplice - la Vivai Piante Azienda Agricola Erica - che pur non essendo imprenditore né società "commerciale", esercitava tuttavia pur sempre attività imprenditoriale agricola nel settore del florovivaismo, gestione di lavori di giardinaggio e vendita di articoli connessi.



Più calzante – in quanto identica al petitum ed alla causa petendi del presente ricorso - è invece la sentenza del **T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 12 giugno 2002**, n. 3411.

Con la citata decisione si è osservato che allo stato dell'allora vigente quadro normativo di riferimento di cui alla Direttiva CEE n.50/92 del Consiglio del 18 giugno 1992, tra i prestatori di servizi abilitati a partecipare ai pubblici appalti indetti dalle Pubbliche Amministrazioni, vanno ricomprese soltanto le persone fisiche e giuridiche esercenti attività imprenditoriali, nonché gli Enti pubblici istituzionalmente preposti all'erogazione del tipo di servizio oggetto dell'appalto (art.1, lett. C) della direttiva n.92/50).

Pertanto, alla stregua della qualificazione di prestatore di servizi fornita dalla richiamata norma comunitaria, quel TAR ha ritenuto che “le Università non possono essere annoverate nelle suddette categorie di operatori imprenditoriali privati e pubblici, in quanto istituzionalmente preposte allo svolgimento di attività didattica e di ricerca, in vista del promovimento del progresso della scienza e della preparazione culturale e professionale degli studenti”.

“Se il perseguimento di tali compiti d'istituto da parte degli organismi universitari non esclude” – sempre secondo il Giudice - “la possibilità d'instaurare collaborazioni di tipo consultivo con gli Enti pubblici e con i privati, nella prospettiva di valorizzare su base convenzionale il loro bagaglio di conoscenze e di alta professionalità in settori in cui sono carenti gli apporti degli operatori privati, deve essere, nel contempo, esclusa la loro assimilazione agli imprenditori per quanto riguarda l'aggiudicazione di pubblici appalti, riservati ad operatori economici privati e pubblici, soprattutto allorquando l'oggetto dell'appalto non è rappresentato da mere prestazioni di tipo intellettuale, ma comporta l'assolvimento di compiti che richiedono un'organizzazione imprenditoriale”.

Non mancano tuttavia opinioni diverse, come quella espressa dalla sentenza del **TAR Toscana, 13-2-2006, n. 395**, resa tra le stesse parti private del presente ricorso (CONISMA e soc. Nautilus, aggiudicataria della presente gara).

Con tale sentenza il Tribunale amministrativo regionale toscano ha statuito che *“tra i soggetti abilitati a partecipare alle gare indette per l'affidamento di servizi da prestare a pubbliche amministrazioni rientrano, quali “prestatori di servizi” ai sensi dell'art. 3 d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157, anche gli enti pubblici che forniscano servizi, e*

*cioè che istituzionalmente svolgano quel genere di attività nella quale si risolve la prestazione che dovrà essere garantita dall'appaltatore da selezionare, con ciò dovendosi intendere tutte le attività che rientrano nell'ambito di quelle statutariamente previste.*

*Ne discende che, così come le università pubbliche possono partecipare, attraverso i loro dipartimenti, alle gare per l'affidamento di appalti pubblici di servizi, sempre che la prestazione del servizio del quale di volta in volta si tratta sia compatibile con i loro fini istituzionali e le loro previsioni statutarie altrettanto deve affermarsi per i consorzi tra queste formati (T.A.R. Lazio, sez. I, 26 luglio 2004, n. 7353)".*

## **5- La Posizione dell'Autorità LL. PP. italiana.**

Le argomentazioni svolte dal TAR Campania sopra sinteticamente riportate sembrano trovare conforto nell'orientamento espresso all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori , servizi e forniture con la deliberazione n. 119 del 18.04.2007, emessa su quesito del Servizio tutela ambienti naturali e fauna della Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia, concernente i bandi delle procedure aperte in attuazione del progetto S.A.R.A. - Sistema Aree Regionali Ambientali, nella parte in cui individuano, come soggetti ammessi alle gare, oltre ai consorzi, GEIE o raggruppamenti temporanei fra i soggetti individuati dalla lettera d), comma 1, dell'articolo 34 del d. lgs. n. 163/2006, anche liberi professionisti associati, società di professionisti, nonché "raggruppamenti temporanei di Enti pubblici e privati, Università, dipartimenti universitari, istituti di ricerca". L'Autorità ha mostrato un atteggiamento restrittivo alla partecipazione di queste ultima categorie di soggetti, , esprimendo il seguente avviso.

*<< L'articolo 34, comma 1, lettere a), b), c), d) e) ed f), del d. Lgs. n. 163/2006 individua i soggetti cui possono essere affidati i contratti pubblici: tali soggetti rivestono la qualifica di "operatore economico", termine con il quale si intende l'imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi o un raggruppamento o un consorzio di essi. Ai sensi dell'articolo 3, comma 19, del decreto legislativo n. 163/2006, nel novero di detti soggetti sono comprese le persone fisiche, le persone*

giuridiche, gli enti senza personalità giuridica (ivi compreso il gruppo europeo di interesse economico - GEIE) che offrono sul mercato la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi.

La caratteristica che accomuna le figure sopra individuate è l'esercizio professionale di una attività economica. Giova richiamare al riguardo l'articolo 2082 del codice civile, secondo il quale "imprenditore" è colui il quale svolge un'attività con le seguenti caratteristiche: a) esercizio di un'attività economica, b) in modo professionale, c) mediante organizzazione, d) al fine della produzione e dello scambio di beni o servizi.

Gli elementi sopra richiamati consentono di individuare il discrimen fra gli operatori economici e quei soggetti, quali gli Enti pubblici non economici, le Università ovvero i Dipartimenti universitari, non rientranti in tale categoria, in quanto rivestono una finalità diversa dall'attività economica, come noto rivolta alla produzione di ricchezza.

Relativamente alla possibilità che le Università espletino attività di progettazione, e più in generale, quindi, possano partecipare all'affidamento di appalti pubblici, l'Autorità con deliberazione n. 83/2007, richiamando quanto deciso nella deliberazione n. 179/2002, ha ribadito che "stante il carattere tassativo dell'elenco dei soggetti aventi diritto ad essere affidatari di incarichi di progettazione, contenuto nell'art. 17 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e s.m., risulta non conforme al dettato normativo l'affidamento di detti incarichi a dipartimenti universitari, fatta salva la possibilità per gli stessi di costituire apposite società in base all'autonomia riconosciuta alle Università dalla legge 168/1989."

Ugualmente, per quanto attiene gli Istituti di ricerca, è necessario effettuare, caso per caso, la verifica del relativo Statuto al fine di valutare gli scopi istituzionali per i quali sono stati costituiti.

Il principio sopra richiamato si applica anche alla disposizioni di cui all'articolo 34 del d. Lgs. n. 163/2006, che contiene un elenco tassativo dei soggetti ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici.>> .

## **6 – L'orientamento del Giudice Comunitario in tema di concorrenza.**

Alle considerazioni sopra esposte, sembra utile aggiungere un'ulteriore osservazione tratta dalla giurisprudenza comunitaria, che si è espressa, in particolare, in merito all'obiettivo delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici. Questo

obiettivo, quale rilevato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, consiste nell'escludere al tempo stesso il rischio che gli offerenti o candidati nazionali siano preferiti nell'aggiudicazione di appalti da parte delle amministrazioni aggiudicatrici e la possibilità che un organismo finanziato o controllato dallo Stato, dagli enti territoriali o da altri organismi di diritto pubblico si lasci guidare da considerazioni non economiche (sentenza **3 ottobre 2000, causa C-C-380/98, University of Cambridge**, punto 17 e giurisprudenza ivi citata).

E' alla luce di tali obiettivi che debbono essere interpretate le disposizioni comunitarie in tema di appalti, secondo un criterio funzionale sistematico che eviti elusioni sostanziali al fondamentale principio di concorrenza effettiva ( **cfr. Corte giustizia CE, sez. IV, 13 dicembre 2007, nel procedimento C-337/06**, relativo alla nozione di organismo di diritto pubblico applicata alla società televisiva pubblica tedesca ). Principio trasfuso, come sopra già accennato, in una serie di disposizioni del Trattato istitutivo della Comunità europea nella versione oggi in vigore, quali:

- gli artt. 23 e seg., sulla libertà di circolazione delle merci ( già artt. 9 e seg.);
- gli artt. 32 e seg. ( già 38 e seg.), sulla politica agricola comune ispirata, tra l'altro, a regole comuni in materia di concorrenza e divieto di discriminazione fra produttori o consumatori della Comunità ;
- gli artt. 39 e seg. ( già 48 ) sulla libera circolazione dei lavoratori; gli artt. 43 ( già 52 ) e seg. sulla libertà di stabilimento;
- l'articolo 49 (ex articolo 59), sulla libera prestazione dei servizi ;
- l'articolo 56 (ex articolo 73 B) sulla libera circolazione dei capitali e dei pagamenti;
- l'art. 82 ( già 86 ) relativamente al divieto di abuso di posizione dominante ;
- l'art. 87 ( ex 92), che vieta "salvo deroghe" gli aiuti di stato ovvero le sovvenzioni sotto qualsiasi forma.

Per quanto riguarda più in particolare gli appalti pubblici di servizi, la Corte di Giustizia ha evidenziato tale medesimo obiettivo principale, cioè la libera circolazione dei servizi e l'apertura ad una concorrenza non falsata e più ampia possibile negli Stati membri (v., in tal senso, sentenza 11 gennaio 2005, causa C-26/03, Stadt Halle e RPL Lochau, Racc. pag. I-1, punti 44 e 47; cfr. anche sentenza 1° febbraio 2001, causa C-C-237/99, Commissione/Francia, Racc. pag. I-939, punti 42 e 43 nonché giurisprudenza ivi citata).

---

### **7 – La partecipazione alle gare dei consorzi tra pubbliche amministrazioni.**

Alla stregua delle predette osservazioni sorge almeno il dubbio che la partecipazione di un soggetto consortile ( non interessa qui in quale forma: interno, esterno, funzionale, ecc.) tra pubbliche amministrazioni, soprattutto se capillarmente diffuse su tutto il territorio nazionale, possa violare 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 imprese ordinarie verrebbero, di fatto, almeno ostacolate da un agevole accesso attraverso la presenza capillare di centrali di approvvigionamento d'affari; b) dall'altra, 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 esclusivamente 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* ( cfr. per l'analisi delle distorsioni economiche derivanti dall'affidamento diretto di servizi, c.d. in house , e anche per la giurisprudenza comunitaria in materia, si veda **Consiglio di giustizia amm. reg. sic., 4 settembre 2007, n. 719**).

In definitiva - ricorrendo ad un paragone ricavabile dalla tematica speculare dell'affidamento diretto di servizi pubblici con il sistema domestico ( c. d. in house ) - così come solo il controllo societario totalitario accompagnato da un'influenza determinante da parte del socio pubblico, sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti, consente il ricorso all'appalto di servizi in house, analogamente, e per converso, il controllo societario totalitario accompagnato da un'influenza determinante da parte del "socio" privato, sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti consente la partecipazione alle gare di appalti pubblici: in entrambi i casi se la c.d. partnership pubblico-privato va favorita nel quadro di una moderna concezione delle amministrazioni pubbliche, comprese quelle dedite alla ricerca, essa tuttavia non può rappresentare un modo per eludere la disciplina della concorrenza ( **cfr. Cons. St., Ad. Plen., 3 marzo 2008 , n. 1** e la cospicua giurisprudenza comunitaria in essa riportata ) .

---

## **8 – Caratteristiche del Consorzio interuniversitario ricorrente.**

Appare necessario, a questo punto, soffermarsi sull'esame della struttura organica e funzionale del consorzio ricorrente, per verificarne la compatibilità con i principi sopra esposti.

Il CoNISMa raccoglie l'adesione esclusivamente delle seguenti Università degli Studi e Ministeri: Ancona - Bari - Bologna - Cagliari - Camerino - Catania - Cosenza - Firenze - Genova - Lecce - Messina - Milano - Milano Bicocca - Napoli Federico II - Napoli IUN - Palermo - Parma - Roma La Sapienza - Roma Tor Vergata - Siena - Trento - Trieste - Urbino - Viterbo La Tuscia – MIUR - Ministero Politiche Agricole e Forestali - Ministero dell'Ambiente.

In base all'art. 1 dello statuto si tratta di 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 consorziate favorendo, da un lato, collaborazioni tra Università, altri Enti di ricerca, Enti locali e territoriali e Industrie e, dall'altro, il loro accesso e la loro eventuale partecipazione alla costituzione e gestione di laboratori esteri o internazionali operanti nel campo delle Scienze del Mare, secondo le norme del presente Statuto”.

Secondo l'art. 3 “Il Consorzio potrà inoltre partecipare a bandi di gara e ad altre procedure concorsuali indette da Amministrazioni Pubbliche, Società operanti nella sfera pubblica e privata per l'espletamento di opere e servizi, nell'interesse del Committente, sia singolarmente sia in associazione con altri Enti Pubblici o società o altri soggetti pubblici o privati. Potrà altresì prendere parte allo studio, alla progettazione ed alla realizzazione e gestione di iniziative scientifiche nell'ambito di progetti e di accordi di cooperazione internazionale”.

Per quanto concerne i finanziamenti ed il patrimonio, lo stesso articolo 3 dello statuto prevede che “Il Patrimonio del Consorzio è costituito dalle quote versate dalle Università all'atto della loro adesione, dai beni mobili ed immobili acquisiti dal Consorzio, anche per donazioni od assegnazioni effettuate da terzi a titolo di liberalità e da qualsiasi altra risorsa venuta nella disponibilità del Consorzio ai sensi dell'articolo 5” dello stesso statuto.

Quest'ultimo, a sua volta, prevede che i finanziamenti per l'attività del consorzio provengono anzitutto dai “contributi erogati per le attività del Consorzio dal Ministero, dell'Università e della Ricerca, da altre Amministrazioni statali e da Enti pubblici o

privati, italiani o stranieri; da eventuali fondi erogati dalle Università consorziate e dei fondi di pertinenza delle Università consorziate erogati dal Ministero dell'Università e della Ricerca con modalità stabilite per convenzioni tra le Università stesse ai sensi dell'art.12 legge 705 del 09/12/85; dai contributi erogati, in relazione ad accordi internazionali, dal Ministero dell'Università e della Ricerca, da altre Amministrazioni statali, da Enti pubblici e privati”.

Quindi i corrispettivi per attività economica rappresentano solo una e la non più significativa ( almeno in mancanza di prova da parte ricorrente ) delle molteplici fonti di finanziamento.

Di fronte a questa realtà consortile, che raggruppa esclusivamente pubbliche amministrazioni universitarie e statali distribuite ed estese sull'intero territorio nazionale, è finanziata, almeno prevalentemente, con fondi pubblici e persegue, principalmente, per previsione statutaria, essenzialmente attività di ricerca, studio e formazione di personale, non può ravvisarsi un operatore economico che offra, con la professionalità e capacità di stampo imprenditoriale, un tipico servizio quale quello di rilevazione marino-sismo stratigrafica, integrata da carotaggi e prelievo di campioni, oggetto della procedura di aggiudicazione in contestazione; servizio che richiede macchinari sofisticati ed operatori di elevata professionalità ma non può certo classificarsi, come assume parte ricorrente, “ di altissima ricerca scientifica ”. Ogni ulteriore considerazione al riguardo appare superflua.

### **9 – Le perplessità sollevate dalla giurisprudenza italiana favorevole alla partecipazione alle gare da parte di istituti universitari o strutture similari.**

Sulla base delle esposte considerazioni non sembra agevole e comunque tranquillizzante aderire alle conclusioni della sentenza del TAR Toscana, 13-2-2006, n. 395, già ricordata sub p. 4.

In particolare, non appare del tutto convincente qualificare un consorzio di università come un soggetto che “offra sul mercato, rispettivamente, la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi “. Ribaltandosi le conclusioni del ragionamento del Giudice di primo grado, deve invece sostenersi che “ la finalità lucrativa di un soggetto presupponendo un'attività, ossia una serie di atti tra loro coordinati, va tenuta distinta dalla possibilità, sempre ammissibile, di porre in

essere singoli atti aventi rilievo economico “. Dal che deriva che dovrebbe, a stretto rigore, espungersi dal novero dei soggetti abilitati a partecipare alle gare d'appalto pubblico quel soggetto che non svolga attività di “ offerta sul mercato”, la quale presuppone, come detto, almeno per quel settore, qualifica imprenditoriale, cioè collocazione stabile su un “ mercato”.

Neppure può ritenersi dirimente il richiamo alla sent. Cons. St., sez. VI, 11/04/2006, n.2014/2006, della cui motivazione parte ricorrente estrapola il seguente passo: “ l'art. 11, d.lgs. n. 157/1995, che indica i soggetti ammessi a partecipare agli appalti di servizi, non può essere ritenuto esaustivo e tassativo, dovendo essere integrato con la direttiva comunitaria n. 92/50, a tenore della quale gli Stati membri non possono esigere che i raggruppamenti di operatori economici abbiano una veste giuridica determinata. Pertanto, non può essere preclusa la partecipazione dei consorzi stabili agli appalti di servizi, e tanto a prescindere dall'applicazione diretta o analogica della l. n. 109/1994”.

La non perfetta pertinenza del riportato inciso rispetto ai ragionamenti sopra svolti e la sua inidoneità a fugare ogni dubbio interpretativo nel senso favorevole al Consorzio ricorrente sta nel fatto che nella specie si trattava pur sempre di un CO.GE.AM., Consorzio stabile gestioni ambientali costituito da imprese e titolare di attestazione SOA per le seguenti categorie e classifiche: OG1 VIII, OG12 II, OS14 VII: una fattispecie quindi totalmente diversa da quella in esame.

Dall'altro canto occorre considerare che una interpretazione restrittiva della normativa comunitaria, che impedisse alle Università, Istituti di Ricerca e loro Consorzi, di partecipare a gare di appalto, sarebbe gravemente pregiudizievole per attività di collaborazione tra entità pubbliche e private, tra attività di ricerca ed attività di impresa, ed in definitiva limitativa dei principi di libera concorrenza.

#### **10 – Sulla competenza a richiedere la pronuncia della Corte di Giustizia.**

Questa Sezione consultiva si ritiene competente a richiedere una pronuncia pregiudiziale alla Corte di Giustizia, come da Essa esplicitamente affermato con sent. del 16-10-1997, nelle Cause riunite da 69/96 a 79/96, secondo la quale il Consiglio di Stato italiano, quando emette un parere nell'ambito di un ricorso straordinario, costituisce una giurisdizione nazionale ai sensi del previgente articolo 177 del Trattato.

---



## 11 – Conclusioni

Sulla base delle esposte considerazioni questa Sezione ritiene di dover sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte di Giustizia le seguenti questioni pregiudiziali:

<Se le disposizioni della Direttiva n. 18/2004 - relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi – come indicate nel paragrafo 1 debbano essere interpretati 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, nelle forme indicate nel par. 8>.

< 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 i quali, rispettivamente “ Il termine «operatore economico» comprende l’imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi o un raggruppamento o consorzio di essi” e “ I termini «imprenditore», «fornitore» e «prestatore di servizi» designano una 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” – si ponga in contrasto con la direttiva n. 18/2004, se interpretato 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.

### P.Q.M.

Sospende l’espressione del parere definitivo e manda alla Segreteria perché invii copia del presente parere alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea.

IL PRESIDENTE DELLA SEZIONE  
(Stenio Riccio)

L’ESTENSORE  
(Armando Pozzi)

IL SEGRETARIO D’ADUNANZA  
(Roberto Craca)

---

