

N. 05767/2014

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

sul ricorso numero di registro generale 2898 del 2012, proposto dalla Università degli Studi del Molise, anche nella qualità di mandataria della costituenda associazione temporanea con Forestlab Center s.r.l. e Società Botanica Italiana Onlus, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, presso la quale è elettivamente domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

contro

la s.r.l. CRITERIA, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Mauro Barberio e Stefano Porcu, con domicilio eletto nella segreteria del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, n. 13;

nei confronti di

s.r.l. Forestlab Centre in proprio e nella qualità di mandante della associazione temporanea, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Bersani ed Enrico Ceniccola, elettivamente domiciliata

Regione Molise, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'Avvocatura distrettuale dello Stato presso i cui uffici è elettivamente domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. MOLISE, Campobasso Sezione I n. 94/2012, resa tra le parti, concernente l'affidamento dei servizi per la redazione dei piani di gestione “Natura 2000”.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della s.r.l. CRITERIA;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 luglio 2014 il Consigliere Doris Durante;

Udito l'avvocato dello Stato Pio Marrone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Con ricorso al Tribunale Amministrativo regionale per il Molise notificato il 16 giugno 2011, iscritto al n. 196 del 2011, la società Criteria s.r.l. ha chiesto l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione definitiva al raggruppamento temporaneo costituito dall'Università degli Studi del Molise, dalla s.r.l. Forestlab Center e dalla Botanica Italiana Onlus della gara a procedura aperta “per l'affidamento dei servizi per la redazione di piani di gestione dei siti compresi nella rete Natura 2000 – Programma di Sviluppo Rurale (PSR) della Regione Molise 2007 – 2013”, degli atti presupposti ed in particolare del provvedimento di ammissione alla gara e di non esclusione del raggruppamento risultato aggiudicatario, dei verbali della commissione ed ha chiesto la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato.

2.- Il Tribunale Amministrativo Regionale con la sentenza n. 94 del 9 marzo 2012 ha accolto il ricorso, argomentando sulla base di tre autonomi gruppi di censure:

la partecipazione dell'università alla gara viene negata in virtù della sua natura e della presenza nel raggruppamento di una società di capitali;

viene negato il possesso del requisito prescritto dal punto III.2.3. del bando di gara attinente la capacità tecnica;

viene ravvisata la violazione dell'articolo 90 del d. lgs. n. 163 del 2006 sul rilievo che Botanica Italiana Onlus (mandante del raggruppamento aggiudicatario) nel 2005 era stata incaricata dalla Regione Molise di realizzare la ricerca per la redazione dei piani di gestione dei siti Natura 2000, approvata con delibera di giunta regionale n. 1393 del 2008, sulla cui base sarebbero stati redatti i piani di gestione dei siti oggetto della procedura di gara.

3.- Con atto di appello notificato l'11 aprile 2012, l'Università degli Studi del Molise, nella qualità in atti, ha impugnato la suindicata sentenza n. 94 del 9 marzo 2012, di cui chiede la riforma per error in iudicando.

4.- Si è costituita in giudizio Criteria s.r.l. che ha chiesto il rigetto dell'appello e la conferma della sentenza di primo grado.

5.- Le parti hanno depositato memorie difensive e alla pubblica udienza del 29 luglio 2014, il giudizio è stato trattenuto per la decisione.

6.- L'appello è fondato e deve essere accolto.

7.- Con il primo motivo di appello è censurata la sentenza impugnata con riferimento alla partecipazione alla gara dell'Università.

Ad avviso del Tar, le “Università degli Studi” non sarebbero annoverabili tra gli operatori economici ammessi a partecipare alle gare pubbliche a causa della possibile distorsione della concorrenza, vantando le università finanziamenti pubblici; perché dovrebbe esserci un nesso di strumentalità tra tale partecipazione e i fini istituzionali dell'ente e tale nesso anche al fine di

eliminare il pericolo di falsare la concorrenza in virtù di finanziamenti pubblici, deve essere disciplinato dallo Stato nazionale nel rispetto dei principi sopra enunciati.

Il TAR sulla base di queste considerazioni e della disamina della giurisprudenza comunitaria e nazionale conclude per l'inettitudine dell'Università del Molise ad assumere la veste di appaltatore di servizi.

7.1- La questione relativa alla possibilità delle Università degli Studi di partecipare a pubbliche gare è, tutt'altro che pacifica e la stessa giurisprudenza richiamata nella sentenza impugnata consente di pervenire a conclusioni opposte a quelle cui è pervenuto il giudice di primo grado.

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.

Afferma in proposito che “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 legislatore comunitario non ha inteso, quindi, restringere la nozione di “operatore economico che offre servizi sul mercato” a quegli operatori che siano dotati di un'organizzazione d'impresa, né introdurre condizioni particolari atte a porre una limitazione a monte dell'accesso alle procedure di gara in base alla forma giuridica e all'organizzazione interna degli operatori economici, essendo nell'interesse del diritto comunitario garantire la partecipazione più ampia possibile di offerenti ad una gara d'appalto (cfr. Corte di Giustizia CE, sentenza 19 maggio 2009, causa C 538/07).

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.

7.2- 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.

Sulla base di tali principi non può che concludersi nel senso della legittimità della partecipazione dell'Università del Molise alla gara in questione.

7.3- In ordine all'altra questione, se l'oggetto dell'affidamento, ovvero “la redazione dei piani di gestione dei siti ricompresi nella rete Natura 2000 – Programma di sviluppo rurale della Regione Molise 2007 – 2013” rientri o meno nelle prerogative dell'Università del Molise, va osservato che lo statuto dell'Università del Molise e i regolamenti consentono di svolgere coerentemente con le attività istituzionali, quali appunto la didattica e la ricerca – attività per conto terzi.

Queste ultime, qualificabili più propriamente “attività commerciali” anziché “lucrative” generano utili che sono imputati ai capitoli di gestione inerenti le finalità istituzionali di didattica e ricerca e, successivamente destinati al finanziamento di borse di studio o di ricerca, di assegni di ricerca, di borse di dottorato, conformemente a quanto disposto dal Senato Accademico dell'Università nelle sedute del 9 dicembre 2004 e del 18 giugno 2008.

8.- Non è poi ostativa alla partecipazione alla gara in questione dell'Università degli Studi del Molise, 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.

Non è ravvisabile, in conclusione, l'asserita incompatibilità di una delle mandanti affermata nella sentenza impugnata, basata su una presunzione di “inquinamento” del confronto concorrenziale, senza alcuna indagine e accertamento della situazione di fatto.

9.- In ordine all'asserita carenza della capacità tecnica con riferimento al requisito richiesto dal punto III. 2.3. del bando di gara, il giudice di primo grado, dando a tale previsione, un'interpretazione restrittiva, ha escluso che siano utili a tal fine le attività di studio e preparatorie, attestate dalla mandante Botanica Italiana Onlus.

In merito va osservato che il punto III.2.3. del bando di gara richiedeva “l'attestazione, a mezzo dichiarazione sostitutiva di atto notorio, che il soggetto proponente ha avuto affidati ed ha eseguito incarichi per l'espletamento di servizi corrispondenti od analoghi a quelli oggetto del presente capitolato (...); si specifica che verranno considerati analoghi unicamente i servizi per la redazione dei Piani di Gestione a favore di pubbliche amministrazioni”.

A ben vedere, la locuzione usata dalla lex di gara per definire i servizi idonei ad integrare il requisito tecnico (“l'espletamento di servizi corrispondenti od analoghi”) è atta a coinvolgere tutte le prestazioni finalizzate alla redazione di Piani di gestione svolti a favore di pubbliche

amministrazioni e, non già, come affermato in sentenza, esclusivamente quelli coincidenti esattamente con l'oggetto dell'affidamento.

Devono, in conseguenza ritenersi idonei ad integrare il possesso del requisito tecnico “le analisi floro vegetazionali e le ulteriori attività necessarie alla redazione dei piani di gestione dei Siti Natura 2000” espletati da Botanica Italiana Onlus.

10.- 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, né quello oggetto dell'appalto qui in esame il carattere dell'esecuzione di attività progettate in precedenza, ma costituisce una nuova attività che, partendo da conoscenze già acquisite e di pubblico dominio, deve portare a nuovi e più specifici prodotti ovvero: le linee guida regionali, l'atlante rurale/web GIS ed i piani di gestione dei singoli SIC/ZPS.

Invero, la ricerca per la redazione dei piani di gestione dei siti Natura 2000, affidata nel 2005 alla Botanica Italiana Onlus, approvata con delibera di giunta regionale n. 1393 del 2008, è uno studio ed un incarico finalizzato ad individuare nei siti Natura 2000 del Mouse gli habitat e le specie animali e vegetali di interesse comunitario, senz'altro utile per la predisposizione dei piani di gestione oggetto dell'appalto in esame.

Esso, tuttavia, non ha determinato una posizione di vantaggio della Società Botanica Italiana rispetto agli altri operatori.

Infatti, le attività svolte dalla Società Botanica Italiana furono pubblicizzate e discusse a livello amministrativo con gli enti locali interessati e divulgata mediante il sito ufficiale della Regione Molise, per cui la relativa conoscenza non è rimasta patrimonio esclusivo della Società Botanica, che non gode di conseguenza di alcuna posizione di vantaggio che potrebbe influire sulla partecipazione alla nuova gara.

Il lavoro della Società Botanica Italiana, quindi, costituisce una base di conoscenze pubblica e condivisa, opportunamente pubblicizzata, integrando il riferimento a scala regionale, ovvero il punto di partenza, da cui proseguire per le ulteriori indagini e gli approfondimenti indispensabili per la realizzazione delle linee guida regionali e dei piani di gestione dei singoli SIC e ZPS ed indispensabile per una corretta programmazione degli interventi e gestione del territorio, concetto ribadito anche nell'allegato B della Convenzione in cui si dice testualmente “Principio ispiratore di questa convenzione è stato anche quello di fornire delle carte derivate facilmente implementabili attraverso aggiornamenti successivi, e funzionali alle esigenze di eventuali sviluppi dello stato delle conoscenze, del monitoraggio e della gestione dei siti molisani (...) Si sottolinea che i risultati di questo lavoro, considerata l'urgenza e il livello di dettaglio richiesto, forniranno un primo livello di analisi che ha come finalità quello di ‘fotografare’ lo stato delle conoscenze ed evidenziarne gli eventuali limiti, così da stimolare e indirizzare con cognizione le successive fasi di programmazione ed in particolare di redazione dei Piani di Gestione. A questo primo livello di indagine dovranno pertanto necessariamente seguirne dei successivi (analisi floristiche, strutturali, fitosociologiche, sinfitosociologiche, corologiche, autoecologiche e fatmistiche) per ricavare informazioni di maggior dettaglio, fondamentali per la fase di monitoraggio e di gestione di ciascun SIC”.

Il lavoro fatto da SBI costituiva, quindi, il riferimento a scala regionale da cui proseguire per ulteriori indagini e approfondimenti indispensabili per la realizzazione delle linee guida regionali e dei piani di gestione dei singoli SIC/ZPS.

Tale tipo di attività non può in conseguenza assumere alcun effetto distorsivo della concorrenza, diversamente da come si assume nella sentenza impugnata.

Per le motivazioni esposte, l'appello deve essere accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere respinto il ricorso di primo grado della s.r.l. Criteria.

Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 luglio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente FF

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Fulvio Rocco, Consigliere

Doris Durante, Consigliere, Estensore

Carlo Schilardi, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA il 21/11/2014.

