

Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori , servizi e forniture

Deliberazione n. 119

del 18.04.2007

PREC98/07

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dal Servizio tutela ambienti naturali e fauna della Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia – procedure aperte in attuazione del progetto S.A.R.A. Sistema Aree Regionali Ambientali

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio Affari Giuridici

Considerato in fatto

In data 13 marzo 2007 è pervenuta l'istanza di parere indicata in oggetto, con la quale la Stazione Appaltante evidenzia la controversia insorta in merito ai bandi di gara indicati in oggetto, concernente i soggetti ivi individuati per la partecipazione a dette procedure.

L'OICE, infatti, ha contestato detti bandi nella parte in cui individuano, come soggetti ammessi alle gare, oltre ai consorzi, GEIE o raggruppamenti temporanei fra i soggetti individuati dalla lettera d), comma 1, dell'articolo 34 del d. Lgs. n. 163/2006, liberi professionisti associati, società di professionisti, anche "raggruppamenti temporanei di Enti pubblici e privati, Università, dipartimenti universitari, istituti di ricerca".

A parere dell'Associazione, ai sensi dell'articolo 34 del d. Lgs. n. 163/2006, agli affidamenti di servizi possono partecipare solo i soggetti individuati dal medesimo articolo 34, unici soggetti rientranti nella definizione di "operatore economico".

La medesima eccezione è stata sollevata, in sede di gara dalla impresa Agriconsulting p.a.

La S.A. ritiene invece che la direttiva 2004/18/CE, articoli 1, 3 e 4, supportata dalla Comunicazione interpretativa della Commissione 2006/C 179/02, nonché dal combinato disposto di cui agli articoli 3, punto 19 e 34, comma 1, lettera a) del d. Lgs. n. 163/2006, la partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici sia consentita anche agli Enti pubblici, ed in particolare, alle Università.

In data 29 marzo 2007 si è tenuta una audizione nel corso della quale le Parti hanno ribadito quanto rappresentato in atti.

Ritenuto in diritto

L'articolo 34, comma 1, lettere a), b), c), d) e) ed f), del d. Lgs. n. 163/2006 individua i soggetti cui possono essere affidati i contratti pubblici: tali soggetti rivestono la qualifica di "operatore economico", termine con il quale si intende l'imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi o un raggruppamento o un consorzio di essi. Ai sensi dell'articolo 3, comma 19, del decreto legislativo n. 163/2006, nel novero di detti soggetti sono comprese le persone fisiche, le persone giuridiche, gli enti senza personalità giuridica (ivi compreso il gruppo europeo di interesse economico - GEIE) che offrono sul mercato la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi.

La caratteristica che accomuna le figure sopra individuate è l'esercizio professionale di una attività economica. Giova richiamare al riguardo l'articolo 2082 del codice civile, secondo il quale "imprenditore" è colui il quale svolge un'attività con le seguenti caratteristiche: a) esercizio di un'attività economica, b) in modo professionale, c) mediante organizzazione, d) al fine della produzione e dello scambio di beni o servizi.

Gli elementi sopra richiamati consentono di individuare il *discrimen* fra gli operatori economici e quei soggetti, quali gli Enti pubblici non economici, le Università ovvero i Dipartimenti universitari, non rientranti in tale categoria, in quanto rivestono una finalità diversa dall'attività economica, come noto rivolta alla produzione di ricchezza.

Relativamente alla possibilità che le Università espletino attività di progettazione, e più in generale, quindi, possano partecipare all'affidamento di appalti pubblici, l'Autorità con deliberazione n. 83/2007, richiamando quando deciso nella deliberazione n. 179/2002, ha ribadito che "stante il carattere tassativo dell'elenco dei soggetti aventi diritto ad essere affidatari di incarichi di progettazione, contenuto nell'art. 17 della legge 11 febbraio 1994 n. 109 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 legge 168/1989."

Uguualmente, per quanto attiene gli Istituti di ricerca, è necessario effettuare, caso per caso, la verifica del relativo Statuto al fine di valutare gli scopi istituzionali per i quali sono stati costituiti.

Il principio sopra richiamato si applica anche alla disposizioni di cui all'articolo 34 del d. Lgs. n. 163/2006, che contiene un elenco tassativo dei soggetti ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene che i bandi di gara di che trattasi sono non conformi all'articolo 34 del d. Lgs. n. 163/2006 nella parte in cui individuano, come soggetti ammessi alla procedura, gli Enti pubblici, le Università ed i Dipartimenti universitari.

Il Consigliere Relatore

Giuseppe Brienza

Il Presidente

Luigi Giampaolino