

## Rientrano nella nozione di “operatore economico” i Dipartimenti universitari ai quali sia riconosciuta adeguata autonomia organizzativa, negoziale e contabile.

di Gianluigi Delle Cave

Data di pubblicazione: 13-1-2021

*Ai fini della qualificazione come “operatore economico”, alla luce dei principi comunitari, è (necessario e) sufficiente un adeguato grado di autonomia organizzativa, contabile e dispositiva, tali da supportare un’autonoma “offerta” di prestazioni; rientrano, pertanto, in tale nozione anche i Dipartimenti universitari ai quali sia riconosciuta, dalle disposizioni statutarie, adeguata autonomia organizzativa, negoziale e contabile.*

### Guida alla lettura

Con la pronuncia in esame, il Consiglio di Stato ha chiarito alcuni aspetti del perimetro della definizione di “operatore economico” ai sensi del d. lgs. n. 50/2016 (“Codice dei Contratti Pubblici”). Più nel dettaglio, la questione al vaglio dei giudici amministrativi ha riguardato la qualificazione dei **dipartimenti universitari** sotto il profilo della riconducibilità alla categoria di “operatori economici” ammessi “a partecipare alle **procedure di affidamento dei contratti pubblici**”, ai sensi degli artt. 45 e 3 del Codice dei Contratti Pubblici. A tal fine, secondo i giudici di Palazzo Spada, è necessario richiamare l’art. 3, comma 1, lett. p), del Codice dei contratti pubblici che definisce l’operatore economico come “una persona fisica o giuridica, un ente pubblico, un raggruppamento di tali persone o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese, un ente senza personalità giuridica [...] che offre sul mercato la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi”. Ebbene, privilegiando il dato sostanziale, la disposizione – in attuazione dei principi comunitari (cfr. il considerando n. 14 della Dir. 2014/24/UE; il considerando n. 49 della Dir. 2014/23/UE e il considerando n. 17 della Dir. 2014/25/UE) – è orientata ad assumere un concetto lato della nozione, tale da ricomprendervi – nei limiti dell’affidamento dei terzi e della responsabilità patrimoniale, che postula la personalità giuridica – qualunque aggregazione riconducibile ad **unità economica**, sia esso persona o ente, **indipendentemente dalla sua forma giuridica**. Le disposizioni comunitarie, in buona sostanza, sembrano non accogliere una nozione di “operatore economico che offre servizi sul mercato” ristretta agli operatori dotati di un’organizzazione d’impresa, né introdurre condizioni particolari per porre limitazioni preclusive delle procedure di gara in ragione della forma giuridica e dell’organizzazione interna degli operatori economici: è infatti “nell’interesse della **concorrenza**, la cui cura è obiettivo primario del diritto UE, assicurare la **partecipazione più ampia di offerenti** a una gara d’appalto” (cfr. CGCE, sentenza 19 maggio 2009, causa C 538/07).

In estrema sintesi, secondo il giudice di *seconde cure*, non è necessario, quando si tratti di strutture organizzate, “*il carattere della personalità giuridica; è invece (necessario e) sufficiente un adeguato grado di **autonomia organizzativa, contabile e dispositiva**, tali da supportare – nella concreta prospettiva del contratto di cui si verte – un’autonoma offerta di prestazioni*”.

Ebbene, declinando i suddetti principi nel caso concreto, il Consiglio di Stato ha evidenziato come, esaminando le disposizioni statutarie, i dipartimenti universitari (*sub specie*, dell’Università Federico II di Napoli), “*nei limiti della riconosciuta autonomia organizzativa, negoziale e contabile*”, rappresentano articolazioni interne dell’Università all’occorrenza abilitate – “*impregiudicati, dal punto di vista degli assetti universitari, i necessari rapporti interni di **legittimazione a contrarre** come di **provvista** finanziaria e contrattuale; e ferme comunque la **responsabilità patrimoniale** dell’ente e l’ineludibile **responsabilità contabile** di chi agisce*” – ad offrire, per conto della rispettiva Università, prestazioni sul mercato concorrenziale, **senza l’esplicitato e formale coinvolgimento** dell’Ateneo di appartenenza nella procedura di formazione del contratto. Con la conseguenza che la necessaria “**ratifica**” da parte del Rettore dell’operato del dipartimento *de qua* definisce solo i detti “*necessari rapporti interni*”, ferma restando (nei termini e sotto le responsabilità che si sono dette) la sufficiente idoneità della domanda di partecipazione alla procedura ad evidenza pubblica anche se firmata dal solo Direttore del dipartimento.

## REPUBBLICA ITALIANA

### IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

#### Il Consiglio di Stato

#### in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

### SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8282 del 2019, proposto da E.I.T.D. s.c. a r.l., in proprio e quale mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con l’Università degli Studi di Genova, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, entrambe rappresentate e difese dall’avvocato Gianfranco D’Angelo, con domicilio digitale come da registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell’avvocato Ilaria Cocco in Roma, alla via dei Gandolfi, n. 6;

#### **contro**

INAPP - Istituto Nazionale per l’Analisi delle Politiche Pubbliche, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall’Avvocatura Generale dello Stato,

domiciliataria *ex lege* in Roma, alla via dei Portoghesi, n. 12;

***nei confronti***

Università degli Studi di Napoli “Federico II”, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello

Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, alla via dei Portoghesi, n. 12; Noto Sondaggi S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Ceceri e Antonio Nardone, con domicilio digitale come da registri di Giustizia;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio – sede di Roma, sez. III, n. 6942/2019, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Istituto Nazionale per l'Analisi delle Politiche Pubbliche, dell'Università degli Studi Napoli “Federico II” e di Noto Sondaggi s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 settembre 2020 il Cons. Giovanni Grasso e uditi per le parti gli avvocati D'Angelo e Chierroni per delega di Ceceri;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

1.- Con bando pubblicato in data 11 luglio 2018, l'INAPP – Istituto Nazionale per l'Analisi delle Politiche Pubbliche (ex ISFOL) indicava una procedura aperta per l'affidamento, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dei “*servizi di supporto alla pianificazione e realizzazione dell'indagine di campo attraverso interviste a stakeholder su misure e policies regionali in materia di contrasto alla dispersione e analisi delle politiche Europee rilevanti*”, per un importo complessivo pari ad € 560.875,00, IVA esclusa.

Espletata la gara, con determina n. 446 del 27 novembre 2018 l'appalto veniva aggiudicato al costituendo R.T.I. composto dal Dipartimento di Scienze Politiche dell'università degli Studi di Napoli “Federico II” (mandataria) e dalla Noto Sondaggi s.r.l. (mandante).

2.- Con ricorso al Tribunale amministrativo per il Lazio, integrato da successivi motivi aggiunti, E.I.T.D. s.c. a r.l., mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo con l'Università degli Studi di Genova, collocatosi al secondo posto in graduatoria, impugnava la detta aggiudicazione, lamentando:

a) che l'offerta formulata dal raggruppamento concorrente (afferente all'Università Federico II e non al Dipartimento di Scienze Politiche della medesima Università), non risultava presentata e sottoscritta dal legale rappresentante della stessa Università, ma solo (e, perciò, in guisa asseritamente irrituale) dal Direttore del Dipartimento (ciò che era, di fatto, confermato dalla successiva "ratifica" rettorale;

b) che i servizi dichiarati, ai fini della dimostrazione dei requisiti di capacità tecnica e professionale richiesti dal disciplinare, non fossero riferibili all'arco temporale utile per la gara;

c) che, nella medesima prospettiva, non fossero intellegibili i dati di fatturato indicati ai fini del requisito di capacità economico-finanziaria, non essendo chiaro se tali dati fossero riferibili al Dipartimento ovvero all'Ateneo;

d) che, in ogni caso ed in via subordinata, la gara fosse stata complessivamente inficiata dalla violazione del principio di pubblicità delle sedute relative all'esame della documentazione amministrativa integrativa.

3.- Nella resistenza della stazione appaltante e del raggruppamento controinteressato (che proponeva ricorso incidentale avverso le disposizioni della *lex specialis*, ove interpretate in senso ostativo alla legittima partecipazione alla gara dei Dipartimenti universitari), con sentenza n. 6142 del 31 maggio 2019 il Tribunale amministrativo respingeva il ricorso principale, dichiarando improcedibile quello incidentale.

Con atto di appello, notificato nei tempi e nelle forme di rito, il raggruppamento capeggiato da E.I.D.T. insorge avverso la decisione, di cui lamenta la complessiva erroneità ed ingiustizia, auspicandone l'integrale riforma.

Si sono costituiti in giudizio l'INAPP e il raggruppamento capeggiato da NotoSondaggi s.r.l., che ha devolutivamente affidato alla memoria difensiva anche le ragioni di doglianza di cui al ricorso incidentale di prime cure.

4.- Alla pubblica udienza del 17 settembre 2020, sulle reiterate conclusioni dei difensori delle parti costituite, la causa è stata riservata per la decisione.

## DIRITTO

1.- L'appello non è fondato e va respinto.

2.- Con il primo motivo di doglianza, l'appellante E.I.T.D. s.c. a r.l. lamenta, sotto un primo profilo, che l'appellata sentenza ha frainteso – e, per ciò solo, erroneamente disatteso, con argomentazione intrinsecamente contraddittoria – la censura con cui aveva inteso criticamente evidenziare che la domanda di partecipazione alla procedura oggetto di causa era stata sottoscritta, senza averne il potere, dal Direttore del Dipartimento di Scienze politiche dell'Università partenopea, a nulla rilevando (se non, semmai, a confermare l'irritualità della formalizzazione della proposta negoziale del raggruppamento controinteressato l'originaria e insanabile carenza di legittimazione) la postuma (e, perciò, irrilevante) ratifica operata con

decreto rettorale n. 5240 del 14 dicembre 2018.

2.1.- Con il secondo motivo, l'appellante contesta la competenza la competenza del Direttore del Dipartimento a partecipare alla gara, sull'assunto che solo l'Università (e non un suo Dipartimento) potrebbe essere considerato "*operatore economico*", ai fini di cui al d. lgs. n. 50/2016.

2.2.- I motivi, che possono essere esaminati congiuntamente, non sono fondati.

L'assunto della sentenza, in effetti, malgrado l'eccessivo rilievo attribuito alla ratifica rettorale, appare corretto.

La questione riguarda la *qualificazione* dei Dipartimenti universitari (e, segnatamente, di quelli che strutturano, in virtù della disciplina statutaria, l'organizzazione dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II"), sotto il profilo della riconducibilità alla categoria di "*operatori economici*" ammessi "a

*partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici*", ai sensi degli artt. 45 e 3del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

A tal fine, importa rammentare che l'art. 3, comma 1, lett. p), del *Codice dei contratti pubblici* definisce l'operatore economico come "*una persona fisica o giuridica, un ente pubblico, un raggruppamento di tali persone o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese, un ente senza personalità giuridica [...] che offre sul mercato la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi*".

Privilegiando il dato sostanziale, la disposizione – in attuazione dei principi euro unitari (cfr. il *considerando* n. 14 della Dir. 2014/24/UE; il *considerando* n. 49 della Dir. 2014/23/UE e il *considerando* n. 17 della Dir. 2014/25/UE) – è orientata ad assumere un concetto lato della nozione, tale da ricomprendervi – nei limiti dell'affidamento dei terzi e della responsabilità patrimoniale, che postula la personalità giuridica - qualunque aggregazione riconducibile ad unità economica, sia esso persona o ente, indipendentemente dalla sua forma giuridica.

La disposizioni euro unitarie, dunque, sembrano non accogliere una nozione di "*operatore economico che offre servizi sul mercato*" ristretta agli operatori dotati di un'organizzazione d'impresa, né introdurre condizioni particolari per porre limitazioni preclusive delle procedure di gara in ragione della forma giuridica dell'organizzazione interna degli *operatori economici*: è infatti nell'interesse della concorrenza, la cui cura è obiettivo primario del diritto UE, assicurare la partecipazione più ampia di offerenti a una gara d'appalto (cfr. CGCE, sentenza 19 maggio 2009, causa C 538/07).

Non è, perciò, necessario – quando si tratti di strutture organizzate – il carattere della personalità giuridica: è invece (necessario e) sufficiente un adeguato grado di autonomia organizzativa, contabile e dispositiva, tali da supportare – nella concreta prospettiva del contratto di cui si verte – un'autonoma "*offerta*" di prestazioni.

Ciò posto, va osservato che, relativamente alla struttura organizzativa dell'università degli Studi di Napoli – Federico II, quale definita dalle previsioni statutarie ed in coerenza all'art. 2, comma 2, della legge 30 dicembre 2010, n. 240 (*Norme in materia di organizzazione delle università, di personale accademico e reclutamento, nonché delega al Governo per incentivare la qualità e l'efficienza del sistema universitario*), i *Dipartimenti* rappresentano articolazioni interne e “*strutture portanti*” dell'Ateneo, create in adesione a principi di *autonomia, decentramento* e di *sussidiarietà* (artt. 6, comma 2, e 29, comma 1 dello Statuto, approvato con D.R. n. 1660 del 15 maggio 2012); sono retti da un Direttore che siede nel Senato accademico (art. 18, comma 1, lett. b); gestiscono risorse per attività di ricerca (art. 19, comma 2, lett. o); svolgono attività di ricerca scientifica, didattiche, formative, nonché le correlate ed accessorie attività rivolte all'esterno (art. 29, comma 1, lett. a), b) e c); godono, a tal fine, di “*autonomia gestionale, organizzativa, regolamentare*”, nonché “*autonomia di spesa, secondo quanto previsto dal Regolamento di Amministrazione contabilità*” e proprie dotazioni strumentali (art. 29, comma 6); possono “*stipulare contratti e convenzioni con soggetti pubblici e privati per attività di ricerca, di consulenza e di servizio in conto terzi*” (art. 29, comma 13, lett. e); hanno loro organi (Consiglio, Giunta e Direttore: art. 29, comma 14).

Da tale configurazione è, per quanto concerne il diritto dei contratti pubblici e dunque dal punto di vista della stazione appaltante e degli altri aspiranti contraenti, consentito dedurre che – *nei limiti della riconosciuta autonomia organizzativa, negoziale e contabile*, che fa capo (nel rispetto della *autonomia universitaria* garantita dalla Costituzione (cfr. art. 33) – i Dipartimenti rappresentano articolazioni interne dell'Università all'occorrenza abilitate – impregiudicati, dal punto di vista degli assetti universitari, i necessari rapporti interni di legittimazione a contrarre come di provvista finanziaria e contrattuale; e ferme comunque la responsabilità patrimoniale dell'ente e l'ineludibile responsabilità contabile di chi agisce - ad offrire *per conto della rispettiva Università*

*degli studi* prestazioni sul mercato concorrenziale, senza l'esplicitato e formale coinvolgimento dell'Ateneo di appartenenza nella procedura di formazione del contratto. Altrimenti detto, un tale coinvolgimento è necessario per le appena indicate ragioni, ma la sua previa esplicitazione non appare indispensabile per fini di scelta del contraente qui in questione.

Alla luce di ciò, la pur necessaria “ratifica” da parte del Rettore dell'operato del Dipartimento di Scienze Politiche definisce i detti necessari rapporti interni, ferma restando (nei termini e sotto le responsabilità che si sono dette) la sufficiente idoneità della domanda di partecipazione alla procedura evidenziale in contestazione.

3.- Con il terzo motivo, l'appellante denuncia l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha respinto la censura di mancanza del requisito della capacità economico-finanziaria del raggruppamento aggiudicatario (segnatamente, derequisito di cui al § 4.3, lett. b), del disciplinare di gara, relativo al volume di affari[fatturato] globale riportato dall'impresa negli ultimi tre esercizi finanziari chiusi ed approvati alla data di pubblicazione del bando riferito alle annualità 2015, 2016 e 2017 non inferiore, per il detto triennio, ad € 600.000,00 Iva esclusa): ciò in quanto il Dipartimento universitario, quand'anche abilitato alla formulazione dell'offerta come *operatore economico*, non avrebbe comunque potuto pretendere di comprovare i requisiti dichiarati attraverso i dati del bilancio complessivo dell'ateneo, ma solo di sfruttare il

valore della produzione della stessa struttura dipartimentale.

### 3.1.- Il motivo non è fondato.

La sentenza, ribadita la qualificazione del Dipartimento quale articolazione interna dell'Università, come *'operatore economico'* ha valorizzato il dato dell'assenza di un autonomo bilancio in relazione alla disciplina contabile dell'ente, quale ragione coerentemente non ostativa alla partecipazione alla gara e alla dimostrazione dei necessari requisiti economici.

Invero, risulta dagli atti che l'Università degli Studi di Napoli "Federico II" dispone, ai sensi dell'art. 9 dello Statuto, di un sistema informativo-contabile generale, che comprende due sottosistemi: a) quello della *"contabilità analitica"*, su cui si basa la predisposizione del bilancio unico di Ateneo, triennale e annuale; b) quello della *"contabilità generale"*, su cui si basa la redazione del bilancio unico di esercizio di Ateneo e del bilancio consolidato.

Ne discende – sempre ai soli fini contrattuali qui al vaglio - che l'Università non ha un "fatturato" (né specifico, né globale) e si dimostra il possesso dei requisiti attraverso i dati emergenti dal conto economico facente parte del bilancio unico di esercizio, dei quali i Dipartimenti – pur privi di autonomia di bilancio –costituiscono *"centri di responsabilità"* e di imputazione.

In tali bilanci sono raccolte le voci relative ai ricavi delle commesse commerciali realizzate, i proventi da ricerche commissionate, consulenze, prestazioni di laboratorio per conto terzi e per trasferimento tecnologico, derivanti da convenzioni od accordi.

In definitiva, i Dipartimenti concorrono alla formazione della massa dei proventi evidenziati nel bilancio unico e della contabilità economico-patrimoniale (non diversamente da quanto – circa la posizione dell'appellante – è dato osservare per il Dipartimento dell'Università di Genova) senza che, giusta quanto chiarito, tale obbligo incida sull'idoneità del Dipartimento a prendere parte (nei termini sotto le responsabilità che si sono dette) alle gare ad evidenza pubblica e precluda la valorizzazione "complessiva" dell'attività economica dispiegata ai fini della dimostrazione dei requisiti di partecipazione.

4.- Il quarto motivo d'appello denuncia l'erroneità della sentenza per non aver ritenuto fondata la tesi criticamente sostenuta in primo grado per cui, alla luce della prospettata lettura della *lex specialis* di gara, il triennio utile da prendere in riferimento ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti specifici professionali (servizi analoghi) dovesse decorrere dal 11 luglio 2015 e non dal 1° gennaio 2015, considerando a tal fine i mesi e non gli anni solari del triennio antecedenti alla data di pubblicazione del bando. Con il che, in concreto, il servizio analogo dichiarato dal Dipartimento dell'Ateneo federiciano (*"Progetto per una comunità educante"*, a favore della Provincia di Napoli, terminato in data 10 giugno 2015) non avrebbe potuto essere preso in considerazione.

Inoltre, anche il secondo servizio dichiarato (*"Progetto Osservatorio Regionale"*) avrebbe dovuto ritenersi concluso in tempo non utile ai fini della spendita nella gara: ciò perché avrebbe dovuto essere stato effettivamente ed integralmente svolto nel triennio, non potendo essere

presa in considerazione l'attività svolta in un periodo anteriore.

#### 4.1.- Il motivo non appare fondato.

In verità, l'esatta determinazione della decorrenza del triennio utile alla dimostrazione dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 83, comma 1, d.lgs. n.50 del 2016 ha dato luogo (relativamente alla alternativa tra "anno effettivo", computato a ritroso dalla data di pubblicazione del bando, ed "anno solare") ad interpretazioni non sempre omogenee.

In particolare, si è ritenuto di operare una distinzione tra: a) la "capacità economica finanziaria" (art. 83, comma 1, lett. b)), per la quale occorrerebbe considerare (facendo riferimento alla nozione di "esercizio") il triennio solare; b) le "capacità tecniche e professionali" (art. 83, comma 2, lett. c)), per le quali varrebbe il triennio effettivo (cfr. Cons. Stato, III, 2 luglio 2015, n. 3285; Id., VI, 6 maggio 2014, n.2306).

La distinzione deve essere posta a confronto con il principio per cui, nel caso di incerta o non chiara formulazione della *lex specialis*, prevale l'interpretazione conforme all'"interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti" (art. 83, comma 2), che milita per una lettura estensiva. Nella stessa direzione opera, del resto, la struttura essenzialmente unilaterale degli atti indittivi, in quando indirizzati *in incertam personam*, che legittima, in caso di dubbio,

l'interpretazione *contra stipulato rem* (cfr. art. 1370 Cod. civ.), che orienta alla soluzione più favorevole ai destinatari dell'invito a formulare le offerte.

Non può indurre a diverso avviso il precedente di cui a Cons. Stato, V, 28 gennaio 2019, n. 701, all'evidenza incentrata sul caso concreto considerato.

Qui, invece, come bene ritenuto dal primo giudice, il disciplinare non recava indicazioni se non nel senso dell'obbligo di documentare l'esecuzione di servizi analoghi nel triennio, né nel DGUE vi è alcun riferimento all'indicazione dei mesi.

5.- Il quinto motivo denuncia la violazione della *par condicio* e della segretezza delle offerte per avere la Commissione giudicatrice aperto e valutato le offerte tecniche prima ancora di determinarsi definitivamente sulle ammissioni e sulle esclusioni e, dunque, senza attendere il definitivo esame della documentazione amministrativa di tutti i partecipanti alla gara (sub-procedimento conclusosi solo all'esito del soccorso istruttorio).

#### 5.1.- Il motivo non ha fondamento.

Di là la dal rilievo che l'apertura, in successione, delle buste relative alla documentazione di gara e di quelle relative all'offerta tecnica appare, in concreto, avvenuta in conformità alla previsione dell'art. 14 del disciplinare di gara, va chiarito, con valutazione assorbente, che una eventuale inversione dell'*ordo procedendi* che non comprometta la necessaria sequenzialità tra il tenore dell'offerta tecnica e di quella economica non appare idoneo – trattandosi, tutto concedere, di mera irregolarità procedimentale, ad inficiare gli esiti della gara.

6.- Alla luce delle considerazioni che precedono, l'appello deve essere complessivamente respinto.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo che segue.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante alla refusione delle spese di lite, che liquida in complessivi € 2.500,00, oltre accessori di legge, a favore dell'Istituto Nazionale per l'Analisi delle Politiche Pubbliche e in € 2.500,00, oltre accessori, a favore del raggruppamento di imprese controinteressato.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.