

Il “giusto” prezzo tra Stato e mercato

Seminario di studi
Pisa 27 novembre 2008
Atti e contributi

a cura di

Elisabetta Bani

Liber Amicorum
per Mauro Giusti



G. Giappichelli editore – Torino

Il “giusto” prezzo tra Stato e mercato

Seminario di studi organizzato
dalla Scuola di Dottorato in Diritto Pubblico
e dell'Economia dell'Università di Pisa
tenutosi il 27 novembre 2008

Quaderni del Dipartimento di Diritto Pubblico
Università di Pisa

Il “giusto” prezzo tra Stato e mercato

Seminario di studi
Pisa 27 novembre 2008
Atti e contributi

a cura di

Elisabetta Bani

Liber Amicorum
per Mauro Giusti



G. Giappichelli editore – Torino

© Copyright 2009 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN 978-88-348-9655-6

Il presente volume è stato pubblicato con il contributo della Scuola di Dottorato di Diritto Pubblico e dell'Economia dell'Università di Pisa, del Dipartimento di Diritto Pubblico dell'Università di Pisa (fondi di Ateneo), del Dipartimento di Diritto Pubblico e di Studi Sociali dell'Università di Cagliari, della Fondazione Cassa di risparmi di Livorno e di UBI Banca.

Composizione e Stampa: Media Print – Livorno

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Le riproduzioni ad uso differente da quello personale potranno avvenire, per un numero di pagine non superiore al 15% del presente volume, solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO, via delle Erbe, n. 2, 20121 Milano, telefax 02-80.95.06, e-mail: aidro@iol.it

INDICE

PARTE I

Seminario di studi «Il “giusto” prezzo tra Stato e mercato»

MAURO GIUSTI

Verificazioni pubbliche modificative del processo di formazione dei prezzi privati 3

MICHELA PASSALACQUA

Le tariffe dei servizi pubblici tra price cap e bisogni sociali 19

ANTONIO M. CALAMIA

Impedimenti comunitari agli interventi pubblici interni sui prezzi 55

SANDRO AMOROSINO

Qualificazione giuridica, funzioni e prestazioni patrimoniali della Cassa conguaglio per il settore elettrico 67

STEFANO CAPPONI - CHIARA NESTI

Il caso dei prezzi farmaceutici 79

GABRIELLA CAGNAZZO

Mercati all'ingrosso e prezzi al dettaglio: l'incidenza della filiera 91

ANNA SOLDATESCHI

I prezzi vincolati nell'edilizia convenzionata e agevolata 99

SANDRO AMOROSINO

*Relazione di sintesi:
I “prezzi” di mercato oggetto di decisioni pubbliche:
un endecagono irregolare e la determinante comunitaria* 103

PARTE II

*Scritti di amici e allievi del Prof. Giusti in margine al
“giusto” prezzo*

LAURA AMMANNATI

*Le avventure della distribuzione locale del gas. A proposito
della determinazione del “canone di affidamento”* 113

ANTONELLA ANTONUCCI

*La commissione di massimo scoperto fra usura, trasparenza
e parziale divieto* 123

ELISABETTA BANI

La formazione del prezzo nelle borse merci 133

ELISA BARTOLI

*L'attribuzione del nuovo garante dei prezzi al Ministero dello
sviluppo economico: intervento correttivo o mero monitoraggio?* 159

TIZIANA BONGO

*Il “tetto” massimo applicabile ai mutui a tasso variabile tra ausilio
e prezzo imposto* 163

FRANCESCO CAPRIGLIONE

*Dalla trasparenza alla best execution: il difficile percorso verso il
“giusto prezzo”* 169

GIOVANNA CARCEA

*I “prezzi verdi” negli acquisti della pubblica amministrazione
come possibile strumento di razionalizzazione della spesa pubblica* 183

LUCIA CAVALLINI CADEDU

Prezzi Consip e autonomie di spesa 197

ELISA CECCARELLI

*La liberalizzazione del prezzo dell'energia elettrica tra
concorrenza e regolazione* 223

ANNA MARIA CITRIGNO

*Tariffe e prezzi nel settore portuale: una disciplina differenziata
per le operazioni e per i servizi portuali* 229

FRANCESCO COCOZZA - STEFANIA ZANZI <i>L'effetto specchio di "Mister Prezzi". Garante o sorvegliante-persuasore?</i>	243
PIERLUIGI CONSORTI <i>Il prezzo della religione</i>	261
ANDREA CRISMANI <i>I prezzi degli appalti pubblici e la questione sulla partecipazione alle gare di operatori economici pubblici</i>	273
PIERLUIGI DE BIASI <i>Banche in difficoltà e cessione di beni. Si può fissare un prezzo?</i>	301
PAOLO DE CARLI <i>Prezzi e costi nella riforma dell'istruzione</i>	315
GIUSEPPE DI GASPARE <i>Il giusto prezzo nel risarcimento del danno erariale: incongruenze dalla creazione per legge di una fattispecie di danno erariale (art. 3, c. 59, l. 244/2007 – Nullità dei contratti di assicurazione degli enti pubblici a favore degli amministratori)</i>	339
GIULIO GHETTI <i>La delimitazione di ciò che è giusto e di ciò che non lo è. Un'introduzione ai contratti nel diritto dell'economia</i>	345
FRANCESCO GRASSI NARDI <i>"Mr. Prezzi, suppongo?" Il garante dei prezzi e la "nuova sorveglianza sui prezzi" nell'ordinamento italiano del ventunesimo secolo</i>	351
GIAMPAOLO LADU <i>Mercato, costituzione economica, finanza pubblica</i>	365
VANESSA MANZETTI <i>Sopravvivenza della Cassa conguaglio zuccheri e funzione impropria dell'Aima-Agea</i>	383
ALESSIO MARTELLONI <i>La commissione di massimo scoperto e la nuova commissione sull'accordato quale fattispecie anomala di price cap nell'erogazione di servizi bancari</i>	389

FRANCESCO MARZANO <i>Il "giusto prezzo" della prestazione professionale dell'avvocato: le tariffe forensi tra Stato e mercato</i>	397
UMBERTO MORERA <i>Il prezzo dell'utilizzo nell'apertura di credito (notarella sulla nuova commissione di massimo scoperto)</i>	407
MIRELLA PELLEGRINI <i>La privatizzazione delle borse: dal sistema tariffario a quello dei prezzi</i>	413
GIUSEPPE RESTUCCIA <i>La disciplina giuridica sul finanziamento delle attività sportive</i>	425
GIANGASPARE DONATO TOMA <i>I prezzi predatori e gli illeciti sottesi</i>	433
<i>Gli Autori</i>	447

I PREZZI DEGLI APPALTI PUBBLICI E LA QUESTIONE
SULLA PARTECIPAZIONE ALLE GARE
DI OPERATORI ECONOMICI *PUBBLICI*

1. *Concorrenza e libero mercato: i soggetti pubblici affidatari di contratti pubblici?*

Operatore economico è un termine coniato dal legislatore comunitario e poi ripreso dal nostro legislatore nel Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006)¹. Con esso, a livello comunitario, ma come vedremo e con non poche contraddizioni con la normativa nazionale, si è soliti indicare «l'offerente»² o «il candidato»³ nelle gare pubbliche. Come'è noto, nelle gare pubbliche vi è, da un lato, il soggetto pubblico che abbisogna di un lavoro, di un'opera, di un servizio o di una fornitura ed esso è unitariamente definito «amministrazione aggiudicatrice» di cui all'art. 3, c. 25, d.lgs. 163/2006 (anche se vi possono essere altri soggetti come l'impresa pubblica o l'organismo di diritto pubblico di cui all'art. 3, cc. 26-7-8, d.lgs. 163/2006)⁴. Dal-

¹ Ai sensi dell'art. 3, c. 22, d.lgs. 163/2006 il termine «operatore economico» comprende l'imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi o un raggruppamento o consorzio di essi.

² Ai sensi dell'art. 3, c. 23, d.lgs. 163/2006 l'«offerente» è l'operatore economico che ha presentato un'offerta.

³ Ai sensi dell'art. 3, c. 24, d.lgs. 163/2006 il «candidato» è l'operatore economico che ha chiesto di partecipare a una procedura ristretta o negoziata o a un dialogo competitivo.

⁴ Oramai oggi solo in parte trova conferma quanto scriveva S. ROMANO (*Diritto amministrativo*, Milano, Società editrice libraria, 1901, 533) laddove sosteneva che l'adempimento delle formalità nel procedimento consistente nelle gare per pubblico incanto o per licitazione privata sono «stabilite nell'interesse dell'amministrazione e il cui difetto quindi non può essere opposto dal privato». Com'è noto la normativa comunitaria ha portato: a) alla sostituzione della logica amministrativo contabile con una concezione di mercato paritaria in cui gli interessi delle imprese non sono più subordinati a quelli dei committenti pubblici; b) all'accantonamento della dicotomia pubblico-privato dal punto di vista soggettivo con l'affievolimento della posizione di privilegio delle amministrazioni pubbliche che vengono gravate di precisi obblighi negli approcci di mercato per conseguire prestazioni di impresa e all'introduzione di nuove categorie giuridiche nelle quali la funzionalizzazione ad un interesse generale viene definita con l'aggettivo «pubblico». Quest'ultimo aspetto è interessante dal punto di vista terminologico, soprattutto perché si tratta di vedere come le nuove definizioni, proprie della tecnica normativa comunitaria, si armonizzino

l'altro lato vi è il soggetto affidatario del contratto che normalmente è un privato imprenditore ovvero, più o meno tecnicamente, un operatore economico e più specificatamente e *quasi* tassativamente uno dei soggetti indicati all'art. 34 del citato d.lgs. 163/2006⁵.

L'utilizzo della base concettuale di operatore economico per indicare il soggetto legittimato a partecipare alle gare pubbliche indette dalle amministrazioni aggiudicatrici⁶ porta alla considerazione e alla domanda se queste amministrazioni che svolgono normalmente il ruolo di aggiudicatrici nei contratti passivi, a loro volta possano assumere la qualifica di operatore economico, cioè di offerente o, meglio ancora, di candidato nelle gare pubbliche e così diventare affidatarie di contratti passivi banditi da altri soggetti pubblici.

In sostanza ci si chiede se sia possibile conciliare la nozione di operatore economico con la figura generale di soggetto pubblico in senso lato per

concettualmente con quelle in uso nell'ordinamento nazionale. Si nota, infatti, che le procedure di aggiudicazione delle prestazioni riguardanti lavori, forniture e servizi assumono la definizione di appalti pubblici, con la differenza però che la titolarità non viene identificata con la amministrazione pubblica, come previsto dalla normativa nazionale, bensì con la figura delle «amministrazioni aggiudicatrici» richiedendo così una catalogazione dei vari soggetti idonei a rientrare in tale alveo ben più ampio da quello tratto dal «settore pubblico allargato» o dalla elencazione contenuta nell'art. 1, d.lgs. 165/2001. Su quest'aspetto si v. P. SANTORO, *Glossario italo-comunitario dei soggetti aggiudicatori degli appalti pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1999, 6, 1288. Si v. altresì A.M. SANDULLI, *Appunti sul regime dei contratti di diritto privato della Pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 1953, 1586 ss.

⁵ L'elenco comprende: gli imprenditori individuali, anche artigiani, le società commerciali, le società cooperative (lett. a); i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della l. 25 giugno 1909, n. 422 e del d.lgs. del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577, e succ. mod., e i consorzi tra imprese artigiane di cui alla l. 8 agosto 1985, n. 443 (lett. b); i consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'art. 2615-ter c.c., tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro, secondo le disposizioni di cui all'art. 36 (lett. c); 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 (lett. d); i consorzi ordinari di concorrenti di cui all'art. 2602 c.c., costituiti tra i soggetti di cui alle lettere a), b) e c) del presente comma, anche in forma di società ai sensi dell'art. 2615-ter c.c. (lett. e); i soggetti che abbiano stipulato il contratto di gruppo europeo di interesse economico (GEIE) ai sensi del d.lgs. 23 luglio 1991, n. 240 (lett. f); operatori economici, ai sensi dell'art. 3, c. 22, stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi (lett. f-bis).

⁶ Come detto sono amministrazioni aggiudicatrici: le amministrazioni dello Stato, gli enti pubblici territoriali, gli altri enti pubblici non economici, gli organismi di diritto pubblico, le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti, ma anche gli organismi di diritto pubblico e le imprese pubbliche.

cercare di capire se l'elenco dei soggetti che ai sensi del citato art. 34 possono essere affidatari di contratti pubblici sia tassativo o se, comunque, sia congruo alla nozione comunitaria di operatore economico. Se è pacifica la tendenza a reputare «soggetti amministrativi» enti formalmente e, a volte, anche sostanzialmente privati, poiché ciò costituisce una reazione dell'ordinamento alla loro sempre maggiore utilizzazione per lo svolgimento di funzioni e servizi di interesse generale⁷, e, pertanto, vi è l'assoggettamento di tali enti alla normativa pubblicistica (ad esempio alle regole sull'evidenza pubblica) non sempre è del tutto pacifico se soggetti formalmente e sostanzialmente pubblici possano operare sul mercato degli appalti pubblici indetti da altri soggetti pubblici⁸. Quest'aspetto nel nostro sistema nazionale usualmente è risolto in altro modo, e cioè mediante il ricorso allo strumento della convenzione amministrativa, che, secondo una nota definizione, altro non è se non «un testo concordato tra una pubblica amministrazione e una controparte, contenente la determinazione consensuale, di reciproci impegni, assunti mediante la comune sottoscrizione»⁹. Si tratta, in altri termini, di un sistema di «esternalizzazione» di attività di rilevanza pubblicistica tramite l'avvalimento di altri soggetti pubblici che perseguono obiettivi di pubblico interesse¹⁰. Questo sistema certe volte potrebbe rappresentare un'elusione alle regole sull'evidenza pubblica e potrebbe, pertanto, essere idoneo a ledere il principio della libera concorrenza¹¹. Un altro strumento è quello della delegazione amministrativa intersoggettiva,

⁷ G. NAPOLITANO, *Soggetti privati «enti pubblici»?», in Dir. amm.*, 2003, 4, 801-2.

⁸ Per approfondimenti e utili spunti si rinvia allo scritto di M.R. SPASIANO, *L'evidenza pubblica possibile regola del libero mercato: soluzione di una dicotomia*, in *Organismi e imprese pubbliche, Quaderni della Rivista Servizi pubblici e appalti*, 2004, 139 ss.

⁹ G. FALCON, *Convenzioni e accordi amministrativi, I Profili generali*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, 161 ss.

¹⁰ Questo strumento di raccordo è utilizzato in particolare nel c.d. terzo settore. Si tratta di una realtà emergente tra i due pilastri costituiti dallo Stato e dal mercato, rappresentato da un insieme composito e variegato, anche sotto il profilo della natura giuridica, di enti e organismi che non hanno fine di lucro, quali associazioni, mutue, organizzazioni di volontariato, enti morali, fondazioni, cooperative sociali, cooperative e imprese *non profit tout court*.

Queste organizzazioni si occupano di fornire beni e servizi e svolgono, quindi, attività di natura economica: esse tendono tuttavia a differenziarsi dalle imprese classiche per l'assenza di scopi di lucro, mentre il loro carattere privato le differenzia dal settore pubblico. In tal senso e per ulteriori approfondimenti M. MATTALIA, *Convenzionamento diretto o procedure concorsuali nell'affidamento del servizio di trasporto sanitario, Nota a Corte giustizia CE, 29 Novembre 2007, n. 119 sez. III*, in *Foro amm. CDS*, 2008, 7-8, 1984.

¹¹ Per una esaustiva disamina in materia di concorrenza si v. A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, Giappichelli, 2007.

la quale sostanzialmente è un appalto ma evita le procedure concorsuali¹². Infatti, anche con questi strumenti si può sollecitare il mercato con la richiesta di prestazioni che sono economicamente rilevanti e che comportano un vantaggio economico (anche solamente indiretto, poiché il più delle volte le convenzioni sono gratuite) per l'esecutore, anch'esso soggetto pubblico, scelto, appunto, senza il sistema concorsuale¹³.

Vi sono, quindi, ipotesi in cui le amministrazioni utilizzano tra loro lo strumento della convenzione o della delegazione intersoggettiva che, essendo idonei a rientrare nell'alveo della figura degli appalti pubblici, dovrebbero essere assoggettati alla normativa sull'evidenza pubblica.

Vi sono, poi, ipotesi in cui i bandi di gara prevedono che tra i soggetti a cui possono essere affidati i contratti ci possano essere anche soggetti pubblici (ad es. enti di ricerca, università) oppure ipotesi in cui gli stessi soggetti pubblici spontaneamente, senza alcuna previsione nei bandi, assumono la veste di offerente o di candidato.

Tutte questi casi sono potenzialmente idonei a ledere il principio della libera concorrenza e, in particolare, la *par condicio* con gli operatori privati, i quali, a differenza dei soggetti pubblici, sono assoggettati al principio del rischio d'impresa e a trattamenti fiscali e previdenziali spesso differenti e normalmente più onerosi.

L'aspetto che si propone di analizzare riguarda, come detto, la seconda ipotesi. Si tratta di capire quali soggetti pubblici e in presenza di quali requisiti possono partecipare alle gare pubbliche indette da altri soggetti pubblici.

Come acutamente osserva attenta dottrina, non esiste una definizione generale di ente pubblico, avendo il nostro legislatore preferito – si reputa, volutamente – non cimentarsi in un compito così delicato, forse anche per evitare eccessive cristallizzazioni di un istituto dagli incerti e mutevoli con-

¹² Sulla delegazione amministrativa intersoggettiva si v. ad esempio l'art. 51 della l.r. Friuli Venezia Giulia, 31 maggio 2002, n. 14 (disciplina organica dei lavori pubblici) modificata dalla l.r. Friuli Venezia Giulia 26 maggio 2006, n. 9 (Legge comunitaria 2005) a seguito di una procedura di infrazione comunitaria.

¹³ Si tralascia il fenomeno dell'autoproduzione di beni, servizi o lavori da parte di una singola amministrazione pubblica mediante la costituzione o anche la partecipazione ad una società con capitale pubblico, senza necessità quindi di ricorrere a terzi privati mediante procedura di gara o anche chiamato *in house providing*. Per un'approfondita trattazione si v. A. POLICE, *Spigolature sulla nozione di servizio pubblico locale*, in *Dir. amm.*, 2007, 79 ss; R. CAVALLO PERIN-D. COSOLINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. Amm.*, 2006, 1; R. FUSCO, *Note sul divieto di partecipazione a procedure di gara delle società a capitale pubblico. Il parere n. 213/2008 dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici*, in www.appaltiecontratti.it.

fini¹⁴. La stessa dottrina, peraltro, di fronte ad organismi d'incerta qualificazione è dovuta intervenire e, assieme alla giurisprudenza, ha provato a proporre nozioni più o meno esaustive e ad indicare parametri e indici potenzialmente rivelatori della pubblicità (interesse perseguito, controlli, modo di costituzione, esercizio del potere di autotutela ecc.)¹⁵. Oltre alla pluralizzazione delle figure soggettive propriamente pubbliche vi è anche la tendenza a ricorrere sempre più frequentemente a figure civilistiche e commercialistiche¹⁶. Una tale tendenza è sicuramente il portato della

¹⁴ G. GRECO, *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, 3-4, 839.

¹⁵ Su quest'aspetto si v. in particolare E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, ult. ed., p. 70 osserva come la complessa questione dell'individuazione degli enti pubblici, assai dibattuta in dottrina, è stata risolta dalla giurisprudenza utilizzando una serie di indici esteriori nessuno dei quali è di per sé ritenuto sufficiente, ma che sono ritenuti idonei, ove considerati nel loro complesso. Infatti, l'A. puntualizza come la delicatezza dell'operazione qualificatoria dipende dalla già rilevata estrema detipicizzazione degli enti pubblici, derivante dall'evoluzione storica la quale genera difficoltà di individuare un momento comune e unificante sicuramente sintomatico del regime pubblico di un ente. Anche G. GRECO, *op. cit.*, è dello stesso avviso e nota come a causa dell'insufficienza dei criteri empirici suggeriti, questi sono sovente utilizzati cumulativamente, per acquisire – attraverso la ponderazione degli «indici» di pubblicità – una soglia di ragionevole certezza in ordine alla qualificazione dei singoli casi dubbi. Infatti, allo stato, né nell'ordinamento comunitario né in quello nazionale, vi è una definizione normativa unitaria di «pubblica amministrazione». La normativa fa riferimento al concetto senza darne una definizione, ovvero la definizione che viene data ha una valenza circoscritta, finalizzata ad individuare l'ambito di applicazione della norma che la detta.

La nozione è assai complessa e sfuggente anche perché l'espressione «pubblica amministrazione» ha una pluralità di significati anche giuridici, ciascuno dei quali fa riferimento a una realtà mutevole nel tempo: così E. CASSETTA, *Pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Torino, Utet, 1997, 271; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 2005, 17); M. CAMMELLI, *La pubblica amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 2004, 12 osserva che «appena si abbandona il terreno puramente descrittivo, le cose si complicano notevolmente, al punto che riesce difficile anche solo precisare che cosa si intende per pubblica amministrazione: non perché manchi una definizione, ma perché ce ne sono troppe». Sull'argomento si v. S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, in *Trattato di diritto amministrativo* (a cura di S. CASSESE), *Diritto amministrativo generale*, tomo I, parte II, Milano Giuffrè, 2003, 196; M. DI LULLO, *Pubbliche amministrazioni* » (ai sensi del sistema Sec 95) e «società private di diritto pubblico, nota a sent. T.A.R. Roma Lazio, 25 Maggio 2007, n. 4826 sez. III, in *Foro amm. TAR* 2007, 7-8, 2522; V. CERULLI IRELLI, *Ente pubblico: problemi di identificazione e disciplina applicabile*, in V. CERULLI IRELLI-G. MORBIDELLI (a cura di), *Ente pubblico ed enti pubblici*, Torino, Giappichelli, 1994; D.F.G. TREBASTONI, *Identificazione degli enti pubblici e relativa disciplina*, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁶ G. NAPOLITANO, *Soggetti privati «enti pubblici»?», in *Dir. amm.*, 2003, 4, 802; ID., *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. soc.*, 2006, 999 ss.; Sulle problematiche attinenti alle società pubbliche P. SALVATORE, *La metamorfosi della personalità giuridica**

distinzione che si è dovuta fare tra amministrazioni produttive di beni e servizi e amministrazioni burocratiche¹⁷. Questa distinzione, la quale, come è noto, attua il principio di efficienza, e cioè quel principio che attribuisce un rilievo importante ai risultati dell'azione amministrativa¹⁸, si è imposta per svariate ragioni. Una di queste ragioni è stata la privatizzazione, prima formale e poi, in alcuni casi, anche sostanziale degli enti pubblici prevalentemente economici ponendo non pochi problemi in ordine alla personalità giuridica di questi soggetti¹⁹. Un'altra ragione, invece, è rappresentata dalla necessità di applicare un modello societario/industriale di organizzazione, gestione e contabilità più consono al tipo di attività, non burocratica, ma imprenditoriale, svolta dal soggetto pubblico. Sovente, infatti, «l'exasperazione di aspetti formalistici annessi al principio di legalità dell'organizzazione e dell'azione amministrativa ha condotto a trascurare i men che minimi livelli di efficienza al di sotto dei quali i meccanismi di garanzia hanno finito col non garantire alcunché»²⁰ o, comunque, a non garantire niente a sufficienza. Alcune volte però il ricorso ai modelli privatistici²¹, pur con-

ca pubblica, in *Giur. amm.*, IV, 2006, 177; M.G. DELLA SCALA, *Le società legali pubbliche*, in *Dir. amm.*, 2005, 391 ss.; C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005, 1 ss.; P. PIZZA, *Società per azioni di diritto singolare, rassegna 1999-2003*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 372 ss.; G. ROSSI, *Gli enti pubblici in forma societaria*, in *Serv. pubbl. app.*, 2004, 221 ss.; G. GRUNER, *Considerazioni intorno alle società pubbliche dello Stato*, in *Serv. pubbl. app.*, 2004, 701 ss.; M.G. ROVERSI MONACO, *La teoria dell'ente pubblico in forma di società. Considerazioni critiche*, Torino, Giappichelli, 2004.

¹⁷ F.G. COCA, *Le amministrazioni come operatori giuridici*, in *Diritto amministrativo* (a cura di L. MAZZAROLI-G. PERICU-A. ROMANO-F.A. ROVERSI MONACO-F.G. COCA), I, Bologna, Monduzzi, 2005, 289.

¹⁸ Per una disamina approfondita sul risultato, sull'azione e sull'organizzazione amministrativa si rinvia a M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, Giappichelli, 2003, in particolare 246-255.

¹⁹ Su quest'aspetto si rinvia a G. PAGLIARI, *Il criterio discrezionale tra persona giuridica privata e persona giuridica pubblica: verso una legge sullo statuto della persona giuridica pubblica*, in S. RAIMONDI-R. URSI (a cura di), *Fondazioni e attività amministrativa*, Atti del convegno, Palermo, 13 maggio 2005, Torino, Giappichelli, 2006, 46 ss.

²⁰ M.R. SPASIANO, *op. e loc. cit.*, 252.

²¹ Ci si riferisce ai profili organizzativi come la costituzione o la trasformazione da enti pubblici in società di diritto privato, ma si consideri anche agli aspetti inerenti all'attività amministrativa. Per quest'ultimo aspetto A.M. SANDULLI (*Appunti sul regime dei contratti di diritto privato della Pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 1953, 1586 ss.), evidenzia come i contratti di diritto privato della p.a. sono, di massima, per quanto riguarda il contenuto negoziale, la stipulazione e le modalità accessorie, soggetti al regime del diritto privato. Tuttavia hanno a presupposti veri e propri atti amministrativi, cosicché la volontà contrattuale dell'amministrazione non potrà legittimamente manifestarsi, se non in quanto gli organi competenti abbiano adottato nelle forme di legge una deliberazione in ordine al contenu-

sentendo di «uscire» da strutture ingessate e inadeguate ha portato a storture e a tentativi di fuga dalla legalità come, per esempio, quando si è tentato di evitare la disciplina pubblicistica sui controlli della Corte dei conti²² e quella sulla responsabilità amministrativo contabile²³, la normativa sul reclutamento secondo il modello dei concorsi pubblici²⁴, la disciplina dell'accesso²⁵ e le regole sull'evidenza pubblica negli appalti²⁶.

to del contratto, e in quanto in relazione a tale deliberazione siano intervenuti gli adempimenti (pareri, ecc.) e i controlli (autorizzazioni, approvazioni, visti, ecc.). Sull'argomento si rinvia a: E. CASSETTA, *Attività amministrativa*, in *N.D.I.*, 526 ss.; A. ROMANO, *Attività di diritto privato della P.A.*, in *N.D.I.*, 531 ss.; L. CARROZZA-F. FRACCHIA, *Appalti di lavori, attività oggettivamente amministrativa e qualificazione del soggetto*, in *Foro it.*, 2001, 162 ss.; F.P. PUGLIESE, *Contratti della Pubblica amministrazione*, in *Enc. giur.*, IX, 1988; F.G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 2002, 3, 438 ss.

²² Tra molti si v. G. OTTAVIANO, *Il controllo della Corte dei conti sulle società risultanti dalla trasformazione degli enti pubblici privatizzati*, in *Riv. Corte conti*, 2002, 1, 311 ss.

²³ Per un inquadramento generale si v. F. FRACCHIA, *Corte dei conti e tutela della finanza pubblica: problemi e prospettive*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 3, 669; S. CIMINI, *La responsabilità amministrativa e contabile. Introduzione al tema ad un decennio dalla riforma*, Milano, Giuffrè, 2003; G. NICOLETTI, *L'evoluzione della giurisdizione della Corte dei Conti: dalla Contabilità alla Finanza pubblica*, in *www.corteconti.it*.

²⁴ In tal modo si forzerebbe il principio costituzionale che individua nel concorso il mezzo ordinario per accedere agli impieghi pubblici (artt. 51, 97 e 98 Cost.) e lo vede come «il meccanismo di selezione tecnica e neutrale dei più capaci e come tale il metodo migliore per la provvista di organi chiamati ad esercitare le proprie funzioni in condizioni d'imparzialità ed al servizio esclusivo della Nazione. Valore, quest'ultimo, in relazione al quale il principio posto dall'art. 97 Cost. impone che l'esame del merito sia indipendente da ogni considerazione connessa alle condizioni personali dei vari concorrenti (cfr. sentenze C. Cost. n. 333/1993 e n. 453/1990). Deroghe alla regola del concorso sono ammissibili solo da parte del legislatore e soltanto nei limiti segnati dall'esigenza di garantire il buon andamento dell'amministrazione (cfr., per tutte, sentenza C. Cost. n. 477/1995) o di attuare altri principi di rilievo costituzionale, che possano assumere importanza per la peculiarità degli uffici di volta in volta considerati: ad esempio, quando si tratti di uffici destinati in modo diretto alla collaborazione con gli organi politici o al supporto dei medesimi».

²⁵ Sull'argomento per un'analisi dell'evoluzione della vicenda M.B. CAVALLO, *L'interesse giuridicamente rilevante per l'esercizio del diritto di accesso, con particolare riferimento all'ostensibilità degli atti dei gestori di pubblici servizi, tra recenti novità normative e pronunce della giurisprudenza. Nota a T.A.R. Roma Lazio, 4 Dicembre 2006, n. 13599 sez. III*, in *Foro amm. TAR*, 2007, 2, 566. L'A. osserva come l'originario disposto dell'art. 23, l. 241/1990 consentiva l'accesso agli atti delle amministrazioni dello Stato, ivi comprese le aziende autonome e gli enti pubblici, nonché a quelli dei concessionari di pubblici servizi. Tuttavia detta elencazione, lungi dal rivelarsi tassativa, aveva creato sin dall'inizio notevoli problemi interpretativi, a causa del tenore troppo specifico dei soggetti ivi considerati, perché le amministrazioni dello Stato in astratto non ricomprendevano le amministrazioni locali né le amministrazioni pubbliche diverse da queste (per es. le autorità indipendenti, le agenzie, ecc.); le aziende autonome non ricomprendevano le aziende speciali dei comuni.

La l. 3 agosto 1999, n. 265 è intervenuta a sancire l'accessibilità degli atti delle «pubbliche amministrazioni» (anziché delle amministrazioni dello Stato), delle aziende autonome e speciali, degli enti pubblici, dei soggetti «gestori di pubblici servizi» (anziché dei concessionari) ed anche delle autorità indipendenti, così ampliando la nozione di soggetti i cui atti sono accessibili (soggetti pubblici in senso lato), giacché ha privilegiato l'aspetto oggettivo dell'attività esercitata rispetto a quello soggettivo della qualifica giuridica. A chiarire ulteriormente l'ambito soggettivo di applicazione della disciplina sull'accesso, infine, è intervenuto l'art. 15, l. 15/2005, che, modificando radicalmente il testo originario dell'art. 22, l. 241/1990, ha definito – alla lett. e) del c. 1 – quale «pubblica amministrazione» ai fini dell'esercizio del diritto di accesso «tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario». Il contenuto di questa disposizione è stato confermato dall'art. 2, d.p.r. 12 aprile 2006, n. 184, Regolamento recante disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi, in quanto «il diritto di accesso ai documenti amministrativi è esercitabile nei confronti di tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario [...]».

In argomento tra molti G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Il diritto di accesso dopo la l. n. 15 del 2005*, in *I principi generali dell'azione amministrativa* (a cura di M.P. CHITI-G. PALMA), Napoli, Jovene, 2006, 189 ss.; M.R. SPASIANO, *L'interesse pubblico e l'attività della p.a. nelle sue diverse forme alla luce della novella della l. n. 241 del 1990*, in *www.giustamm.it*, 5/2005.

²⁶ A tal proposito è stata creata la figura di organismo di diritto pubblico, nata in ambito comunitario e successivamente recepita nell'ordinamento nazionale. Essa è stata più volte applicata dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria al fine di individuare i soggetti tenuti a seguire le procedure di evidenza pubblica. Tra i più importanti si v. gli scritti di M.A. SANDULLI, *Impresa pubblica: i limiti di applicabilità della normativa pubblicistica*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva n. 2004/18/Ce e nella l. comun. n. 62 del 2005*, in M.A. SANDULLI-R. GAROFOLI (a cura di), Milano, Giuffrè, 2005, 218; ID., *L'ambito soggettivo: gli enti aggiudicatori*, in M.A. SANDULLI-R. DE NICTOLIS-R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2008, V, 3150; F. CINTIOLI, *Di interesse generale e non avente carattere industriale o commerciale: il bisogno o l'attività? (Brevi note sull'organismo di diritto pubblico)*, in *Organismi e imprese pubbliche, Quaderni della Rivista Servizi pubblici e appalti*, 2004, 79; E. CHITI, *Gli organismi di diritto pubblico tra Consiglio di Stato e Corte di giustizia*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 83; R. GAROFOLI, *L'organismo di diritto pubblico: orientamenti interpretativi del giudice comunitario e dei giudici italiani a confronto. Nota sent. C. giust. Ce, 15 gennaio 1998, C. 44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria*, in *Foro it.*, 1998, IV, 133 ss.; R. DE NICTOLIS, *Organismo di diritto pubblico e giurisdizione*, in *Organismi e imprese pubbliche, Quaderni della Rivista Servizi pubblici e appalti*, 2004, 103; M.R. SPASIANO, *Interessi pubblici e soggettività emergenti. Gli organismi non lucrativi di utilità sociale*, Napoli, Giannini, 1996; F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, Padova, Cedam, 2000; B. DELFINO, *Soggetti privati, amministrazioni aggiudicatrici e pubbliche amministrazioni*, in *Cons. St.*, 2003, II, 1083; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *L'organismo di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 2000, 13; G. GRECO, *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, 839; D. MARRAMA, *Contributo sull'interpretazione della nozione di organismo di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 2000, 585; ID., *L'organismo di diritto pubblico e gli appalti di servizi e di forniture sotto-soglia*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 500 ss. Per un aspetto specifico e la convivenza in capo allo stesso soggetto della qualifica di organismo di diritto pubblico e quello di impresa pubblica si v. G. MARI, *Natura giuridica della Rai: impresa pubblica e organismo di diritto pubblico? Nota Cassazione civile, 23*

Su quest'ultimo aspetto, peraltro, la normativa sui contratti pubblici è particolarmente attenta, in particolare quella comunitaria²⁷. Com'è noto quest'ultima è ispirata ad una diversa *ratio* rispetto alla normativa nazionale²⁸. La *ratio* della normativa comunitaria, infatti, non va cercata solo nel miglior soddisfacimento di un interesse pubblico specifico e, più precisamente, di quello affidato alla cura dell'amministrazione aggiudicatrice. Poiché gli appalti pubblici occupano una parte importante dell'economia europea, pari al 16.3% del PIL dell'Unione europea e l'armonizzazione delle procedure di aggiudicazione degli appalti rappresenta un'importante realizzazione del mercato interno, lo scopo perseguito dalle direttive è appunto quello di coordinare e armonizzare le procedure di aggiudicazione al fine di realizzare lo sviluppo di una concorrenza effettiva e, pertanto, idonea a garantire le libertà fondamentali per l'integrazione europea²⁹. È *black letter law*³⁰ l'obiettivo della normativa comunitaria di eliminare gli ostacoli alla libera circolazione e, in tal modo, proteggere gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro che intendono offrire beni o servizi alle amministrazioni aggiudicatrici stabilite in un altro Stato membro, evitando, così, che la stazione appaltante sia guidata da criteri diversi da quelli di carattere economico, dando, ad esempio, la preferenza agli offerenti nazionali³¹. In questo senso si è orientata, peraltro, anche la Corte costituzionale con le sentenze n. 14/2004 e n. 401/2007. In quest'ul-

Aprile 2008, n. 10443 sez. Unite, in *Foro amm.* CDS 2008, 9, 2335.

²⁷ Per una completa trattazione della materia dei contratti pubblici, nella sua evoluzione normativa, dottrina e giurisprudenziale e nell'attuale disciplina interna e comunitaria, si v. *Trattato dei contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI-R. DE NICTOLIS-R. GAROFOLI, vol. 1-6, Milano, Giuffrè, 2008.

²⁸ Per un utile approfondimento si rinvia a R. CARANTA, *Contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2004, 36-77.

²⁹ M.A. SANDULLI, *Impresa pubblica e regole di affidamento dei contratti*, in *Atti del Convegno su «Il regime giuridico dell'impresa pubblica»*, Università degli Studi Roma Tre, 24 gennaio 2008, 1.

³⁰ *A black letter law occurs when a principle of law is so notorious and entrenched that it is commonly known and rarely disputed.*

³¹ Osserva M. D'ALBERTI (*Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, 2, 301) che le procedure «ad evidenza pubblica» per l'affidamento dei contratti relativi a lavori, servizi e forniture, non tutelano più soltanto l'interesse pubblico, finanziario e amministrativo, delle stazioni appaltanti e non rispondono esclusivamente al principio di legalità, ma sono volte a garantire la libertà di circolazione dei beni e dei servizi nel mercato interno e la libera concorrenza in ambito europeo. La garanzia del mercato libero assicura la soddisfazione dell'interesse pubblico sul versante sia finanziario che amministrativo, perché la concorrenza effettiva contiene i prezzi e incentiva la qualità, essendo idonea a premiare non solo il contraente meno esigente, ma il contraente «giusto».

tima sentenza il Giudice delle leggi, ritenendo preponderante l'interesse a perseguire il più ampio confronto concorrenziale ed effettive condizioni di parità tra le imprese al fine di garantire il corretto e ordinato funzionamento del mercato comune in una visione unitaria³² del mercato stesso, ha attribuito pressoché integralmente la (non) materia dei contratti alla disciplina statale³³.

In definitiva, se l'ambito dei soggetti tenuti a osservare l'evidenza pubblica è abbastanza pacifico e definito in una visione di libero mercato e di giusta concorrenza e, a tale proposito, il legislatore comunitario ci ha fornito definizioni di istituti e criteri identificativi sicuri, invece l'aspetto degli offerenti – candidati, cioè degli operatori economici legittimati a partecipare alle gare, desta qualche perplessità. Di recente questo problema è stato sollevato anche dalla Commissione europea nel corso di una procedura d'infrazione avviata nei confronti dello Stato italiano³⁴. Tale procedura si è poi in parte risolta ma ha lasciato scoperta la questione che ci si prefigge di affrontare. Proprio in merito al carattere tassativo dell'elencazione di cui all'art. 34, infatti, la Commissione ha fatto notare che tale norma, per come è formulata, di fatto preclude la possibilità di partecipare alle gare e, pertanto, quella di diventare affidatari dei contratti a soggetti che, pur avendo una forma giuridica diversa da quella puntualmente indicata nel-

³² Infatti, come nota M. D'ALBERTI (*op. et. loc. ult. cit.*), la logica della libera concorrenza di dimensione europea richiede una disciplina giuridica unitaria quanto più possibile. Tale disciplina, nel nostro sistema giuridico, è attribuita al legislatore statale, cui la Costituzione ha affidato in via esclusiva la «*tutela della concorrenza*». Il legislatore statale, peraltro, è a sua volta vincolato al rispetto del principio e delle regole comunitarie di concorrenza. A tale osservazione si può aggiungere che vi possono nascere dei contrasti tra la normativa nazionale di attuazione della normativa comunitaria e quest'ultima. Un esempio ne è il caso della tassatività dell'elenco di cui all'art. 34. Questo è dovuto al fatto che si tende a dimenticare che le regole della concorrenza operano come limite anche nei confronti del legislatore statale, il quale dovrà trattare la concorrenza non come un fatto da regolare, ma come un valore o un bene o un fine da promuovere (così G. CORSO, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 3, 981).

³³ M. D'ALBERTI, *La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli*, in *Dir. amm.*, 2004, 4, 705.

³⁴ La procedura di infrazione è contenuta nella Decisione Commissione europea 31/1/2008 Procedura di infrazione 2007/2309 *ex art.* 226 Trattato CE – Incompleta trasposizione del codice appalti. Le numerose questioni sollevate in questa procedura sono state rimate con il correttivo al Codice dei contratti d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152, e con riferimento all'art. 34 è stato corretto e integrato l'elenco con la previsione espressa al nuovo punto *f-bis* del diritto a partecipare alle gare pubbliche anche da parte di operatori economici stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi.

l'articolo stesso, potrebbero rientrare nella nozione comunitaria di «operatore economico», nozione che, pertanto, a detta della Commissione, ben si attaglia anche agli enti pubblici.

2. *Operatore economico, impresa commerciale e imprenditore: alla ricerca di una definizione tra normativa comunitaria e quella nazionale*

La questione che ci si prefigge di affrontare riguarda, come detto, la possibilità di far partecipare alle gare d'appalto persone giuridiche diverse da quelle elencate nell'art. 34, d.lgs. 163/2006 (quali ad esempio gli istituti di ricerca, le fondazioni, gli istituti di formazione, le università, i dipartimenti e in generale gli enti pubblici non economici). Ci si chiede, in altri termini, se l'articolo da ultimo citato sia suscettibile di un'interpretazione che consenta di includere nell'elenco in esso contenuto anche ulteriori e diverse tipologie di soggetti, qualificate dal carattere imprenditoriale dell'attività svolta, indipendentemente dalla loro natura giuridica.

Il citato art. 34, come è noto, ammette alle gare d'appalto aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture solamente determinati soggetti, consentendo, tuttavia, agli stessi di organizzarsi anche in associazioni temporanee di imprese. Tali soggetti sono gli imprenditori individuali, anche artigiani, le società commerciali, le società cooperative, i consorzi e i soggetti che hanno stipulato il contratto GEIE. La disposizione del Codice si limita quindi a individuare un numero molto ristretto di soggetti che possono diventare affidatari dei contratti pubblici e, in ciò, recepisce pressoché letteralmente la previsione contenuta nell'art. 10, c. 1, della previgente l. 109/1994 che, come è noto, era però relativa ai soli appalti di lavori. L'art. 3, c. 6, del Codice definisce, poi, il soggetto affidatario di contratti pubblici quale «operatore economico», termine questo che per il c. 22 del medesimo articolo include «l'imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi o un raggruppamento o consorzio di essi», affiancando, dunque, alla figura dell'imprenditore anche quelle del fornitore e del prestatore di servizi.

Comune denominatore di tutte le figure contemplate dall'art. 34 è, senza dubbio, la nozione di impresa intesa come esercizio professionale di un'attività economica. Tuttavia vi è una certa contraddizione tra le norme dello stesso Codice. Mentre, infatti, l'art. 34, nell'individuare i soggetti che possono partecipare alle gare di appalto, ripete tale e quale l'espressione «società commerciali», l'art. 3, c. 6, nel definire gli appalti pubblici parla, invece, di «contratti a titolo oneroso stipulati tra una stazione appaltante ... e uno o più operatori economici aventi per oggetto l'esecuzione di lavori (...)».

L'analisi della questione non può che iniziare con l'esame delle fonti comunitarie che ne stanno alla base. Al riguardo, va ricordato, innanzitutto, l'art. 1 della direttiva del Consiglio 93/37/CEE, dove si definiscono gli appalti pubblici (di lavori) come «contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta *tra un imprenditore e un'amministrazione aggiudicatrice ...* aventi per oggetto l'esecuzione ...». Di contenuto più ampio è, invece, la definizione di «appalti pubblici» che fornisce la direttiva unificata in tema di appalti di lavori, servizi e forniture n. 2004/18/CE. L'art. 1 di tale direttiva definisce, infatti, gli appalti pubblici come «contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto *tra uno o più operatori economici ...* aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi».

Le più recenti fonti comunitarie in materia di appalti pubblici non richiedono più in capo ai soggetti che aspirano a partecipare alle gare la qualità d'impresa (o di imprenditore) commerciale. Questo requisito, quindi, è rimasto oggi un portato esclusivo del nostro ordinamento. Nell'ordinamento comunitario, che non si preoccupa di organizzare in modo sistematico le materie oggetto dei propri interventi normativi e, spesso, non si pone scrupoli di corretta costruzione teorica degli istituti da esse regolati, *la nozione di impresa appare, invece, molto relativa*, assumendo una varietà di significati. Questa tendenza del legislatore comunitario è comprovata anche da altre norme concernenti la materia degli appalti pubblici. È stato previsto, per esempio, che il prestatore di servizi non debba necessariamente possedere un'organizzazione d'impresa, requisito, invece, imprescindibile per il nostro codice civile (art. 1655 c.c.). Allo stesso modo, le forniture di prodotti, per il legislatore comunitario, rientrano pacificamente nel contratto di appalto, cosa che nel nostro ordinamento, prima dell'avvento del diritto comunitario, non sembrava certamente corretto, non foss'altro perché il codice civile le riteneva oggetto di un apposito contratto che prendeva appunto il nome di contratto di fornitura³⁵.

Come si è notato, però, anche le fonti comunitarie dapprima richiedevano come requisito necessario per stipulare un contratto di appalto pubblico la qualità di imprenditore. Solo con la direttiva più recente (la 2004/18/CE)³⁶, infatti, si è cominciata a richiedere la qualità di operatore economico, nozione ancora più generica e più estesa di quella di imprenditore. Al fine di realizzare un mercato concorrenziale nel settore degli

³⁵ In argomento si v. anche S. PELINO, *Gli appalti pubblici: nozione comunitaria e tipologie negoziali*, in *Foro amm.*, 1998, 1289.

³⁶ A proposito si v. R. GAROFOLI-M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, Giuffrè, 2005.

appalti pubblici, insomma, pare che non si pongano più veti o preclusioni ai soggetti che sono intenzionati a parteciparvi, non richiedendosi (più) che tali soggetti posseggano la qualifica di «imprenditore» o «impresa commerciale» per essere ammessi a partecipare alle gare ad evidenza pubblica e, quindi, per poter stipulare i relativi contratti. D'altra parte, come si è già notato, la normativa interna di recepimento della direttiva 2004/18/CE, e cioè il cd. Codice dei contratti, all'art. 3, c. 6, parla, a sua volta, di «operatore economico», anche se poi, all'art. 34, c. 1, fa ancora riferimento alla nozione di «società commerciale».

In ambito europeo, la nozione d'impresa «comprende qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo *status* giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento» e l'attività economica consiste «nell'offerta di beni e servizi su un determinato mercato contro retribuzione e con assunzione dei rischi finanziari connessi»³⁷. La nozione d'impresa fornita a livello comunitario ha, pertanto, parametri molto ampi, che prescindono da una particolare fattispecie organizzativa e dalla necessità di perseguire finalità lucrative, essendo sufficiente l'esercizio di un'attività economica come quella consistente nell'offrire sul mercato beni e servizi.

Nei Trattati e nella giurisprudenza della Corte di giustizia, si rinvencono definizioni d'impresa, che, sostanzialmente, sono nozioni incomplete, finalizzate a uno specifico settore e, pertanto, non idonee a divenire modello di una categoria generale. Con specifico riferimento alla nozione d'impresa, ciò che determina cos'è di volta in volta impresa per le singole disposizioni dell'ordinamento comunitario dipende, pertanto, dalle finalità e dal contesto di ciascuna di esse (si pensi ai settori della concorrenza, degli aiuti statali, dei trasporti, del credito, delle dogane ecc.). L'unica costante che si rinviene in tutti i casi in cui le norme comunitarie fanno riferimento alla nozione di impresa è, peraltro, relativa non alla natura giuridica della stessa ma, piuttosto, alla sua attività. Ogni qual volta le norme comunitarie fanno riferimento alla nozione di impresa, in altri termini, esse richiedono il compimento di un atto o di un insieme di atti potenzialmente idonei ad incidere sul settore del mercato comune di volta in volta preso in considerazione³⁸.

Parimenti, la nozione di operatore economico (e, quindi, di soggetto affidatario di contratti pubblici) utilizzata dal diritto comunitario (art. 1, c. 8, direttiva 2004/18/CE) è più generica ed estesa del concetto d'imprendi-

³⁷ C. gust. CE, sez. V, in 35/1998.

³⁸ D. CORAPI-B. DE DONNO, *La nozione di impresa nel diritto comunitario considerazioni introduttive*, in *Diritto privato dell'unione europea*, Milano, Giuffrè, 1997.

tore, giacché individua tutti i soggetti (sia imprenditori sia fornitori e prestatori di servizi) potenzialmente in grado di partecipare alle gare pubbliche, ed è conseguentemente applicabile a qualsiasi persona giuridica pubblica o privata che svolga un'attività sussumibile in quella d'impresa, che offra, cioè, sul mercato non solo prodotti o servizi ma anche la realizzazione di opere o lavori.

Sembra, pertanto, palese il contrasto della normativa interna con quella comunitaria. Tale contrasto, peraltro, non è superato nemmeno dal Codice dei contratti pubblici, il quale, infatti, come si è visto, contiene definizioni contrastanti. Anzi, si potrebbe addirittura pensare che il contrasto sia stato creato dallo stesso Codice deputato ad attuare la direttiva 2004/18/CE se si considera che l'art. 1, c. 8, della direttiva ha fatto rientrare tra gli operatori economici non solo le persone fisiche o giuridiche e i raggruppamenti di tali persone, ma anche gli enti pubblici e i loro raggruppamenti, sempre che, ovviamente, offrano anch'essi sul mercato la realizzazione di opere o lavori o la fornitura di prodotti o servizi³⁹. Questa definizione è stata recepita dal Codice all'art. 3, c. 19, con l'importante differenza, però, che nella disposizione nazionale è sparito il riferimento all'ente pubblico quale possibile «operatore economico».

Il contrasto è reso ancora più evidente se si confronta l'art. 3 e l'art. 34 del Codice dei contratti. L'art. 3, infatti, farebbe sembrare possibile, almeno in via astratta, un'interpretazione «evolutiva» della normativa interna, un'interpretazione, cioè, che consenta di adeguare le norme del codice civile al contesto comunitario⁴⁰. L'art. 34 invece, riprendendo pressoché integralmente la formulazione dell'art. 10 della l. 109/1994, rimane ancora ancorato alla nozione di impresa o società commerciale, richiedendo il possesso dell'una o dell'altra qualifica quale requisito imprescindibile per la partecipazione alle gare pubbliche e, di conseguenza, per la stipulazione dei relativi contratti.

³⁹ Il c. 8 dell'art. 1 della direttiva 2004/18/CE prevede che: i termini «imprenditore», «fornitore» e «prestatore di servizi» designano una persona fisica o giuridica o un *ente pubblico* o un raggruppamento di tali persone e/o enti che offra sul mercato, rispettivamente, la realizzazione di lavori e/o opere, prodotti o servizi. Il termine «operatore economico» comprende l'imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi. È utilizzato unicamente per semplificare il testo. L'operatore economico che ha presentato un'offerta è designato con il termine di «offerente». Chi ha sollecitato un invito a partecipare a una procedura ristretta o negoziata o a un dialogo competitivo è designato con il termine di «candidato».

⁴⁰ Si noti che anche il codice civile non è esente da disarmonie e da frammentarietà d'interventi settoriali (nel diritto del lavoro, nelle procedure concorsuali, nel diritto tributario) e di questioni riferite al trattamento dell'impresa privata e di quella pubblica, tanto che si è cercato di approntare uno schema normativo organico per l'impresa, ma fino ad ora senza esiti normativi utili. Si fa riferimento al progetto Ferri.

Questo contrasto, emerso all'interno del Codice dei contratti, è stato evidenziato anche dalla Commissione europea. Come già in parte accennato, infatti, tale Istituzione ha rilevato profili d'incompatibilità comunitaria anche in relazione all'art. 34 e, pertanto, ha avviato – in ordine alla disposizione in esso contenuta e ad altre disposizioni del Codice dei contratti⁴¹ – una procedura di infrazione nei confronti del Governo italiano (Decisione Commissione europea 31/1/2008 Procedura di infrazione 2007/2309 *ex art. 226 Trattato CE – Incompleta trasposizione del Codice appalti*)⁴².

Le censure mosse dalla Commissione attengono, in particolare, al carattere tassativo dell'elencazione di cui al succitato articolo, poiché esso preclude la possibilità di partecipare alle gare e, quindi, quella di diventare affidatari dei relativi contratti a soggetti che, pur avendo una forma giuridica diversa da quella puntualmente indicata nell'articolo stesso, certamente rientrano nella nozione comunitaria di «operatore economico», nozione che, pertanto, a detta della Commissione, è idonea a riferirsi anche agli enti pubblici. La Commissione europea, quindi, muove delle censure all'art. 34 del Codice poiché esso prevede fra i soggetti che possono partecipare a procedure di affidamento di contratti pubblici *soltanto soggetti pri-*

⁴¹ In particolare l'art. 24, c. 1 (relativo agli appalti aggiudicati a scopo di rivendita o locazione a terzi esclusi dall'ambito di applicazione del Codice), l'art. 34, c. 1, anche in combinato con l'art. 206, c. 1, nonché gli artt. 90 e 101, anche in combinato con l'art. 237 (in tema di soggetti cui possono essere affidati contratti pubblici), l'art. 37, c. 11 (in tema di partecipazione alle procedure selettive da parte di r.t.i. o di consorzi), gli artt. 41, c. 4, 42, c. 4, 48, 74, c. 6 e 206 (in tema di verifica della capacità dei candidati), l'art. 45 (sull'iscrizione di fornitori o prestatori di servizi in elenchi ufficiali), l'art. 49, c. 6 e 7 e l'art. 50 (in tema di avvalimento), l'art. 58, c. 13 e 15 (sul dialogo competitivo), l'art. 70, c. 12 (sul termine per la partecipazione al dialogo competitivo), l'art. 79, c. 3 e 5 (in tema di informazione dei candidati/offertenti), l'art. 83, c. 4 (sui criteri di aggiudicazione dell'appalto), l'art. 140, c. 1 e 3 (sull'attribuzione diretta di appalti pubblici in caso di fallimento o di risoluzione del contratto), gli artt. 152 ss. (in tema di *promotore*), l'art. 32, c. 2, lett. g (in tema di realizzazione di opere di urbanizzazione a scomputo), l'art. 172 (relativo alle società di progetto per la realizzazione ed eventuale gestione di infrastrutture strategiche), l'art. 174, c. 5 (sulle concessioni relative ad infrastrutture strategiche), l'art. 179, c. 7 (sulle regole applicabili alle infrastrutture strategiche nel settore dell'energia). Inoltre la Commissione ha contestato le *omissioni o i riferimenti incerti od erronei* in relazione agli artt. 3, c. 6 e 8, 21, 64, 176, 225, 232 e 237 del Codice e le «*disposizioni non trasposte*» in relazione agli artt. 12, 35 e 39 della direttiva 17. Per un'analisi esaustiva si rinvia a M.A. SANDULLI, *L'eterna incertezza della disciplina dei contratti pubblici: quale diritto per le stazioni appaltanti e quali prospettive per la competitività del Paese? (la Commissione CE mette in mora lo Stato italiano per il Codice dei contratti pubblici)*, in www.astrid-online.it/Outsourcin/Note-e-con/M.A.SANDULLI-MoraCodicecontratti.pdf.

⁴² Sul punto M.A. SANDULLI, *L'eterna incertezza della disciplina dei contratti pubblici: quale diritto per le stazioni appaltanti e quali prospettive per la competitività del Paese? (la Commissione CE mette in mora lo Stato italiano per il Codice dei contratti pubblici)*, cit.

vati, mentre, invece, la nozione di operatore economico, nelle direttive europee, comprende anche enti pubblici o raggruppamento di tali enti, sempre che, ovviamente, offrano anch'essi sul mercato la realizzazione di opere o lavori o la fornitura di prodotti o servizi. Sulla base della definizione comunitaria di operatore economico, pertanto, dovrebbero essere ammesse a partecipare alle gare pubbliche anche le «amministrazioni aggiudicatrici che, in base alla normativa che disciplina la loro attività, sono autorizzate a offrire sul mercato beni, servizi o lavori». Pertanto se un soggetto pubblico opera sul mercato (e, quindi, non è una società *in house*), tale soggetto dovrebbe poter concorrere con i privati sul libero mercato dei contratti pubblici.

3. *L'art. 34 del Codice dei contratti pubblici: la questione sulla tassatività dell'elencazione e la mancata previsione degli operatori economici pubblici*

Della problematica concernente la tassatività o meno dell'elencazione contenuta nell'art. 34 del codice dei contratti si è occupata la giurisprudenza nazionale e, in particolare, anche l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. La questione ruota attorno a due aspetti: il primo attiene alla possibilità di qualificare un soggetto non incluso nell'elenco dell'art. 34 come imprenditore; il secondo, in parte collegato al primo, attiene, invece, al riconoscimento, in capo a soggetti che non perseguono lo scopo di lucro, della legittimazione a partecipare alle gare d'appalto a prescindere dalla qualifica civilistica di imprenditore, accogliendo così la *ratio* della normativa comunitaria.

Ai fini dell'applicazione della disciplina sulla concorrenza, il Consiglio di Stato⁴³ ha sostenuto che la nozione d'impresa è più ampia di quella civilistica, poiché essa, alla luce del principio comunitario dell'effetto utile, comprende «qualsiasi attività di natura economica tale da ridurre anche solamente in potenza la concorrenza nel mercato. Di conseguenza possono essere considerate imprese tutti i soggetti, comunque strutturati e organizzati, che compiano atti a contenuto economico idonei a restringere la concorrenza»⁴⁴.

⁴³ Cons. St., sez. VI, 27 giugno 2005, n. 3408 in *Foro amm. CDS*, 2005, 6, 1849.

⁴⁴ L'Autorità garante della concorrenza e del mercato aveva avviato un'istruttoria nei confronti della federazione italiana agenti immobiliari Professionali (FIAIP), della federazione italiana mediatori agenti d'affari (FIMAA) e dell'associazione nazionale agenti e

Superato l'ostacolo della ristrettezza della definizione di imprenditore, in linea con il principio comunitario di libertà delle forme giuridiche, parte della giurisprudenza italiana ha ammesso che possano partecipare alle gare anche persone giuridiche non contemplate nell'elenco dell'art. 34, sempre che, ovviamente, siano in possesso dei requisiti richiesti dal bando, ammettendo che il bando possa derogare al dettato dell'art. 34.

Il giudice nazionale, ad esempio, ha ritenuto che, in assenza di limiti statutari, sia ammissibile la partecipazione di una fondazione senza scopo di lucro a una gara per l'affidamento di servizi, sul presupposto che *alle fondazioni non è preclusa in via di principio l'attività di impresa* (e cioè quell'attività che viene organizzata per la produzione e lo scambio di beni e di servizi) e che *la qualità imprenditoriale prescinde dalla presenza di uno scopo lucrativo*⁴⁵.

Su tali posizioni si è attestato anche il Consiglio di Stato⁴⁶ che ha rite-

mediatori d'affari (ANAMA), per valutare la restrittività (ai sensi dell'art. 2, l. 287/1990) di alcune disposizioni contenute nei rispettivi codici deontologici delle associazioni. In particolare, l'Autorità ha focalizzato l'analisi sulle disposizioni dei codici deontologici della FIAIP e dell'ANAMA aventi ad oggetto l'indicazione di tariffe minime, e della FIMAA, contenente un rinvio a tariffe massime stabilite in seno all'associazione stessa; nonché sulla clausola di esclusiva prevista nei codici deontologici della FIAIP e dell'ANAMA. Chiusa l'istruttoria, l'Autorità aveva dichiarato che le intese contenute nelle disposizioni dei codici deontologici delle associazioni relative all'indicazione delle tariffe ed alla previsione di un vincolo di non concorrenza tra gli associati avevano ad oggetto una significativa e consistente alterazione della concorrenza, in violazione dell'art. 2, l. 287/1990. Pertanto, in ragione della gravità e della durata delle intese l'Autorità ha altresì irrogato alle associazioni delle sanzioni amministrative pecuniarie. La FIAIP aveva impugnato avanti al TAR Lazio il provvedimento sostenendo, tra l'altro, di essere un'associazione senza scopo di lucro e senza personalità volendo in tal modo esimersi dall'applicabilità della normativa sulla tutela della concorrenza e del mercato, l. 287/1990. La FIAIP non svolge attività d'impresa, tuttavia l'attività dalla stessa svolta in prima persona è statutariamente e istituzionalmente diretta ad agevolare, tutelare ed organizzare corporativamente l'attività imprenditoriale svolta dalla gran parte dei suoi aderenti, che a loro volta – per quanto precedentemente rilevato – sono da considerare imprenditori ai sensi della disciplina sulla concorrenza. La federazione ricorrente, pur se non dotata della personalità giuridica, è stata quindi correttamente reputata passibile di sanzione per l'attività (di orientamento, ausilio e regolamentazione delle attività degli aderenti) che essa stessa ha svolto – in proprio – in qualità di soggetto che, pur non avendo (alla pari di qualsiasi altra associazione) piena personalità giuridica, risulta tuttavia un autonomo centro di imputazione di situazioni giuridiche.

⁴⁵ In tal senso TAR Lazio Roma, sez. I, 5 aprile 2004, n. 3176, in *Foro amm. TAR*, 2004, 1045. Il caso si riferiva alle società cooperative che si caratterizzano per la finalità mutualistica del loro oggetto sociale. Si v. anche e la sent. TAR Lazio Roma, n. 5993/2004, *contra* però TAR Lazio Roma, sez. III, 29 luglio 2008, n. 7591.

⁴⁶ Cons. St., sez. V, 8 luglio 2002, n. 3790, in *Giust. civ.*, 2002, I, 2956.

nuto ammissibile la partecipazione a una gara da parte di un'associazione senza finalità di lucro (nella specie si trattava di una società sportiva)⁴⁷.

Alla luce delle citate pronunce giurisprudenziali, anche un *ente no profit*, quale un istituto di ricerca, pubblico o privato, può essere ricompreso in un'accezione ampia d'impresa e, di conseguenza, può partecipare a gare pubbliche, se ed in quanto sia stato organizzato per produrre beni e servizi. Su quest'aspetto è di recente intervenuto anche il TAR Veneto⁴⁸ che ha considerato ammissibile la partecipazione a gare d'appalto da parte delle Onlus⁴⁹ e, comunque, di soggetti non iscritti alla Camera di commercio⁵⁰.

⁴⁷ Il Consiglio di Stato ha, infatti, previsto che «deve ritenersi che un'associazione sportiva pur senza finalità di lucro, svolga tipica attività d'impresa di contenuto commerciale, essendo la stessa tenuta, ai sensi dell'art. 13 d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600, a tenere scritture contabili ed a redigere il libro giornale e gli altri documenti contabili previsti dal successivo art. 14».

⁴⁸ TAR Veneto, sez. I, 12 marzo 2009, n. 881.

⁴⁹ Oggetto della contestazione è la sussistenza, in capo al capogruppo mandatario Ente nazionale per la protezione e l'assistenza ai sordi (ENS) e al mandante Istituto per la ricerca, formazione e riabilitazione (IRIFOR) – dei requisiti per la partecipazione alla gara. Si contesta la mancata iscrizione dell'ENS al registro delle imprese e l'assenza della partita IVA; all'IRIFOR si contesta oltre che l'assenza di iscrizione al registro delle imprese, anche la mancanza di posizioni INPS e INAIL attive e inoltre l'assenza di dipendenti. Secondi i ricorrenti entrambe le ONLUS non sarebbero da qualificarsi associazioni con carattere di imprenditorialità. Il Giudice amministrativo ha invece statuito che l'assenza di tali elementi non è sufficiente per escludere il carattere imprenditoriale di un'ONLUS nell'ambito dell'attività di prestazione di servizi. A tal proposito, richiama la giurisprudenza comunitaria secondo la quale, come già rilevato, ha affermato che in ambito europeo la nozione di impresa «comprende qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento», mentre l'attività economica consiste nell'offerta di beni o servizi su un determinato mercato contro retribuzione e con assunzione dei rischi finanziari connessi, anche se non viene perseguito uno scopo di lucro (C. giust. CE, V, 18 giugno 1998 n. 35; Trib. CE, 4 marzo 2003, n. 319). La nozione di impresa fornita a livello comunitario ha, pertanto, parametri molto ampi, che prescindono da una particolare fattispecie organizzativa, essendo sufficiente l'esercizio di un'attività economica che sia ricollegabile al dato obiettivo inerente all'attitudine a conseguire la remunerazione dei fattori produttivi, rimanendo giuridicamente irrilevante lo scopo di lucro (che riguarda il movente soggettivo che induce l'imprenditore ad esercitare la sua attività): il carattere imprenditoriale dell'attività va, invece, escluso nel caso in cui essa sia svolta in modo del tutto gratuito, atteso che non può essere considerata imprenditoriale l'erogazione gratuita dei beni o servizi prodotti (Cass. Civ., sez. III, 19 giugno 2008, n. 16612).

⁵⁰ In particolare sull'iscrizione in Camera di commercio è intervenuto il TAR Emilia Romagna Bologna, Sezione II, 17 gennaio 2007, n. 12, che ha accolto il ricorso presentato da un'associazione sportiva esclusa da un appalto per l'affidamento in concessione del servizio di gestione di una piscina comunale. Il bando stabiliva che i partecipanti dovessero essere in possesso dei requisiti indicati nelle norme di gara, tra i quali l'iscrizione alla

Il Giudice veneto, in altri termini, è dell'avviso che sia del tutto irrilevante, specie per le Onlus, l'iscrizione al registro delle imprese, come anche il possesso di partita IVA e di posizioni INPS e INAIL attive. Ritiene, infatti, il succitato Giudice che l'iscrizione al registro delle imprese non sia finalizzata a costituire l'impresa, come verrebbe confermato dalla norma di cui all'art. 2194 c.c., ai sensi della quale l'inosservanza dell'obbligo d'iscrizione comporta la sola irrogazione di una sanzione pecuniaria. Anche la presenza di personale dipendente è ritenuta, peraltro, elemento non necessario dell'organizzazione imprenditoriale, con la conseguenza che l'assenza di tale personale non può giustificare l'esclusione delle Onlus o, comunque, dei soggetti che non perseguono lo scopo di lucro dalle gare⁵¹.

Di diverso avviso è, invece, l'Autorità di vigilanza per i contratti pubblici. Essa, infatti, chiamata a pronunciarsi sulla questione relativa alla possibilità per un'associazione di volontariato di partecipare a procedure di gara, nel parere del 26 febbraio 2009, n. 26, ha ritenuto illegittima una tale partecipazione, poiché l'espletamento di una procedura di selezione del contraente, essendo fondata sulla comparazione delle offerte con criteri concorrenziali di convenienza tecnica-economica, risulta essere inconciliabile con il riconoscimento alle associazioni di volontariato, *ex art. 5, l. 266/1991* (legge quadro sul volontariato), della possibilità di usufruire di proventi costituiti esclusivamente da rimborsi derivanti da convenzioni che prescindono dalle regole di concorrenza⁵².

Secondo l'orientamento prevalente, dunque: a) l'assenza del fine di lucro, b) l'esercizio dell'attività per fini di solidarietà, c) l'utilizzo, per lo svolgimento di quest'ultima, prevalentemente delle prestazioni personali volontarie e gratuite dei propri aderenti, d) la configurazione in forme giuridiche ritenute più adeguate per il perseguimento dei propri fini, e, comun-

C.C.I.A.A. Registro delle imprese o R.E.A. per l'attività inerente all'appalto. L'associazione sportiva ricorrente si era presentata, quale capogruppo, in raggruppamento temporaneo di impresa con una società a responsabilità limitata. La prima era priva del requisito richiesto dal bando, mentre la seconda, in quanto imprenditore, era iscritta al registro delle imprese presso la Camera di commercio. La stazione appaltante, in considerazione della carenza del requisito da parte della capogruppo, ne aveva dunque disposto l'esclusione. Per il TAR è stato sufficiente rilevare la volontà di presentarsi in Ati per annullare la decisione del comune. Si v. il commento di L. OLIVERI, *Un operatore economico privo dell'iscrizione alla camera di commercio può egualmente partecipare ad una gara d'appalto, se tale requisito sia posseduto da altro operatore economico, col quale intenda formare un raggruppamento di impresa*, in *www.appaltiecontratti.it*, 6/9/2007.

⁵¹ A riguardo si v. L. OLIVERI, *Si alla partecipazione di Onlus a gare d'appalto*, in *www.appaltiecontratti.it*, 30/3/2009.

⁵² In tal senso si era espressa già in precedenti occasioni: si vedano i pareri n. 29 del 31 gennaio 2008 e n. 266 del 17 dicembre 2008.

que, compatibilmente con lo scopo solidaristico, sono tutti elementi che dovrebbero far propendere per la *carezza*, in capo alle associazioni di volontariato, della legittimazione a partecipare a procedure di appalti pubblici.

Su tale legittimazione si è espressa, in modo diverso, la giurisprudenza comunitaria. La Corte di Giustizia in una recente sentenza⁵³, ha ritenuto che anche le associazioni che operano per il tramite di volontari possano rientrare nel novero degli operatori economici, qualificando, pertanto, tali associazioni alla stregua delle imprese ai sensi del Trattato CEE. In tal modo il supremo Giudice comunitario ha affermato che anche le associazioni di volontariato possono esercitare un'attività economica in concorrenza con il mercato. Il caso riguardava la Croce Rossa Italiana che, come è noto, è un soggetto dotato di personalità giuridica di diritto pubblico. Questa decisione puntualizza, tra l'altro, un aspetto particolarmente importante idoneo, però, a suscitare non poche perplessità. Il giudice comunitario, infatti, non pone alcuna riserva sul fatto che le associazioni di volontariato sono in grado di presentare offerte a prezzi notevolmente inferiori a quelli di altri offerenti per la circostanza che i loro collaboratori agiscono a titolo volontario⁵⁴. Quest'aspetto, secondo il giudice comunitario, non sarebbe idoneo a impedire a tali soggetti di partecipare alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici⁵⁵. Tuttavia la decisione della Corte di Giustizia è stata disattesa dall'Autorità nell'appena citato parere del 26 febbraio 2009, n. 26, in quanto, secondo l'Autorità, l'oggetto del giudizio ver-

⁵³ Sentenza 29 novembre 2007, in. C-119/06. Per un'analisi approfondita si rinvia al commento di M. MATTALIA, *Convenzionamento diretto o procedure concorsuali nell'affidamento del servizio di trasporto sanitario*, Nota a Corte giustizia CE, 29 Novembre 2007, n. 119 sez. III, in *Foro amm. CDS*, 2008, 7-8, 1984.

⁵⁴ In particolare la Corte di Giustizia dispone che: «37 (...) l'assenza di fini di lucro non esclude che siffatte associazioni (di volontariato) esercitino un'attività economica e costituiscano imprese ai sensi delle disposizioni del Trattato relative alla concorrenza (così anche sentenze 16 novembre 1995, in C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurance e a.*, *Racc.*, I-4013, punto 21; 12 settembre 2000, cause riunite da C-180/98 a C-184/98, *Pavlov e a.*, *Racc.*, I-6451, punto 117, nonché 16 marzo 2004, cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, *AOK Bundesverband e a.*, *Racc.*, I-2493, punto 49)». Inoltre che: «38 Occorre ricordare che, secondo la giurisprudenza della Corte, entità come le organizzazioni sanitarie che garantiscono la fornitura di servizi di trasporto d'urgenza e di trasporto di malati devono essere qualificate imprese ai sensi delle norme di concorrenza previste dal Trattato (sentenza 25 ottobre 2001, causa C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, *Racc.*, I-8089, punti 21 e 22)». In tal modo perviene alla conclusione che: «(...) le associazioni interessate possono esercitare un'attività economica in concorrenza con altri operatori». 40 Per una disamina si rinvia a V. MINIERO, *La partecipazione agli appalti pubblici da parte di soggetti non elencati nell'art. 34 d.lgs 163/2006: in particolare le organizzazioni di volontariato*, in *www.appaltiecontratti.it* 29/4/2008.

⁵⁵ In tal senso, anche la sentenza 7 dicembre 2000, in C-94/99, *ARGE*, *Racc.*, I-11037

teva sulla natura dell'attività svolta a seguito della stipula di un accordo e non già, invece, sulla qualificazione dei soggetti⁵⁶.

La questione delle associazioni di volontariato potrebbe, peraltro, essere utilizzata nella disamina della questione riguardante la partecipazione dei soggetti pubblici, se non altro per la presenza di alcune somiglianze con tali soggetti. Ci si riferisce, in particolare, all'assenza del fine di lucro, al trattamento fiscale agevolato e ai modi di utilizzo delle risorse umane, e cioè a tutte quelle caratteristiche che potrebbero rappresentare un tangibile elemento di vantaggio (anticoncorrenziale) rispetto alle imprese private. In tal senso si è espresso anche il TAR Lazio⁵⁷, il quale, con specifico riferimento all'I.S.P.E.S.L. – ente pubblico⁵⁸, ha sostenuto che il principio di parità di trattamento degli offerenti nelle procedure di appalto aventi ad oggetto ser-

⁵⁶ L'Autorità è dell'avviso che la sentenza della Corte di Giustizia abbia chiarito un aspetto differente rispetto a quello riguardante la possibilità per le associazioni di volontariato, nella propria qualità di imprese che esercitano una attività economica, di prendere parte a procedure di gara. L'oggetto del giudizio instaurato dalla Commissione europea dinnanzi alla Corte riguardava la possibilità di affidare direttamente le attività di trasporto in esame mediante un accordo quadro stipulato con la Croce Rossa Italiana senza esperire alcuna procedura ad evidenza pubblica. La questione era quella di stabilire se tale accordo quadro presentasse o meno le caratteristiche di un appalto pubblico, ai sensi della normativa comunitaria sui servizi, e cioè se esso fosse un contratto a titolo oneroso, stipulato in forma scritta, tra un prestatore di servizi e un'amministrazione aggiudicatrice. Nell'affrontare tale questione la Corte ha constatato che l'assenza di fini di lucro e il perseguimento di fini di solidarietà sociale da parte di un'associazione, ancorché i suoi collaboratori agiscano a titolo volontario, non esclude che la stessa possa esercitare un'attività economica in concorrenza e costituisca impresa ai sensi delle disposizioni del Trattato, ed ha altresì ricordato che entità come le organizzazioni sanitarie che garantiscono la fornitura di servizi di trasporto d'urgenza e di trasporto malati devono essere qualificate imprese ai sensi delle norme di concorrenza previste dal citato Trattato. Il Giudice comunitario, tuttavia, proprio in considerazione dell'oggetto del giudizio, ha focalizzato la propria attenzione sulla natura dell'attività svolta in virtù dell'affidamento dell'accordo quadro, senza entrare nel merito della specifica qualificazione giuridica che una siffatta associazione riceva nel proprio ordinamento nazionale, né si è pronunciato sulla compatibilità comunitaria della particolare disciplina italiana in materia di associazioni di volontariato (legge n. 266/1991), anche perché il caso non riguardava l'affidamento a un'associazione di volontariato ai sensi della l. n. 266/1991, bensì alla Croce Rossa Italiana che, come si evince dal suo Statuto, è soggetto dotato di personalità giuridica di diritto pubblico.

⁵⁷ TAR Lazio, sez. III, 22 febbraio 2007, n. 1559.

⁵⁸ L'I.S.P.E.S.L. è stato istituito con d.p.r. 30 luglio 1980, n. 169, come previsto dall'art. 23 l. 833/1978 istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale. Il d.p.r. 169/1980 ha definito le competenze istituzionali dell'Istituto che ha subito successive trasformazioni sino ad assumere l'attuale forma di ente di diritto pubblico nel settore della ricerca. Il d.m. 23 dicembre 1982 istituisce i Dipartimenti periferici dell'ISPESL per consentire all'Istituto di svolgere l'attività omologativa derivatale dall'assunzione delle competenze dei disciolti enti ENPI (Ente Nazionale Prevenzione Infortuni) e ANCC (Associazione Nazionale Controllo della Combustione).

vizi non è violato per il solo fatto che l'amministrazione aggiudicatrice ammetta a partecipare a tali procedure anche quegli organismi che ricevono in qualsiasi forma dalle amministrazioni sovvenzioni, finanziamenti pubblici o agevolazioni normative o fiscali, consentendo, così, a detti organismi di presentare offerte a prezzi notevolmente inferiori a quelli degli altri offerenti, o meglio, di quegli offerenti che non beneficiano di tali sovvenzioni.

4. *L'operatore economico pubblico alla prova degli interpreti*

Sempre con riferimento alla questione se i soggetti pubblici siano legittimati o meno a partecipare alle procedure di gara, la giurisprudenza pacificamente ammette che sussiste una tale legittimazione in capo agli enti pubblici economici⁵⁹, i quali, infatti, hanno natura e spesso anche struttura imprenditoriale^{60,61}. Rimane, invece, prudente nel riconoscerla agli enti pubblici non economici come ad esempio le università⁶². Gli enti pubblici non economici sono ritenuti dei soggetti in grado di alterare la *par condicio* tra i concorrenti, poiché godono di un particolare regime di agevolazioni finanziarie e sono, pertanto, in grado di prestare servizi in condizioni di privilegio, non dovendo sopportare gli stessi costi dei soggetti che forniscono i medesimi servizi nell'esercizio di un'attività d'impresa⁶³.

⁵⁹ TAR Lazio, sez. II, n. 540/2003.

⁶⁰ La vicenda si riferiva all'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, il quale, secondo il Giudice amministrativo, essendo un ente pubblico economico, come tale può partecipare alla gara per la fornitura di schedine a lettura ottica, essendo abilitato a vendere i suoi prodotti ad aziende autonome e a enti privati italiani ed esteri nonché assumere commesse in materia cartaria e grafica, nel rispetto della normativa comunitaria.

⁶¹ TAR Liguria, sez. II, n. 30/2002 Questa sentenza prevede la legittimità della partecipazione dell'ente locale a gare indette per l'affidamento di servizi, sebbene, in caso di aggiudicazione, lo svolgimento del predetto servizio sarebbe stato affidato all'Azienda dallo stesso costituita. Il Giudice ritiene che sul piano formale, tale legittimità implica l'interpretazione delle clausole dei relativi bandi in senso non restrittivo, nel senso cioè di *ampliare la nozione di imprenditore fino a comprendere anche l'ente pubblico* (nelle sue varie articolazioni operative) *che svolga attività imprenditoriale*, in sintonia del resto con la nozione di «prestatori di servizi» fatta propria dalla direttiva comunitaria 92/50, in base alla quale era stato emanato il d.lg. 17 marzo 1995 n. 157 e che ricomprendeva nella definizione «gli enti pubblici che forniscono servizi».

⁶² Per una disamina della questione si v. M. CALABRÒ, *Sui limiti della possibilità dei Dipartimenti universitari di partecipare a pubblici appalti. Nota a T.A.R. Napoli Campania, 12 Giugno 2002, n. 3411 sez. I*, in *Foro amm. TAR*, 2002, 7-8, p. 2572.

⁶³ TAR Napoli, Campania, sez. I, 12 giugno 2002, n. 3411; TAR Marche, Ancona, n. 1307/2000; TAR Lazio, sez. III, 29 luglio 2008, 7591.

L'orientamento prevalente tende a circoscrivere la legittimazione degli enti pubblici a partecipare alle gare d'appalto, ritenendo che la stessa sussista solamente per quelle gare che hanno per oggetto prestazioni corrispondenti ai fini istituzionali dell'ente, onde scongiurare il pericolo che il riconoscimento generalizzato e indistinto in capo agli enti pubblici di una vera e propria capacità imprenditoriale crei effetti distorsivi sul regime della concorrenza⁶⁴ e si ponga, pertanto, in contrasto con la chiara volontà del legislatore di stabilire comunque una limitazione soggettiva nell'accesso alla contrattazione con le amministrazioni aggiudicatrici.

Vi sono poi orientamenti giurisprudenziali di maggior chiusura⁶⁵ secondo i quali l'elencazione dei soggetti ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici di cui all'art. 34, d.lgs. 163/2006, debba ritenersi tassativa. Secondo tali orientamenti l'art. 34, nell'elencare espressamente una serie di soggetti ben identificati, non sarebbe suscettibile di un'interpretazione estensiva. Per tale ragione questo filone giurisprudenziale tende a escludere che possano, ad esempio, essere ammesse a partecipare alle gare pubbliche, *in mancanza di un'espressa previsione*, le fondazioni. La rilevanza sociale del loro scopo, com'è noto, non è di carattere lucrativo. Pertanto, secondo questo filone giurisprudenziale, la rilevanza sociale dello scopo delle fondazioni impedirebbe la loro assimilazione alle società commerciali, il cui elemento identificativo è costituito, invece, dalla divisione degli utili tra i soci. Qualora, peraltro, ad esempio, una fondazione dovesse assumere i caratteri di un'impresa commerciale ai sensi dell'art. 2082 c.c., il suo decreto di riconoscimento diverrebbe illegittimo e dovrebbe, pertanto, essere disapplicato⁶⁶. Inoltre, allorché l'attività di impresa di una fondazione (per le modalità con cui si svolge, per le dimensioni che raggiunge e per i risultati cui perviene) non dovesse apparire più strumentale rispetto ai fini di pubblica utilità dell'ente, si dovrebbe ritenere che quella attività non faccia più capo alla fondazione, ma al soggetto o ai soggetti che hanno agito utilizzando l'ente quale «paravento»^{67,68}.

Secondo questa linea, pertanto, non andrebbe nemmeno presa in considerazione la questione interpretativa dell'art. 34. Invece si dovrebbe solamente considerare la volontà espressa dal legislatore nazionale in tale

⁶⁴ Cons. St., sez. V, n. 4327/2003; TAR Lazio, sez. I, n. 7353/2004.

⁶⁵ TAR Lazio, sez. III, 29 luglio 2008, n. 7591.

⁶⁶ Tribunale Milano, 22 gennaio 1998.

⁶⁷ Tribunale Milano, 16 luglio 1998.

⁶⁸ In argomento si v. S. SANZO, *Brevissime riflessioni sull'insolvenza della fondazione-impresa, ovvero della solitudine del giudice*, in *Giur. it.*, 1999, 8/9, 1678.

norma, volontà che sembra essere quella di limitare l'accesso alle gare a soggetti determinati, a garanzia non solo dell'affidabilità dei soggetti partecipanti, ma anche e soprattutto della concorrenza. In base a questa giurisprudenza, dunque, non vi sarebbe alcuna violazione dell'art. 4, direttiva 2004/18/CE, laddove prevede che i candidati o gli offerenti che, in base alla normativa dello Stato membro nel quale sono stabiliti, sono autorizzati a fornire la prestazione oggetto dell'appalto non possono essere respinti soltanto per il fatto che, secondo la normativa dello Stato membro nel quale l'appalto stesso è aggiudicato, essi avrebbero dovuto essere persone fisiche o persone giuridiche. La ragione si rinviene nel fatto che tale norma impedisce ai legislatori nazionali di introdurre limitazioni relative al possesso di un requisito formale, come la personalità giuridica, ma non impedisce le limitazioni che riguardino il profilo sostanziale dei partecipanti, come appunto quello dei soggetti che perseguono particolari finalità che gli attribuiscono, inoltre, nell'ordinamento nazionale, un regime di favore. Pertanto il legislatore dell'art. 34 del Codice avrebbe espresso l'esigenza di evitare la partecipazione di soggetti che godono di un particolare regime di favore in forza del vincolo di scopo, come, ad esempio, un regime fiscale agevolato rispetto all'imposta sulla società e, come tali, non parteciperebbero in condizioni di parità con gli altri operatori economici.

In argomento è intervenuta anche l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

In un primo momento, antecedente alla procedura di infrazione di cui si è detto, l'orientamento dell'Autorità di vigilanza era molto restrittivo. Quest'ultima, infatti, riteneva che la nozione di operatore economico e, quindi, di affidatario di contratti pubblici non potesse non corrispondere alla nozione di imprenditore data dall'art. 2082 c.c. e, quindi, ricomprendere i soggetti elencati in maniera tassativa dall'art. 34 del Codice dei contratti. In sostanza l'Autorità di vigilanza non accettava la definizione di operatore economico e la nozione di impresa secondo il dettato comunitario. La stessa Autorità, poi, si era espressa nel senso che l'art. 34, c. 1, lettere a), b), c), d) e) e f), del Codice dei contratti indica in modo tassativo i soggetti legittimati a partecipare alle gare. Secondo l'Autorità peraltro la caratteristica che accomuna tutte le figure indicate nel succitato articolo è l'esercizio professionale di un'attività economica. Quest'ultima poi, a detta dell'Autorità, è pacificamente definibile con l'ausilio dell'art. 2082 c.c., secondo il quale imprenditore è chi svolge un'attività con le seguenti caratteristiche: a) economicità, b) professionalità, c) organizzazione, d) fine di lucro.

Gli elementi ora richiamati consentirebbero, pertanto, di individuare il *discrimen* fra gli operatori economici e quei soggetti, quali ad es. gli enti pubblici non economici, le università ovvero i dipartimenti universitari,

non rientranti in tale categoria, siccome svolgono un'attività diversa dall'attività economica, e cioè da quell'attività che è rivolta alla produzione di ricchezza.

La preclusione però non è definitiva. Dalla lettura di alcune deliberazioni dell'Autorità si può notare, infatti, una certa apertura, un certo «strappo» dal mero aspetto formale del soggetto (pubblico) e una tendenza verso un'analisi concreta, caso per caso, dell'atto costitutivo e/o dello statuto dell'ente al fine di valutare gli scopi istituzionali per i quali è stato costituito, ritenendo tale verifica determinante e risolutiva⁶⁹. In sostanza, la stazione appaltante dovrebbe verificare se gli enti partecipanti alla gara possano statutariamente svolgere attività d'impresa offrendo la fornitura di beni o la prestazione di servizi sul mercato, pur senza rivestire la forma societaria.

Quest'orientamento è rinvenibile nel parere dell'Autorità del 23 aprile 2008 n. 127 che riguardava la partecipazione a una gara pubblica di una serie di soggetti tra i quali alcune associazioni senza fini di lucro riconosciute ai sensi del codice civile (nel caso concreto si trattava dell'Ifoa – Istituto Formazione Operatori Aziendali e del Formez – Centro di Formazione Studi), un ente pubblico nazionale di ricerca dotato di autonomia finanziaria (il CNR – Consiglio Nazionale delle Ricerche) e una fondazione (il Censis – Centro Studi Investimenti Sociali). Alla luce della procedura d'infrazione di cui si è detto, l'Autorità, con questo parere, ha rimeditato la

⁶⁹ Con la deliberazione n. 119/07, l'Autorità di vigilanza ha definito l'importante principio secondo cui le università, i loro dipartimenti, gli enti pubblici e gli istituti di ricerca non possono partecipare a gare d'appalto pubbliche. La deliberazione nasce su istanza di parere della regione Friuli Venezia Giulia a seguito di una contestazione ad un bando di gara formulata dall'Associazione delle società di ingegneria (OICE) ed in sede di gara dall'Agriconsulting e si riferisce alla previsione inserita nel bando di gara della possibilità di partecipazione ad una gara di monitoraggio ambientale anche delle università, con i dipartimenti e con gli istituti di ricerca. L'Autorità, nel precisare che i bandi della regione Friuli Venezia Giulia non sono conformi all'art. 34, d.lgs. 163/2006 nella parte in cui individuano, come soggetti ammessi alla procedura, gli enti pubblici, le università ed i dipartimenti universitari, ribadisce ancora una volta che le università, i loro dipartimenti, gli enti pubblici e gli istituti di ricerca non possono partecipare a gare d'appalto pubbliche. Con la citata deliberazione n. 119: 1. dichiara tassativa l'elencazione di cui all'art. 34; 2. ma assume come determinante e risolutiva la verifica, caso per caso, dell'atto costitutivo e/o dello statuto dell'ente al fine di valutare gli scopi istituzionali per i quali è stato costituito. D'altra parte, l'Autorità con deliberazione n. 83/07 aveva già ribadito che stante il carattere tassativo dell'elenco dei soggetti aventi diritto ad essere affidatari di incarichi di progettazione, contenuto nell'art. 17, l. 109/1994 e s.m., risulta non conforme al dettato normativo l'affidamento di detti incarichi a dipartimenti universitari, fatta salva la possibilità per gli stessi di costituire apposite società in base all'autonomia riconosciuta alle università dalla l. 168/1989.

precedente posizione e ha aderito a un'interpretazione estensiva dell'elencazione contenuta nell'art. 34 del Codice, condizionando l'ammissione alle gare dei succitati soggetti all'analisi concreta del contenuto del loro atto costitutivo e/o del loro statuto. In tal modo l'Autorità ha inteso tutelare il principio della libera concorrenza in via concreta subordinando l'ammissione alle gare dei vari enti alla concreta valutazione degli scopi istituzionali per i quali sono stati costituiti, senza porre astratte e preventive preclusioni e veti immotivati all'accesso alle gare stesse⁷⁰.

In definitiva e per concludere, la nozione di operatore economico è incentrata su un profilo sostanziale che rifugge da ogni costruzione teorica e non richiede la qualifica di imprenditore commerciale. Tale qualifica, invece, risulta essenziale per il nostro ordinamento, a differenza di quello comunitario il quale attribuisce alla nozione di impresa e di imprenditore una portata assolutamente diversa e spesso difficilmente accettabile nel nostro sistema⁷¹.

⁷⁰ Per quanto riguarda il caso concreto riferito alla partecipazione di CNR, FORMEZ, CENSIS e IFOA alla procedura pubblica, l'Autorità ha statuito che essi soddisfano i citati requisiti ed hanno le caratteristiche essenziali per potersi qualificare come *prestatori di servizi*. Effettuando un'analisi concreta degli atti costitutivi, degli statuti e delle leggi istitutive ha stabilito che in relazione al CNR, che è titolare del servizio pubblico di ricerca e formazione, il d.lgs. 127/2003 (recante il riordino del CNR) prevede, tra le attività, la prestazione di servizi a terzi in regime di diritto privato nell'ambito del perseguimento delle proprie attività istituzionali (art. 3, c. 1, lett. p)). Altrettanto vale per il Formez, il quale, ai sensi dell'art. 3, c. 3, del d.lgs. 285/1999, può svolgere – con contabilità separata e con il vincolo dell'equilibrio della relativa gestione – attività formative e di consulenza per conto terzi, in aggiunta alle attività istituzionali. Infine, anche il Censis è da ritenersi dotato dei requisiti necessari ai fini della partecipazione a procedure di evidenza pubblica alla stregua di qualsiasi altro operatore economico, in quanto, pur trattandosi di una fondazione senza finalità di lucro (gli utili non vengono distribuiti ma reinvestiti esclusivamente nelle attività istituzionali), può esercitare – per espressa disposizione statutaria – attività economiche dietro specifico compenso, mediante la propria organizzazione e al fine della produzione e dello scambio di servizi realizzati su richiesta e per conto di pubbliche amministrazioni, partecipando anche a gare e concorsi.

⁷¹ Da tenere a mente le sempre attuali considerazioni di Tullio Ascarelli, il quale osserva di come si assiste alla «diversa portata di istituti formalmente identici e la identica portata di istituti formalmente diversi; l'influenza che nel funzionamento di istituti e norme formalmente identici e nell'interpretazione di norme seppure letteralmente corrispondenti hanno delle «premesse implicite» che decorrono dalla tradizione di varie colture, dal grado di sviluppo economico dei vari paesi, dalla reazione che sul funzionamento di ogni istituto hanno altri istituti seppure in campi diversissimi, abitudini, credenze, condizioni economiche, nella unità del diritto e della vita sociale» (T. ASCARELLI, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1952, 55 e 70). Sull'argomento l'interessante scritto di I. SIGISMONDI, *Mercato e ordinamento: alcuni aspetti di interferenze/contiguità ed integrazioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2007, 5, 947.

L'ambito dei soggetti legittimati a partecipare alle gare o a presentare offerte è ben più ampio di quello che oggi appare dalla lettura dell'art. 34, il quale, obiettivamente, non è adatto a includere tutte le forme giuridiche che possono essere comprese nella attuale definizione comunitaria di «impresa». Probabilmente, com'è stato osservato⁷², lo strumento dell'avvalimento potrebbe far superare qualsiasi ostacolo riguardante la carenza di legittimazione in capo a soggetti qualificati non idonei ai sensi dell'art. 34 così come «riletto» dalla giurisprudenza, domestica e comunitaria, e dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

⁷² AA.VV., *La disciplina dei contratti pubblici*, (a cura di R. TOMEI-M. BALDI), Milano, Ipsoa, 2007, 481.