

## Corte di Giustizia Europea – pronuncia del 23 dicembre 2009

### **Argomento: partecipazione degli enti non profit alle gare di appalto.**

Il Consiglio di Stato chiamato a pronunciarsi, in sede consultiva, nell'ambito di un ricorso straordinario proposto al Capo dello Stato da un raggruppamento interuniversitario escluso da una procedura ad evidenza pubblica, ha sospeso il procedimento e sottoposto alla Corte di Giustizia Europea le seguenti due questioni pregiudiziali:

- 1) Se le disposizioni della direttiva 2004/18 debbano essere interpretate 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.
- 2) Se le disposizioni dell'ordinamento italiano di cui all'art. 3, commi 22 e 19, e all'art. 34 del decreto legislativo 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), che ‘offra sul mercato’, rispettivamente, la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi”*) si pongano in contrasto con la direttiva 2004/18, se interpretate 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.

In merito alla prima questione, la Corte ha concluso che **“le disposizioni della 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, 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”**.

Secondo la Corte, infatti, il legislatore comunitario non ha inteso restringere la nozione di «operatore economico che offre servizi sul mercato» unicamente agli operatori che siano dotati di un'organizzazione d'impresa, né introdurre condizioni particolari atte a porre una limitazione a monte dell'accesso alle procedure di gara in base alla forma giuridica e all'organizzazione interna degli operatori economici. Inoltre, sia dalla normativa comunitaria sia dalla giurisprudenza della Corte, risulta che “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.

In merito al secondo quesito, la Corte ha concluso che **“la direttiva 2004/18 dev’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”**.

La Corte, infatti, afferma che gli Stati membri possono autorizzare o non autorizzare tali soggetti ad operare sul mercato in funzione della circostanza che l’attività in questione sia compatibile, o meno, con i loro fini istituzionali e statutari. Tuttavia, se, e nei limiti in cui, siffatti soggetti siano autorizzati a offrire taluni servizi sul mercato, la normativa nazionale che recepisce la direttiva 2004/18 nel diritto interno non può vietare a questi ultimi di partecipare a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici aventi ad oggetto la prestazione degli stessi servizi. Un simile divieto contrasterebbe infatti con le disposizioni della direttiva 2004/18.

Il giudice del rinvio deve, quindi, interpretare il proprio diritto interno quanto più possibile alla luce del testo e della finalità della direttiva 2004/18, allo scopo di raggiungere i risultati perseguiti da quest’ultima, privilegiando l’interpretazione delle disposizioni nazionali che sia maggiormente conforme a tale finalità per giungere quindi ad una soluzione compatibile con le disposizioni della medesima direttiva e, all’occorrenza, disapplicando ogni contraria disposizione di legge nazionale.