

In linea con la precedente giurisprudenza, la Corte di giustizia UE ha affermato che, qualora un ente sia abilitato in forza del diritto nazionale a offrire sul mercato servizi di ingegneria e di architettura nello Stato membro interessato, esso non può vedersi negato il diritto di partecipare a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico avente ad oggetto la prestazione degli stessi servizi, e ciò anche quando tale preclusione sia determinata da specifiche presunzioni discendenti dalla sua forma giuridica, quale quella di ente senza scopo di lucro.

La Corte ha, altresì, evidenziato che lo svolgimento a titolo professionale delle prestazioni di architettura ed ingegneria in via continuativa e remunerata non veicola, ex se, una presunzione di maggiore affidabilità del soggetto e non potrebbe giustificare, dunque, le correlate limitazioni soggettive poste dalla legislazione nazionale che disciplina le procedure di affidamento: se un soggetto è abilitato a svolgere determinate prestazioni deve, in sintesi, poter rendere le stesse anche nei confronti di committenti pubblici.

Corte di giustizia dell'Unione europea, sezione X, 11 giugno 2020, C-219/19, Parsec

Contratti pubblici – Procedura di gara per l'affidamento di servizi di architettura e di ingegneria – Legislazione nazionale che limita la possibilità di partecipare ai soli operatori economici costituiti in determinate forme giuridiche – Incompatibilità

L'articolo 19, paragrafo 1, e l'articolo 80, paragrafo 2, della direttiva n. 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, letti alla luce del considerando 14 della medesima direttiva, devono essere interpretati nel senso che essi ostano a una normativa nazionale che esclude, per enti senza scopo di lucro, la possibilità di partecipare a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi di ingegneria e di architettura, sebbene tali enti siano abilitati in forza del diritto nazionale ad offrire i servizi oggetto dell'appalto di cui trattasi (1).

(1) I. – La Corte di giustizia UE, in linea con la nozione ampia di “operatore economico” tratteggiata dalla precedente giurisprudenza eurounitaria – secondo cui essa include qualunque persona e/o ente attivo sul mercato “a prescindere dalla forma giuridica nel quadro della quale ha scelto di operare” – ha affermato che qualora un ente sia abilitato in forza del diritto nazionale a offrire sul mercato servizi di ingegneria e di architettura nello Stato membro interessato, esso non può vedersi negato il diritto di partecipare a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico avente ad oggetto la prestazione degli stessi servizi, e ciò anche quando tale preclusione sia determinata da specifiche presunzioni discendenti dalla sua forma giuridica.

La sentenza in rassegna ha evidenziato che né la nozione restrittiva di operatore economico dettata dal d.lgs. n. 50 del 2016, né l'asserita circostanza secondo la quale alle gare per l'affidamento di servizi di architettura ed ingegneria possano avervi accesso soltanto soggetti che erogano tali servizi in via continuativa, a titolo professionale e remunerato, poiché in tal senso maggiormente affidabili, possono giustificare una restrizione all'accesso quale quella di cui trattasi.

La decisione è stata assunta a seguito del rinvio pregiudiziale del T.a.r. per il Lazio, sez. I, ordinanza 28 febbraio 2019, n. 2644 (oggetto della News US, in data 22 ottobre 2019) con cui è stata sollevata la questione pregiudiziale relativa alla compatibilità con il diritto europeo della normativa interna nella parte in cui consente ai soli operatori economici costituiti nelle forme giuridiche indicate dall'art. 46 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, c.d. codice dei contratti pubblici, di partecipare alle gare per l'affidamento dei servizi di architettura ed ingegneria.

Il quesito si innesta nell'ambito di una vicenda contenziosa nella quale una fondazione di diritto privato - costituita ai sensi dell'art. 14 c.c., in vista della (auspicata) partecipazione a gare d'appalto indette da amministrazioni locali per l'affidamento del servizio di classificazione del territorio in base al rischio sismico - ha richiesto all'Anac, senza successo in ragione della sua forma giuridica senza scopo di lucro, l'iscrizione nell'elenco dei soggetti ammessi a partecipare alle gare per l'affidamento di servizi di architettura e ingegneria.

Il giudice del rinvio ha, infatti, sollevato la questione se l'art. 19, paragrafo 1, e l'articolo 80, paragrafo 2, della direttiva 2014/24, letti alla luce del considerando 14 della medesima direttiva, debbano essere interpretati nel senso che essi ostano a una normativa nazionale che esclude, per enti senza scopo di lucro, la possibilità di partecipare a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi di ingegneria e di architettura, sebbene tali enti siano abilitati in forza del diritto nazionale ad offrire i servizi oggetto dell'appalto di cui trattasi.

II. – Il percorso argomentativo della Corte si sviluppa secondo i seguenti passaggi:

- a) sulla base della giurisprudenza eurounitaria formatasi in relazione alla disciplina contenuta nella direttiva n. 2004/18/CE è stato affermato (Corte di giustizia CE, sezione IV, 23 dicembre 2009, C-305/08, *Cons. naz. interuniversitario scienze mare c. Reg. Marche*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, 551, con nota di DE PAULI; *Appalti & Contratti*, 2010, 1, 96, con nota di DE NARDI; *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2010, 861, con nota di DORACI; *Dir. e pratica amm.*, 2010, 5, 48, con nota di PETULLÀ) che:

- a1) *“gli Stati membri hanno il potere di autorizzare o non autorizzare talune categorie di operatori economici a fornire certi tipi di prestazioni e che essi possono, in particolare, autorizzare o meno enti che non perseguono finalità di lucro, e il cui*

oggetto sia principalmente volto alla didattica e alla ricerca, ad operare sul mercato in funzione della circostanza che l'attività in questione sia compatibile, o meno, con i loro fini istituzionali e statutari";

a2) *"tuttavia, se, e nei limiti in cui, siffatti enti siano autorizzati a offrire taluni servizi sul mercato, il diritto nazionale non può vietare a questi ultimi di partecipare a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici aventi ad oggetto la prestazione degli stessi servizi";*

b) l'impostazione ermeneutica offerta da tale giurisprudenza, confermata da successive pronunce (Corte di giustizia UE, grande sezione, 6 ottobre 2015, C-203/14, *Consorci Sanitari del Maresme*, in *Riv. dir. internaz. privato e proc.*, 2016, 865; sez. V, 18 dicembre 2014, C-568/13, *Data Medical Service*; grande sezione, 19 dicembre 2012, C-159/11, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a.*, in *Sanità pubbl. e privata*, 2013, 1, 72, con nota di DE ANGELIS; *Rass. avv. Stato*, 2012, 4, 25, con nota di FIENGO; *Urbanistica e appalti*, 2013, 388, con nota di CARANTA; *Giur. it.*, 2013, 1415, con nota di MAZZAMUTO; *Dir. comunitario scambi internaz.*, 2013, 429, con nota di SONCINI), deve essere ribadita anche con riferimento alla disciplina oggetto della direttiva n. 2014/24/UE (che ha abrogato e sostituito la direttiva n. 2004/18/CE) in considerazione che:

b1) la nozione di *"operatore economico"* che figurava all'art. 1, par. 8, della direttiva n. 2004/18/CE è stata ripresa, senza modifiche sostanziali, all'art. 2, par. 1, punto 10, della direttiva n. 2014/24/UE;

b2) il considerando 14 di quest'ultima indica ora espressamente che tale nozione dovrebbe essere interpretata *"in senso ampio"*, in modo da includere qualunque persona e/o ente attivo sul mercato, *"a prescindere dalla forma giuridica nel quadro della quale ha scelto di operare"*;

b3) l'art. 19, par. 1, di tale direttiva, così come il suo art. 80, par. 2, prevedono espressamente che la candidatura di un operatore economico non possa essere respinta soltanto per il fatto che, secondo il diritto nazionale, esso avrebbe dovuto essere una persona fisica o una persona giuridica;

c) ne consegue che, conformemente alla giurisprudenza della Corte sopra richiamata, il diritto nazionale non può vietare ad una fondazione senza scopo di lucro, che è abilitata ad offrire taluni servizi sul mercato nazionale, di partecipare a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici aventi ad oggetto la prestazione degli stessi servizi;

d) tale lettura della disciplina di riferimento non può essere messa in discussione dall'affermazione secondo la quale la nozione restrittiva di operatore economico dettata dall'art. 46 del d. lgs. n. 50 del 2016 (distinta da quella riguardanti gli altri operatori) sarebbe giustificata dall'esigenza di garantire un'elevata

professionalità (e conseguente maggiore qualità dei servizi resi) e una maggiore affidabilità (discendente dalla continuità della pratica e dell'aggiornamento professionale);

e) deve, invero, sul punto, rilevarsi e ribadirsi che:

e1) non è dimostrata l'esistenza di una correlazione particolare tra i due elementi: I) il livello di professionalità espresso nell'ambito della prestazione di un servizio e, di conseguenza, la qualità del servizio fornito; II) la forma giuridica nella quale l'operatore economico che fornisce tale servizio è costituito;

e2) quanto alla "presunzione" secondo cui i soggetti che erogano servizi connessi all'architettura e all'ingegneria in via continuativa, a titolo professionale e remunerato, siano maggiormente affidabili per la continuità della pratica e dell'aggiornamento professionale, essa è incompatibile con la giurisprudenza della Corte (Corte di giustizia CE, sezione IV, 23 dicembre 2009, C-305/08, *Cons. naz. interuniversitario scienze mare c. Reg. Marche*, cit.) dalla quale deriva che, qualora un ente sia abilitato in forza del diritto nazionale a offrire sul mercato servizi di ingegneria e di architettura nello Stato membro interessato, esso non può vedersi negato il diritto di partecipare a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico avente ad oggetto la prestazione degli stessi servizi;

e3) non è irrilevante, nella lettura della disciplina eurounitaria, la circostanza che il legislatore dell'Unione, sensibile alla necessità che gli operatori economici presentino un elevato grado di professionalità, abbia, da un lato, previsto (art. 19, par. 1, direttiva n. 2014/24/UE) la possibilità di obbligare le persone giuridiche ad indicare, nell'offerta o nella domanda di partecipazione, il nome e le qualifiche professionali delle persone incaricate di fornire la prestazione per l'appalto e, per altro verso, una tale disposizione non l'abbia dettata in relazione alla forma giuridica nella quale tali candidati ed offerenti abbiano scelto di operare.

III. – Per completezza si segnala:

f) durante la vigenza della direttiva n. 2004/18/CE, con riferimento all'art. 34 del d.lgs. n. 163 del 2006, la Corte di giustizia CE, sezione IV, 23 dicembre 2009, C-305/08, cit., ha ritenuto che *"La direttiva 2004/18 deve essere interpretata nel senso che essa osta all'interpretazione di una normativa nazionale che vieti a soggetti che, come le università e gli istituti di ricerca, non perseguono un preminente scopo di lucro, di partecipare a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, benché siffatti*

soggetti siano autorizzati dal diritto nazionale ad offrire sul mercato i servizi oggetto dell'appalto considerato". La sentenza ha affermato che:

- f1) *"gli Stati membri possono disciplinare le attività di soggetti, quali le università e gli istituti di ricerca, non aventi finalità di lucro, ma volte principalmente alla didattica e alla ricerca. In particolare, gli Stati membri possono autorizzare o non autorizzare tali soggetti ad operare sul mercato in funzione della circostanza che l'attività in questione sia compatibile, o meno, con i loro fini istituzionali e statutari";*
 - f2) *"tuttavia, se, e nei limiti in cui, siffatti soggetti siano autorizzati a offrire taluni servizi sul mercato, la normativa nazionale che recepisce la direttiva 2004/18 nel diritto interno non può vietare a questi ultimi di partecipare a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici aventi ad oggetto la prestazione degli stessi servizi. Un simile divieto contrasterebbe infatti con le disposizioni della direttiva 2004/18, come interpretate nell'ambito dell'esame della prima questione pregiudiziale";*
 - f3) *"in tale ipotesi, spetta al giudice del rinvio interpretare il proprio diritto interno quanto più possibile alla luce del testo e della finalità della direttiva 2004/18, allo scopo di raggiungere i risultati perseguiti da quest'ultima, privilegiando l'interpretazione delle disposizioni nazionali che sia maggiormente conforme a tale finalità per giungere quindi ad una soluzione compatibile con le disposizioni della medesima direttiva e, all'occorrenza, disapplicando ogni contraria disposizione di legge nazionale [...]";*
- g) in relazione al particolare ambito dei servizi di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza si vedano:
- g1) con specifico riferimento all'individuazione dell'"operatore economico" in ragione (anche) della qualità del servizio da rendersi, Corte di giustizia UE, sez. IX, ordinanza 6 febbraio 2020, C-11/19, Azienda ULSS n. 6 Euganea, secondo cui: I) *"L'articolo 10, lettera h), e l'articolo 12, paragrafo 4, della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa regionale che subordina l'aggiudicazione di un appalto pubblico alla condizione che un partenariato tra enti del settore pubblico non consenta di garantire il servizio di trasporto sanitario ordinario, sempre che la scelta espressa a favore di una particolare modalità di prestazione di servizi, ed effettuata in una fase precedente a quella dell'aggiudicazione dell'appalto pubblico, rispetti i principi di parità di trattamento, non discriminazione, riconoscimento reciproco, proporzionalità e trasparenza";* II) *"L'articolo 10, lettera h), e l'articolo 12, paragrafo 4, della direttiva 2014/24 devono essere interpretati nel senso che non*

*ostano ad una normativa regionale che impone all'amministrazione aggiudicatrice di giustificare la sua scelta di aggiudicare il servizio di trasporto sanitario ordinario mediante gara d'appalto anziché di affidarlo direttamente mediante una convenzione conclusa con un'altra amministrazione aggiudicatrice" (il rinvio pregiudiziale era stato disposto con ordinanza del Consiglio di Stato, sez. III, 5 novembre 2018, n. 6264, in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2019, 1, 59, con nota di BOTTA, nonché oggetto della News US, in data 15 novembre 2018, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti);*

- g2) Corte di giustizia UE, sez. III, 21 marzo 2019, C-465/17, *Falck Rettungsdienste GmbH* (in *Foro amm.*, 2019, 432), secondo cui, tra l'altro, "L'articolo 10, lettera h), della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso, da un lato, che esso osta a che associazioni di pubblica utilità riconosciute dal diritto nazionale come organizzazioni di protezione e di difesa civili siano considerate «organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro», ai sensi di tale disposizione, dal momento che il riconoscimento dello status di associazione di pubblica utilità non è subordinato nel diritto nazionale al perseguimento di uno scopo non lucrativo e, dall'altro, che le organizzazioni e le associazioni che hanno l'obiettivo di svolgere funzioni sociali, prive di finalità commerciali, e che reinvestono eventuali utili al fine di raggiungere l'obiettivo dell'organizzazione o dell'associazione costituiscono «organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro», ai sensi di detta disposizione";
- g3) Corte di giustizia UE, sezione V, 28 gennaio 2016, C-50/14, *Casta* (in *Foro it.*, 2016, IV, 142, nonché in *Guida al dir.*, 2016, 9, 104, con nota di CASTELLANETA), secondo cui: I) "qualora uno Stato membro consenta alle autorità pubbliche di ricorrere direttamente ad associazioni di volontariato per lo svolgimento di determinati compiti, un'autorità pubblica che intenda stipulare convenzioni con associazioni siffatte non è tenuta, ai sensi del diritto dell'Unione, a una previa comparazione delle proposte di varie associazioni"; II) qualora dette associazioni siano altresì autorizzate, dalla normativa interna, ad esercitare anche determinate attività commerciali, spetta allo Stato membro di "fissare i limiti entro i quali le suddette attività possono essere svolte; detti limiti devono tuttavia garantire che le menzionate attività commerciali siano marginali rispetto all'insieme delle attività di tali associazioni, e siano di sostegno al perseguimento dell'attività di volontariato di queste ultime";
- g4) Corte di giustizia UE, 11 dicembre 2014, C-113/13, *Asl 5, Spezzino c. Soc. coop. sociale S. Lorenzo* (in *Giurisdiz. amm.*, 2014, ant., 489; *Foro it.*, 2015, IV, 145, con nota di ALBANESE; *Quaderni dir. e politica ecclesiastica*, 2015, 554; *Urbanistica e appalti*, 2015, 508, con nota di CARANTA; *Ragiusan*, 2015, 369, 74; *Rass. dir. farmaceutico*, 2015, 198; *Dir. comm. internaz.*, 2015, 809, con nota di GRECO),

secondo cui, tra l'altro, *“gli art. 49 Tfue e 56 Tfue devono essere interpretati nel senso che non ostano ad una normativa nazionale che, come quella in discussione nel procedimento principale, prevede che la fornitura dei servizi di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza debba essere attribuita in via prioritaria e con affidamento diretto, in mancanza di qualsiasi pubblicità, alle associazioni di volontariato convenzionate, purché l'ambito normativo e convenzionale in cui si svolge l'attività delle associazioni in parola contribuisca effettivamente alla finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio su cui detta disciplina è basata”*;

h) sulla nozione di operatore economico nella giurisprudenza nazionale e sul principio di *“neutralità della forma”*:

h1) quanto alla nozione di *“operatore economico”* correlata alle cause ostative alla partecipazione alle gare: T.a.r. per la Liguria, sez. II, 22 ottobre 2019, n. 805 (in *Urbanistica e appalti*, 2020, 3, 406 ss., con nota di GROSSI), secondo cui *“a differenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 80 comma 3 del D. Lgs. n. 50/2016 – che fa espresso riferimento all'esclusione di cui ai precedenti commi 1 e 2 - il giudizio circa l'integrità ed affidabilità professionale di cui all'art. 80 comma 5 lett. c) non concerne i soggetti titolari di specifiche cariche sociali di cui al comma 3, ma «l'operatore economico», sicché è necessario che la condanna ritenuta rilevante ai fini dell'esclusione riguardi condotte poste in essere nell'interesse dell'impresa concorrente o a suo vantaggio, e pertanto a questa direttamente riconducibili ex art. 5 del D. Lgs. 8.6.2001, n. 231”*;

h2) con riferimento alle associazioni non riconosciute e per una diversa prospettiva, Cons. Stato, sez. V, 23 maggio 2003, n. 2785 (in *Cons. Stato*, 2003, I, 1170), secondo cui, in relazione alla disciplina contenuta nella direttiva n. 92/50/CEE: I) *“pur non potendosi intendere la previsione comunitaria come assolutamente preclusiva della partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica di soggetti di diritto diversi da quelli ivi espressamente elencati (tenuto conto della peculiarità degli ordinamenti nazionali nella complessa materia della regolamentazione della soggettività giuridica), si deve, tuttavia, riconoscere che l'espressa catalogazione dei tipi di soggetti legittimati alla conclusione dei contratti in questione assume il chiaro significato di una limitazione soggettiva nell'accesso alla contrattazione con le amministrazioni aggiudicatrici e che un'interpretazione che estendesse indistintamente la qualità di prestatore di servizi a qualsiasi soggetto giuridico che nel mercato di riferimento offre quella prestazione dovrebbe essere rifiutata in quanto contraria al canone ermeneutico che preclude l'assegnazione di un significato che impedisce alla disposizione di produrre qualsiasi utile effetto (posto che in quel caso l'indicazione dei soggetti titolati si rivelerebbe del tutto*

pleonastica"); II) "Spetta [...] all'interprete individuare, in coerenza con la finalità della previsione comunitaria e tenuto conto del regime di ciascuno schema di soggettività giuridica, le caratteristiche essenziali dell'appaltatore di servizi e, quindi, quelle che impediscono la riconducibilità dei soggetti che ne sono privi alla nozione di prestatore di servizi"; III) "Lo schema soggettivo dell'associazione non riconosciuta deve, quindi, ritenersi, nella specie, inidoneo, nonostante la capacità di tale tipo di ente di assumere la titolarità di posizioni soggettive conformi al suo scopo, ad assicurare alle amministrazioni aggiudicatrici quelle certezze, nel regime di responsabilità soggettiva, che autorizzano, in coerenza con la definizione comunitaria dell'appaltatore di servizi, la conclusione e l'esecuzione del contratto";

h3) sugli enti senza personalità giuridica: Cons. Stato, sez. III, 7 marzo 2018, n. 1462, secondo cui: I) "coerente alle [...] coordinate di fondo del diritto dell'Unione risulta la lett. p) dell'art. 3 c.1 del D. Lgs. n. 50/2016, laddove fornisce la definizione di operatore economico e include espressamente, nel novero dei soggetti che rientrano in detta nozione, l'ente senza personalità giuridica, ovviamente a condizione - comune agli altri soggetti - che offra sul mercato la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi"; II) "Siffatta definizione riveste un particolare valore ermeneutico (al pari delle altre dettate dall'art. 3) nell'interpretazione delle successive disposizioni del nuovo Codice dei contratti pubblici, come posto in rilievo nel parere ad esso propedeutico [...] reso dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato, la quale ha premesso al punto 10 del capo II.e di detto parere che avrebbe condotto l'analisi formale delle singole disposizioni dello schema di codice sottoposte all'espresso «fine di contribuire alla coerenza interna delle singole disposizioni con le definizioni dell'art. 3»"; III) "proprio alla definizione di operatore economico cui alla lett. p) dell'art. 3 comma 1 si richiama espressamente il successivo art. 45 del nuovo Codice nel prevedere, in apertura del primo periodo del proprio primo comma, che «sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici gli operatori economici di cui all'articolo 3, comma 1, lettera p)»"; IV) "In forza di tale richiamo espresso e delle sopraesposte coordinate giuridiche di fondo del diritto dell'Unione, nell'interpretazione del successivo periodo del primo comma dell'art. 45 («Gli operatori economici (...) possono partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici anche nel caso in cui essi avrebbero dovuto configurarsi come persone fisiche o persone giuridiche, ai sensi del presente codice») occorre dare necessaria prevalenza al canone logico-sistematico su quello letterale, affinché tale disposizione risulti coerente - come sottolineato dal parere 855/2016 del Consiglio di Stato - con l'anzidetta definizione e con gli indirizzi del diritto euro-unitario"; V) "Peraltro, va rilevato che il tenore letterale del menzionato secondo periodo non

brilla per chiarezza e si presenta come tutt'altro che univoco, cosicché l'interpretazione logico-sistematica nel senso suindicato, lungi dal cozzare con la lettera della disposizione, si limita a ricondurla nell'alveo della compatibilità complessiva «di sistema»»; VI) "In definitiva, ciò che rileva per l'ordinamento eurounitario e interno non è che - ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici - la branch/filiale/succursale possieda una distinta e autonoma personalità giuridica, bensì che possieda un propria distinta e autonoma organizzazione economica";

- h4) con riferimento alle fondazioni: Cons. Stato, sez. VI, 16 giugno 2009, n. 3896;
- h5) sulla cooperazione fra amministrazioni ai fini della applicabilità della disciplina sulla evidenza pubblica: Corte di giustizia UE, sez. VIII, 18 ottobre 2018, C- 606/17 – IBA Molecular Italy Srl (in *Sanità pubbl. e privata*, 2019, 4, 51, con nota di SANTUARI, oggetto della News US del 6 novembre 2018);
- h6) con riferimento alle cooperative sociali: T.a.r. per la Campania, sez. II, 1 marzo 2019, n. 1153, secondo cui: I) *"L'illegittimità dell'esclusione della cooperativa sociale deriva dalla violazione dell'art. 45 del D.lgs. 50/2016 che, nella individuazione degli operatori economici «ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici» fornisce un elenco non esaustivo comunque comprensivo delle «società anche cooperative» (così risolvendo positivamente anche la questione sorta nella vigenza dell'art. 34 del D.Lgs. 163/2006, che invece limitava la partecipazione solo alle "società commerciali"; cfr. Corte di Giustizia, ord. 4 ottobre 2012, n. 502/11)"; II) "anche a prescindere da tale specifica indicazione, si incentra in ogni caso sul principio della «neutralità» della forma giuridica rivestita dai soggetti partecipanti, a sua volta corollario del principio della più ampia partecipazione possibile alle procedure di affidamento dei contratti pubblici"; III) la stazione appaltante deve verificare "in concreto, in linea con la nozione sostanziale ed eurounitaria di «operatore economico», l'idoneità della partecipante a prestare il servizio messo a gara, sia pure nell'ambito di un'organizzazione connotata da uno scopo mutualistico";*
- h7) con riferimento ai consorzi stabili: T.a.r. per la Sicilia, sez. III, 10 maggio 2012, n. 934, secondo cui *"il mancato richiamo [nel bando] dell'art. 36 del D.Lgs. n. 163 del 2006 è irrilevante ai fini dell'applicazione del suo contenuto normativo considerato che siffatta evenienza non potrebbe assurgere a causa impeditiva della partecipazione alla gara dei cd. consorzi stabili dalla stessa disposizione disciplinati. Una tale interpretazione sarebbe contraria al cd. principio di neutralità della forma giuridica considerato che deve ormai ritenersi ammesso a presentare un'offerta o a candidarsi qualsiasi soggetto o ente che, considerati i*

requisiti indicati in un bando di gara, si reputi idoneo a garantire l'esecuzione di detto appalto (tra le diverse, Corte di giustizia UE, sez. IV, 18 dicembre 2007, C- 357/06, *Soc. Frigerio*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, 721, con nota di PATRITO; *Appalti & Contratti*, 2008, 1, 93 (m), con nota di BASSI; *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2008, 898 (m), con nota di MOSTACCI; *Dir. e pratica amm.*, 2008, 2, 47 (m), con nota di CALVIERI) *ove tale idoneità non sia esclusa dalla legislazione di riferimento*";

- h8) con riferimento alle scuole musicali: Cons. Stato, sez. VI, 9 luglio 2018, n. 4178 (in *Merito*, 2018, 10, 66);
- h9) con riferimento alle società pubbliche, cfr. tra le diverse: Cons. Stato, sez. V, 20 gennaio 2020, n. 444, secondo cui l'eventuale situazione di irregolarità di una società *in house* non determina la sua perdita della capacità di partecipare a gare pubbliche, trattandosi di una vera e propria sanzione che come tale dovrebbe essere tipica ed espressa, poiché non è neppure prevista dal Codice dei contratti pubblici;
- h10) sulla nozione di "*impresa*" del terzo settore e sull'abilitazione a partecipare alle gare in capo a figure appartenenti a tale ambito, si vedano: I) Cons. Stato, sez. V, 11 luglio 2019, n. 5243 (in *Gazzetta forense*, 2019, 655), secondo cui alle imprese sociali il d. lgs. n. 112 del 2017 "*riconosce la legittimazione a esercitare in via stabile e principale un'attività economica organizzata per la produzione e lo scambio di beni o di servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità d'interesse generale (art. 2), con l'unico divieto, posto dall'art. 3, di provvedere alla distribuzione di utili al di fuori degli specifici casi previsti dal terzo comma del medesimo articolo 3 e dal successivo art. 16*"; II) Cons. Stato, comm. spec., parere 14 giugno 2017, n. 1405 (in *Foro amm.*, 2017, 1284), secondo cui:
- "*I Trattati Europei non attribuiscono all'Unione alcuna competenza in materia di enti non profit*" ma la competenza degli Stati membri deve, nondimeno, essere esercitata nel rispetto della disciplina in materia di concorrenza (Corte di giustizia CE, 14 settembre 2006, C-386/04, *Stauffer*, in *Fisco* 1, 2006, 6294);
 - "*la Corte di Giustizia è costante nell'adottare una nozione funzionale di impresa, incentrata sullo svolgimento di attività economica, anziché sulle caratteristiche dell'operatore professionale: per «impresa» deve intendersi l'organismo che «esercita un'attività economica, offrendo beni e servizi su un determinato mercato, a prescindere dal suo status giuridico e dalle sue modalità di finanziamento»*" (a partire quanto meno da Corte di giustizia CE, 23 aprile 1991, in causa C-41/90, *Höfner*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1992, 1322, con nota di TASSONE); III) T.a.r. per la Campania, sez. V,

18 marzo 2015, n. 1611, in *Urbanistica e appalti*, 2015, 1323, con nota di LICCI MARINI, con riguardo alle associazioni di volontariato;

- h11) sulla connotazione di *“operatore economico di settore”* e connessi riflessi processuali, tra le tante: I) Cons. Stato, Ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4 (in *Foro it.* 2019, III, 67, nonché oggetto della News US in data 10 maggio 2018 cui si rinvia per ogni approfondimento), che ha ribadito il consolidato orientamento secondo il quale l’ *“operatore del settore”* che non abbia presentato domanda di partecipazione alla gara *“non è legittimato a contestare le clausole di un bando di gara che non rivestano nei suoi confronti portata escludente, precludendogli con certezza la possibilità di partecipazione”*; II) Cons. Stato, sez. III, 31 ottobre 2017, n. 5038, secondo cui *“è pacifica, in base ai principi di libera concorrenza, di legalità e di buon andamento dell’azione amministrativa, la legittimazione dell’impresa operante in un dato settore economico ad impugnare il provvedimento con cui l’amministrazione abbia disposto la stipula di un contratto a trattativa privata, in luogo della celebrazione di una procedura di evidenza pubblica per la scelta del contraente”*;
- h12) sulla connotazione di *“operatore economico”* di un raggruppamento temporaneo di imprese partecipato da un consorzio costituito da soggetti pubblici e privati: T.a.r. per l’Emilia Romagna, sez. II, 6 febbraio 2020, n. 117;
- h13) sulla connotazione di *“operatore economico”* delle aziende sanitarie: Cons. giust. amm. sic., sez. giur., 1 febbraio 2018, n. 53 (in *Foro amm.*, 2018, 243), secondo cui *“La corte di giustizia europea ha affermato che gli accordi di collaborazione tra enti pubblici possano reputarsi sottratti al quadro regolatorio degli appalti; peraltro essa ha pure riconosciuto che anche degli enti pubblici possano venire in rilievo quali operatori economici ai fini dell’applicazione del medesimo quadro; «il diritto dell’unione in materia di appalti pubblici osta ad una normativa nazionale che autorizzi la stipulazione, senza previa gara, di un contratto mediante il quale taluni enti pubblici istituiscono tra loro una cooperazione, nel caso in cui tale contratto non abbia il fine di garantire l’adempimento di una funzione di servizio pubblico comune agli enti medesimi, non sia retto unicamente da considerazioni ed esigenze connesse al perseguimento di obiettivi d’interesse pubblico, oppure sia tale da porre un prestatore privato in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti»”*;
- i) sulla neutralità della forma giuridica come principio generale: Cons. Stato, sez. III, 9 giugno 2014, n. 2892 (in *Ragiusan*, 2014, 367, 30), secondo cui *“nel nostro sistema giuridico vige il principio della neutralità della forma giuridica. Esso, di derivazione comunitaria, è stato accolto nell’ordinamento italiano a livello legislativo e*

giurisprudenziale (ex multis Cass. sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283, in Giur. comm., 2015, II, 460, con nota di SARDELLI) e la sua applicazione nel caso specifico induce a considerare ininfluyente la forma giuridica assunta dall'ente. Rispetto alla configurazione privatistica dello stesso appaiono, infatti, preminenti i fini che esso persegue, le risorse che utilizza per realizzarli e i controlli cui è sottoposto";

- j) sulla rilevanza della forma giuridica nell'identificazione dell'ente pubblico: Cons. Stato, sez. VI, 29 giugno 2012, n. 3820 (in *Nuovo dir. amm.*, 2013, 1, con nota di LA GRECA);
- k) in dottrina, sulle singole categorie di operatori economici qualificati per l'affidamento di servizi di ingegneria *ex art. 46 del d.lgs. n. 50 del 2016* e sugli enti privati senza scopo di lucro quali operatori economici idonei in generale, si veda R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, Bologna, 2017, 393 ss., e 724 ss., la quale precisa tra l'altro che:
 - k1) l'art. 46, primo comma, lett. a), individua la categoria generale dei prestatori di servizi di ingegneria e architettura e le tipologie di prestazioni che rientrano nella loro sfera di attività, mentre nelle successive lettere viene data una più puntuale definizione di alcune delle categorie menzionate, ivi compresa quella generale dei prestatori di servizi;
 - k2) nel dettaglio, per i soggetti stabiliti in Italia, sono operatori economici ammessi quelli rientranti nella citata lett. a), mentre per i soggetti stabiliti in altri Stati membri, gli operatori economici ammessi devono avere la qualità di prestatore di servizi inerenti l'ingegneria e l'architettura secondo l'ordinamento di provenienza;
 - k3) a un decreto ministeriale attuativo è demandata la fissazione dei requisiti che devono possedere i soggetti di cui all'art. 46, primo comma, e dei criteri per garantire la presenza di giovani professionisti, in forma singola o associata, nei gruppi concorrenti ai bandi relativi a incarichi di progettazione, concorsi di progettazione e di idee;
 - k4) nella giurisprudenza più recente si ritiene che gli enti privati senza fine di lucro possano partecipare alle gare per l'affidamento di appalti pubblici diversi dai servizi di architettura e ingegneria. L'assenza di fine di lucro non è di per sé ostativa della partecipazione ad appalti pubblici, come costantemente ritenuto anche dalla giurisprudenza europea. Nel caso in cui il bando richieda come requisito soggettivo il possesso dell'iscrizione alla Camera di commercio, di cui tali associazione normalmente difettano, tale prescrizione si pone, in difetto di impugnazione e annullamento del bando, come causa ostativa alla partecipazione; nel caso in cui il bando non dica nulla, si ritiene che il certificato di iscrizione non sia requisito indefettibile

e le amministrazioni possano essere ammesse alla gara. Ulteriore questione è quella della disparità di trattamento tra operatori economici che potenzialmente deriva dalla partecipazione alle gare degli enti *no profit*, atteso che normalmente gli enti senza fini di lucro fruiscono di finanziamenti pubblici di cui non fruiscono gli imprenditori e che li pongono in condizione di formulare offerte più basse, ma la questione impone una soluzione caso per caso. In particolare, il diritto comunitario: non impedisce la partecipazione agli appalti di enti senza scopo di lucro; consente che possa partecipare a una gara di appalto un soggetto che fruisce di aiuti di stato, purché tali aiuti siano lecitamente conseguiti; richiede che sia fornita la prova concreta che l'ente sia in una posizione di vantaggio;

- l) sulla connotazione di operatore economico delle università, delle aziende sanitarie, degli enti privati senza fine di lucro, delle imprese sociali e delle società pubbliche, v. R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni*, Bologna, 2020, 618 ss.;
- m) sulla genesi e l'evoluzione dell'art. 46 d.lgs. n. 50 del 2016, anche alla luce delle novità introdotte dal d.l. 18 aprile 2019, n. 32, "*Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici*" (cd. "*Sblocca cantieri*"), convertito con modificazioni in l. 14 giugno 2019, n. 55 (oggetto della News normativa, n. 74 del 1° luglio 2019, alla quale si rinvia per approfondimenti), e sul carattere derogatorio, rispetto all'art. 45, dell'elenco dei soggetti abilitati a partecipare alle selezioni per gli affidamenti dei servizi di architettura e ingegneria, S. TOSCHEI, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS, Milano, 2019, I, *Fonti e principi, ambito, programmazione e progettazione*, 1393;
- n) sui rapporti tra il requisito della "*comune struttura d'impresa*" nei consorzi stabili e la nozione di "*operatore economico*" oggetto della recente codificazione del d.lgs. n. 50 del 2016, cfr. V. SCIANCALEPORE, in M. CORRADINO (a cura di), *Gli appalti pubblici dopo la legge sblocca cantieri*, Milano, 2019, 141 ss.