



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 3311 del 2018, proposto da

Parsec Fondazione Parco delle Scienze e della Cultura, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Pontenani e Irene Cecchi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Andrea Pontenani in Roma, via Maresciallo Pilsudski n. 118;

contro

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Anac - Autorità Nazionale Anticorruzione, in persona del rispettivo legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per l'annullamento

- nota del Dirigente A.N.A.C. – Osservatorio dei Contratti Pubblici e Analisi Economiche - del 15 febbraio 2018, notificata via pec in pari data (prot. in uscita

0014472, rif. UOSA/18/4500_7694), con la quale è stato denegato l'inserimento della Fondazione PARSEC nel casellario nazionale delle società di ingegneria e professionisti di cui all'art. 6 d.m. n. 263/2016, con la seguente motivazione: “*le fondazioni non rientrano tra i soggetti previsti dell'art. 46 comma 1 del d.lgs 18 aprile 2016 n. 50*”;

- ove lesivo, del d.m. 2 dicembre 2016 n. 263 del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, artt. 3 e 6;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e di Anac - Autorità Nazionale Anticorruzione;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 gennaio 2019 la dott.ssa Roberta Ravasio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

A. ESPOSIZIONE SUCCINTA DELL'OGGETTO DELLA CONTROVERSIA.

1. La FONDAZIONE PARSEC Parco delle Scienze e della Cultura, con sede in Prato, è una fondazione, ente di diritto privato senza scopo di lucro, dotato di personalità giuridica, costituito ai sensi dell'art. 14 del codice civile italiano.

2. In base a quanto previsto dal relativo Statuto essa si occupa, tra altre attività, anche di studio delle catastrofi naturali, previsione e prevenzione delle condizioni di rischio, pianificazione, gestione e monitoraggio dell'ambiente e del territorio, protezione civile e ambientale, vantando una competenza specialistica nel settore geofisico e sismologico, tanto da aver implementato al proprio interno un vero e proprio “Osservatorio” di sismologia che collabora stabilmente con l'Istituto Nazionale di Geofisica e Vulcanologia (INGV): tramite il predetto “Osservatorio”

la Fondazione PARSEC gestisce una rete di stazioni di rilevamento dell'attività sismica, collabora con Università ed Enti di ricerca, svolge funzioni di protezione civile e di pianificazione/zonizzazione del territorio, di gestione del rischio sismico, e ciò al servizio di numerosi comuni ed enti locali, sia regionali che extraregionali.

3. Tutte le predette attività la Fondazione svolge avvalendosi di personale altamente qualificato nella materia ed organizzato.

4. Desiderando partecipare a gare d'appalto indette da Amministrazioni locali per l'affidamento del servizio di classificazione del territorio in base al rischio sismico, la ricorrente, il 25 gennaio 2018, ha trasmesso alla Autorità Nazionale Anticorruzione (in prosieguo indicata solo come "ANAC") il modulo necessario ad essere iscritta nell'elenco, tenuto dalla predetta Autorità ai sensi dell'art. 46 del D. L.vo 50/2016, dei soggetti ammessi a partecipare alle gare per l'affidamento di servizi di architettura e ingegneria.

5. Ad evasione della richiesta, tuttavia, l'ANAC, con nota del 15 febbraio 2018, ha rappresentato che *"le fondazioni non rientrano tra i soggetti previsti dall'art. 46, comma 1, del D. lgs. 18 aprile 2016 n. 50 (operatori economici per l'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria)"*, soggiungendo che *"...i soggetti tenuti agli obblighi di comunicazione dei propri dati all'Autorità, sono quelli previsti dall'art. 6, del Decreto 2 dicembre 2016 n. 263 del Ministero delle Infrastrutture e Trasporti."*

6. Ritenendo che la mancata iscrizione nell'elenco tenuto dall'ANAC ai sensi dell'art. 46 del D. L.vo 50/2016 costituisca un ostacolo concreto alla partecipazione a gare indette da amministrazioni aggiudicatrici per l'affidamento del servizio sopra indicato, la ricorrente si è risolta ad impugnare la citata nota dell'ANAC del 15 febbraio 2018, prospettando la non conformità al diritto europeo dell'art. 46 del D. L.vo 50/2016, nonché il Decreto Ministeriale n. 263 del 2 dicembre 2016, cui ha dato applicazione l'atto impugnato.

7. Il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti nonché l'ANAC si sono costituiti in giudizio per resistere al ricorso, sostenendo preliminarmente che la mancata iscrizione della Fondazione PARSEC all'elenco di operatori economici tenuto dall'ANAC ai sensi dell'art. 46 del D. L.vo 50/2016 non precluderebbe alla stessa di partecipare a gare per l'affidamento dei servizi di interesse.

8. Alla udienza pubblica del 16 gennaio 2019 il Collegio ha quindi ritenuto di dover sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea il quesito che in appresso si va ad illustrare, dirimente ai fini della definizione del giudizio.

B. IL CONTENUTO DELLE DISPOSIZIONI NAZIONALI CHE TROVANO APPLICAZIONE NEL CASO DI SPECIE ED IL DIRITTO DELLA UNIONE EUROPEA.

B.1.: Il diritto nazionale.

9. Con il Decreto Legislativo n. 50 del 18 aprile 2016 l'Italia ha recepito nel proprio ordinamento le Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE: l'art. 216 di tale Decreto stabilisce, in particolare, che esso si applica alle procedure indette con bandi o avvisi pubblicati successivamente alla sua entrata in vigore ovvero, relativamente alle procedure senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure per le quali, alla data di entrata in vigore del medesimo decreto, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare offerte.

10. Per quanto di interesse ai fini della definizione del presente giudizio vengono in considerazione le seguenti norme del D. L.vo 50/2016:

- l'art. 3, comma 1, lett. p), secondo cui si definisce “*operatore economico*», *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, ivi compreso il gruppo europeo di interesse economico (GEIE) costituito ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n.*

240, che offre sul mercato la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi?»;

- l'art. 3, comma 1, lett. vvvv), secondo cui si definiscono «servizi di architettura e ingegneria e altri servizi tecnici» i “servizi riservati ad operatori economici esercenti una professione regolamentata ai sensi dell'articolo 3 della direttiva 2005/36/CE”;

- l'art. 45, secondo cui:

“1. Sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici gli operatori economici di cui all'articolo 3, comma 1, lettera p) nonché' gli operatori economici stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi. Gli operatori economici, i raggruppamenti di operatori economici, comprese le associazioni temporanee, che in base alla normativa dello Stato membro nel quale sono stabiliti, sono autorizzati a fornire la prestazione oggetto della procedura di affidamento, 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.

2. Rientrano nella definizione di operatori economici i seguenti soggetti:

a) gli imprenditori individuali, anche artigiani, e le società, anche cooperative;

b) i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422, e del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577, e successive modificazioni, e i consorzi tra imprese artigiane di cui alla legge 8 agosto 1985, n. 443;

c) i consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile, tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro. I consorzi stabili sono formati da non meno di tre consorziati che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa.

d) i raggruppamenti temporanei di concorrenti, costituiti dai soggetti di cui alle lettere a), b) e c), i quali, prima della presentazione dell'offerta, abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, qualificato mandatario, il quale esprime l'offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti;

e) i consorzi ordinari di concorrenti di cui all'articolo 2602 del codice civile, costituiti tra i soggetti di cui alle lettere a), b) e c) del presente comma, anche in forma di società ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile;

f) le aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete ai sensi dell'articolo 3, comma 4-ter, del decreto legge 10 febbraio 2009, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 aprile 2009, n. 33;

g) i soggetti che abbiano stipulato il contratto di gruppo europeo di interesse economico (GEIE) ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240;

.....”

- l'art. 46, comma 1, secondo cui:

“1. Sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria:

a) i prestatori di servizi di ingegneria e architettura: i professionisti singoli, associati, le società tra professionisti di cui alla lettera b), le società di ingegneria di cui alla lettera c), i consorzi, i GEIE, i raggruppamenti temporanei fra i predetti soggetti che rendono a committenti pubblici e privati, operando sul mercato, servizi di ingegneria e di architettura, nonché attività tecnico-amministrative e studi di fattibilità economico-finanziaria ad esse connesse, ivi compresi, con riferimento agli interventi inerenti al restauro e alla manutenzione di beni mobili e delle superfici decorate di beni architettonici, i soggetti con qualifica di restauratore di beni culturali ai sensi della vigente normativa;

b) le società di professionisti: le società costituite esclusivamente tra professionisti iscritti negli appositi albi previsti dai vigenti ordinamenti professionali, nelle forme delle società di persone di cui ai capi II, III e IV del titolo V del libro quinto del codice civile ovvero nella forma di società cooperativa di cui al capo I del titolo VI del libro quinto del codice civile, che svolgono per committenti privati

e pubblici servizi di ingegneria e architettura quali studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazioni o direzioni dei lavori, valutazioni di congruità tecnico economica o studi di impatto ambientale;

c) società di ingegneria: le società di capitali di cui ai capi V, VI e VII del titolo V del libro quinto del codice civile, ovvero nella forma di società cooperative di cui al capo I del titolo VI del libro quinto del codice civile che non abbiano i requisiti delle società tra professionisti, che eseguono studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazioni o direzioni dei lavori, valutazioni di congruità tecnico-economica o studi di impatto, nonché eventuali attività di produzione di beni connesse allo svolgimento di detti servizi;

d) i prestatori di servizi di ingegneria e architettura identificati con i codici CPV da 74200000-1 a 74276400-8 e da 74310000-5 a 74323100-0 e 74874000-6 stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi;

e) i raggruppamenti temporanei costituiti dai soggetti di cui alle lettere da a) a d);

f) i consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria, anche in forma mista, formati da non meno di tre consorziati che abbiano operato nei settori dei servizi di ingegneria ed architettura.

.....”.

- Il Decreto del Ministro delle Infrastrutture e Trasporti n. 263 del 2 dicembre 2016: tale Decreto ha disciplinato in maniera differenziata e specifica i requisiti che debbono possedere i soggetti che intendono partecipare a gare per l'affidamento di servizi di architettura e ingegneria: a tale scopo il Decreto in questione ha distinto i vari operatori economici in “*professionisti singoli o associati*”, “*società di professionisti*”, “*società di ingegneria*”, “*raggruppamenti temporanei*” e “*consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria e dei GEIE*”, ponendo per ciascuno di essi l'obbligo di inserire ed indicare, nell'organigramma, i soggetti impiegati per funzioni professionali e tecniche. All'art. 6 il Decreto del Ministero delle Infrastrutture e Trasporti indica, inoltre, le informazioni che i suddetti operatori economici sono tenuti a comunicare

all'ANAC, al fine dell'inserimento nella banca dati nazionale da essa gestita, che le amministrazioni aggiudicatrici debbono consultare per verificare i requisiti di partecipazione e di qualificazione degli operatori economici.

11. Rileva Il Collegio che i servizi attinenti la sismologia e la classificazione del territorio in base al rischio sismico rientrano, a tutti gli effetti, nel concetto di «*servizi di architettura e ingegneria e altri servizi tecnici*» di cui all'art. 3, comma 1, lett. vvvv), del D. L.vo 50/2016, norma questa che definisce ogni tipologia di servizi per il cui svolgimento sia necessario conseguire una abilitazione professionale soggetta alla Direttiva 2005/36/CE. Per tale ragione l'affidamento di tali servizi è soggetto alla previsione dell'art. 46 del D. L.vo 50/2016, che riguarda specificamente l'affidamento dei “*servizi di architettura ed ingegneria*”.

12. L'art. 45 del D. L.vo 50/2016 accoglie una concezione molto vasta di “operatore economico”, tale da potervi astrattamente includere anche gli enti senza scopo di lucro. Ciò nonostante il successivo articolo 46 stabilisce che alle gare per l'affidamento dei “*servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria*” sono ammessi solo determinati soggetti, precisamente persone fisiche che rendono tali servizi a titolo professionale, ovvero società di ingegneria o comunque società costituite tra simili professionisti: si deve trattare, in particolare, di società con finalità di lucro costituite ai sensi del Libro V del Codice civile italiano. Possono altresì concorrere, per l'affidamento dei servizi di che trattasi, Gruppi Europei di Interesse Economico, ovvero raggruppamenti temporanei o consorzi stabili, costituiti comunque tra società di ingegneria o società regolate dal Libro V del Codice civile italiano.

13. Come si vede, l'art. 46 del D. L.vo 50/2016 formalmente non include, tra i soggetti ammessi a partecipare alle gare per l'affidamento di “*servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria*” gli enti diversi da quelli indicati: in particolare sono esclusi gli enti che non hanno scopo di lucro, come le fondazioni, regolate dal Libro I del Codice civile.

Ciò premesso, stante la natura speciale dell'art. 46, rispetto all'art. 45, il Collegio ritiene che il legislatore abbia effettivamente inteso adottare, per l'affidamento dei "servizi di architettura ed ingegneria", una disciplina speciale, caratterizzata da un concetto di "operatore economico" più circoscritto, nel quale non confluiscono gli enti privi di scopi di lucro, con forma giuridica diversa da quella societaria. Conferma di tale esclusione si trae anche dal Decreto del Ministro delle Infrastrutture e Trasporti n. 263 del 2 dicembre 2016, che, nell'indicare i requisiti che debbono possedere i soggetti che intendono partecipare a gare per l'affidamento di servizi di architettura ed ingegneria, prende in considerazione solo i soggetti indicati al precedente paragrafo 12, omettendo invece di indicare i requisiti che dovrebbero possedere gli enti senza scopo di lucro. Tale omissione rende praticamente impossibile a questi enti la partecipazione ad una gara, poiché con riferimento a tali enti le amministrazioni aggiudicatrici non sono in grado di stabilire quali siano le professionalità che l'operatore economico deve dimostrare di possedere nell'organico, e con quali specifiche responsabilità.

14. Peraltro, la limitazione che l'art. 46 del D. L.vo 50/2016 pone alla partecipazione alle gare che hanno ad oggetto i "servizi attinenti all'architettura ed all'ingegneria" si può spiegare con la delicatezza dei servizi in questione, l'elevata professionalità richiesta per garantirne la qualità e la presunzione che i soggetti che erogano tali servizi in via continuativa a titolo professionale, e remunerato, siano maggiormente affidabili per la continuità della pratica e dell'aggiornamento professionale.

15. Il Collegio ritiene pertanto, conclusivamente, che gli enti diversi da quelli indicati all'art. 46 del D. L.vo 50/2016 sono esclusi, nell'ordinamento italiano, dalla partecipazione alle gare aventi ad oggetto l'affidamento di "servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria". Per tale ragione l'atto impugnato nel presente giudizio non può considerarsi illegittimo nella parte in cui ha negato alla ricorrente

Fondazione PARSEC l'iscrizione nell'elenco nazionale dei soggetti che possono partecipare alle suddette gare.

B.2. Il diritto europeo.

16. La Direttiva 2014/24/UE contiene le seguenti disposizioni di interesse per la presente controversia:

il “considerando” n. 14, secondo cui *“la nozione di «operatori economici» dovrebbe essere interpretata in senso ampio, in modo da comprendere qualunque persona e/o ente che offre sul mercato la realizzazione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi, a prescindere dalla forma giuridica nel quadro della quale ha scelto di operare. Pertanto imprese, succursali, filiali, partenariati, società cooperative, società a responsabilità limitata, università pubbliche o private e altre forme di enti diverse dalle persone fisiche dovrebbero rientrare nella nozione di operatore economico, indipendentemente dal fatto che siano «persone giuridiche» o meno in ogni circostanza.”*

Art. 19, comma 1:

“Gli operatori economici che, in base alla normativa dello Stato membro nel quale sono stabiliti, sono autorizzati a fornire la prestazione di cui trattasi, non possono essere respinti soltanto per il fatto che, secondo la normativa dello Stato membro nel quale è aggiudicato l'appalto, essi avrebbero dovuto essere persone fisiche o persone giuridiche.

Tuttavia, per gli appalti pubblici di servizi e di lavori nonché per gli appalti pubblici di forniture che comportano anche servizi o lavori di posa in opera e di installazione, alle persone giuridiche può essere imposto d'indicare, nell'offerta o nella domanda di partecipazione, il nome e le qualifiche professionali delle persone incaricate di fornire la prestazione per l'appalto di cui trattasi.”;

Art. 80, comma 2:

“L'ammissione alla partecipazione ai concorsi di progettazione non può essere limitata: al territorio di un solo Stato membro o a una parte di esso; dal fatto che i partecipanti, secondo il diritto dello Stato membro in cui si svolge il concorso, debbano essere persone fisiche o persone giuridiche.....”

C. ILLUSTRAZIONE DEI MOTIVI DI RINVIO PREGIUDIZIALE.

17. Nel vigore della Direttiva 2004/18/CE la Corte di Giustizia della Unione Europea, proprio con riferimento ad una norma adottata dal legislatore italiano a recepimento di tale Direttiva, ha avuto modo di affermare, nella sentenza resa in causa C- 305/08, che:

“le disposizioni della direttiva 2004/18, ed in particolare quelle di cui al suo art. 1, nn. 2, lett. 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?” (punto 45);

- *“la direttiva 2004/18 dev'essere interpretata nel senso che essa osta all'interpretazione di una normativa nazionale come quella di cui trattasi nella causa principale 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”.* (punto 51).

18. La norma italiana sulla quale la Corte di Giustizia della Unione Europea si è espressa con la citata sentenza C-305/08, ovvero l'art. 34 del D. L.vo 163/2006, definiva in generale il concetto di operatore economico ai fini dell'affidamento di qualsiasi contratto pubblico.

19. L'ampio concetto di “operatore economico” disegnato dalla Corte con la ricordata sentenza, risulta essere stato accolto dal legislatore italiano nell'art. 45 del D. L.vo 50/2016, che definisce in via generale il concetto di “operatore economico”. E' invece solo nell'art. 46 del D. L.vo 50/2016 che il legislatore italiano ha adottato

un concetto di “operatore economico” maggiormente circoscritto, con riferimento specifico all’affidamento dei “*servizi di architettura ed ingegneria*”.

20. Stante che la giurisprudenza di cui alla sentenza C-305/08 riguarda una norma di portata assolutamente generale, che oggi trova il corrispettivo nell’art. 45 del D. L.vo 50/2016, il Collegio si chiede se il principio ivi espresso debba trovare sempre automatica applicazione o se, invece, possa essere derogato in taluni casi specifici, come, ad esempio, nel caso in cui si tratti di affidare “*servizi di architettura ed ingegneria*”.

21. Il Collegio rileva, inoltre, che il tenore letterale degli articoli 19, comma 1, e 80, comma 2, della Direttiva 2014/24/UE, sembra, sia pure implicitamente, lasciare spazio alla possibilità che uno Stato membro possa circoscrivere la partecipazione solo a persone fisiche o a determinate persone giuridiche, peraltro ribadendo che in tal caso l’operatore economico straniero, autorizzato nel proprio paese ad erogare la prestazione oggetto di gara sotto una diversa forma giuridica, debba comunque essere ammesso alla gara. L’art. 80, comma 2, della Direttiva 2014/24/UE, che si riferisce specificamente all’affidamento dei servizi di progettazione, appare particolarmente significativo nel senso dianzi indicato, laddove afferma che “*L’ammissione alla partecipazione ai concorsi di progettazione non può essere limitata:....b) dal fatto che i partecipanti, secondo il diritto dello Stato membro in cui si svolge il concorso, debbano essere persone fisiche o persone giuridiche.....*”.

22. Conclusivamente il Collegio, pur consapevole delle indicazioni emergenti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia della Unione Europea formatasi, con riferimento al concetto di “operatore economico”, nel vigore della Direttiva 2004/18/CE, ritiene possibile che la Direttiva 2014/24/UE abbia lasciato agli Stati membri la possibilità di adottare, con riferimento a determinate prestazioni e, comunque, con riferimento all’affidamento di “*servizi di architettura ed ingegneria*”, un concetto di “operatore economico” circoscritto, includente solo determinate forme giuridiche: se tale fosse la corretta interpretazione della Direttiva 2014/24/UE, l’art.

46 del D. L.vo 50/2016 risulterebbe conforme al diritto europeo, e quindi non dovrebbe essere disapplicato, nella parte in cui preclude, agli operatori economici che erogano “servizi di architettura e di ingegneria” in una forma giuridica diversa da quelle indicate dalla norma medesima, la partecipazione a gare indette per l’affidamento di tali servizi.

D. FORMULAZIONE DEL QUESITO.

23. Alla luce delle dianzi esposte considerazioni il Collegio formula il seguente quesito interpretativo:

“Se il combinato disposto del “considerando” n. 14 e degli articoli 19, comma 1, e 80, comma 2, della Direttiva 2014/24/UE ostino ad una norma come l’art. 46 del Decreto Legislativo n. 50 del 18 aprile 2016, a mezzo del quale l’Italia ha recepito nel proprio ordinamento le Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, che consente ai soli operatori economici costituiti nelle forme giuridiche ivi indicate la partecipazione alle gare per l’affidamento dei “servizi di architettura ed ingegneria”, con l’effetto di escludere dalla partecipazione a tali gare gli operatori economici che erogano tali prestazioni facendo ricorso ad una diversa forma giuridica.”

E. RILEVANZA DELLA QUESTIONE CON RIFERIMENTO AL CASO DI SPECIE.

24. Come sopra precisato, l’ANAC ha rifiutato alla ricorrente l’iscrizione nell’elenco nazionale dei soggetti che possono concorrere per l’affidamento dei “servizi di architettura ed ingegneria”, e tale rifiuto si fonda, precisamente, sul fatto che la Fondazione PARSEC non rientra nel novero dei soggetti indicati dall’art. 46, comma 1, del D. L.vo 50/2016. La portata lesiva di tale nota dell’ANAC si apprezza, in particolare, proprio nella misura in cui essa attesta che la ricorrente non appartiene al novero dei soggetti ammessi a partecipare a tali procedure di affidamento.

25. Nel caso in cui fosse riconosciuto che l'art. 46 del D. L.vo 50/2016 non è conforme agli indicati parametri della Direttiva 2014/24/UE, nella parte in cui limita la partecipazione alle gare per l'affidamento dei “*servizi di architettura ed ingegneria*” ai soli soggetti ivi indicati, il Collegio dovrebbe riconoscere l'illegittimità della nota dell'ANAC del 15 febbraio 2018 e, per l'effetto, la possibilità, per la ricorrente, sia ad essere iscritta nell'elenco nazionale dei soggetti di cui all'art. 46 sia a partecipare alle gare che hanno ad oggetto l'affidamento di “*servizi di architettura ed ingegneria*”.

26. Contrariamente a quanto sostenuto dalle Amministrazioni resistenti, il Collegio ritiene, comunque, che la ricorrente abbia un interesse concreto ad impugnare la nota dell'ANAC del 15 febbraio 2018, per la ragione che la mancata iscrizione nell'elenco nazionale dei soggetti di cui all'art. 46 del D. L.vo 50/2016 di fatto può ostacolare la partecipazione a gare per l'affidamento di “*servizi di architettura e progettazione*” da parte della ricorrente.

F. SULLA SUSSISTENZA DELL'INTERESSE TRANSFRONTALIERO.

27. Gli operatori economici che provengono da un diverso Stato membro possono concorrere alle procedure per l'affidamento di “*servizi di architettura ed ingegneria*”, malgrado non rivestano una delle forme giuridiche contemplate dall'art. 46 del D. L.vo 50/2016: ciò perché l'art. 45, comma 1, del D. L.vo 50/2016 contiene la norma di carattere generale secondo cui “*Gli operatori economici, i raggruppamenti di operatori economici, comprese le associazioni temporanee, che in base alla normativa dello Stato membro nel quale sono stabiliti, sono autorizzati a fornire la prestazione oggetto della procedura di affidamento, 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*”.

28. Ciò nondimeno il Collegio ritiene che la questione sollevata con la presente domanda di rinvio pregiudiziale abbia un potenziale interesse transfrontaliero. Occorre infatti considerare che operatori economici stranieri potrebbero sentirsi

obbligati, al fine di concorrere a questo tipo di gare indette da una amministrazione aggiudicatrice italiana, a stabilirsi preventivamente in Italia, assumendo una delle forme giuridiche indicate dall'art. 46. Il Collegio considera, inoltre, che l'esclusione di alcuni operatori economici nazionali dalla possibilità di partecipare alle gare per l'affidamento dei “*servizi di architettura ed ingegneria*” sia comunque idonea a creare un effetto distorsivo della concorrenza rispetto ad una tipologia di servizi che rappresenta un settore di indubbio interesse anche per gli operatori economici stranieri, tanto più in considerazione del fatto che l'importo oltre il quale la gara assume rilevanza comunitaria è relativamente contenuto (variando da 135.000,00 euro a 209.000,00 euro, a seconda che l'amministrazione aggiudicatrice sia centrale o meno).

29. Valga infine la considerazione che, anche nel caso deciso dalla citata sentenza della Corte C-305/08, la norma italiana sottoposta al vaglio della Corte (l'art. 34 del D. L.vo 163/2006) non poneva alcuna preclusione alla partecipazione di operatori economici stranieri, purché costituiti conformemente alla legislazione dello Stato di provenienza: quella norma precludeva infatti solo a operatori economici italiani, costituiti in forme diverse da quelle indicate dalla norma, la partecipazione a gare per l'affidamento di contratti pubblici; nella occasione, inoltre, la Corte di Giustizia neppure ha ritenuto dirimente – al fine di ritenersi competente a decidere sulla questione - l'importo dei servizi oggetto di gara, che neppure viene menzionato nel testo di quel pronunciamento.

G. CONCLUSIONE.

30. Ai sensi delle Raccomandazioni si dispone che la Segreteria di questa Sezione trasmetta alla cancelleria della Corte di Giustizia, mediante plico raccomandato, il fascicolo di causa.

31. Visto l'art. 79 cod. proc. amm. e il punto 23 delle Raccomandazioni, il presente giudizio viene sospeso nelle more della definizione del procedimento incidentale di rinvio e ogni ulteriore decisione, anche in ordine al regolamento delle spese processuali, è riservata alla pronuncia definitiva, una volta ricevuta la notificazione della decisione emessa dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (v. il punto 34 delle Raccomandazioni).

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), non definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe:

- a) rimette alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione pregiudiziale indicata in motivazione;
- b) dispone la trasmissione, a cura della Segreteria, alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea della presente ordinanza e di copia degli atti indicati in motivazione, nonché di ogni ulteriore atto eventualmente richiesto, in futuro, dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea;
- c) sospende il presente giudizio fino alla notificazione a questo TAR, da parte della Cancelleria della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, della decisione emessa dalla suddetta Corte.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 gennaio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Roberta Ravasio, Consigliere, Estensore

Lucia Maria Brancatelli, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Roberta Ravasio

IL PRESIDENTE
Carmine Volpe

IL SEGRETARIO