

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 21 novembre 2014 n. 5767-

(partecipazione Università ad appalti pubblici)

La questione relativa alla possibilità delle Università di partecipare a pubbliche gare è tutt'altro che pacifica.

La giurisprudenza comunitaria (cfr. Corte di Giustizia CE, sezione IV, 23 dicembre 2009, n. 305) afferma che non possono essere escluse a priori le Università dai soggetti economici abilitati a partecipare alle gare d'appalto.

"le disposizioni della direttiva 2004/18 ed in particolare quelle di cui all'articolo 1, numeri 2, lettera a) e 8, primo e secondo comma che si riferiscono alla nozione di "operatore economico" devono essere interpretate nel senso che consentono a soggetti che non perseguono un preminente scopo di lucro, non dispongono della struttura organizzativa di un'impresa e non assicurano una presenza regolare sul mercato, quali le università e gli istituti di ricerca nonché i raggruppamenti costituiti da università e amministrazioni pubbliche, di partecipare ad un appalto pubblico di servizi".

Il ragionamento seguito dalla Corte di Giustizia Europea si richiama al principio della massima apertura al mercato a tutti gli operatori pubblici e privati, prediligendo un'interpretazione estensiva della nozione di "ente pubblico" che includa anche organismi che non perseguono un principale scopo di lucro, che non hanno una struttura organizzativa d'impresa e che non assicurano una presenza continua sul mercato.

Il principio da affermare è, quindi, quello che depone per l'apertura alla concorrenza anche in casi in cui acquisiscano la veste di "operatori economici" taluni enti pubblici astrattamente beneficiari di finanziamenti statali, allorché, come nel caso di specie, non vi sia alcuna prova di connessione tra il sostegno pubblico e la partecipazione e l'aggiudicazione di una gara d'appalto.

Quanto alla disciplina nazionale, non ci sono norme che precludono la partecipazione a procedure di evidenza pubblica delle università degli studi.

La stessa Corte Costituzionale, con la sentenza n. 326 del 2008, nel ribadire il principio dell'intangibilità in via di principio della libertà di iniziativa economica privata degli enti pubblici, ha sottolineato la necessità "di evitare che soggetti dotati di privilegi operino in mercati concorrenziali".

In tale contesto, come evidenziato dall'Adunanza plenaria con la sentenza n. 10 del 2011, deve ammettersi che l'Università possa agire quale operatore economico nei confronti di committenti pubblici (o ad essi equiparati ai sensi del d.lgs. n. 163 del 2006) non solo in via diretta, ma anche a mezzo apposita società quando l'attività sia strettamente strumentale alle finalità istituzionali dell'ente che sono la ricerca e l'insegnamento, nel senso che giova al progresso della ricerca o dell'insegnamento o procaccia risorse economiche da destinare a ricerca e insegnamento, con esclusione dell'attività lucrativa fine a se stessa.

Non è poi ostativa alla partecipazione alla gara in questione, la circostanza che una delle partecipanti al raggruppamento temporaneo di cui l'Università è mandataria, è una società di capitali che agisce per fini di lucro, atteso che il limite funzionale previsto per l'università è connesso alla funzione principale della ricerca e dell'insegnamento e non alla circostanza che benefici di sovvenzioni pubbliche che falserebbero la concorrenza. Invero, in base all'articolo 7 della legge n. 168 del 1989, le entrate delle università sono costituite in parte prevalente da forme autonome di autofinanziamento quali contributi volontari, proventi di attività, rendite, frutti e alienazioni del patrimonio, atti di liberalità e corrispettivi di contratti e convenzioni e non già da finanziamenti pubblici del tutto residuali, sicché non è configurabile una posizione di privilegio rispetto agli altri partecipanti e non viene ad essere falsata la concorrenza, basata su una presunzione di "inquinamento" del confronto concorrenziale, senza alcuna indagine e accertamento della situazione di fatto.

In merito all'asserita violazione dell'articolo 90 del d. lgs. n. 163 del 2006 e dei principi posti dalla suddetta norma, va osservato che la norma, in quanto concernente gli appalti di lavori e non già di servizi, non è applicabile alla fattispecie in esame e, comunque, l'incarico affidato alla mandante non ha le caratteristiche di un servizio di progettazione, ma costituisce una nuova attività che, partendo da conoscenze già acquisite e di pubblico dominio, deve portare a nuovi e più specifici prodotti.