

## Corte di Giustizia

**Ordinanza (Settima Sezione) del 4 ottobre 2012 (domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Consiglio di Stato) - Vivaio dei Molini Azienda Agricola Porro Savoldi ss / Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture**

*(Appalti pubblici di lavori - Direttiva 93/37/CEE - Articolo 6 - Principi di parità di trattamento e di trasparenza - Ammissibilità di una normativa che limita la partecipazione delle gare d'appalto alle società che esercitano un'attività commerciale, con esclusione delle società semplici - Fini istituzionali e statutari - Imprese agricole)*

**(Causa C-502/11)**

### FATTI

La questione sulla quale la Corte ha emesso l'ordinanza riguarda una società semplice che opera nel settore agricolo e che, durante il periodo in cui l'ordinamento italiano prevedeva ai fini della partecipazione alle gare per appalti pubblici di lavori, l'iscrizione all'Albo nazionale dei costruttori aveva ottenuto l'iscrizione nella categoria S1 (oggi OS24) .... (opere di manutenzione agraria e forestale, verde pubblico e relativo arredo urbano).

Dopo l'entrata in vigore del nuovo sistema di qualificazione delle imprese di costruzione, l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici ha vietato alle SOA di rilasciare l'attestazione per la partecipazione alle gare d'appalto.

Da qui la revoca dell'attestazione alla società agricola con l'inizio di un contezioso prima presso il TAR del Lazio e poi di fronte al Consiglio di Stato che ha chiesto alla Corte europea di pronunciarsi sulla compatibilità del nostro sistema rispetto alle direttive e, in particolare,

“Se l'ordinamento comunitario e, segnatamente, l'articolo 6 della Direttiva 93/37 osti in via di principio a una previsione normativa nazionale [quale l'art. 10, comma 1, lettera a), della legge [n. 109/1994], il quale limita alle sole società che esercitano attività commerciali la possibilità di partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, in tal modo escludendo taluni imprenditori (quali le società semplici) che non esercitano in via ordinaria e prevalente siffatta tipologia di attività; ovvero se il divieto in questione risulti ragionevole e non discriminatorio alla luce della particolare disciplina e del peculiare regime patrimoniale delle società semplici

[In caso di risposta negativa alla prima questione] se l'ordinamento comunitario e, segnatamente, l'articolo 6 della Direttiva 93/37 nonché il principio della libertà della forma giuridica dei soggetti ammessi a partecipare alle gare consenta al legislatore nazionale di limitare la capacità giuridica di un imprenditore, in considerazione delle peculiarità che caratterizzano la disciplina nazionale di tale imprenditore, precludendo allo stesso di partecipare alle gare pubbliche di appalto, ovvero se una tale limitazione risulti violativa dei principi di ragionevolezza e non discriminazione”.

### DIRITTO

In via preliminare il giudice del rinvio si interroga sulla possibilità di giustificare una siffatta esclusione generale dalla partecipazione alle gare d'appalto alla luce dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, o sulla base della circostanza che la partecipazione alle gare d'appalto dovrebbe considerarsi incompatibile con i fini istituzionali e statutari di una società semplice.

Per fornire una risposta a tali interrogativi, occorre rammentare che la Corte ha dichiarato che uno degli obiettivi della normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici è costituito dall'apertura alla concorrenza nella misura più ampia possibile e che è nell'interesse del diritto dell'Unione che venga garantita la partecipazione più ampia possibile di offerenti ad una gara d'appalto. È d'uopo aggiungere, in proposito, che tale apertura alla concorrenza più ampia possibile è prevista non soltanto con riguardo all'interesse dell'Unione alla libera circolazione dei prodotti e dei servizi, bensì anche nell'interesse stesso dell'amministrazione aggiudicatrice considerata, la quale disporrà così di un'ampia scelta circa l'offerta più vantaggiosa e più rispondente ai bisogni della collettività pubblica interessata (sentenza CoNISMa, punto 37).

Analogamente, la Corte ha dichiarato che la normativa dell'Unione osta a qualsiasi normativa nazionale che escluda dall'aggiudicazione di appalti pubblici di servizi, il cui valore superi la soglia di applicazione delle direttive, candidati od offerenti autorizzati, in base alla normativa dello Stato membro nel quale sono stabiliti, ad erogare il servizio in questione per il solo motivo che tali candidati od offerenti non hanno la forma giuridica corrispondente ad una determinata categoria di persone giuridiche (sentenza CoNISMa, punto 39).

Infine, in base alla giurisprudenza della Corte, la normativa dell'Unione non richiede che il soggetto che stipula un contratto con un'amministrazione aggiudicatrice sia in grado di realizzare direttamente con mezzi propri la prestazione pattuita perché il medesimo possa essere qualificato come imprenditore, ossia come operatore economico. È sufficiente che tale soggetto abbia la possibilità di fare eseguire la prestazione di cui trattasi, fornendo le garanzie necessarie a tal fine (sentenza CoNISMa, punto 41).

Di conseguenza, sia dalla normativa dell'Unione sia dalla giurisprudenza della Corte risulta che è 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, in modo diretto oppure facendo ricorso al subappalto, indipendentemente dal suo status nonché dal fatto di essere attivo sul mercato in modo sistematico oppure soltanto occasionale".

La Corte poi conclude affermando che "dalle suesposte considerazioni risulta che non si può vietare, per principio, a un «imprenditore» ai sensi della Direttiva 93/37 di partecipare a gare d'appalto esclusivamente a causa della sua forma giuridica".

Inoltre la Corte osserva che "il giudice del rinvio si chiede se dalle citate sentenze Michaniki e CoNISMa emerga che, in deroga al principio secondo cui non può essere imposta alcuna forma giuridica determinata, l'esclusione delle società semplici dalla partecipazione alle gare d'appalto sia ammissibile". A tale proposito il giudice del rinvio si interroga, da un lato, sulla portata dei principi di parità di trattamento e di trasparenza e, dall'altro, sull'importanza dei fini istituzionali e statutari delle società semplici per determinare la loro capacità a partecipare alle gare d'appalto.

Quanto ai principi di parità di trattamento e di trasparenza, secondo costante giurisprudenza, l'elenco tassativo di cui all'articolo 24, primo comma, della Direttiva 93/37 delle cause di esclusione di un imprenditore dalla partecipazione ad un appalto fondate su elementi oggettivi, concernenti le qualità professionali di tale soggetto, non esclude la facoltà degli Stati membri di mantenere o di adottare norme materiali dirette, in particolare, a garantire, in materia di appalti pubblici, il rispetto del principio di parità di trattamento, nonché del principio di trasparenza che quest'ultimo implica, i quali s'impongono alle amministrazioni aggiudicatrici in tutte le procedure di aggiudicazione di un siffatto appalto (sentenza Michaniki, punto 44).

Detti principi, che implicano, in particolare, che gli offerenti debbano trovarsi su un piano di parità sia al momento in cui preparano le loro offerte sia al momento in cui queste ultime sono valutate dall'amministrazione aggiudicatrice, costituiscono, infatti, la base delle direttive relative ai procedimenti di aggiudicazione degli appalti pubblici, e l'obbligo delle amministrazioni aggiudicatrici di assicurarne il rispetto corrisponde all'essenza stessa di tali direttive (sentenza Michaniki, punto 45).

L'articolo 6, paragrafo 6, della Direttiva 93/37 precisa del resto che le amministrazioni aggiudicatrici provvedono affinché non vi siano discriminazioni tra i vari imprenditori (sentenza Michaniki, punto 46).

Ne consegue che uno Stato membro ha il diritto di prevedere, in aggiunta alle cause di esclusione fondate su considerazioni oggettive di qualità professionale, tassativamente elencate all'articolo 24, primo comma, della Direttiva 93/37, misure di esclusione destinate a garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento di tutti gli offerenti, nonché di trasparenza, nel contesto delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici (sentenza Michaniki, punto 47).

In tale contesto, quindi, occorre riconoscere a ciascuno Stato membro un certo margine di discrezionalità ai fini dell'adozione di provvedimenti destinati a garantire i principi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza (sentenza Michaniki, punto 55).

Infatti, ogni Stato membro è nella posizione migliore per individuare, alla luce di considerazioni di ordine storico, giuridico, economico o sociale che gli sono proprie, le situazioni favorevoli alla comparsa di comportamenti idonei a provocare violazioni del rispetto di tali principi (sentenza Michaniki, punto 56).

Tuttavia, gli obiettivi perseguiti nel caso di specie dalla normativa italiana non possono giustificare, a titolo dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, l'esclusione, per principio, delle società semplici dalla partecipazione alle gare d'appalto.

Infatti, nessun elemento del fascicolo consente di concludere che determinate caratteristiche delle società di cui al procedimento principale possano essere idonee a ledere, nel corso della procedura di aggiudicazione degli appalti pubblici, i principi di trasparenza e di parità di trattamento.

A tale riguardo occorre sottolineare che dalla decisione di rinvio emerge che le società semplici si caratterizzano, rispetto alle società commerciali, per l'assenza di un capitale minimo, per la responsabilità, in linea di principio, limitata ai soci che hanno agito in nome e per conto della società nonché per l'esclusione dalle procedure fallimentari. Orbene, non può ritenersi che, a causa di tali caratteristiche, la partecipazione delle società semplici alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici possa essere idonea a ledere i principi di trasparenza e di non discriminazione.

Quanto alla questione della possibilità di ammettere una deroga al principio secondo cui non può essere imposta alcuna forma giuridica determinata per la partecipazione alle gare d'appalto, a causa di un'eventuale incompatibilità derivante dai limiti inerenti agli obiettivi istituzionali e statutari di società quali le società semplici, occorre richiamare la giurisprudenza pertinente della Corte.

Secondo tale giurisprudenza, è pur vero che 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, essi 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 (sentenza CoNISMa, punto 48).

Tuttavia, occorre sottolineare che l'attività degli imprenditori agricoli costituiti nella forma della società semplice consiste, conformemente all'articolo 2135 del codice civile, nella «coltivazione del fondo, [nella] selvicoltura, [nell']allevamento di animali e [nelle] attività connesse». Inoltre, secondo le osservazioni scritte del governo italiano, le società semplici possono altresì svolgere attività «commerciale», purché essa sia accessoria e complementare all'attività principale, come emerge dal citato articolo 2135.

Tali società, quindi, perseguono incontestabilmente una finalità di lucro, ragion per cui non possono essere assimilate ad enti quali le università e gli istituti di ricerca, oggetto della citata sentenza CoNISMa, per i quali la Corte ha riconosciuto la facoltà degli Stati membri di autorizzarli o meno ad operare sul mercato.

In tali circostanze, la giurisprudenza derivante dalla citata sentenza CoNISMa non può consentire di derogare, per società quali le società semplici, al principio secondo cui non può essere imposta alcuna forma giuridica determinata ai fini della partecipazione alle gare d'appalto.