

**Centro Studi
Consiglio Nazionale Ingegneri**

**L'illegittima partecipazione delle Università alle
procedure di affidamento dei contratti pubblici**



(c.r. 310)

Roma, febbraio 2011



CONSIGLIO NAZIONALE DEGLI INGEGNERI

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA - 00186 ROMA - VIA ARENULA, 71

Ing. Giovanni Rolando	Presidente
Ing. Pietro Ernesto De Felice	Vice Presidente
Ing. Alessandro Biddau	Consigliere Segretario
Ing. Carlo De Vuono	Tesoriere
Ing. Giovanni Bosi	Consigliere
Ing. Roberto Brandi	Consigliere
Ing. Ugo Gaia	Consigliere
Ing. Romeo La Pietra	Consigliere
Ing. Giovanni Montresor	Consigliere
Ing.civ.amb.iun. Antonio Picardi	Consigliere
Ing. Sergio Polese	Consigliere
Ing. Alberto Speroni	Consigliere
Ing. Paolo Stefanelli	Consigliere
Ing. Silvio Stricchi	Consigliere
Ing. Giuseppe Zia	Consigliere

Presidenza e Segreteria 00187 Roma - Via IV Novembre, 114

Tel. 06.6976701 Fax 06.69767048

www.tuttoingegnere.it



CENTRO STUDI
CONSIGLIO NAZIONALE DEGLI INGEGNERI

CONSIGLIO DIRETTIVO

Ing. Romeo La Pietra	Presidente
Ing. Giuseppe Zia	Vice Presidente
Ing. Ugo Gaia	Consigliere
Ing. Guido Monteforte Specchi	Consigliere
Ing. Alberto Speroni	Consigliere
Dott. Massimiliano Pittau	Direttore

Sede: Via Dora, 2 - 00198 Roma - Tel. 06.85354739, Fax 06.84241800

www.centrostudicni.it

Il presente testo è stato redatto dal avv. Lorenzo Passeri Mencucci.

INDICE

Premessa e sintesi <i>di Romeo La Pietra</i>	Pag.	1
1. Il quadro normativo	“	6
2. La determinazione n. 7/2010 dell’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici	“	10
3. Le sentenze n. 3638/2010 della VI Sezione e n. 6548/2010 della V Sezione del Consiglio di Stato	“	15
4. Le Università ed il difetto di autorizzazione alla partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici	“	25
5. I limiti alla stipula di “accordi” tra Università e altre pubbliche amministrazioni	“	28

Premessa e sintesi

L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (Avcp) si è occupata più volte, con orientamenti discordanti, della questione inerente la portata dell'art. 34 del Codice degli appalti ed in particolare della riconducibilità o meno delle Università tra i soggetti elencati in tale articolo.

Recentemente, con la determinazione n. 7 del 21/10/2010, L'Autorità ha affermato il diritto delle Università a partecipare alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici ritenendole non solo inquadrate nella nozione di *"operatore economico"* di cui all'art. 3 del D.Lgs. n. 163/2006 ma anche, e soprattutto, *"autorizzate"* alla produzione di beni e servizi da rendere sul mercato. In particolare a suo dire *"...non sembra potersi affermare, in via generale, l'esistenza di un divieto per gli operatori pubblici a partecipare alle procedure di evidenza pubblica"* e comunque, pur riconoscendo la Direttiva 18/2004/Ce *"...agli Stati membri la facoltà di proibire a determinati soggetti di offrire alcuni servizi sul mercato, non sono rinvenibili, attualmente, nell'ordinamento del sistema universitario, norme di tale portata"*.

Dette conclusioni non reggono alla disamina complessiva del quadro normativo di riferimento.

Difatti le Università, così come gli altri enti pubblici, pur se astrattamente configurabili come operatori economici, debbono seguire per l'erogazione di servizi ad altre amministrazioni pubbliche la *"via"* tracciata dal legislatore con l'art. 15 della L n. 241/90 secondo il quale *"le amministrazioni pubbliche possono sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune"*. Esse, dunque, sono chiamate ad operare per accordi e non per **contratti** ai sensi del cui al D.Lgs. 163/2006.

Il nostro ordinamento traccia per le amministrazioni pubbliche un percorso ben preciso (l'accordo) che per natura giuridica, contenuti e modalità di perfezionamento è sostanzialmente incompatibile con il sistema competitivo della gara pubblica. Se l'amministrazione pubblica è chiamata ad operare mediante accordi con le altre amministrazioni pubbliche è evidente che essa non possa discrezionalmente operare scelte diverse.

Peraltro, diversamente ragionando, le amministrazioni pubbliche, pur inquadrare al pari dei soggetti privati nella nozione di operatore economico, verrebbero a godere, potendo scegliere fra due modalità operative (appunto accordi e procedure di gara), di una posizione privilegiata rispetto a quella degli operatori economici "privati", in grado di alterare i principi regolatori del mercato. Si pensi semplicemente alla possibilità di queste ultime di propendere per l'uno o l'altro strumento a seconda delle differenti possibilità, favorevoli o sfavorevoli, di aggiudicarsi la gara.

In conclusione, la presenza, nel nostro ordinamento, di una previsione di carattere generale (art. 15 L. n. 241/90) idonea a configurare una particolare modalità per il raggiungimento di un accordo fra le amministrazioni pubbliche **va letta, come diniego alla partecipazione delle stesse amministrazioni alle procedure di affidamento dei contratti pubblici.**

In quest'ottica va rivalutato il contenuto dell'art. 34 D.Lgs. n. 163/2006 che, difatti, non elenca le Università fra i soggetti ammessi alla partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici in quanto, come precisa il Consiglio di Stato con la sentenza 6548/2010, la normativa in tema di procedure di aggiudicazione *"tende preminentemente a salvaguardare il principio della parità di trattamento tra soggetti privati aventi scopo di lucro"*.

Una volta ricondotto l'azione delle Università nella categoria degli accordi, occorre definirne il limite oggettivo ed in particolare quali siano i servizi che essa potrà essere chiamata ad espletare.

Si è constatato che il limite funzionale all'azione delle Università statuito dal quadro normativo (limite proprio dell'azione di qualsiasi soggetto pubblico chiamato ad operare per il perseguimento delle sole finalità per le quali è stato costituito), impedisce che gli "accordi" tra esse e le altre amministrazioni pubbliche possano includere i beni e servizi di cui all'allegato II del DLGS 163/2006.

Una disamina completa del quadro normativo di riferimento conferma quanto detto; tale quadro si compone non solo della L. n. 168/1989 (artt. 6 e 7) e del DPR n. 382/1980 (art. 66)¹, richiamati dall'Autorità nella sua recente determinazione, ma anche del RD n. 1592/1933.

Si segnala che il primo provvedimento normativo (L. n. 168/1989) appare prima ancora che inidoneo, inconferente a supportare le argomentazioni dell'Autorità. Difatti la capacità d'agire di diritto privato delle Università (ma prima ancora degli enti pubblici) non è mai stata messa in discussione né dalla dottrina, né dalla giurisprudenza; nel caso di specie, tuttavia, la questione da risolvere è quella di verificare la capacità di tali enti di partecipare all'aggiudicazione di commesse pubbliche riconducibili ad uno dei servizi di cui all'allegato II del DLGS 163/2006 e, dunque, quella di verificare se fra le attività istituzionali delle Università possa rientrare o meno anche l'erogazione di detti servizi.

Per risolvere tale questione, molto più significativo è il RD 31/08/1933, n. 1592 recante "*Approvazione del testo unico delle leggi sull'istruzione superiore*" che all'art. 45 fra le disponibilità delle Università ricomprende anche i proventi scaturenti dalle "*prestazioni ed opere che,*

¹ Riguardo a quest'ultima fonte si veda anche Cons. St., Sez. V, sent. 10/09/2010 n. 6548.

*sotto qualsiasi titolo, gli Istituti scientifici possono eseguire.” Il successivo art. 49 prevede che “Gli Istituti scientifici delle Università e degli Istituti superiori, **compatibilmente con la loro funzione scientifica e didattica**, possono eseguire, su commissione di pubbliche amministrazioni o di privati, **analisi, controlli, tarature, prove ed esperienze”** .*

L'elencazione delle citate attività, evidentemente tassativa quanto meno per il profilo tipologico, evidenzia le limitate possibilità di intervento delle Università (prioritariamente preposte all'attività didattica e di ricerca), che non possono estendere il proprio raggio d'azione fino a ricomprendere i servizi di cui all'All. II D.Lgs. n. 163/2006.

Le Istituzioni universitarie hanno quali finalità primarie l'organizzazione e la promozione dell'istruzione superiore e della ricerca, nonché l'elaborazione ed il trasferimento delle conoscenze scientifiche e tecnologiche e, dunque, **solo l'erogazione di servizi connessi a dette finalità potrà (ove previsto dallo Statuto di ciascuna singola Università) essere oggetto di accordo con altre amministrazioni pubbliche.**

In quest'ultimo senso, peraltro, si è recentemente espresso il Giudice Amministrativo il quale ha ritenuto che, in particolare dopo l'entrata in vigore della L. n. 244/2007 (per la fase anteriore, la valutazione è stata rimessa all'Adunanza Plenaria), è preclusa alle Università la costituzione di società (nella fattispecie proprio di 'engineering') “...*aventi ad oggetto l'erogazione di servizi contendibili sul mercato, non rientranti fra le proprie finalità istituzionali*” (Cons. St. SEZ. VI - ORDINANZA 16 FEBBRAIO 2011 N. 970). Di conseguenza, se le Università non possono costituire società con finalità diverse da quelle istituzionali, tanto meno esse possono partecipare direttamente alle procedure di assegnazione di commesse pubbliche.

In conclusione, dunque, la questione circa la possibilità per le Università di partecipare alle procedure di aggiudicazione va risolta in senso negativo in quanto il nostro ordinamento (art. 15, Legge n.



241/1990) nega, alle amministrazioni pubbliche, tale specifica autorizzazione.

In ogni caso, si parli di accordo o di contratto, il margine di azione delle Università nell'erogazione di beni e servizi è assai più circoscritto rispetto a quello degli operatori economici privati, in quanto delimitato esclusivamente al perseguimento delle finalità istituzionali che ne caratterizzano l'azione: la didattica e l'attività di ricerca.

Romeo La Pietra

1. Il quadro normativo

Con la determinazione n. 7 del 21/10/2010, l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici in occasione della disamina dell'art. 34 del D.Lgs. n. 163/2006, è nuovamente intervenuta sulla questione dell'ammissibilità delle Università alle procedure di aggiudicazione in tema di affidamento di appalti pubblici.

Come è noto l'art. 34 del D.Lgs. n. 163/2006, sostituendo l'art. 10 della L. n. 109/1994, ne ha sostanzialmente confermato l'impianto. Esso individua i soggetti che possono partecipare alle procedure di aggiudicazione di appalti e/o concessioni per l'erogazione di beni e servizi pubblici, includendovi:

- a) gli imprenditori individuali, anche artigiani, le società commerciali, le società 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, secondo le disposizioni di cui all'articolo 36;
- 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) del presente comma, anche in forma di società ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile;
 - f) i soggetti che abbiano stipulato il contratto di gruppo europeo di interesse economico (GEIE) ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240;
 - f-bis) operatori economici, ai sensi dell'articolo 3, comma 22, stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi².

L'elencazione di cui sopra (**che non menziona le Università**) è stata per lungo tempo interpretata come **tassativa**. In quest'ottica si è affermato che: *“L'art. 34 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 non contempla gli enti pubblici tra i soggetti a cui possono essere affidati i contratti pubblici; né una tale possibilità può essere evinta facendo riferimento all'art. 3, comma 19, che definisce la figura dell'imprenditore senza escludere espressamente da tale categoria gli enti pubblici; tale ultima tesi non è convincente in quanto la norma richiamata fa riferimento ad una nozione di imprenditore quale soggetto che "offre sul mercato la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi", configurandolo alla stregua di un operatore economico ben diverso dalla natura e dalla funzione propria di un ente pubblico; del resto, tale norma assume più che altro una portata definitoria generale, mentre è solo l'art. 34 che individua i soggetti che possono assumere contratti pubblici, categoria in cui non figurano in alcun modo gli enti pubblici. Ne consegue che va annullato il bando per l'affidamento di un appalto pubblico, nella parte in cui consente agli enti pubblici di partecipare alla*

² Quest'ultima lettera è stata aggiunta dalla lettera g) del comma 1 dell'art. 1, D.Lgs. 11 settembre 2008, n. 152 (Gazz. Uff. 2 ottobre 2008, n. 231, S.O.).

gara” (T.A.R. Campania Napoli Sez. I, 20/03/2007, n. 2507 per quanto non mancassero sporadiche iniziative di segno opposto³).

L'esigenza di garantire una maggiore compatibilità del nostro ordinamento con la normativa comunitaria, che con la Direttiva 2004/18/Ce ha sostituito la nozione di imprenditore e di impresa (di cui alle Direttive 92/50 e 93/37) con quella di *“operatore economico”*, è stata recepita dal D.Lgs. n. 163/2006 che all'art. 3, comma 22 include una definizione di *“operatore economico”* capace di ricomprendere quella di *“imprenditore”* e *“prestatore di servizi”*.

Alla stregua di detta novità normativa si è affermato che: *“Ai sensi dell'art. 3, c. 19 e 20, del D.Lgs. n. 163/2006, e dell'art. 1, c. 8, 4 e 44 della Direttiva n. 2004/18/CE, per imprenditore deve intendersi qualsiasi operatore economico, persona fisica o giuridica, che offra sul mercato lavori, prodotti o servizi, secondo un principio di libertà di forme. Ne consegue che l'elenco dei soggetti ammessi alle gare, di cui all'art. 34 del codice dei contratti pubblici - D.Lgs. n. 163/2006, non è da considerarsi tassativo, per cui la partecipazione alle gare deve essere consentita anche a quei soggetti economici senza scopo di lucro, come le fondazioni, che possono soddisfare i necessari requisiti ed essere qualificati come imprenditori, fornitori o prestatori di servizi”*(Cons. Stato Sez. VI Sent, 16/06/2009, n. 3897; Cons. Stato Sez. V, 24/11/2009, n. 7347).

Fautrice di tale spinta *“estensiva”* che ha portato al superamento della nozione *“classica”* di impresa è stata principalmente la Corte di Giustizia che, ispirandosi ai principi della concorrenza e della libera circolazione di beni e servizi, è andata oltre il mero dato letterale, legittimando il superamento dei tipici requisiti che connotano l'impresa, quali la finalità di lucro e l'organizzazione professionale per l'esercizio di una determinata attività, ammettendo alle procedure di aggiudicazione anche i soggetti che ne sono privi.

³ T.A.R. Veneto Venezia Sez. I, 26-06-2006, n. 1899.



L'argomento sul quale poggia la tesi "estensiva" del Giudice Comunitario, s'incentra su di una visione sostanziale, e non meramente formale, della nozione di impresa; ossia, una nozione che rinviene il proprio tratto caratterizzante nella sola capacità del soggetto di erogare beni e servizi sul mercato a prescindere da qualunque altro presupposto (*ex multis*: Corte Giustizia UE sentenze 01/07/2008, C-49/07; 10 gennaio 2006, C-222/04; 29 novembre 2007, C-119/06).

Anche in quest'ottica, tuttavia, la Corte si è premurata di affermare, in coerenza con il dettato dell'art. 4, par. 1 della Direttiva 2004/18, che l'ammissione alle procedure di aggiudicazione potrà avvenire solo "**nei limiti in cui siffatti soggetti siano autorizzati a offrire taluni servizi sul mercato**" lì dove per autorizzazione deve intendersi una legittimazione del soggetto (evidentemente ad offrire beni e servizi sul mercato) da parte dell'ordinamento interno.

La questione relativa alla possibile partecipazione delle Università alle procedure di aggiudicazione va, dunque, esaminata sotto due aspetti: quello della portata estensiva della nozione di "operatore economico" e quello della presenza di una esplicita autorizzazione dell'ordinamento giuridico in favore delle stesse.

2. La determinazione n. 7/2010 dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici

L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (Avcp) si è occupata più volte, con orientamenti discordanti, della questione inerente la portata dell'art. 34 del Codice degli appalti ed in particolare della riconducibilità o meno delle Università tra i soggetti elencati da tale articolo.

Con una prima deliberazione, la n. 119 del 18/04/2007, ha ritenuto essenziale, ai fini della partecipazione ad una procedura di aggiudicazione, *“l'esercizio professionale di una attività economica”*, **escludendo** le Università dal novero dei soggetti ammessi a tali procedure.

Con un successivo parere pre-contenzioso, n. 127 del 23/04/2008, nell'esaminare la questione della partecipazione alle gare di soggetti privati connotati dall'assenza di uno *“scopo di lucro”*, ha invece ritenuto ammissibile la loro partecipazione alle procedure di evidenza pubblica anche ai sensi dell'art. 34 D.Lgs. n. 163/2006 in quanto *“la nozione di impresa comprende qualsiasi ente che esercita una attività economica consistente nell'offerta di beni e servizi su di un determinato mercato, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento”*.

Con la determinazione n. 7 del 21/10/2010⁴ ha affermato il diritto delle Università a partecipare alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici non solo inquadrando come *“operatore economico”*, ai sensi dell'art. 3 del D.Lgs. n. 163/2006, ma anche (anzi soprattutto), reputando esistente quella *“autorizzazione”* dell'ordinamento alla produzione di beni e servizi da rendere sul mercato.

⁴ Come si vedrà *infra*, l'Avcp si rifà alla sentenza n. 3638 dell'8/6/2010 della VI Sezione del Consiglio di Stato con la quale è stata decisa una controversia che la vedeva direttamente coinvolta.

In particolare nella citata determinazione n. 7/2010, l'Autorità si sofferma dapprima sulla distinzione fra la nozione di impresa e quella di operatore economico affermando che: *"...non sembra potersi affermare, in via generale, l'esistenza di un divieto per gli operatori pubblici a partecipare alle procedure di 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"*.

L'Autorità si riferisce ai principi affermati dalla Corte di Giustizia Ce (con la sentenza del 23/12/2009 C_305/08) ritenendo che l'ambito soggettivo dell'art. 34 del Codice vada delimitato alla luce della nozione di *"operatore economico"* che presenta margini di flessibilità sicuramente più ampi rispetto a quella di *"imprenditore"*. Ne conseguirebbe, dunque, che potrebbero essere ammessi a partecipare alle procedure di aggiudicazione anche quei soggetti (pubblici e/o privati) che, pur non essendo imprenditori, siano comunque in grado, anche solo occasionalmente, di eseguire la prestazione oggetto dell'appalto.

Per quanto concerne, poi, il profilo relativo alla *"autorizzazione dell'ordinamento giuridico"* in favore delle Università, l'Avcp ritiene di non poter rinvenire nell'ordinamento alcuna limitazione circa la facoltà di queste ultime di offrire beni e servizi sul mercato. In proposito essa precisa che: *"Sebbene, infatti, la risposta al secondo quesito attribuisca agli Stati membri la facoltà di proibire a determinati soggetti di offrire alcuni servizi sul mercato, non sono rinvenibili, attualmente, nell'ordinamento del sistema universitario, norme di tale portata. Al contrario, la possibilità per le Università di operare sul mercato sarebbe 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**".*

I contenuti della determinazione n. 7/2010 presentano più di un profilo di criticità.

Occorre in primo luogo evidenziare che il richiamo degli orientamenti giurisprudenziali che pur hanno prestato attenzione all'interpretazione della disposizione normativa, sì come avvenuto nella determinazione n. 7/2010 è assolutamente parziale.

Basti considerare che a fronte di un orientamento della giurisprudenza, che ha tracciato il solco nel quale si muove la determinazione n. 7/2010, è possibile accostarne uno successivo (in particolare Cons. St., Sez. V, sent. 10/09/2010 n. 6548) che, pur valorizzando l'elasticità della nozione di operatore economico, riconduce il negozio stipulato fra le amministrazioni pubbliche alla nozione di "accordo" (in particolare quella di cui all'art. 15 della l. n. 241/90), distinta rispetto a quella di "contratto", negando, dunque, nei rapporti fra amministrazioni pubbliche la sussistenza di un appalto pubblico e, dunque, la necessità (evidentemente prodromica) di esperire procedure di evidenza pubblica.

Certo che, in quest'ultimo caso, occorre comunque prendere atto e chiarire il significato della interpretazione della giurisprudenza comunitaria

È, difatti, certamente noto il precedente della Corte di Giustizia, pur richiamato nella determinazione n. 7/2010, che tende a ricondurre alla

nozione di “*appalto pubblico*” anche l'accordo concluso fra due amministrazioni aggiudicatrici⁵. Il timore (perché di questo si tratta) che regge detta impostazione è quello di creare un *vulnus* all'ambito di applicazione delle procedure competitive. Difatti una interpretazione restrittiva della nozione di “*operatore economico*”, tale da escludere gli organismi pubblici e/o che comunque operano senza un preminente scopo di lucro, avrebbe invece come conseguenza che i contratti conclusi tra amministrazioni aggiudicatrici e organismi che non agiscono in base ad un preminente scopo di lucro “*...non sarebbero considerati come appalti pubblici e potrebbero essere aggiudicati in modo informale e, in tal modo, sarebbero sottratti alle norme comunitarie in materia di parità di trattamento e di trasparenza*”.

Si potrebbe, però, argomentare in contrario che potrebbe essere proprio questo l'obiettivo del legislatore nazionale, ossia quello di tracciare un percorso privilegiato nei rapporti fra pubblica amministrazioni tale da escludere il ricorso alle procedure competitive. Siffatto obiettivo, se collegato alla questione della autorizzazione di cui sopra, sembra essere coerente con il quadro normativo di riferimento, molto più di quanto non sia il ragionamento dell'Autorità.

Non si può negare che il nostro ordinamento interno riconduca alla fattispecie dell' “*accordo*” l'intervenuto incontro delle volontà di due soggetti pubblici, negando dunque che per esso possa parlarsi *sic et simpliciter* di “*contratto*”. In quest'ottica l'orientamento recepito dall'Autorità necessiterebbe di una ulteriore riflessione in ordine alla compatibilità di detta configurazione (come “*accordo*”) con la normativa comunitaria in tema di appalto.

⁵ La Corte di Giustizia (sent. 23/12/2009 C-305/08) precisa che: “*la normativa comunitaria in materia è applicabile qualora il soggetto con cui un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere un contratto a titolo oneroso sia a sua volta un'amministrazione aggiudicatrice.*”.



Occorre domandarsi, cioè, se la specifica individuazione come *accordo*, e non come *contratto*, dell'incontro della volontà di due organismi pubblici, possa integrare gli estremi di un generale difetto di autorizzazione (nel senso richiesto dalla normativa comunitaria) delle Università di partecipare agli affidamenti di contratti pubblici.

La disamina di tali orientamenti assume, dunque, una fondamentale importanza.

3. Le sentenze n. 3638/2010 della VI Sezione e n. 6548/2010 della V Sezione del Consiglio di Stato

Con la sentenza n. 3638/2010, la VI Sezione del Consiglio di Stato è intervenuta a risolvere una controversia insorta fra l'Avcp ed un operatore economico avente la forma giuridica della *società semplice* che, in seguito ad una operazione di cessione di ramo d'azienda di altra società, aveva ottenuto la qualificazione SOA per le categorie OG13 ed OS24. Oggetto del contendere erano le Note (note del 4 marzo 2004 e del 5 luglio 2005) con le quali l'Autorità invitava la SOA a revocare l'attestazione rilasciata alla società; revoca poi effettivamente disposta con nota dell'8 luglio 2005. La Società impugnava tali provvedimento davanti al TAR Veneto che con la sentenza n. 1899/2006, anticipando le future statuizioni della giurisprudenza comunitaria, annullava detti provvedimenti (ivi inclusi quelli dell'Autorità) sostenendo che: "... l'art. 10, l. n. 109/1994, e l'art. 34, del sopravvenuto d.lgs. n. 163/2006, nella parte in cui consentono la partecipazione alle gare di appalto alle sole società commerciali con esclusione delle società semplici, si porrebbero in contrasto con le direttive comunitarie in materia, e segnatamente la direttiva 93/37/CEE e la direttiva 2004/18/CE, che contengono una nozione ampia di operatore economico, e che vietano agli Stati membri di esigere una particolare forma giuridica dell'operatore economico per la partecipazione alle gare di appalto".

L'Autorità proponeva appello davanti al Consiglio di Stato sostenendo, e da qui l'importanza della sentenza ai nostri fini, come la questione di diritto sollevata dalla vicenda si collegasse direttamente alla portata dell'art. 34 del D.Lgs. n. 163/2006. In particolare, come precisato nella sentenza in esame, la questione oggetto della controversia "...attiene non tanto ai soggetti ammessi alle gare di appalto, quanto alla capacità di tali soggetti regolata non dal diritto comunitario, ma dal diritto nazionale

e, in Italia, dal codice civile". Secondo il Consiglio di Stato ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici è, dunque, irrilevante la veste giuridica-formale del soggetto agente (ente privato, pubblico avente e/o non avente una struttura organizzativa imprenditoriale ecc.), mentre assume una importanza centrale verificarne la capacità giuridica per esercitare l'attività oggetto di affidamento. A tale fine, spetta **all'ordinamento giuridico interno**, e non a quello comunitario, individuare i contenuti della *"capacità d'agire"* necessaria per la partecipazione alle procedure di aggiudicazione.

Il Consiglio di Stato prende le mosse del proprio ragionamento dall'art. 10 della l. n. 109/94 (oggi art. 34 D.LGs. n. 163/2006) ritenendo che esso escluda i soli soggetti che non abbiano la capacità giuridica per esercitare l'attività imprenditoriale e non semplicemente i soggetti che non siano imprenditori sotto il profilo formale. Tuttavia, precisa il Giudice Amministrativo, ai fini della individuazione della capacità di un soggetto di partecipazione ad una procedura di evidenza pubblica è indispensabile quanto statuito dall'art. 4 della Direttiva 2004/18/Ce ossia **l'autorizzazione**, in base alla normativa dello Stato membro di appartenenza, a fornire la prestazione oggetto di appalto. In sintesi, il Consiglio di Stato ha sostenuto che: *"...sia dal silenzio della direttiva 93/37/CEE, sia dalla regola espressa dettata dall'art. 4, par. 1, direttiva 2004/18/CE, si desume che un conto è la libertà di forme dei soggetti che partecipano alle gare di appalto, un conto è la loro capacità giuridica, in quanto gli Stati membri possono vietare a determinate categorie di soggetti, in astratto rientranti nella nozione di operatore economico, l'esercizio di attività imprenditoriali"*.

A riprova dell'incertezza che regna in materia, va segnalato che da tale orientamento, fatto proprio dall'Avcp nella Determinazione n. 7/2010, ha tuttavia preso le distanze lo stesso Consiglio di Stato con un successivo pronunciamento (sentenza n. 6548 del 10/09/2010). Con tale sentenza il Giudice amministrativo nega la natura giuridica di un *"contratto di appalto"*

pubblico” all’accordo concluso fra un Comune ed una Università avente ad oggetto l’affidamento, a quest’ultima, dell’incarico di studio e consulenza per la predisposizione di un piano urbanistico e nega, altresì, che osti a detta ricostruzione il timore (pur richiamato dall’Autorità) che così facendo (ossia non riconducendo nell’alveo dei *contratti*, gli *accordi* fra p.a.) verrebbero illegittimamente sottratte dette commesse all’evidenza pubblica.

Difatti, nel richiamare i precedenti giurisprudenziali della Corte di Giustizia (ed in particolare proprio la sentenza della Corte di Giustizia n. C-305/08 del 23/12/2009 della quale si è detto sopra), il Consiglio di Stato ha precisato che detta pronuncia si è in verità occupata **principalmente** di definire, ampliandolo, il concetto di *“operatore economico”* e che solo incidentalmente, e dunque marginalmente, si è occupata della questione inerente la natura giuridica dell’accordo fra pubbliche amministrazioni. In particolare si afferma che: *“si tratta all’evidenza di una argomentazione del tutto incidentale che non appare sorretta dall’usuale supporto argomentativo, tenuto anche conto dei precedenti arresti della medesima Corte”*.

A quest’ultimo proposito il Consiglio di Stato richiama la sentenza del 18/12/2007 C-532/03 (cui rinvia il Consiglio di Stato anche nella sentenza n. 4539 del 13/07/2010) con la quale la Corte di Giustizia ha ritenuto non contrastante con gli obblighi nascenti dal Trattato, un accordo fra un’amministrazione pubblica ed il servizio dei vigili del fuoco a Dublino per l’espletamento del servizio di trasporto d’urgenza in ambulanza benché fosse erogato un contributo destinato a coprire i costi del servizio. In proposito la Corte ha osservato che: *“la semplice esistenza fra due enti pubblici di un meccanismo di finanziamento riguardante servizi di tal genere non implica che le prestazioni di servizi in **questione rappresentino un’aggiudicazione di appalti pubblici che debba essere esaminata alla luce delle norme fondamentali del Trattato”***.

È interessante notare che la sentenza n. 6548/2010 richiama a supporto del proprio ragionamento (che nega la configurabilità come contratto e quindi come appalto dell'accordo fra due amministrazioni) proprio l'art. 66 del DPR n. 382/1980 che, invece l'Autorità di Vigilanza, nella determinazione n. 7/2010, ha posto a sostegno della tesi della esistenza dell'autorizzazione di cui all'art. 4 Direttiva 2004/18/Ce.

Confrontando le due pronunce del Consiglio di Stato anche solo sulla base dei principi statuiti, emerge una contraddittorietà di posizioni. Difatti una volta premessa la distinzione fra l'accordo ed il contratto di appalto (solo per quest'ultimo è necessario il previo esperimento dell'evidenza pubblica) qualora si affermasse che l'Amministrazione pubblica sia inquadrabile come un operatore economico essa, ove autorizzata, potrebbe partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici ma, proprio in conseguenza di tale posizione essa non potrebbe mai risultare affidataria diretta di tali commesse sulla base di un "semplice" *accordo* se non in spregio dei principi di trasparenza e *par condicio* con gli altri operatori che, evidentemente, non godono dei medesimi privilegi.

Tuttavia la contraddittorietà è superabile inquadrando meglio il perimetro delle questioni affrontate, sì come fatto dal Consiglio di Stato con la sentenza 6548/2010.

La sentenza della Corte di Giustizia C-305/08 del 2009, richiamata dall'Autorità, in verità non si premura di indagare la natura giuridica degli accordi fra pubbliche amministrazioni, né tanto meno, ne afferma la natura contrattuale, ma indaga la questione della nozione di operatore economico dandone una interpretazione estensiva; solo a supporto di tale argomentazione afferma che, diversamente ragionando, ogni accordo fra amministrazioni pubbliche ed organismi, per il sol fatto che questi ultimi non agiscono per finalità di lucro, sarebbero configurabili come meri

accordi e sottratti alle norme del Trattato. La Corte di Giustizia, però, non esamina gli effetti dell'art. 15 della L n. 241/90

La sentenza evidentemente non tratta della questione giuridica dell'*accordo*, ma semplicemente degli effetti distorsivi (e per certi versi paradossali) cui potrebbe condurre una interpretazione eccessivamente restrittiva della nozione di *operatore economico*, facendo salvo però quanto previsto dagli Stati membri che potrebbero anche negare l'autorizzazione di tali soggetti pubblici ad operare come soggetti privati.

Sulla distinzione fra appalto ed accordo e sulla natura giuridica di quest'ultimo interviene, invece, la citata sentenza della Corte di Giustizia del 2007 C-523/03 la quale sottolinea che non automaticamente un accordo, ancorché provvisto di un meccanismo di finanziamento, possa essere inquadrato nella categoria degli appalti.

Affermare (come la Corte di Giustizia afferma), in particolare, che un ente pubblico potrebbe essere anche inquadrato come *operatore economico* a condizione che l'ordinamento interno lo autorizzi in tal senso, vuol significare che **non tutti gli Enti pubblici sono automaticamente operatori economici e che**, conseguentemente (ove non siano operatori economici), gli accordi da essi stipulati **non siano automaticamente riconducibili alla categoria del contratto pubblico (appalto e/o altra tipologia) e dunque possano anche sfuggire all'applicazione delle regole sugli appalti pubblici.**

Alla luce di quanto sopra è dunque possibile affermare che l'elemento di raccordo e sintesi dei contrapposti orientamenti può rinvenirsi nella necessaria "*autorizzazione*" da parte dell'ordinamento interno cui fanno riferimento sia la Corte di giustizia che la normativa europea in tema di contratti pubblici. Solo in presenza di una autorizzazione da parte dell'ordinamento interno un Ente potrà configurarsi anche come un operatore economico e, dunque, partecipare ad una procedura di aggiudicazione. Qualora, tuttavia, **una norma interna**

ricosca in via generale la natura giuridica di accordo alle intese stipulate fra determinati Enti pubblici dove l'ente committente seleziona fiduciarmente l'Ente erogante, essa esclude indirettamente che in tali casi operino le procedure di aggiudicazione. In questi casi l'ordinamento interno nega implicitamente ai suddetti Enti l'autorizzazione alla partecipazione alle procedure di aggiudicazione. **E' proprio questa, la posizione che ricoprono le Università nel nostro ordinamento.**

Resta chiaramente da esaminare la questione relativa alla individuazione delle attività, si tratti di accordo e/o di contratto, che gli enti pubblici possono esercitare.

È peraltro evidente che se agli enti pubblici sarà reso possibile erogare servizi in favore di altre amministrazioni pubbliche mediante la stipula di "accordi", al di fuori quindi di una procedura di evidenza pubblica, questo non potrebbe che essere l'unico canale di accesso allo svolgimento di attività a favore delle pubbliche amministrazioni.

Il nostro ordinamento, dunque, traccia per le amministrazioni pubbliche un percorso ben preciso (l'accordo) che per natura giuridica, contenuti e modalità di perfezionamento è sostanzialmente incompatibile con il sistema competitivo della gara pubblica. In estrema sintesi, se l'amministrazione pubblica è chiamata dall'ordinamento ad operare mediante accordi con le altre amministrazioni pubbliche è evidente che essa non può discrezionalmente operare scelte diverse.

Peraltro diversamente ragionando (ammettendo anche la partecipazione agli affidamenti di contratti in qualità di operatori economici) si verrebbe a configurare una posizione di evidente privilegio dei suddetti enti pubblici rispetto agli operatori privati che non possono essere (fatti salvi i limitati casi previsti dalla legge) affidatari diretti delle commesse pubbliche. È difatti evidente che se un ente pubblico venisse inquadrato come operatore economico, ed in quanto tale ammesso a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici,

l'ordinamento interno non potrà ammettere anche il loro accesso privilegiato ai medesimi incarichi mediante la stipula di "accordi" diretti con la pubblica amministrazione se non a pena della violazione del principio della *par condicio*.

Non a caso la giurisprudenza (anche europea) ha sottolineato che queste particolari forme di cooperazione fra amministrazioni pubbliche (tramite la stipula di "accordi") non mettono in discussione la libera circolazione di beni e servizi tutelata dalle norme comunitarie in materia di appalti pubblici, in quanto esse sono rette unicamente da considerazioni e prescrizioni connesse al perseguimento d'interessi pubblici. Considerazioni che non riguardano le imprese private, chiamate ad operare nella generalità dei casi secondo le norme del Trattato e senza alcuna posizione privilegiata rispetto alla concorrenza (Corte di Giustizia Ce 09/06/2009 C-480/06).

Il concetto è meglio specificato dal Consiglio di Stato (Sent n. 6548/2010) secondo cui: *"la pronuncia ...attribuisce rilievo al perseguimento degli obiettivi di interesse pubblico mediante **accordi** tra pubbliche amministrazioni e ne valuta la compatibilità con la normativa comunitaria, in quanto la stessa tende preminentemente a salvaguardare il principio della parità di trattamento fra soggetti privati aventi scopo di lucro"*.

La partecipazione degli enti pubblici, quali le Università, ad una procedura di aggiudicazione impone la sussistenza di una autorizzazione da intendersi come "capacità d'agire" desumibile dall'ordinamento giuridico interno visto che *"... gli Stati membri possono vietare a determinate categorie di soggetti, in astratto rientranti nella nozione di operatore economico, l'esercizio di attività imprenditoriali"* (Cons. St., Sez. VI, sent. n. 3638/2010).

L'autorizzazione, sì come la sua assenza, dovrà essere desunta dall'ordinamento giuridico complessivamente considerato; ai fini di questa

rilevazione appare chiaro che si dovrà ritenere equivalente ad un implicito diniego di autorizzazione, la sussistenza di previsioni normative che palesino una incompatibilità delle amministrazioni pubbliche (le Università) a partecipare alle procedure di evidenza pubblica.

Nel nostro ordinamento, l'art. 15 della L. n. 241/90, espressamente rende possibile la conclusione di accordi fra le pubbliche amministrazioni per la regolamentazione di affari di comune interesse ed attribuisce alle amministrazioni pubbliche una posizione di privilegio rispetto agli operatori privati operanti nel mercato delle commesse pubbliche. **Sono proprio le norme di cui al citato articolo che estrinsecano la volontà del legislatore di circoscrivere l'azione delle Amministrazioni pubbliche negando, indirettamente, l'autorizzazione ad operare sul mercato come operatori economici e partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici.**

È chiaro che l'accordo di cui all'art. 15 non è accostabile a quella di cui all'art. 11 della L. n. 241/90 che disciplina gli accordi fra la pubblica amministrazione ed i soggetti privati. Potrebbe difatti obiettarsi che la conclamata agevolazione riservata dall'art. 15 L. n. 241/90 alle pubbliche amministrazioni non sia poi tale visto che anche l'art. 11 della medesima L. n. 241/90 regola e rende possibili anche "accordi" fra una pubblica amministrazione ed un soggetto privato.

Tuttavia, come detto, le due fattispecie non vanno confuse differenziandosi sia per i contenuti che per il procedimento che ne connota la formazione. Difatti l'accordo tra amministrazioni pubbliche e privati ha ad oggetto i contenuti di un provvedimento e non anche la disciplina del rapporto tanto è vero che (per quanto concerne il secondo profilo) essa dovrà essere preceduta da una determinazione dell'organismo competente all'adozione del provvedimento; in ogni caso la stipula dell'accordo dovrà avvenire "senza pregiudizio dei diritti dei terzi" e dunque degli altri operatori economici operanti sul mercato; di

conseguenza tale tipologia di accordo non potrà mai avere ad oggetto l'erogazione di un servizio pubblico riconducibile alle categorie di cui all'All. II al D.Lgs. n. 163/2006 e per i quali è previsto l'esperimento di una procedura di affidamento.

In quest'ottica assume un suo preciso significato anche l'art. 34 del D.Lgs. n. 163/2006 e successive modifiche, che pur interpretato alla luce di una nozione amplificata di *operatore economico*, conserva il suo significato originario aprendo le commesse pubbliche **esclusivamente** agli operatori economici privati, giusto l'implicito, ma sostanziale, difetto di autorizzazione degli operatori economici pubblici alla partecipazione agli affidamenti pubblici.

Non a caso, l'art. 90 del D.Lgs. n. 163/2006 (riproducendo pedissequamente una norma presente fin dalla originaria versione dell'art. 17 della L. n. 109/1994) prevede espressamente che i servizi tecnici di progettazione possano (debbono in via prioritaria) essere espletati dagli *“organismi di altre pubbliche amministrazioni di cui le singole stazioni appaltanti possono avvalersi per legge”*.

Il sistema, ove letto alla luce dei principi di cui sopra, assume ora piena coerenza.

Le Amministrazioni pubbliche non sono inquadrare dal nostro ordinamento come operatori economici **autorizzati** alla partecipazione alle procedure di evidenza pubblica; non per questo esse sono prive di una propria capacità negoziale (garantita dall'art. 15 della L. n. 241/1990) che, però, si estrinseca **esclusivamente** nella forma dell'*accordo*.

Peraltro, premesso che l'autorizzazione è l'atto con il quale la pubblica amministrazione rimuove un limite all'esercizio di un determinato diritto, sarà necessario valutare, di volta in volta, la portata di detta autorizzazione al fine di comprendere quali siano i margini di azione del soggetto pubblico autorizzato alla stipula di "accordi" con altre



amministrazioni pubbliche; in quest'ottica deve leggersi anche l'obbligo (richiamato dall'Autorità) dell'amministrazione aggiudicatrice di effettuare, caso per caso, un esame approfondito dello statuto delle persone giuridiche al fine di valutarne gli scopi istituzionali.

4. Le Università ed il difetto di autorizzazione alla partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici

L'Avcp, nella determinazione n. 7/2010, pur constando la sussistenza di una pluralità di orientamenti in merito alla questione dell'ammissibilità degli enti pubblici alle procedure di aggiudicazione, non ne traccia un quadro esaustivo, limitandosi a recepire la nozione di *operatore economico* assunta dalla Corte di Giustizia. Sulla base di tale recepimento, l'Avcp ritiene erroneamente che le Università, ricondotte alla nozione di operatore economico, siano "autorizzate" dal nostro ordinamento a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici. Nella verifica dell'esistenza di tale autorizzazione, si limita a considerare, però, solo due provvedimenti normativi: la L. n. 167/1989 istitutiva del MIUR ed il DPR 382/1990 recante *"Riordinamento della docenza universitaria, relativa fascia di formazione nonché sperimentazione organizzativa e didattica"*.

In particolare essa sostiene che: *"non sono rinvenibili, attualmente, nell'ordinamento del sistema universitario, norme di tale portata. Al contrario, la possibilità per le Università di operare sul mercato sarebbe 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"*.

Dette conclusioni non reggono alla disamina complessiva del quadro normativo di riferimento.

Difatti, alla luce dei principi di cui sopra, le Università, così come gli altri enti pubblici, pur astrattamente configurabili come operatori economici, sono indiscutibilmente assoggettabili alla previsione di cui all'art. 15 della L. n. 241/90 secondo il quale *“le amministrazioni pubbliche possono sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune”*; esse godono perciò di un “percorso” già tracciato dal legislatore, evidentemente privilegiato rispetto a quello delle procedure di evidenza pubblica, ma che essenzialmente ne rende inconciliabile la partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici.

La presenza, nel nostro ordinamento, di una previsione di carattere generale (art. 15 L. n. 241/90), valutata con riferimento alla questione della sussistenza o meno dell'autorizzazione richiesta dalla normativa comunitaria, non potrebbe non essere letta, argomentando *a contrario*, che come un generale “diniego di autorizzazione” delle Amministrazioni pubbliche ad agire come operatori economici nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica per l'affidamento di commesse pubbliche.

Inoltre, a voler diversamente ragionare, si dovrebbe peraltro ammettere l'esistenza di un sistema normativo che legittimi una evidente posizione di disuguaglianza sostanziale fra operatori economici in quanto ne agevolerebbe alcuni (soggetti pubblici che non operano professionalmente come imprese) a discapito di altri, operatori privati, che non possono usufruire di tali “canali privilegiati” per la fornitura di beni e servizi in favore di altre amministrazioni pubbliche. Posizione evidentemente discriminatoria e contraddittoria rispetto al postulato di parità incentrato sulla riconducibilità degli enti pubblici e delle imprese private all'interno di una stessa categoria soggettiva (appunto quella degli operatori economici).



In quest'ottica dovrebbe essere rivalutato anche il contenuto dell'art. 34 D.Lgs. n. 163/2006 che, non a caso, non elenca le Università fra i soggetti ammessi alla partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici. Esso si mostra coerente con la finalità propria della normativa in tema di procedure di aggiudicazione che, come precisa il Consiglio di Stato con la citata sentenza 6548/2010, *“tende preminentemente a salvaguardare il principio della parità di trattamento tra soggetti privati aventi scopo di lucro”*.

In conclusione, le Università sono solo astrattamente riconducibili alla categoria dell'operatore economico nell'accezione estensiva che ne dà l'Avcp, in quanto l'accesso alla fornitura di beni e servizi ad altre amministrazioni pubbliche è loro consentito esclusivamente attraverso un canale diverso, e per certi versi privilegiato, che è quello dell'**accordo** di cui all'art. 15 della Legge 241/90 e non quello del **contratto** di cui al D.Lgs. 163/2006.

5. I limiti alla stipula di “accordi” tra Università e altre pubbliche amministrazioni

Resta, infine, da approfondire quali siano i limiti oggettivi dell'azione degli Enti pubblici che operino mediante accordi ed in particolare se essi possano o meno espletare tutti i servizi indicati nell'all. II del D.Lgs. n. 163/2006.

In generale il principio di legalità, che sovrintende l'azione amministrativa nel nostro ordinamento, impone che i soggetti pubblici possano agire esclusivamente per il perseguimento delle finalità per le quali sono stati istituiti; qualsiasi sviamento in tal senso configura un vizio di illegittimità censurabile (anche) con la sanzione dell'annullamento da parte dell'Autorità giudiziaria competente.

Nello specifico, poi, l'assunto trova conferma nell'art. 15 della Legge 241/90 (norma anch'essa di carattere generale) il quale prevede che: *“Anche al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 14, le amministrazioni pubbliche possono sempre concludere tra loro accordi **per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune**”*. La stipula di accordi tra pubbliche amministrazioni per la fornitura di beni e servizi può avvenire, dunque, per la sola realizzazione delle finalità istituzionali che ne connotano le azioni. D'altra parte la *ratio* sottesa alla previsione di cui all'art. 15 L. n. 241/90 si rinviene nella necessità di fronteggiare quei casi in cui solo il positivo esercizio di più poteri amministrativi autonomi consente il raggiungimento dei risultati prefissati e l'accordo tra le amministrazioni interessate costituisce il migliore strumento per garantire una forma di coordinamento idonea al soddisfacimento del pubblico interesse (o meglio dei diversi interessi pubblici, di cui sono portatrici le differenti amministrazioni interessate) (*ex multis*: Cons. St, sent. n. 25/2001). È così stato chiarito che: *“Le convenzioni fra Amministrazioni Pubbliche di cui all'art. 15 della legge n. 241 del 1990 costituiscono lo*

strumento per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune e, pertanto, per comporre in un quadro unitario gli interessi pubblici di cui ciascuna Amministrazione è portatrice” (Corte Conti Sez. Giur. Reg. Puglia, sent. n. 244 del 21-03-2003).

Per quanto riguarda le Università, il limite funzionale alla loro azione statuito dal quadro normativo, impedisce che gli “accordi” con le altre amministrazioni pubbliche possano includere beni e servizi di cui all'allegato II del DLGS 163/2006.

Una disamina completa del quadro normativo di riferimento conferma quanto detto.

L'Avcp, riguardo alle Università, cita quale disciplina di settore la L. n. 168/1989 (artt. 6 e 7) ed il DPR n. 382/1980 (art. 66)⁶. La Legge n. 168/1989 recante “*Istituzione del Ministero dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica*”, all'art. 7, comma 1, prevede che: “*Le entrate delle università sono costituite da: a) trasferimenti dello Stato; b) contributi obbligatori nei limiti della normativa vigente; c) forme autonome di finanziamento, quali contributi volontari, proventi di attività, rendite, frutti e alienazioni del patrimonio, atti di liberalità e **corrispettivi di contratti e convenzioni***”.

Il DPR 382/1990 recante “*Riordinamento della docenza universitaria, relativa fascia di formazione nonché sperimentazione organizzativa e didattica.*”, all'art. 66 prevede che: “*Le Università, **purché non vi osti lo svolgimento della loro funzione scientifica didattica, possono eseguire attività di ricerca e consulenza stabilite mediante contratti e convenzioni con enti pubblici e privati. L'esecuzione di tali contratti e convenzioni sarà affidata, di norma, ai dipartimenti o, qualora questi non siano costituiti, agli istituti o alle cliniche universitarie o a singoli docenti a tempo pieno***”.

⁶ Riguardo a quest'ultima fonte si veda anche Cons. St., Sez. V, sent. 10/09/2010 n. 6548.

Il primo provvedimento normativo richiamato (L. n. 168/1989) appare, prima ancora che insufficiente a supportare le argomentazioni dell'Autorità, inconferente al caso di specie. Difatti la capacità d'agire di diritto privato delle Università (ma prima ancora degli enti pubblici) non è mai stata messa in discussione né dalla dottrina, né dalla giurisprudenza; nel caso di specie, tuttavia, la questione da risolvere è quella di verificare se tali enti abbiano la capacità di partecipare all'aggiudicazione di commesse pubbliche aventi ad oggetto l'erogazione di uno dei servizi di cui all'allegato II del DLGS 163/2006.

Per risolvere tale questione, molto più significativo è il RD 31/08/1933, n. 1592 recante *“Approvazione del testo unico delle leggi sull'istruzione superiore”* che all'art. 45 fra le disponibilità delle Università ricomprende anche i proventi scaturenti dalle *“prestazioni ed opere che, sotto qualsiasi titolo, gli Istituti scientifici possono eseguire.”* Il successivo art. 49 prevede che *“Gli Istituti scientifici delle Università e degli Istituti superiori, **compatibilmente con la loro funzione scientifica e didattica, possono eseguire, su commissione di pubbliche amministrazioni o di privati, analisi, controlli, tarature, prove ed esperienze”** .*

L'elencazione delle citate attività, evidentemente tassativa quanto meno per il profilo tipologico, evidenzia le limitate possibilità di intervento delle Università (prioritariamente preposte all'attività didattica e di ricerca) che, dunque, non possono estendere il proprio raggio d'azione fino a ricomprendere (tutti) i servizi di cui all'All. II D.Lgs. n. 163/2006.

D'altra parte, le Istituzioni universitarie debbono avere quali finalità primarie l'organizzazione e la promozione dell'istruzione superiore e della ricerca, nonché l'elaborazione ed il trasferimento delle conoscenze scientifiche e tecnologiche e dunque solo l'erogazione di servizi connessi a dette finalità potrà (ove previsto dallo Statuto) essere oggetto di contratto.

Anche lo stesso lo stesso art. 6 della L. n. 168/1989, in termini ancora più generali, non individua certo fra le finalità istituzionali delle Università quella di operare sul mercato, ma in particolare esso prevede che:

1. *“Le università sono dotate di personalità giuridica e, in attuazione dell'articolo 33 della Costituzione, hanno autonomia didattica, scientifica, organizzativa, finanziaria e contabile; esse si danno ordinamenti autonomi con propri statuti e regolamenti.*
2. *Nel rispetto dei principi di autonomia stabiliti dall'articolo 33 della Costituzione e specificati dalla legge, le università sono disciplinate, oltre che dai rispettivi statuti e regolamenti, esclusivamente da norme legislative che vi operino espresso riferimento. È esclusa l'applicabilità di disposizioni emanate con circolare.*
3. *Le università **svolgono attività didattica** e organizzano le relative strutture nel rispetto della libertà di insegnamento dei docenti e dei principi generali fissati nella disciplina relativa agli ordinamenti didattici universitari. Nell'osservanza di questi principi gli statuti determinano i corsi di diploma, anche effettuati presso scuole dirette a fini speciali, di laurea e di specializzazione; definiscono e disciplinano i criteri per l'attivazione dei corsi di perfezionamento, di dottorato di ricerca e dei servizi didattici integrativi.*
4. *Le università sono **sedi primarie della ricerca scientifica** e operano, per la realizzazione delle proprie finalità istituzionali, nel rispetto della libertà di ricerca dei docenti e dei ricercatori nonché dell'autonomia di ricerca delle strutture scientifiche”.*

Depone, infine, chiaramente in tal senso proprio l'art. 66 del DPR 382/1990 il quale limita l'intervento delle Università alle sole attività di “consulenza e ricerca”.

Sembra, dunque possibile concludere con una duplice notazione una di carattere generale e l'altra più specifica relativa alle finalità tipiche delle Università.

Queste ultime, pur in possesso di una capacità d'agire di tipo privatistico, non sembra siano autorizzate a prendere parte alle procedure di aggiudicazione di appalti di servizi in quanto, in loro favore ed a tal fine, il legislatore impone un diverso *modus* di operare (l'accordo) che è evidentemente diverso ed incompatibile con quello della gara. A voler utilizzare il "linguaggio" della Corte di Giustizia Ce, esse sono "*prive di autorizzazione da parte dell'ordinamento interno*".

Con riferimento al secondo profilo, si parli di accordo o di contratto, il margine di azione delle Università nell'erogazione di beni e servizi è assai più circoscritto rispetto a quello degli operatori economici privati e comunque esso non può coincidere con quello di cui all'All II del D.Lgs. n. 163/2006, in quanto delimitato esclusivamente al perseguimento delle finalità istituzionali che ne caratterizzano l'azione (attività di ricerca e didattica).

In quest'ultimo senso sembrerebbe, peraltro, essersi orientato il Consiglio di Stato che, con la recente Ordinanza n. 970 del 16/02/2011, ha ritenuto che **dopo** l'entrata in vigore della L. n. 244/2007 (prima dell'entrata in vigore, la questione è stata sottoposta alla valutazione dell'Adunanza Plenaria) le Università **non possano costituire** società strumentali all'erogazione di finalità diverse da quelle istituzionali. La norma cui si riferisce il GA è quella di cui al comma 27 dell'articolo 3 della l. 24 dicembre 2007, n. 244, per il quale, "*al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza,*



in tali società. E' sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e che forniscono servizi di committenza o di centrali di committenza". Di conseguenza se le Università non possono costituire società preposte allo svolgimento di attività diverse rispetto a quelle istituzionali (e fra queste sicuramente vanno ricomprese quelle di *engineering*), ancora meno esse possono svolgere direttamente tale tipologia di servizi.