



CENTRO SPERIMENTALE
DI SVILUPPO DELLE COMPETENZE
NELL'AREA DELLE COSTRUZIONI



La tua
Campania
cresce in
Europa



Monografie Edil-lab

OPERE PUBBLICHE

**I soggetti che possono
partecipare alle gare e
stipulare i contratti**

OP

I soggetti che possono partecipare alle gare e stipulare i contratti

Il progetto è stato promosso dall'ATI Edil-lab: mandataria CFS Napoli; mandanti STAMPA Soc. Coop. a r.l., Istituto Tecnico Statale "Della Porta - Porzio", STRESS scarl, Consorzio TRE, AMRA – Analisi e Monitoraggio del Rischio Ambiente S.c.ar.l., ACEN - Associazione Costruttori Edili di Napoli, S.I. Impresa – Azienda Speciale della CCIAA di Napoli, Brancaccio Costruzioni spa, Credendino Costruzioni spa, Edildovi snc, Iterga Costruzioni Generali Appalti spa, RR Costruzioni Generali spa.

L'ideazione dell'iniziativa "Monografie Edil-lab" è delle imprese Brancaccio Costruzioni spa, Credendino Costruzioni spa, Edildovi snc, Iterga Costruzioni Generali Appalti spa, RR Costruzioni Generali spa.

L'elaborazione della monografia è a cura dell'avv. Enrico Soprano.

Elaborazioni grafiche: Edizioni Graffiti srl

Si ringraziano per gli apporti tecnici: Roberta Ajello, Federica Brancaccio, Aldo Checchi, Ester Chica, Antonio Credendino, Mattia D'Acunto, Giancarlo Di Luggo, Marco Ferrà, Antonio Giustino, Angelo Lancellotti, Massimo Maresca, Gabriella Reale, Barbara Rubertelli, Gaetano Troncone, Francesco Tuccillo, Diego Vivarelli von Lobstein, nonché gli uffici dell'ANCE.

Si ringrazia, inoltre, il Comitato Tecnico Esecutivo di Edil-lab nelle persone di: Paola Marone, Ennio Rubino e Stefano Russo.

Si ringraziano inoltre: l'Assessore alla Formazione della Regione Campania, Chiara Marciani, il Dirigente dell'UOD Formazione Professionale, Prospero Volpe, il Funzionario Titolare di P.O., Gerardo de Paola, ed il coordinatore amministrativo del Progetto Valerio Iacono.

editing: Giovanni Aurino

impaginazione: Emma Di Lauro

Edizioni Graffiti srl

Napoli. luglio 2017

Indice

Introduzione	pag 02
1. Gli operatori economici nel codice dei contratti	pag 05
1.1 La disciplina generale sugli operatori economici	pag 05
1.2 Operatori economici per l'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria	pag 07
2. Gli enti pubblici	pag 09
2.1 Le università e gli enti di ricerca	pag 12
3. Gli enti no-profit	pag 17

INTRODUZIONE

I soggetti ammessi a partecipare alle gare d'appalto sono definiti dal Codice dei contratti pubblici «operatori economici».

Nel dettaglio l'art.3, comma1, lett. p del D. Lgs. 50/2016 definisce «operatore economico» un soggetto che offre sul mercato la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi. Tale soggetto, a norma del medesimo articolo, può essere:

- una persona fisica o giuridica;
- un ente pubblico;
- un raggruppamento di tali persone o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese;
- 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.

Tale definizione è frutto di un'evoluzione normativa e giurisprudenziale, sia nazionale che europea.

Il previgente Codice degli appalti (D. Lgs. 163/2006), infatti, non definiva il concetto di «operatore economico», ma si limitava a stabilire al comma 22 dell'art. 3 che *“Il termine «operatore economico» comprende l'imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi o un raggruppamento o consorzio di essi”*.

Di seguito l'art. 34 del medesimo Codice del 2006, senza alcun accenno al semplicistico elenco di cui al precedente art. 3 - se non con la successiva aggiunta del comma f-bis), volto ad allargare la platea dei concorrenti anche agli operatori

economici stabiliti in altri Stati membri - provvedeva ad elencare i soggetti ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, nel dettaglio:

a) gli imprenditori individuali, anche artigiani, le società commerciali, le società cooperative;

b) i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti e i consorzi tra imprese artigiane;

c) i consorzi stabili;

d) i raggruppamenti temporanei di concorrenti, costituiti dai soggetti di cui alle lettere a), b) e c);

e) i consorzi ordinari;

e-bis) le aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete;

f) i soggetti che abbiano stipulato il contratto di gruppo europeo di interesse economico (GEIE);

f-bis) operatori economici, ai sensi dell'articolo 3, comma 22, stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi.

Orbene, sulla natura di tale elenco la giurisprudenza sia comunitaria che nazionale si sono a lungo interrogate, giungendo a stabilire che tale elencazione non avesse un carattere tassativo, ma anzi si trattava di un elenco aperto e dal carattere esemplificativo, laddove nella vigenza del Codice del 2006, non era comunque rinvenibile, né nella disciplina nazionale, né tantomeno in quella comunitaria, alcun divieto alla partecipazione alle gare d'appalto di soggetti diversi da quelli di cui all'art.34, in particolare di soggetti privi di scopo di lucro.

Infine, oltre agli operatori economici così come definiti dall'art.3, comma 1, lett. p del Codice dei contratti sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, anche gli operatori economici stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi.

Gli operatori economici, i raggruppamenti di operatori economici, comprese le associazioni temporanee, che in base alla normativa dello Stato membro nel quale sono stabiliti, sono autorizzati a fornire la prestazione oggetto della procedura di affidamento, possono partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici anche nel caso in cui essi avrebbero dovuto configurarsi come persone fisiche o persone giuridiche, ai sensi del codice dei contratti¹.

Pertanto, delineato tale quadro d'insieme, si provvederà a trattare nei paragrafi che seguono il vigente assetto normativo a partire proprio dalla nuova definizione di operatore economico, con una particolare analisi sull'evoluzione giurisprudenziale in tema di partecipazione alle gare degli enti privi di scopo di lucro, sia pubblici che privati.

¹art. 45, comma 1, D. Lgs. 50/2016.

1. GLI OPERATORI ECONOMICI NEL CODICE DEI CONTRATTI 2016

La disciplina generale sugli operatori economici è oggi contenuta nell'art. 45 del D. Lgs. n. 50 del 2016, mentre, al successivo art. 46, vengono elencati i soggetti ammessi alle procedure per l'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria.

1.1 La disciplina generale sugli operatori economici

In particolare il Codice dei contratti chiarisce al comma 2 dell'art. 45 che rientrano nella definizione di operatori economici i seguenti soggetti:

- a) gli imprenditori individuali, anche artigiani, e le società, anche cooperative;
- b) i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422, e del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577, e successive modificazioni, e i consorzi tra imprese artigiane di cui alla legge 8 agosto 1985, n. 443;
- c) i consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile, tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro. I consorzi stabili sono formati da non meno di tre consorziati che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa;
- d) i raggruppamenti temporanei di concorrenti, costituiti dai soggetti di cui alle lettere a), b) e c), i quali, prima della presentazione dell'offerta, abbiano conferito mandato

collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, qualificato mandatario, il quale esprime l'offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti;

e) i consorzi ordinari di concorrenti di cui all'articolo 2602 del codice civile, costituiti tra i soggetti di cui alle lettere a), b) e c), anche in forma di società ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile;

f) le aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete ai sensi dell'articolo 3, comma 4-ter, del decreto legge 10 febbraio 2009, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 aprile 2009, n. 33;

g) i soggetti che abbiano stipulato il contratto di gruppo europeo di interesse economico (GEIE) ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240.

Le stazioni appaltanti, inoltre:

- possono imporre ai raggruppamenti di operatori economici di assumere una forma giuridica specifica dopo l'aggiudicazione del contratto, nel caso in cui tale trasformazione sia necessaria per la buona esecuzione del contratto;
- possono imporre alle persone giuridiche di indicare, nell'offerta o nella domanda di partecipazione a procedure di aggiudicazione di appalti di servizi e di lavori, nonché di forniture che comportano anche servizi o lavori di posa in opera e di installazione e di concessioni, il nome e le qualifiche professionali delle persone fisiche incaricate di fornire la prestazione relativa allo specifico contratto;
- possono richiedere ai raggruppamenti di operatori economici condizioni per l'esecuzione di un appalto o di una concessione diverse da quelle imposte ai singoli partecipanti, purché siano proporzionate e giustificate da ragioni oggettive.

1.2 Operatori economici per l'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria

Per quanto riguarda le procedure di affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, ai sensi dell'art.46 del D. Lgs. 50/2016, i soggetti ammessi a partecipare a tali procedure sono i seguenti:

a) i prestatori di servizi di ingegneria e architettura: i professionisti singoli, associati, le società tra professionisti di cui alla lettera b), le società di ingegneria di cui alla lettera c), i consorzi, i GEIE, raggruppamenti temporanei fra i predetti soggetti che rendono a committenti pubblici e privati, operando sul mercato, servizi di ingegneria e di architettura, nonché attività tecnico-amministrative e studi di fattibilità economico-finanziaria ad esse connesse, ivi compresi, con riferimento agli interventi inerenti al restauro e alla manutenzione di beni mobili e delle superfici decorate di beni architettonici, i soggetti con qualifica di restauratore di beni culturali ai sensi della vigente normativa²;

b) le società di professionisti: le società costituite esclusivamente tra professionisti iscritti negli appositi albi previsti dai vigenti ordinamenti professionali, nelle forme delle società di persone di cui ai capi II, III e IV del titolo V del libro quinto del codice civile ovvero nella forma di società cooperativa di cui al capo I del titolo VI del libro quinto del codice civile, che svolgono per committenti privati e pubblici servizi di ingegneria e architettura quali studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazioni o direzioni dei lavori, valutazioni di congruità tecnico economica o studi di impatto ambientale;

c) società di ingegneria: le società di capitali di cui ai capi V, VI e VII del titolo V del libro quinto del codice civile, ovvero nella forma di società cooperative di cui al capo I del

² L'elenco dei soggetti andrebbe integrato con i diversi tipi societari di cui al D.M. n. 34 del 2013

titolo VI del libro quinto del codice civile che non abbiano i requisiti delle società tra professionisti, che eseguono studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazioni o direzioni dei lavori, valutazioni di congruità tecnico-economica o studi di impatto, nonché eventuali attività di produzione di beni connesse allo svolgimento di detti servizi;

d) i prestatori di servizi di ingegneria e architettura identificati con i codici CPV da 74200000-1 a 74276400-8 e da 74310000-5 a 74323100-0 e 74874000-6 stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi³;

e) i raggruppamenti temporanei costituiti dai soggetti di cui alle lettere da a) a d);

f) i consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria, anche in forma mista, formati da non meno di tre consorziati che abbiano operato nei settori dei servizi di ingegneria ed architettura.

Ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento di cui al punto che precede, le società, per un periodo di cinque anni dalla loro costituzione, possono documentare il possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti dal bando di gara anche con riferimento ai requisiti dei soci delle società, qualora costituite nella forma di società di persone o di società cooperativa e dei direttori tecnici o dei professionisti dipendenti della società con rapporto a tempo indeterminato, qualora costituite nella forma di società di capitali⁴.

³ I CPV citati si riferiscono al regolamento (CE) n. 2195/2002; i CPV corretti sono: da 71200000-0 a 71541000-2 e da 71610000-7 a 71730000-4 e 79994000-8, in conformità al Regolamento (CE) n. 213/2008 del 28 nov. 2007

⁴In applicazione del principio comunitario che vieta la discriminazione degli operatori economici sulla base della loro forma giuridica, la disposizione è applicabile anche ai soci professionisti operativi delle società di capitali e non può essere applicata ai soci non professionisti delle società di persone, ammessi dal D.M. n. 34 del 2013.

2. GLI ENTI PUBBLICI

Come già precisato nei punti che precedono la definizione di “operatore economico” contenuta all’interno del Codice dei contratti, a seguito del recepimento dalla normativa europea, comprende anche i soggetti di diritto pubblico, quali le amministrazioni e gli enti pubblici, autorizzati a offrire taluni servizi dietro pagamento di un corrispettivo sul mercato, anche occasionalmente, che possono, pertanto, partecipare a gare d’appalto per la prestazione dei medesimi servizi.

Tuttavia, come già chiarito nella parte introduttiva, l’introduzione degli enti pubblici nel novero dei soggetti ammessi a partecipare alle pubbliche gare è stata molto dibattuta, considerata la particolare posizione che assumono tali soggetti nel contesto degli appalti pubblici.

Difatti, una volta acclarato il diritto degli enti pubblici a prendere parte alle procedure ad evidenza pubblica, la giurisprudenza e la dottrina si sono interrogate sui potenziali effetti distorsivi della concorrenza che l’esercizio dell’attività imprenditoriale da parte di tali soggetti avrebbero potuto provocare.

Si è sostenuto, infatti, che, laddove gli enti pubblici nell’esercizio dell’attività imprenditoriale beneficiano di finanziamenti pubblici, non assumono, al pari di altri concorrenti ad una pubblica gara, nella stessa misura il “rischio di impresa”, con la conseguenza che l’offerta presentata da tali soggetti potrebbe godere di una posizione di vantaggio che rischia, in tal modo, di falsare il confronto concorrenziale.

Ipotesi, tuttavia ritenuta inconfidente per il diritto e la giurisprudenza comunitaria, la quale ha riconosciuto che il diritto europeo degli appalti (e in particolare l’art. 1, lett. c,

della direttiva n. 92/50) “autorizza esplicitamente la partecipazione ad una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico di enti finanziati eventualmente mediante fondi pubblici”⁵.

Sul punto, con riguardo alla partecipazione degli enti pubblici alle procedure di appalto, la giustizia amministrativa, richiamando anche la definizione comunitaria di “imprenditore”⁶ ha avuto modo di esplicitare che era da escludersi “ogni aprioristica chiusura delle procedure di affidamento nei confronti di tale ampia categoria di soggetti. ... In sostanza, la definizione comunitaria di impresa non discende da presupposti soggettivi, quali la pubblicità dell’ente o l’assenza di lucro, ma da elementi puramente oggettivi quali l’offerta di beni e servizi da scambiare con altri soggetti.

L’unico limite all’ammissibilità delle offerte di soggetti pubblici non imprenditori può semmai derivare, eventualmente, da clausole statutarie auto-limitative ovvero dallo statuto giuridico proprio di quel tipo di ente (sia esso pubblico o privato) sulla base delle normativa nazionale di riferimento: sarà cioè necessario effettuare, caso per caso, un esame approfondito dello statuto di tali persone giuridiche al fine di valutare gli scopi istituzionali per cui sono state costituite”(TAR Lazio, Roma, sentenza 14 gennaio 2015, n. 539).

I giudici nazionali, pertanto, affermavano che finanche un soggetto pubblico non imprenditore potesse essere legittimato a partecipare alle procedure di evidenza

⁵Corte Giust. UE, 7 dicembre 2000, C-94/99.

⁶ La direttiva 2004/18/CE qualifica come “imprenditore”, “fornitore” “prestatore di servizi” qualsiasi “persona fisica o giuridica o un ente pubblico o un raggruppamento di tali persone o enti che offra sul mercato, rispettivamente, la realizzazione di lavori e/o opere, prodotti o servizi”, senza, quindi, operare alcuna distinzione tra la posizione degli operatori pubblici e quella degli operatori privati.

pubblica, sempre se consentito dalle proprie norme statutarie e nel rispetto dell'ordinamento italiano.

Invero, già la giurisprudenza comunitaria aveva chiarito che **“un soggetto di diritto, segnatamente un ente pubblico, può essere considerato un'impresa unicamente per quanto riguarda una parte delle sue attività, se queste ultime corrispondono a quelle che devono essere qualificate come attività economiche.** Infatti, nei limiti in cui un ente pubblico svolga un'attività economica che può essere dissociata dall'esercizio dei suoi pubblici poteri, in ordine a una siffatta attività tale ente agisce come impresa mentre, qualora la suddetta attività economica sia indissociabile dall'esercizio dei suoi pubblici poteri, tutte le attività svolte da tale ente rimangono attività che si ricollegano all'esercizio dei suddetti poteri” (Corte di Giustizia, sentenza 12 luglio 2012, causa C-138/11).

Del resto, anche nell'affrontare la questione della partecipazione alle gare delle società con capitale interamente pubblico, la giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto che per il diritto dell'UE la proprietà pubblica dell'impresa costituisce, di per sé, un fattore “neutro” rispetto al dispiegarsi della concorrenza (art. 345 TFUE), purché “da ciò non derivino, sotto forma di finanziamenti, affidamenti diretti etc., aiuti idonei di alterare la par condicio fra essa e gli altri operatori”. Le ipotesi in cui l'ordinamento, a tutela della concorrenza, impone a determinate imprese a capitale pubblico divieti di partecipazione alle gare devono, perciò, ritenersi tassative e fra queste “non rientra il caso in cui il capitale della società partecipante alla gara sia di proprietà della stazione appaltante” (TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 10 febbraio 2012, n. 458).

La stessa giurisprudenza che ha affrontato il tema della partecipazione alle gare degli enti pubblici ha più volte evidenziato che, qualora gli stessi non fossero considerati operatori economici, i contratti da essi conclusi con le amministrazioni aggiudicatrici potrebbero sfuggire dalle regole delle procedure di affidamento per essere aggiudicati in via informale⁷.

I segni di tale evoluzione giurisprudenziale emergono evidenti già dalla direttiva 24/14/UE dove, al 31° considerando, si legge che *“il solo fatto che entrambe le parti di un accordo siano esse stesse autorità pubbliche non esclude di per sé l'applicazione delle norme sugli appalti”*.

Fino ad arrivare, da ultimo, all'attuale definizione di operatore economico contenuta nell'art.3, comma 1, lett. p del D. Lgs. 50/2016, laquale comprende, come visto, nella sua elencazione, anche gli enti pubblici.

2.1 Le Università e gli enti di ricerca

L'ammissibilità della partecipazione delle Università e degli Enti di ricerca alle gare pubbliche era già stata definitivamente statuita dalla Corte di giustizia con sentenza del 23 dicembre 2009, C. 305/08, affermando che la nozione di “operatore economico” comprende anche soggetti senza scopo di lucro, che non dispongono di una struttura organizzativa d'impresa e non assicurano una presenza regolare sul mercato.

⁷Ne deriva che ad una maggiore ampiezza della definizione di operatore economico corrisponde una restrizione degli strumenti di collaborazione convenzionale tra amministrazioni e enti pubblici che potrebbero, altrimenti, utilizzare strumenti negoziali quali accordi di cooperazione o accordi di programma, per addivenire, in realtà, all'aggiudicazione di un contratto pubblico.

In tale occasione la Corte ha, fra l'altro, affermato che un'interpretazione restrittiva della nozione di "operatore economico" avrebbe come conseguenza che i contratti conclusi tra amministrazioni aggiudicatrici e organismi che non agiscono in base a un preminente scopo di lucro non sarebbero considerati come "appalti pubblici", potrebbero essere aggiudicati in modo informale e, in tal modo, sarebbero sottratti alle norme comunitarie in materia di parità di trattamento e di trasparenza, in contrasto con la finalità delle medesime norme.

Come efficacemente ricostruito nel Parere dell'Autorità nazionale Anticorruzione del 7 ottobre 2010 avente ad oggetto *"Questioni interpretative concernenti la disciplina dell'articolo 34 del D. Lgs. 163/2006 relativa ai soggetti a cui possono essere affidati i contratti pubblici"*, la Corte, nella sentenza in parola, pur riconoscendo che, in talune circostanze particolari, l'amministrazione aggiudicatrice ha l'obbligo, o quanto meno la facoltà, di prendere in considerazione l'esistenza di aiuti non compatibili con il Trattato, al fine eventualmente di escludere gli offerenti che ne beneficiano, ha affermato che *"le disposizioni della direttiva 2004/18, ed in particolare quelle di cui al suo art. 1, nn. 2, lett. a), e 8, primo e secondo comma, che si riferiscono alla nozione di "operatore economico", devono essere interpretate nel senso che consentono a soggetti che non perseguono un preminente scopo di lucro, non dispongono della struttura organizzativa di un'impresa e non assicurano una presenza regolare sul mercato, quali le università e gli istituti di ricerca nonché i raggruppamenti costituiti da università e amministrazioni pubbliche, di partecipare ad un appalto pubblico di servizi"*.

Ancora la Corte di Giustizia, richiamando diversi precedenti giurisprudenziali, ha

ribadito che a norma del diritto comunitario "è ammesso a presentare un'offerta o a candidarsi qualsiasi soggetto o ente che, considerati i requisiti indicati in un bando di gara, si reputi idoneo a garantire l'esecuzione di detto appalto, in modo diretto oppure facendo ricorso al subappalto, indipendentemente dal fatto di essere un soggetto di diritto privato o di diritto pubblico e di essere attivo sul mercato in modo sistematico oppure soltanto occasionale, o, ancora, dal fatto di essere sovvenzionato tramite fondi pubblici o meno."

L'effettiva capacità di detto ente di soddisfare i requisiti posti dal bando di gara deve essere valutata durante una fase ulteriore della procedura, in applicazione dei criteri previsti agli articoli 44-52 della direttiva 2004/18 (cfr. sentenze *18 dicembre 2007, causa C-357/06, Frigerio Luigi & Co*, *12 luglio 2001, causa C-399/98, Ordine degli Architetti*, *7 dicembre 2000, causa C-94/99*).

La Corte, poi, richiamando l'articolo 4, n. 1, della direttiva 2004/18/CE, precisa che gli Stati membri possono decidere liberamente se autorizzare o meno determinati soggetti, quali le università e gli istituti di ricerca, non aventi finalità di lucro, ma volti principalmente alla didattica e alla ricerca, ad operare sul mercato in funzione della compatibilità di tali attività con i fini istituzionali e statutari che sono chiamati a perseguire. Una volta concessa, però, l'autorizzazione, poi, non si può escludere gli enti in commento dalla partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. Pertanto, alla luce dell'attuale disciplina legislativa, il giudice comunitario conclude che *"la direttiva 2004/18 deve essere interpretata nel senso che essa osta all'interpretazione di una normativa nazionale come quella di cui trattasi nella causa principale che vieti a soggetti che, come le università e gli istituti di ricerca,*

non perseguono un preminente scopo di lucro di partecipare a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, benché siffatti soggetti siano autorizzati dal diritto nazionale ad offrire sul mercato i servizi oggetto dell'appalto considerato."

Pertanto l'ANAC nel sopracitato Parere n. 7/2010, alla stregua dell'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia con la sentenza in esame, conclude affermando che non sembra potersi affermare, in via generale, l'esistenza di un divieto per gli operatori pubblici a partecipare alle procedure ad evidenza pubblica. In sostanza, la definizione comunitaria di impresa non discende da presupposti soggettivi, quali la pubblicità dell'ente o l'assenza di lucro, ma da elementi puramente oggettivi quali l'offerta di beni e servizi da scambiare con altri soggetti, nell'ambito, quindi, di un'attività di impresa che può non essere l'attività principale dell'organizzazione.

Nella sentenza in parola, infatti, i giudici europei hanno precisato che la partecipazione ad un appalto pubblico di servizi deve essere consentita anche a quegli enti che:

- non perseguano un preminente scopo di lucro;
- non dispongano della struttura organizzativa di un'impresa;
- non assicurino una presenza regolare sul mercato.

Tutto ciò a condizione che non esistano espliciti divieti da parte dello Stato, che proibiscano a tali soggetti la partecipazione alle pubbliche gare.

Ebbene, nell'ordinamento italiano la possibilità per le Università, enti pubblici non economici, di operare sul mercato sarebbe, al contrario, espressamente prevista dall'articolo 7, comma 1, lett. c), della legge 168/1989, che include, tra le entrate degli atenei, anche i corrispettivi di contratti e convenzioni, nonché dall'articolo 66, del D.P.R. 382/1980, rubricato "*Riordinamento della docenza universitaria, relativa*

fascia di formazione nonché sperimentazione organizzativa e didattica” che prevede che le Università possano eseguire attività di ricerca e consulenza, stabilite mediante contratti e convenzioni con enti pubblici e privati, con l’unico limite della compatibilità delle suddette attività con lo svolgimento della funzione scientifica e didattica che per gli Atenei rimane prioritaria. Resta ferma la necessità di effettuare, caso per caso, un esame approfondito dello statuto di tali persone giuridiche al fine di valutare gli scopi istituzionali per cui sono state costituite. In sostanza, la stazione appaltante deve verificare se gli enti partecipanti alla gara possano statutariamente svolgere attività di impresa offrendo la fornitura di beni o la prestazione di servizi sul mercato, pur senza rivestire una forma tipicamente imprenditoriale (cfr. Cons. Stato sez. VI 16/6/2009 n. 3897). In altri termini, conclude l’ANAC nel citato parere 7/2010, anche se non ricompresi nell’elenco di cui all’articolo 34 del Codice, qualora i soggetti giuridici in questione annoverino, tra le attività statutariamente ammesse, quella di svolgere compiti aventi rilevanza economica possono, limitatamente al settore di pertinenza, - e se in possesso dei requisiti richiesti dal singolo bando di gara - partecipare a procedure di evidenza pubblica per l’affidamento di contratti aventi ad oggetto servizi compatibili con le rispettive attività istituzionali. È stata quindi ammessa, in via di principio, la partecipazione delle università e degli istituti di ricerca, nonché dei raggruppamenti costituiti da università e amministrazioni pubbliche, nella misura in cui gli stessi siano stati autorizzati dal diritto nazionale, in ragione dei loro fini istituzionali e nel rispetto delle proprie previsioni statutarie, ad offrire sul mercato i servizi oggetto della gara.

3. GLI ENTI NO-PROFIT

Altra questione delicata è quella della partecipazione delle associazioni non riconosciute alle gare d'appalto, argomento raramente esplorato dalla giurisprudenza, data la sua complessità.

Nell'ordinamento giuridico italiano, invero, la disciplina delle organizzazioni che non perseguono scopo di lucro non è oggetto di una trattazione organica, ma si trova frammentata in alcune norme del codice civile e in numerose leggi c.d. speciali⁸.

Intesa in senso ampio, la categoria degli enti *no profit* indica "tutti quei soggetti collettivi, comunque denominati, che – non perseguendo, come le società commerciali, scopi di lucro – reinvestono gli utili all'interno della organizzazione, per il perseguimento degli scopi sociali, senza prevederne una redistribuzione tra gli associati". Vi rientrano, dunque, "le associazioni, riconosciute e non riconosciute, le fondazioni e le società cooperative, disciplinate nel codice civile, nonché – per limitarsi alle forme più rilevanti, che rivestono carattere di specialità rispetto alla disciplina civilistica - alcune forme organizzative caratterizzate dal perseguimento di finalità non egoistiche, cioè non rivolte al beneficio degli associati, e operanti nel campo sociale, civile e

⁸ Tra queste, le associazioni di volontariato di cui alla l. 11 agosto 1991, n. 266 recante la "*Legge quadro sul volontariato*"; le associazioni di utilità sociale cd Onlus, di cui al D. Lgs. 4 dicembre 1997, n. 460, recante "*Riordino della disciplina tributaria degli enti non commerciali e delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale*"; le associazioni di promozione sociale, di cui alla l. 7 dicembre 2000, n. 383, recante "*Disciplina delle associazioni di promozione sociale*"; le cooperative sociali, di cui alla l. 8 novembre 1991, n. 381, recante "*Disciplina delle cooperative sociali*". Queste discipline sono, prevalentemente, dettate allo scopo di riconoscere, alle indicate categorie, agevolazioni e disposizioni di favore sotto il profilo fiscale, tributario, di accesso al credito etc.

culturale, nonché caratterizzate dalla (prevalente) gratuità o spontaneità delle prestazioni rese dagli aderenti”⁹.

Date le peculiari caratteristiche di tali soggetti in una delle prime pronunce sul tema della loro partecipazione alle gare d'appalto, tale possibilità era stata negata dal Consiglio di Stato sulla base del concetto che la partecipazione alle gare comporti un sicuro regime di responsabilità patrimoniale e personale¹⁰.

Tuttavia, con l'evolversi della giurisprudenza, soprattutto sulla spinta di quella comunitaria, gli enti privati che agiscono sul mercato senza il perseguimento di uno scopo di lucro, vengono ormai ricompresi tra i soggetti legittimati a partecipare alle procedure di gara.

Difatti, già in applicazione della disciplina del Codice del 2006, la giurisprudenza amministrativa non rilevava – in linea di principio - la distinzione tra soggetti *profit* e soggetti *no profit*, affermando che anche i soggetti *no profit* rivestono la qualità di imprese (in tal senso, cfr. Tar Veneto, I, sentenza 26 marzo 2009, n. 881).

Successivamente il Consiglio di Stato con la sentenza n. 116 del 15 gennaio 2016, è tornata sulla questione, statuendo che alle associazioni di volontariato non è precluso partecipare agli appalti, ove si consideri che la legge quadro sul volontariato, nell'elencare le entrate di tali associazioni, menziona anche le entrate derivanti da

⁹ ANAC, Parere **AG 24/10**, 8 luglio 2010.

¹⁰ “In base alla definizione comunitaria di appaltatore di servizi, i soggetti ammessi alla contrattazione con le P.A. aggiudicatrici di appalti pubblici di servizi sono circoscritti a quelli che garantiscono un sicuro regime di responsabilità, personale e patrimoniale, e imputazione degli effetti del contratto nonché un'evidente capacità all'attività d'impresa. Pur non potendosi, in astratto, negare tale legittimazione a soggetti privi di personalità giuridica o della qualità di imprenditore, la mancanza congiunta di tali caratteri impedisce di qualificare un soggetto come prestatore di servizi e, quindi, legittimato a concorrere ad una selezione pubblica” (Consiglio di Stato, sentenza, 23 maggio 2003, n. 2785)

attività commerciali o produttive svolte a latere, con ciò riconoscendo la capacità di svolgere attività di impresa; inoltre, le associazioni di volontariato *"possono essere ammesse alle gare pubbliche quali "imprese sociali", a cui il D. Lgs. 24 marzo 2006 n. 155 ha riconosciuto la legittimazione ad esercitare in via stabile e principale un'attività economica organizzata per la produzione e lo scambio di beni o di servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità d'interesse generale, anche se non lucrativa"* (vedi ex multis CdSn283/2013 nonché n.5882/2012)".

Ed ancora, che, in disparte la disciplina giuridica del volontariato, anche in diritto civile il fine di lucro non costituisce un elemento essenziale della nozione di operatore economico, titolare di un'azienda.

Al riguardo, i giudici di Palazzo Spada hanno inteso confermare che " il nostro codice di diritto civile, mentre definisce l'imprenditore come chi esercita professionalmente una attività economica per la produzione o lo scambio di beni e servizi, omettendo qualsiasi indicazione circa il fine di lucro, poi, anche nel disciplinare l'istituto delle società, distingue tra società commerciali con fini di lucro e società cooperative caratterizzate dallo scopo mutualistico."¹¹

¹¹Consiglio di Stato, sent., 116/2016, cit.

Il Centro Sperimentale di Sviluppo delle Competenze nell'area delle Costruzioni "Edil Lab" è promosso dalla Regione Campania e rappresenta uno strumento innovativo di integrazione e interazione tra i diversi attori politico-istituzionali ed economici del territorio, un "luogo" aperto e funzionale a stabili attività di sviluppo del capitale umano, abilitato a programmare iniziative formative e a favorire un sempre più effettivo incontro tra domanda e offerta di lavoro nell'edilizia.

Edil Lab rappresenta un modello innovativo che mette a sistema il mondo delle imprese, l'alta formazione, gli organismi di rappresentanza, l'Università, gli istituti scolastici e la scuola di formazione del settore edile ed ha, tra le principali finalità, l'istituzione di un Osservatorio permanente al fine di monitorare il sistema delle imprese e i fabbisogni di competenze necessari per lo sviluppo e l'incremento della competitività del settore delle costruzioni in Campania.

La collana di monografie, prodotte nell'ambito del Progetto Edil Lab, di cui la presente è parte, costituisce in tal direzione un insieme di vademecum di supporto alle finalità di aggiornamento e sviluppo delle competenze in edilizia.

La presente pubblicazione fa parte di una più ampia produzione – una vera e propria “collana” - di monografie multidisciplinari relativa all’edilizia, realizzata dalle imprese partners del Progetto Edil-lab, che costituisce, nell’insieme, un utile strumento di aggiornamento professionale per gli operatori attivi nel settore delle costruzioni.



Edizioni Graffiti

ISBN 978-8886 98 384 6



9 788886 983846