

La nozione ampia di operatore economico ed il principio del risultato, alla luce del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36

di Marco Natoli

Data di pubblicazione: 9-5-2023

Anche dal diritto comunitario si evince poi la neutralità delle forme giuridiche assunte dagli operatori economici concorrenti alle procedure di affidamento di pubblici appalti.

In tal senso, il considerando 14 della Direttiva 2014/24/UE precisa che “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”.

La stessa Direttiva, all’art. 19, comma 1, stabilisce che “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”.

Conformemente alle norme richiamate, la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea ha delineato “un’ampia nozione di “operatore economico” idonea a ricomprendere qualunque persona e/o ente attivo sul mercato «a prescindere dalla forma giuridica nel quadro della quale ha scelto di operare», precisando che qualora un ente sia abilitato in forza del diritto nazionale a offrire 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» (considerando 14 della direttiva n. 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici), esso non può vedersi negato il diritto di partecipare a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico avente ad oggetto la prestazione delle stesse prestazioni, e ciò anche quando tale preclusione sia determinata da specifiche presunzioni discendenti dalla sua forma giuridica, quale quella di ente senza scopo di lucro (in tal senso, di recente, Corte di Giustizia U.E., sezione X, 11 giugno 2020, nella causa C-219/19, con riguardo al diritto di una fondazione di diritto privato - costituita ai sensi dell’art. 14 del Codice civile - di partecipare alle gare per l’affidamento di servizi di architettura e ingegneria)

In conclusione, l’interpretazione accolta nella sentenza appellata non considera né che il vincolo formale di costituzione dalla stessa ravvisato non può trovare applicazione a tutti gli

operatori economici contemplati dalla clausola dell'Avviso (quali le imprese individuali e, per quanto qui rileva, le associazioni senza scopo di lucro) né che la clausola in questione contempla anche operatori privi di autonomia patrimoniale perfetta (non potendo perciò ritenersi, come affermato dal primo giudice, neppure ragionevolmente volta a selezionare per tale via solo operatori in grado di assicurare adeguata affidabilità economica e finanziaria).

In passato l'autorità amministrativa agiva sempre con atti di imperio.

La p.a. non abbandonava la posizione di privilegio, al fine di intraprendere una fase interlocutoria di dialogo e colloquio con il soggetto privato.

Quest'ultimo solo nell'eventuale momento processuale poteva cercare di difendere le proprie ragioni, ma sempre nell'incertezza del raggiungimento di un positivo risultato.

Successivamente, quando la parte pubblica ha iniziato ad abbandonare le proprie pretese avviando, come ricordato, un dialogo con l'operatore economico, il rapporto tra istituzione ed il menzionato soggetto privato si è modificato.

Tale cambiamento è stato favorito dalle riforme introdotte, *in primis*, dalla legge 7 agosto 1990, n. 241 (*Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*).

Alla luce dei vari interventi legislativi che si sono succeduti nel tempo il richiamato atteggiamento preclusivo del soggetto pubblico ha iniziato a scemare.

In tale contesto l'amministrazione, operando "per consenso", ha iniziato ad assumere un fondamentale ruolo; la stessa non ha più agito per atti, ma ha cercato di raggiungere, unitamente al soggetto privato, lo specifico obiettivo; in concreto, il conseguimento dell'interesse pubblico per la p.a. e l'ottenimento del bene della vita a favore della parte privata.

Tale atteggiamento collaborativo si è tradotto nel superamento della menzionata rigida formalità, seguita pedissequamente in passato, a favore di una funzione prettamente sostanzialistica.

I principi sopra rammentati si raccordano con quelli innovativi del *risultato* (articolo 1) e della *fiducia* (articolo 2), previsti dal recente decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 (Codice dei contratti pubblici, in attuazione dell'art. 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici).

Tale plesso normativo trova concreta manifestazione nel sopra indicato clima di confronto e di scambio di informazioni che si realizza anche a favore degli aderenti alla selezione di gara.

L'intervento del Supremo consesso di giustizia amministrativa riveste particolare importanza in quanto la pronuncia in esame accoglie una nozione *ampia* di operatore economico.

L'approccio del giudice nazionale si allinea perfettamente alla visione europeista, sottolineando l'importanza, pertanto, di una nozione prettamente funzionale e concreta.

In particolare la Sezione richiama il considerando 14 della Direttiva 26 febbraio 2014, n. 2014/24/UE (Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE).

Il citato considerando, nell'elencare le varie tipologie di soggetti che possono essere ricompresi nella nozione di operatore economico, puntualizza come tale figura debba essere interpretata in senso *ampio*.

Peraltro la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha accolto in pieno quanto descritto nel preambolo europeo.

Nello specifico i giudici hanno definito come operatore economico quello che, indipendentemente dalla forma giuridica rivestita, risulta essere persona e/o ente attivo sul mercato.

Di conseguenza il Collegio nazionale, nell'evidenziare recenti pronunce, afferma che, innanzi a differenti interpretazioni di una clausola del bando di gara, deve essere accolto quell'indirizzo che aderisce al principio del *favor participationis*.

Infatti, secondo tale criterio, deve essere garantita la permanenza in gara del massimo dei soggetti privati, in possesso, naturalmente, dei prescritti requisiti; tutto ciò in considerazione del più ampio confronto concorrenziale finalizzato alla realizzazione dell'interesse pubblico.

In definitiva la Sezione, sulla base delle argomentazioni sopra riportate, dichiara che se per gli enti in argomento non sono stati imposti particolari forme per la loro costituzione, tale principio deve estendersi anche nella presenza delle medesime associazioni alla procedura di gara.

Peraltro i magistrati ricordano che, con il prescrivere un requisito formale di costituzione, verrebbe imposta una rilevante clausola di esclusione, non essendo quest'ultima prevista dalla legge e, di conseguenza, palesemente illegittima.

Quindi la pronuncia in esame esalta quel *principio del risultato*, al centro del richiamato d.lgs. 36/2023, che deve caratterizzare sempre più frequentemente il settore degli appalti, alla luce degli importanti traguardi previsti nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza.

LEGGI LA SENTENZA

Pubblicato il 15/03/2023

N. 02734/2023REG.PROV.COLL.

N. 09104/2021 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 9104 del 2021, proposto dalla Associazione Culturale Retròbottega, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Cesare Righetti, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

l'Associazione Culturale "Non Ho L'Età", in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Gianluca Ghirigatto, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Stefano Gattamelata in Roma, via di Monte Fiore n.22;
Comune di Verona, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) n. 01132/2021, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Associazione Culturale "Non Ho L'Età";

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 ottobre 2022 il consigliere Angela Rotondano e preso atto delle richieste di passaggio in decisione, senza preventiva discussione, depositate in atti da parte degli avvocati Righetti e Ghirigatto;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. L'Associazione Culturale Retròbottega ha proposto appello avverso la sentenza in epigrafe del Tribunale amministrativo per il Veneto che, in accoglimento del ricorso della seconda classificata, l'associazione culturale "Non Ho l'Età", ha annullato il provvedimento n. 3227 del 2 settembre 2020 con cui il Comune di Verona ha affidato alla odierna appellante, all'esito di procedura selettiva indetta mediante Avviso pubblico, la gestione, a decorrere dall'edizione del mese di ottobre 2020, del Mercato dell'Antiquariato e del Collezionismo che si svolge nel quartiere di San Zeno ogni prima domenica del mese, per il triennio 2020-2023, nonché tutti gli atti connessi.

2. In particolare, la sentenza di primo grado, dopo aver inquadrato la fattispecie nell'alveo della concessione di servizi stante l'assunzione del rischio operativo da parte del concessionario e aver respinto l'eccezione preliminare di irricevibilità del gravame sollevata dalla difesa della controinteressata, ha accolto il ricorso nel merito, ritenendo fondato il terzo motivo di censura con cui si era lamentata l'illegittimità dell'impugnata aggiudicazione per *"violazione dei punti II e III della lex specialis"* in quanto la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa perché priva di un requisito di partecipazione essendo costituita in forma di associazione non riconosciuta e non *"con atto pubblico o scrittura privata autenticata"*, come sarebbe prescritto dalla *lex specialis* (al punto 2 dell'avviso pubblico).

2.1. La sentenza ha invece disatteso i primi due motivi di impugnazione, ritenendo nello specifico infondato il primo (con cui si assumeva violato il divieto di commistione fra criteri soggettivi di ammissione alla gara e criteri oggettivi afferenti alla valutazione dell'offerta) e dichiarando manifestamente inammissibile il secondo in quanto *"volto a censurare aspetti meritali della valutazione operata dalla commissione di gara sui requisiti curricolari"* (che, in quanto riconducibili alla qualità dell'esperienza degli operatori, dovevano, a suo avviso, comunque essere tenuti distinti dal particolare oggetto del primo criterio, strettamente circoscritto al contenuto e al numero delle manifestazioni, anche similari, gestite dagli operatori concorrenti), mentre ha assorbito i restanti motivi di ricorso (quarto, quinto e sesto), con cui si mirava ad ottenere la sola ripetizione della procedura emendata dai vizi dedotti, prescindendo dal loro esame.

3. L'appello avverso la sentenza è stato affidato ad un unico articolato motivo con cui si è lamentato: *"Erroneità e ingiustizia della statuizione di accoglimento del terzo motivo di ricorso, per errata interpretazione e applicazione della lex specialis; per violazione degli artt. 45 e 83, comma 8, del D.Lgs. n. 50/2016; per violazione dei principi comunitari in materia di neutralità delle forme giuridiche degli operatori economici, in particolare degli enti senza scopo di lucro, partecipanti alle procedure di affidamento di appalti e concessioni pubblici. Violazione del principio di necessaria univocità delle clausole escludenti"*.

3.1. L'appellante ha altresì evidenziato di aver nel frattempo, il 18 gennaio 2021, provveduto all'approvazione del proprio statuto con atto pubblico, mentre il Comune di Verona, in dichiarata esecuzione della sentenza, con determina n. 4641 del 14 ottobre 2021 del Settore Commercio e Attività Produttive ha disposto di affidare all'originaria ricorrente, a partire dalla successiva edizione, la gestione del Mercato (gestito dalla stessa associazione appellante nei precedenti otto anni).

3.2. Si è costituita l'associazione ricorrente in primo grado, la quale, oltre a insistere per il rigetto dell'appello, ha riproposto ai sensi dell'art. 101, comma 2, cod. proc. amm. i motivi di ricorso non esaminati in primo grado.

3.3. Non si è invece costituita, sebbene ritualmente evocata, l'Amministrazione comunale.

3.4. Con ordinanza n. 6312 del 26 novembre 2021 l'istanza cautelare incidentalmente formulata dall'appellante è stata accolta ravvisandosi tanto il *fumus boni iuris* dei motivi di appello quanto il *periculum in mora* (ai fini del mantenimento della *res adhuc integra* nelle more della decisione di merito).

3.5. Con ordinanza n. 6762/2021 è stata respinta l'istanza di revocazione dell'ordinanza cautelare sopra indicata proposta dall'Associazione culturale appellata.

3.6. All'udienza del 13 ottobre 2022, la causa è passata in decisione.

DIRITTO

4. Con la sentenza appellata il Tribunale amministrativo per il Veneto ha accolto il terzo motivo del ricorso della seconda classificata nella procedura selettiva indetta per l'affidamento della gestione triennale del Mercato dell'Antiquariato e del Collezionismo nel quartiere di San Zeno del comune di Verona, ritenendo l'Associazione culturale affidataria meritevole di esclusione in quanto priva, alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte, di un requisito di partecipazione previsto dalla *lex specialis* per essere costituita con semplice scrittura privata e non con atto pubblico o scrittura privata autenticata.

4.1. Secondo il Tribunale, a nulla varrebbe, in senso contrario, la registrazione dell'Associazione presso l'Agenzia delle Entrate, da considerare finalizzata al mero acquisto della soggettività tributaria, né potrebbe ritenersi irragionevole o abnorme la richiesta da parte della legge di gara di tale requisito di forma, ben potendo l'Amministrazione limitare la scelta a quei soli operatori che, in quanto costituiti con atto pubblico o con scrittura privata autenticata, ed essendo perciò dotati di personalità giuridica nonché di autonomia patrimoniale perfetta, *"risultino provvisti di adeguata affidabilità economica e di un apparato organizzativo maggiormente capace di rispondere ai compiti assunti con l'affidamento del servizio"*.

5. L'associazione appellante contesta l'interpretazione fornita dal primo giudice sotto molteplici profili, tra l'altro evidenziando che essa sarebbe confutata proprio sul piano concreto dell'esperienza pregressa, dato che, all'esito della selezione svoltasi nel 2013, pur in presenza di identica clausola, il Comune di Verona aveva affidato la gestione del Mercato

del quartiere di San Zeno alla medesima Associazione appellante, che, sebbene non costituita con atto pubblico o scrittura privata autenticata, ha regolarmente eseguito il servizio, con piena soddisfazione dell'amministrazione, per la durata di otto anni.

6. L'appello è fondato.

7. Devono anzitutto richiamarsi le previsioni dell'Avviso pubblico, di interesse ai fini della decisione, di cui al punto 2 (*"Requisiti di partecipazione"*), secondo cui:

"Potranno partecipare alla selezione unicamente i soggetti esterni all'Ente, regolarmente costituiti con atto pubblico o scrittura privata autenticata, che abbiano tra le loro finalità:

per le Associazioni:

- *l'organizzazione e la gestione, senza scopo di lucro, di mercati dell'antiquariato od eventi e attività similari;*

per Cooperative e Consorzi:

- *lo svolgimento di attività di commercio su aree pubbliche;*

per le Imprese, sia individuali che in forma societaria:

- *l'organizzazione e gestione di mercati dell'antiquariato o di eventi e attività similari.*

Per gli organi associativi tali finalità devono essere contenute nell'atto costitutivo e nello statuto che, ai fini della verifica, devono essere allegati in copia all'istanza".

7.1. Tanto premesso, va condivisa, ad avviso del Collegio, la tesi dell'appellante secondo la quale la clausola in questione, laddove definisce i requisiti di partecipazione, è incentrata sul tipo di finalità che i soggetti ammessi alla partecipazione devono perseguire, anziché sulla forma della loro costituzione.

7.2. Molteplici argomenti- di tipo testuale, sistematico e teleologico- depongono per la correttezza di una siffatta interpretazione.

7.3. In primo luogo, non può ritenersi che l'Avviso pubblico abbia ammesso alla selezione solo operatori costituiti con atto pubblico o scrittura privata autenticata.

7.3.1. Infatti, la clausola, già per come costruita, mira a predeterminare le finalità statutarie richieste agli operatori come requisito di qualificazione: per un verso, essa si incentra su tale specifico aspetto, precisando (all'ultimo capoverso) che *"Per gli organi associativi tali finalità devono essere contenute nell'atto costitutivo e nello statuto che, ai fini della verifica, devono essere allegati in copia all'istanza"*; per altro verso, il riferimento, sempre in essa contenuto, alla regolare costituzione *"con atto pubblico o scrittura privata autenticata"* non è applicabile a tutti i soggetti dalla stessa singolarmente elencati (cioè associazioni, cooperative e consorzi,

imprese, sia individuali che in forma societaria), ai quali è invece sempre applicabile la previsione riferita al tipo di finalità statutariamente perseguita (*“che abbiano tra le loro finalità ...”*).

7.3.2. Ad esempio, se per la costituzione delle imprese individuali, pure ammesse alla procedura di selezione, è richiesta solo l'apertura di un numero di partita IVA, viceversa anche per tali soggetti giuridici ai fini della partecipazione alla procedura rileva il requisito relativo alle attività perseguite (*“organizzazione e gestione di mercati dell'antiquariato o di eventi e attività similari”*).

7.4. Analogo ragionamento deve operarsi per le associazioni senza scopo di lucro come l'appellante.

Infatti, anche per queste ultime la forma di costituzione mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata non può essere intesa come requisito di partecipazione alla gara, essendo anche per le dette associazioni la clausola dell'avviso incentrata sulla finalità perseguita dai soggetti riconducibili a tale categoria, ovvero *“l'organizzazione e la gestione, senza scopo di lucro, di mercati od eventi e attività similari”*, sì da dare preminente rilievo allo svolgimento di specifiche attività in determinati ambiti e settori (la gestione dei mercati, di eventi ed attività similari) nei quali le associazioni senza scopo di lucro sono legittimate per legge ad operare anche se prive di personalità giuridica.

7.4.1. Ciò è comprovato dal fatto che anche le associazioni ONLUS, destinatarie di un trattamento fiscale agevolato, possono operare, fra l'altro, nelle attività di *“promozione della cultura e dell'arte”* e in quelle connesse, rivestendo la forma di ente *“con o senza personalità giuridica”* il cui statuto o atto costitutivo sia redatto *“nella forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata o registrata”* (art. 10, comma 1, del D. Lgs. n. 460/1997): l'adempimento della registrazione è dunque considerato dalla legge, per tale categoria di soggetti giuridici, formalità equipollente e alternativa alla costituzione con atto pubblico o scrittura privata autenticata onde operare in quello specifico settore di mercato.

7.4.2. Pertanto, se il legislatore non ha imposto alle associazioni senza scopo di lucro particolari formalità di costituzione ai fini della loro legittimazione ad operare sul mercato, non può ritenersi che tali particolari formalità siano state qui prescritte, per i medesimi soggetti, dal bando ai fini della partecipazione alla gara.

Anche per tale ragione, deve quindi ritenersi che siano ammesse a partecipare alla procedura in questione le associazioni non riconosciute, con la differenza che in tal caso il patrimonio dell'associazione risponde in solido con quello delle persone che hanno agito in nome e per conto dell'associazione (laddove le associazioni riconosciute rispondono delle obbligazioni solo con il proprio patrimonio).

7.5. In secondo luogo, una siffatta limitazione nel senso prospettato dalla sentenza appellata non troverebbe una ragionevole spiegazione neppure nella esigenza dell'amministrazione di selezionare, attraverso tale vincolo formale di costituzione, soggetti affidabili sotto il profilo della capacità economica e finanziaria perché dotati di autonomia patrimoniale e di un

apparato organizzativo adeguato al servizio da affidare. Infatti, come bene osserva l'appellante, le imprese individuali sono elencate tra i soggetti espressamente ammessi alla presente selezione, eppure sono prive, a prescindere dalla forma della loro costituzione, di autonomia patrimoniale perfetta (l'imprenditore è sempre l'unico responsabile, con il proprio patrimonio, dell'attività imprenditoriale, assumendo interamente il rischio di impresa).

7.5.1. Anche sotto altro concorrente profilo non può poi ritenersi che soltanto l'autonomia patrimoniale perfetta sia idonea a garantire l'affidabilità economica del concorrente, sì da essere stata ragionevolmente prescelta dalla stazione appaltante quale legittimo criterio di selezione degli operatori partecipanti al confronto concorrenziale, in quanto tali aspetti sono già adeguatamente garantiti dalle ulteriori previsioni della *lex specialis* che richiedevano all'aggiudicatario di prestare sia una polizza fideiussoria bancaria/assicurativa o un deposito cauzionale di euro 10.000,00 che un'adeguata copertura assicurativa R.C.T. in corso di validità.

In definitiva, anche sotto tale profilo, deve escludersi che la forma giuridica dell'operatore economico costituisca per le associazioni senza scopo di lucro condizione di abilitazione ad operare nel settore oggetto dell'affidamento di cui si discute e, quindi, requisito di partecipazione alla gara.

7.6. In terzo luogo, l'interpretazione fatta propria dalla sentenza determinerebbe la nullità della clausola in questione ai sensi dell'art. 83, comma 8, del D. Lgs. n. 50/2016 secondo cui *"I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle"*, configurando una clausola escludente nuova rispetto a quella prevista dal Codice dei contratti pubblici e dalle norme vigenti.

7.6.1. Infatti, l'art. 45 del D. Lgs. n. 50/2016, nell'enucleare i soggetti ammessi a partecipare alle procedure di affidamento di contratti pubblici, non fa menzione né della forma della loro costituzione, né del loro regime patrimoniale.

In particolare, la norma citata prevede che *"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"*.

7.7. Anche dal diritto comunitario si evince poi la neutralità delle forme giuridiche assunte dagli operatori economici concorrenti alle procedure di affidamento di pubblici appalti.

In tal senso, il considerando 14 della Direttiva 2014/24/UE precisa che *"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”.

La stessa Direttiva, all'art. 19, comma 1, stabilisce che *“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”.*

Conformemente alle norme richiamate, la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha delineato *“un’ampia nozione di “operatore economico” idonea a ricomprendere qualunque persona e/o ente attivo sul mercato «a prescindere dalla forma giuridica nel quadro della quale ha scelto di operare», precisando che qualora un ente sia abilitato in forza del diritto nazionale a offrire 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» (considerando 14 della direttiva n. 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici), esso non può vedersi negato il diritto di partecipare a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico avente ad oggetto la prestazione delle stesse prestazioni, e ciò anche quando tale preclusione sia determinata da specifiche presunzioni discendenti dalla sua forma giuridica, quale quella di ente senza scopo di lucro (in tal senso, di recente, Corte di Giustizia U.E., sezione X, 11 giugno 2020, nella causa C-219/19, con riguardo al diritto di una fondazione di diritto privato - costituita ai sensi dell’art. 14 del Codice civile - di partecipare alle gare per l’affidamento di servizi di architettura e ingegneria)” (Cons. Stato, sez. V, 22 febbraio 2021, n. 1515; in termini si veda anche Corte di Giustizia UE, sentenza dell’11 giugno 2020, laddove, ribadito che “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”, è stato tuttavia anche chiarito che “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.”).*

7.8. Da quanto finora detto consegue che, se interpretata nel senso prospettato dalla sentenza di primo grado, la clausola di cui al punto 2 dell’Avviso pubblico avrebbe dovuto essere dichiarata nulla per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione e, in ogni caso, disapplicata, ad opera sia dell’amministrazione che del giudice, per contrasto con il diritto comunitario che contempla sia la neutralità delle forme giuridiche assunte dagli operatori economici concorrenti alle procedure di affidamento di pubblici appalti, sia l’applicazione in senso ampio della nozione di operatore economico, in modo da ricomprendervi 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 con cui ha scelto di operare (e, quindi, indipendentemente dal fatto che sia o meno persona giuridica).

In base a tali principi, la stazione appaltante non può negare ad un operatore economico mediante le previsioni della *lex specialis* di partecipare a una procedura di aggiudicazione perché sprovvisto di un requisito legato alla forma giuridica di costituzione, se quel medesimo operatore in forza del diritto nazionale è abilitato a svolgere e offrire sul mercato il servizio messo a gara, senza vincoli di forma giuridica.

7.9. In conclusione, l'interpretazione accolta nella sentenza appellata non considera né che il vincolo formale di costituzione dalla stessa ravvisato non può trovare applicazione a tutti gli operatori economici contemplati dalla clausola dell'Avviso (quali le imprese individuali e, per quanto qui rileva, le associazioni senza scopo di lucro) né che la clausola in questione contempla anche operatori privi di autonomia patrimoniale perfetta (non potendo perciò ritenersi, come affermato dal primo giudice, neppure ragionevolmente volta a selezionare per tale via solo operatori in grado di assicurare adeguata affidabilità economica e finanziaria).

Inoltre, una siffatta interpretazione confligge sia con la disciplina normativa delle associazioni ONLUS le quali possono operare nelle attività di "*promozione della cultura e dell'arte*" in forma di ente "*con o senza personalità giuridica*" (art. 10, comma 1, del D. Lgs. n. 460/1997) che con le previsioni del Codice dei Contratti pubblici (artt. 83, comma 8 e 45 del D.Lgs. n. 50/2016) perché, prescrivendo un requisito formale di costituzione nel senso prospettato, configurerebbe una ulteriore clausola di esclusione non prevista dalla legge, impedendo di partecipare alla gara a soggetti ai quali il legislatore non impone particolari limitazioni legate alla propria forma giuridica ai fini della costituzione e della legittimazione ad operare in quel determinato segmento di mercato (*id est*: "*l'organizzazione e la gestione, senza scopo di lucro, di mercati dell'antiquariato od eventi e attività similari*").

7.9.1. Diversamente opinando, e cioè rendendo cogenti per i soggetti aventi quelle determinate finalità, mediante le previsioni della *lex specialis*, particolari forme o adempimenti pubblicitari ai fini della loro costituzione, invece espressamente esclusi dalla legge, si impedirebbe ai medesimi soggetti, in violazione ai principi di massima partecipazione alle gare pubbliche e di libera concorrenza, di concorrere ad una procedura per l'affidamento di un servizio che gli stessi sono autorizzati dal legislatore ad offrire sul mercato (cfr. Corte Gius. UE sentenza dell'11 giugno 2020, cit.).

7.9.2. Per le ragioni sin qui esposte, deve ritenersi che la clausola dell'Avviso pubblico in parola debba essere correttamente interpretata nel senso che essa non prescrive come requisito di partecipazione alla procedura selettiva, per le associazioni senza scopo di lucro, la costituzione formale con atto pubblico o scrittura autenticata, che la legge non richiede ai fini della legittimazione ad operare di tali associazioni: e ciò anche in conformità al consolidato principio giurisprudenziale secondo cui, a fronte di più possibili interpretazioni di una clausola della *lex specialis* di gara, deve aderirsi all'opzione esegetica che consenta la permanenza in gara dell'operatore economico e non ne determini l'esclusione, favorendo l'ammissione del più elevato numero di concorrenti, in ossequio al principio del *favor participationis* e nell'interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale (*ex multis* Cons. Stato, sez. IV,

28 aprile 2021, n. 3418; Cons. Stato, sez. III, 9 dicembre 2020, n. 7747; sez. V, 17 luglio 2020, n. 4599; sez. V, 9 marzo 2020, n. 1669).

7.9.3. Pertanto, acclarato che, per le sopra esposte considerazioni, la forma giuridica di costituzione dell'operatore economico (con atto pubblico o scrittura privata autenticata) non era dunque annoverabile tra i criteri di selezione di tipo economico-finanziario di cui all'art. 83, comma 1, D.Lgs. n. 50/2016, sotto altro concorrente profilo giova anche evidenziare che l'obbligo di costituzione formale ravvisato dalla sentenza di prime cure non era neppure esternato chiaramente e in modo univoco dalla legge di gara, non potendo perciò la sua violazione condurre alla esclusione della concorrente (cfr. sul punto, Corte di Giustizia, Sez. VI, 2 giugno 2016, C27/2015).

Infatti, nella specie difetta, con riguardo alla prescrizione relativa alla forma di costituzione con atto pubblico o scrittura autenticata, l'elemento di univocità che costituisce condizione della sanzione espulsiva, sia perché sono stati espressamente ammessi alla selezione anche soggetti per i quali non è neppure predicabile la distinzione tra costituzione con scrittura privata o con atto pubblico (ad esempio, le imprese individuali), sia perché, sotto il profilo teleologico, la clausola enfatizza, quale elemento di sicuro rilievo, le finalità perseguite statutariamente dai soggetti ammessi alla competizione piuttosto che la forma della loro costituzione.

7.9.4. Deve infine osservarsi, che per tutto quanto finora detto, la clausola dell'Avviso pubblico in questione, contrariamente a quanto eccepito dall'appellata, non doveva essere immediatamente impugnata da parte dell'Associazione odierna appellante in quanto, se correttamente interpretata, non impediva la partecipazione della stessa alla procedura di gara.

8. All'accoglimento dell'appello, consegue la necessità di esaminare gli ulteriori motivi di ricorso assorbiti in primo grado e riproposti in questa sede.

8.1. Al riguardo occorre anzitutto precisare che non sono state impugnite con appello incidentale le statuizioni di rigetto del primo e secondo motivo di gravame, sicché sulle stesse si è formato il giudicato.

8.2. Sono state invece riproposte dall'appellata ex art. 101, comma 2, cod. proc. amm. le censure demolitorie dell'intera gara, volte a ottenerne la rinnovazione, di cui al quarto, quinto e sesto motivo di ricorso, non esaminate dalla sentenza e rispettivamente deducibili: la violazione del divieto di commistione offerta tecnica- offerta economica ad opera della *lex specialis*; l'introduzione di nuovi parametri di valutazione da parte della Commissione; la commistione tra requisiti di partecipazione e requisiti di qualificazione.

8.3. Esse sono infondate.

8.4. Anzitutto, sono infondate le censure (articolate con il quarto motivo di ricorso) con cui l'Associazione appellante ha lamentato che la *lex specialis* avrebbe violato il divieto di commistione fra offerta tecnica ed offerta economica, potendo perciò prescindere dall'esame dell'eccezione di inammissibilità per difetto di immediata tempestiva impugnazione delle clausole dell'avviso pubblico (siccome lesive dell'interesse sostanziale del concorrente a una

competizione secondo meritocratiche opzioni di qualità oltre che di prezzo: in termini Cons. Stato, sez. III, 2.5.2017, n. 2014), qui riproposta dall'appellante Retrobottega.

La legge di gara non contemplava in effetti un'offerta economica in senso proprio e quello indicato dai concorrenti non era infatti un importo da corrispondere al concedente Comune di Verona a titolo di corrispettivo, ma soltanto la quantificazione dell'importo da richiedere agli espositori a titolo di mero rimborso delle spese di partecipazione al mercato, nell'ambito delle quali le spese da versare al Comune (ad esempio, la quota canone occupazione spazi pubblici) sono predefinite e quindi del tutto slegate e indipendenti dall'importo economico offerto dall'affidatario.

Pertanto, non è pertinente il richiamo al principio di separazione fra offerta tecnica ed economica che, comunque, può costituire un *vulnus* alla legittimità della procedura di gara solo in ipotesi di effettiva conoscenza dell'offerta economica (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 4342/2019), secondo una indagine da condurre in concreto, in riferimento alla funzione cui il principio è preordinato, e alla luce anche dei principi di proporzionalità ed economicità dell'azione amministrativa (cfr. Cons. Stato, sez. III, 3 aprile 2017, n. 1530, idem sez. III, 24 settembre 2018, n. 5499; sez. V, 12 novembre 2015, n. 5181), mentre, nel caso di specie, l'Associazione ricorrente in primo grado non ha allegato alcuna prova, neppure a livello indiziario, in ordine alla concreta esistenza di una violazione della segretezza delle offerte economiche *sub specie* di anticipata presa di conoscenza dei loro contenuti da parte della Commissione, sì da far quanto meno sospettare che ne sia risultato influenzato il giudizio e falsato l'esito ai danni della ricorrente.

Al contrario, non emerge dagli atti di gara alcuna prova concreta di un siffatto condizionamento.

8.5. Sono parimenti infondate le censure (di cui al quinto motivo del ricorso di primo grado), con cui si contesta l'introduzione da parte della commissione giudicatrice, in corso di espletamento della selezione, di *"nuovi parametri di punteggio"*, anche a ragione della *"estrema genericità dei criteri di aggiudicazione di cui al punto VI dell'Avviso"*.

Come correttamente argomenta parte appellante, quelli in questione non sono nuovi criteri di valutazione, ma solo sub-criteri motivazionali, intesi a specificare il metodo di valutazione dei criteri prefissati nell'Avviso pubblico, al fine di rendere più trasparente, a maggior garanzia dei concorrenti, l'operato della Commissione, che infatti avrebbe ben potuto procedere all'attribuzione dei medesimi punteggi anche senza previamente specificare tali sub-criteri.

Pertanto, non è fondata la critica secondo cui in sede di fissazione di tali sub-criteri avrebbero potuto verificarsi condizionamenti, tanto non potendo desumersi dal mero confronto tra i sub-criteri specificati dalla commissione ed altri ipotizzati dalla ricorrente di primo grado, considerando anche che la commissione ha proceduto a tale specificazione *"prima dell'esame delle proposte"* (pag. 1 e 2 del verbale della seduta del 24 agosto 2020).

In conclusione, non vi è stato concreto pericolo per la *par condicio*, trattandosi di precisazioni volte a rendere più trasparente l'operato della Commissione giudicatrice nei cui poteri tecnico

discrezionali rientra anche quello di specificare, con parametri di giudizio, i criteri di valutazione delle offerte fissati dalla *lex specialis*, purché questi siano adeguati e tali da rendere comunque comprensibile l'iter logico a cui si sarebbe conformata la commissione di gara nell'attribuzione dei punteggi, e non si rilevino di per sé a tal punto evanescenti da assegnare alla commissione di gara un'eccessiva libertà di giudizio ai limiti dell'arbitrio (Cons. Stato, sez. III, 6.7.2020, n. 4347, idem sez. V, 24.7.2019, n. 5234; sez. V, 5.4.2019, n. 2242); né la legge di gara è viziata da genericità per aver adottato criteri valutativi che accordino, nei limiti anzidetti e qui in concreto non travalicati, un ragionevole margine di discrezionalità alla Commissione nella loro specificazione.

Infatti, nelle gare pubbliche, i criteri di valutazione possono anche risultare da una lettura integrata degli atti di gara, essere correlati, al fine di una loro più puntuale individuazione, alla minuziosa descrizione delle prestazioni oggetto del servizio e delle relative specifiche tecniche e infine anche contenere previsioni di massima, pur idonee a introdurre specifici limiti alla sfera di discrezionalità valutativa della commissione nell'ambito del giudizio di merito ad essa spettante.

8.6. Infine, vanno respinte le censure, dedotte con il sesto motivo del ricorso di primo grado, con cui si è lamentata la commistione fra requisiti di partecipazione e criteri di qualificazione.

8.7. Tali censure sono anzitutto inammissibili, tenuto conto che per il criterio di cui si tratta (valutazione dei *curricula*) l'Associazione originaria ricorrente ha ottenuto un punteggio maggiore (7 punti) rispetto all'odierna appellante (6 punti).

8.8. Tali censure sono poi anche infondate poiché ben possono determinati requisiti esperenziali, per come prospettati nella legge di gara (nel caso di specie "*l'esperienza nella gestione di mercati dell'antiquariato*" che, secondo l'associazione appellata, sarebbe richiesta come requisito di partecipazione e, al contempo, valutata come criterio di aggiudicazione), rilevare quali specifiche attitudini e con riferimento alle capacità organizzative dell'operatore economico, ovvero, in definitiva, per l'esecuzione del servizio (e le relative modalità).

Infatti, l'art. 95, comma 6, D. Lgs. 50/2016 include tra i possibili criteri selettivi "*l'organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto*", per cui anche la valutazione di determinate caratteristiche soggettive del concorrente, se, come nella fattispecie, concernenti la specifica attitudine del concorrente, può concorrere alla selezione dell'offerta, consentendo di apprezzarne la qualità tecnica, in quanto suscettibile di condizionare sul piano qualitativo l'esecuzione del servizio.

In altri termini, anche profili di carattere soggettivo possono essere oggetto di valutazione dell'offerta, se e nei limiti in cui consentano di apprezzarne meglio il contenuto e l'affidabilità ovvero di valorizzarne particolari caratteristiche, incidendo in maniera diretta sulla qualità della prestazione, non sussistendo pertanto una assoluta, invalicabile, incomunicabilità tra requisiti soggettivi di pre-qualificazione ed elementi oggettivi di valutazione (Cons. Stato, sez. III, 12.7.2018, n. 4283), nei termini prospettati dall'associazione appellata.

8.9. Nel caso specifico è indubbio che l'esperienza maturata in materia di organizzazione e

gestione di mercati dell'antiquariato poteva essere, dunque, apprezzata quale parametro di valutazione dell'offerta siccome garanzia di qualità nella futura esecuzione del servizio.

9. In conclusione, l'appello deve essere accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere respinto il ricorso di primo grado avverso i provvedimenti impugnati.

Vanno invece rigettati in quanto infondati i motivi di ricorso assorbiti dalla sentenza e riproposti in questa sede dall'originaria ricorrente ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm.

10. Le spese possono essere compensate in ragione della particolarità delle questioni trattate.

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 appellata, respinge il ricorso di primo grado e i motivi riproposti dall'Associazione Culturale "Non Ho L'Età" ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm..

Compensa tra le parti costituite le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 ottobre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

Giovanni Grasso, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere