

Le novità introdotte dalla legge europea per i servizi di ingegneria e architettura

Le modifiche all'art. 31, comma 8, e all'art. 46, commi 1 e 2, del Codice dei contratti pubblici

di **Beatrice Armeli**

“ Come noto, la c.d. “legge europea” rappresenta uno strumento di adeguamento della disciplina nazionale all’ordinamento euro-unitario, avendo il preciso scopo di porre rimedio ai casi di non corretto recepimento della normativa dell’Unione da parte dello Stato, specie per le questioni già oggetto di procedure di infrazione o, comunque, affrontate nel diritto interno in modo difforme a quanto già vincolativamente definito a livello sovra-nazionale. ”

1. Inquadramento

La legge europea 2019-2020 – l. 23 dicembre 2021, n. 238 (che trova risalente origine nell’atto n. 2670, presentato dal Ministro per gli affari europei il 21 settembre 2020 – è stata pubblicata in Gazzetta Ufficiale, n. 12 lo scorso 17 gennaio) e reca appunto “Disposizioni per l’adempimento degli obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia all’Unione europea”.

È, in particolare, l’art. 10 la norma di riferimento in materia di contratti pubblici, posto che con essa vengono apportate una serie di importanti modifiche, al fine di adeguare la disciplina interna ai rilievi da ultimo posti dall’Unione Europea, *in primis* – ma non solo – con la procedura di infrazione n. 2018/2273.

La legge è in vigore dal 1° febbraio 2022 e, ai sensi del comma 5 del citato art. 10, tutte le modifiche in tema di appalti si applicheranno alle sole procedure indette successivamente alla predetta data, ossia “alle procedure i cui bandi o avvisi con i quali si indice una gara sono pubblicati successivamente alla data di entrata in

vigore della presente legge nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui, alla medesima data, non sono ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte o i preventivi”.

La presente trattazione ha ad oggetto proprio le prime due modificazioni apportate al Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, *sub art.* 31, comma 8, e art. 46, riguardando entrambe i servizi c.d. tecnici, attinenti all’ingegneria e all’architettura. Curioso peraltro notare come detti specifici interventi, invero, non siano stati indotti dalla procedura di infrazione summenzionata¹ e solo l’innovazione apportata all’art. 46 rappresenta un adeguamento della normativa nazionale alla giurisprudenza della Corte di giustizia UE (v. *infra*, § 3).

(1) Tanto infatti è dato evincere dal documento della Commissione europea 2018/2273 C(2019) 452 final del 24 gennaio 2019.

2. La modifica all'art. 31, comma 8, del Codice: l'affidamento dell'attività di consulenza specialistica nell'ambito del servizio di progettazione

Secondo la disposizione in parola, ove la stazione appaltante intenda affidare all'esterno incarichi di progettazione a supporto dell'attività del RUP, seguendo le procedure tassativamente previste, il soggetto affidatario non potrà avvalersi del subappalto, fatta eccezione per le indagini geologiche, geotecniche e sismiche, per sondaggi, rilievi, misurazioni e picchettazioni, per la predisposizione di elaborati specialistici e di dettaglio, nonché per la sola redazione grafica degli elaborati pro-

gettuali. In particolare, non può essere oggetto di subappalto la redazione della relazione geologica. In ogni caso, ovvero nelle limitate ipotesi in cui l'affidatario faccia ricorso al subappalto, resta ferma la responsabilità esclusiva del progettista.

Con la legge europea si aggiunge ora uno specifico periodo, ai sensi del quale *“il progettista può affidare a terzi attività di consulenza specialistica inerenti ai settori energetico, ambientale, acustico e ad altri settori non attinenti alle discipline dell'ingegneria e dell'architettura per i quali siano richieste apposite certificazioni o competenze, rimanendo ferma la responsabilità del progettista anche ai fini di tali attività”*.

D.lgs. 50/2016 vigente prima delle modifiche introdotte dalla legge europea	D.lgs. 50/2016 attualmente vigente dopo le modifiche introdotte dalla legge europea
Art. 31, comma 8	Art. 31, comma 8
Gli incarichi di progettazione, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, direzione dei lavori, direzione dell'esecuzione coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione, di collaudo, nonché gli incarichi che la stazione appaltante ritenga indispensabili a supporto dell'attività del responsabile unico del procedimento, vengono conferiti secondo le procedure di cui al presente codice e, in caso di importo inferiore alla soglia di 40.000 euro, possono essere affidati in via diretta, ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a). L'affidatario non può avvalersi del subappalto, fatta eccezione per indagini geologiche, geotecniche e sismiche, sondaggi, rilievi, misurazioni e picchettazioni, predisposizione di elaborati specialistici e di dettaglio, con esclusione delle relazioni geologiche, nonché per la sola redazione grafica degli elaborati progettuali. Resta, comunque, ferma la responsabilità esclusiva del progettista.	Gli incarichi di progettazione, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, direzione dei lavori, direzione dell'esecuzione coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione, di collaudo, nonché gli incarichi che la stazione appaltante ritenga indispensabili a supporto dell'attività del responsabile unico del procedimento, vengono conferiti secondo le procedure di cui al presente codice e, in caso di importo inferiore alla soglia di 40.000 euro, possono essere affidati in via diretta, ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a). L'affidatario non può avvalersi del subappalto, fatta eccezione per indagini geologiche, geotecniche e sismiche, sondaggi, rilievi, misurazioni e picchettazioni, predisposizione di elaborati specialistici e di dettaglio, con esclusione delle relazioni geologiche, nonché per la sola redazione grafica degli elaborati progettuali. Il progettista può affidare a terzi attività di consulenza specialistica inerenti ai settori energetico, ambientale, acustico e ad altri settori non attinenti alle discipline dell'ingegneria e dell'architettura per i quali siano richieste apposite certificazioni o competenze, rimanendo ferma la responsabilità del progettista anche ai fini di tali attività. Resta, comunque, ferma la responsabilità esclusiva del progettista.

Con l'intervento in esame, dunque, si è inteso ampliare l'ambito delle attività che, in relazione alla loro natura specialistica, il progettista incaricato, pur rimanendone responsabile, potrà a sua volta affidare a terzi.

2.1. Le attività di consulenza specialistica

Il legislatore circoscrive espressamente l'ambito entro il quale ricade la consulenza di ausilio alla progettazione affidabile a terzi da parte del progettista incaricato. Tutto ciò che resta escluso dal predetto ambito non è

a priori non consentito, ma semplicemente non riceve qui esplicita disciplina, trovando eventualmente la sua regolamentazione altrove (il riferimento è in particolare all'art. 105, comma 3, lett. a) e c-bis), del Codice, su cui v. *infra*; § 2.3), con l'unico punto fermo della responsabilità esclusiva del progettista, per principio generale. Anzitutto, dunque, la consulenza specialistica di ausilio alla progettazione, che il legislatore ha inteso considerare con l'innovazione apportata all'art. 31, comma 8, può attenersi a quattro tipologie di settori:

- 1) settore energetico;

- 2) settore ambientale;
- 3) settore acustico;
- 4) settori diversi dai precedenti che non attengano alle discipline dell'ingegneria e dell'architettura.

Quindi, **primo elemento caratterizzante l'attività di consulenza specialistica è il settore di attività in cui la stessa si esplica**, essendo quest'ultimo predefinito dalla legge.

Il **secondo elemento caratterizzante** l'attività di consulenza **si rispecchia** invece proprio **nel carattere specialistico della stessa**, per cui l'attività medesima consiste in prestazioni che richiedono necessariamente:

- a) apposite certificazioni;
- b) o, quantomeno, apposite competenze, ancorché non certificate.

I tratti distintivi dell'attività di consulenza specialistica di ausilio alla progettazione, contrassegnati peraltro da un certo grado di elasticità, appaiono di immediato intendimento. E proprio le maglie piuttosto larghe della loro identificazione dovrebbero permettere di far confluire, entro il perimetro della consulenza affidabile a terzi, un indefinito numero di prestazioni.

Da notarsi, inoltre, come tutte **le attività di consulenza specialistica**, così come sopra definite, **possono essere affidate a terzi dal progettista incaricato**. È dunque **rimessa all'autonomia decisionale di quest'ultimo la scelta di avvalersi della consulenza di terzi**. Scelta che sarà obbligata solo nell'ipotesi in cui il progettista medesimo – eventualmente anche all'interno della più complessa struttura di progettazione o del raggruppamento temporaneo di cui è parte – non sia dotato delle necessarie competenze e/o certificazioni.

2.2. Le attività di supporto alla progettazione e la consulenza di ausilio alla progettazione

La novità introdotta è piuttosto rilevante, considerato che la c.d. **"consulenza di ausilio alla progettazione di opere pubbliche"** non veniva prima contemplata, come confermano le Linee guida ANAC n. 1, che hanno giustificato la mancata previsione sulla base del principio in virtù del quale **"la responsabilità della progettazione deve potersi ricondurre ad un unico centro decisionale, ossia il progettista"** (v. § 5.1, p. 9), **ammettendosi invece solo le "attività di supporto alla progettazione", meramente strumentali alla progettazione stessa, tassativamente elencate dal legislatore quale unico**

possibile oggetto di subappalto nei servizi tecnici (indagini geologiche, geotecniche e sismiche, sondaggi, rilievi, misurazioni e picchettazioni, predisposizione di elaborati specialistici e di dettaglio, con l'esclusione delle relazioni geologiche, nonché la sola redazione grafica degli elaborati progettuali)².

A riguardo, peraltro, la Relazione AIR relativa alle Linee guida ANAC n. 1 precisa che l'attività di supporto alla progettazione non può essere considerata come servizio avulso dalla disciplina dell'art. 157 del Codice (il quale, *sub* comma 3 in particolare, fa divieto di affidare **"attività di progettazione [...] e attività di supporto per mezzo di contratti a tempo determinato o altre procedure diverse da quelle previste dal presente codice"**), posto che essa consta di una serie di attività (come la predisposizione di elaborati specialistici e di dettaglio, nonché la redazione grafica degli elaborati progettuali) che, per loro natura e secondo la prassi tecnica, costituiscono vera e propria attività di progetto (§ 5.5.1, p. 7). Discorso diverso, però, si deve fare oggi con riguardo, propriamente, all'attività di consulenza specialistica.

Nell'attesa che l'ANAC aggiorni le proprie Linee guida sul punto, può comunque rilevarsi come la legge europea, con la modifica additiva in oggetto, se da un lato apre alla possibilità di affidare – non in subappalto, ma con diverso apposito contratto (v. *infra*, § 2.3) – le attività di consulenza specialistica, dall'altro lato conferma il principio generale, per cui oggi si legge – con una certa ridondanza – **che sempre rimane ferma la responsabilità del progettista affidatario, in tutti i casi in cui quest'ultimo demandi ad altri specifiche**

(2) Già comunque l'AVCP, proprio in relazione all'affidamento di attività di supporto alla progettazione, con determina 27 luglio 2010, n. 5 (facendo propria la sua precedente deliberazione n. 76/2005, nonché richiamando la determinazione n. 3/2004), aveva precisato che **l'attività di supporto alla progettazione consiste in quegli apporti di contributi tecnici che presuppongono la conoscenza e la preventiva soluzione di un ventaglio di questioni attinenti a branche disparate delle conoscenze tecniche e scientifiche e che non si identificano soltanto con l'attività professionale propria dell'ingegnere o dell'architetto e si risolvono in mere indagini, ispezioni, ricognizioni, localizzazioni, non originali, di natura meramente materiale e ripetitiva che, tuttavia, proprio per la complessità insita nelle loro caratteristiche, richiedono spesso il ricorso a diversificate professionalità, per la cui acquisizione anche il progettista esterno può eventualmente ricorrere al subappalto.**

attività, siano esse: *a)* di supporto alla progettazione, mediante subappalto; *b)* o di consulenza specialistica, mediante contratto diverso.

Invero, la lettera della legge potrebbe dare àdito a dubbi, nella misura in cui parla di “*responsabilità esclusiva*” espressamente solo con riguardo al caso di subappalto delle attività di supporto alla progettazione. Mentre invece, con riguardo all’affidamento a terzi di attività di consulenza specialistica, in modo forse meno incisivo, si afferma semplicemente che resta “*ferma la responsabilità del progettista anche ai fini di tali attività*”, non precisandosi in sostanza il regime esclusivo o concorrente della responsabilità stessa. Se è vero che, per principio generale, la solidarietà passiva si presume (v. art. 1294 c.c.), è altresì vero che, laddove sussista un’obbligazione solidale, il Codice dei contratti pubblici la esplicita chiaramente (v. ad esempio: art. 105, comma 8, in tema di subappalto e art. 89, comma 5, in tema di avvalimento). Ad ogni modo, in tal caso, **il carattere esclusivo della responsabilità dovrebbe discendere dalla già menzionata necessità di ricondurre la progettazione “ad un unico centro decisionale, ossia il progettista”.** Necessità avvertita, oltre che per le attività di supporto, anche per le attività di consulenza. Certamente, il corretto inquadramento del contratto di consulenza di cui trattasi potrebbe agevolare la spiegazione. Cionondimeno, il legislatore non esplicita i tratti di quest’ultimo, né eventuali limiti, omettendo finanche di citare la – pur plausibile – disciplina dettata dall’art. 105, comma 3, del Codice per i casi di servizi che, per le loro specificità, “*non si configurano come attività affidate in subappalto*”. Anche qui, l’omesso richiamo potrebbe far sorgere il dubbio che **la consulenza specialistica possa divenire oggetto di subappalto.** Peraltro, la collocazione del nuovo periodo all’interno della norma potrebbe orientare in tal senso, ponendosi in sequenza immediata rispetto alle ipotesi (invero tassative) di attività di supporto alla progettazione subappaltabili. È sostanzialmente la genericità dell’espressione “*affidare a terzi*” a non convincere del tutto. Se si guarda comunque allo ‘storico’ della disposizione in commento, anche alla luce delle Linee guida ANAC n. 1, attribuendo peso preponderante all’*incipit* del secondo periodo (dopo il quale è inserito quello nuovo), **la regola generale parrebbe restare quella per la quale il progettista affidatario non può avvalersi di subappalto.** Le attività di consulenza specialistica

affidate a terzi non saranno dunque attività oggetto di subappalto, stante l’espresso divieto generale, derogabile solo nei casi esplicitamente menzionati ricadenti nell’elenco a numero chiuso. Piuttosto, **la fattispecie andrà a ricadere nell’ipotesi di cui all’art. 105, comma 3, lett. a) o anche eventualmente c-bis), del Codice, se ne ricorrono i relativi presupposti, diversamente rappresentando un *tertium genus*.**

2.3 L’affidamento a terzi di consulenza specialistica: (ri-)costruzione della disciplina applicabile

Anzitutto sembra utile riepilogare e precisare quanto segue.

- **Le attività di supporto alla progettazione** (identificate esclusivamente in: indagini geologiche, geotecniche e sismiche, sondaggi, rilievi, misurazioni e picchettazioni, predisposizione di elaborati specialistici e di dettaglio, redazione grafica degli elaborati progettuali) **possono essere subappaltate dal progettista affidatario:** si applica la disciplina del subappalto dettata dall’art. 105 del Codice, eccezion fatta per il regime di responsabilità solidale, posto che sussiste la **responsabilità esclusiva del progettista.**
- **La predisposizione della relazione geologica** (che rientra espressamente e propriamente nella fase prestazionale della “*progettazione*”, a norma del d.m. 17 giugno 2016, c.d. decreto Parametri) **non è subappaltabile, per cui, nel caso in cui la stazione appaltante non abbia già provveduto ad instaurare un rapporto diretto con il geologo, dovrà assicurarsi la presenza di quest’ultimo all’interno della più complessa struttura di progettazione,** quale: *a)* componente di una associazione temporanea; *b)* associato di una associazione tra professionisti quale socio/amministratore/direttore tecnico di una società di professionisti o di ingegneria che detenga con queste ultime un rapporto stabile di natura autonoma, subordinata o parasubordinata; *c)* dipendente; *d)* oppure consulente con contratto di collaborazione coordinata e continuativa su base annua, iscritto all’albo professionale e munito di partita IVA, che abbia fatturato nei confronti del soggetto offerente una quota superiore al cinquanta per cento del proprio fatturato annuo, risultante dall’ultima dichiarazione IVA, nei casi indicati dal

d.m. 2 dicembre 2016, n. 263 (Linee guida ANAC n. 1, § 3.1 p. 5, ove si precisa che le stazioni appaltanti possono ammettere queste ultime modalità anche con riferimento ai professionisti e alle associazioni tra professionisti).

- **La consulenza specialistica di ausilio alla progettazione** (identificata in attività inerenti ai settori energetico, ambientale, acustico e ad altri settori non attinenti alle discipline dell'ingegneria e dell'architettura per i quali siano richieste apposite certificazioni o competenze) **può essere affidata a terzi dal progettista affidatario**: ferma restando la responsabilità (esclusiva) del progettista anche per tali attività, si pone la questione di quale sia la disciplina applicabile al contratto "di affidamento" di consulenza specialistica.

La questione, in particolare, si pone perché sembrano risuonare, anche per questo caso, le parole spese dalla più recente giurisprudenza chiamata ad interpretare il comma 3 dell'art. 105 del Codice. In sostanza si dice, e – *mutatis mutandis* – qui si direbbe lo stesso, che **la necessità di garantire l'effetto utile della menzionata previsione non consente di attribuire ad essa, ai fini della delimitazione del suo perimetro applicativo, un significato tale da abbracciare prestazioni che, in mancanza della stessa, sarebbero state comunque acquisibili dal soggetto affidatario**. Tuttavia, mentre con riguardo alla previsione di cui al comma 3 dell'art. 105 del Codice, taluna giurisprudenza, sulla base del predetto assunto, giunge ad escludere (in contrapposizione ad un orientamento contrario) l'utilizzazione dell'istituto (del subcontratto diverso dal subappalto) per le sole prestazioni "secondarie" e/o "sussidiarie", ovvero per quelle non direttamente rivolte alla stazione appaltante e non coincidenti contenutisticamente con la prestazione dedotta in contratto³, nel contesto che qui occupa il risultato cui si approda sarebbe diverso, pur condividendosi il medesimo assunto di partenza. Infatti, sarebbe certamente un *nonsense* esplicitare la

facoltà del progettista di affidare a terzi prestazioni di consulenza specialistica che, anche a prescindere dalla previsione normativa di nuovo conio, sarebbero state comunque e legittimamente acquisibili *ab externo* dal medesimo soggetto affidatario, rivolgendosi ai propri 'fornitori'. Qui però si tratta di attività di consulenza di ausilio alla progettazione, i cui contorni sono già predefiniti dal legislatore. Non si tratterà dunque di attività attinenti all'oggetto principale del contratto (di affidamento del servizio di progettazione, generalmente, definitiva e/o esecutiva), tanto che la stessa norma parla di attività attinenti a settori non inerenti all'ingegneria e all'architettura. Tuttavia, dovrà trattarsi di attività ancillari, comunque esplicitate nell'oggetto del bando/disciplinare e poi del contratto di affidamento. *Quid iuris*, dunque?

Già si è anticipato come la disciplina del subappalto si ritenga di escludere (v. *supra*, § 2.2), perlomeno in assenza di specifici elementi idonei a dimostrare gli elementi tipici di tale istituto (tra i quali ricade anche l'assunzione del rischio), rimanendo invece **configurabile un contratto d'opera intellettuale, anche in forma di collaborazione coordinata e continuativa**⁴. Infatti, per come intesa dalla giurisprudenza⁵, "la consulenza professionale è assimilabile [...] al contratto d'opera intellettuale, disciplinato dagli artt. 2222 e seguenti del codice civile [...]. Tale tipo negoziale ricomprende l'esecuzione di una prestazione frutto dell'elaborazione concettuale e professionale di un soggetto competente nello specifico settore di riferimento, senza vincolo di subordinazione e in condizioni di assoluta indipendenza. L'appalto di servizi (e quindi anche il subappalto) differisce tuttavia dall'attività di consulenza in ordine al profilo organizzatorio, atteso che l'appaltatore esegue la prestazione con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, rivestendo normalmente la qualità di imprenditore".

Recentemente, sul tema, la giurisprudenza amministrativa è di nuovo intervenuta, esplicitando bene la differenza funzionale tra i due schemi negoziali, evidenziando come **il criterio discrezionale tra subappalto e affidamento di attività specifiche non poggia solo sulla specificità delle prestazioni, ma anche sulla diversità**

(3) Cons. Stato, sez. V, 21 maggio 2020, n. 3211; Cons. Stato, sez. III, 18 luglio 2019, n. 5068, entrambe richiamate dalla più recente sentenza del TAR Toscana, Firenze, sez. I, 27 aprile 2021, n. 601. *Contra*: nel senso che le "attività specifiche" di cui all'art. 118, comma 12, lett. a), d.lgs. 163/2006 (oggi, art. 105, comma 3, lett. a), d.lgs. n. 50 del 2016), si riferiscono ad attività non oggetto principale dell'appalto: TAR Lazio, Roma, 6 giugno 2010, n. 15879.

(4) Cons. Stato, sez. VI, 4 giugno 2007, n. 2943.

(5) TAR Lazio, Roma, 5 aprile 2017, n. 4243.

degli effetti giuridici dei due tipi di contratto: “*le prestazioni alla base dei due contratti sono infatti dirette a destinatari diversi: nel caso del subappalto, il subappaltatore esegue direttamente parte delle prestazioni del contratto stipulato con l’amministrazione, sostituendosi all’affidatario; nell’altro caso, le prestazioni sono rese in favore dell’aggiudicatario che le riceve, inserendole nell’organizzazione di impresa necessaria per adempiere alle obbligazioni contrattuali e le riutilizza inglobandole nella prestazione resa all’amministrazione appaltante*”⁶. Pertanto, la consulenza specialistica di ausilio alla progettazione, affidata dal progettista a terzi – non quale oggetto di subappalto – potrebbe ricadere nelle categorie di servizi contemplate dalla lett. a) e, eventualmente, c-bis) del comma 3 dell’art. 105 del Codice, ove ne ricorrano i rispettivi presupposti, ovvero:

- la consulenza risulta affidata a “*lavoratori autonomi*” (non imprenditori), da intendersi come persone fisiche che si obbligano a compiere verso un corrispettivo una determinata attività professionale concorrente alla realizzazione del servizio di progettazione oggetto di appalto, senza vincolo di subordinazione (rispetto al progettista affidatario (lett. a); in tal caso, sarà sufficiente effettuare la relativa comunicazione alla stazione appaltante;
- la consulenza viene resa in favore del progettista affidatario in forza di un “*contratto continuativo*”, sottoscritto antecedentemente l’indizione della gara di affidamento del servizio di progettazione (lett. c-bis); in tal caso, si renderà necessario anche il deposito del contratto in questione presso la stazione appaltante, prima della sottoscrizione del contratto di appalto o contestualmente alla stessa.

Diversamente, non ricorrendo specificatamente le ipotesi suindicate e intendendo escludere il ricorso al subappalto per le attività di consulenza specialistica, queste ultime non potranno che essere **affidate a terzi in virtù, comunque, di un (sub-)contratto, secondo la disciplina prevista dal comma 2 del medesimo art. 105**, il quale, appunto, si riferisce a tutti i subcontratti, comunque stipulati per l’esecuzione dell’appalto, che non siano subappalti. In tal caso, il progettista affidatario, prima dell’inizio delle prestazioni dedotte in contratto, dovrà comunicare alla stazione appaltante:

il nome del terzo a cui sono affidate le attività di consulenza specialistica, l’importo delle attività medesime, nonché l’oggetto della consulenza affidata, in modo puntuale e definito, anche con riferimento alle certificazioni e/o competenze richieste (al fine di dimostrare il rispetto del paradigma legale delineato dal nuovo periodo dell’art. 31, comma 8).

La necessità di inquadrare correttamente l’affidamento a terzi delle attività di consulenza specialistica, nell’ambito del servizio di progettazione, viene peraltro sollecitata dall’insegnamento secondo cui **il sistema della contrattualistica pubblica è retto dal principio di personalità nell’esecuzione dell’appalto, il quale, nel porsi a garanzia degli interessi della committenza pubblica, nonché della stessa *par condicio* tra i concorrenti, esclude che possano essere ammesse offerte che (al fuori delle ipotesi di subappalto) contemplino il coinvolgimento, nell’esecuzione della prestazione in favore dell’amministrazione, di soggetti terzi che non assumano la veste né di concorrente, né di contraente**⁷. Si è dunque qui tentato di fare applicazione della disciplina di settore, la quale delinea specifiche e inderogabili modalità e forme, tali da offrire alla stazione appaltante idonee garanzie, anche in termini di imputazione giuridica dell’offerta, oltre che di responsabilità *ex post* in fase esecutiva.

Calzante infine, anche in proposito, appare la precisazione offerta da un’ulteriore pronuncia del Consiglio di Stato⁸, secondo la quale, il riferimento della disposizione alle “*prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari*” (di cui alla lett. c-bis) del comma 3, *sub art.* 105) – e tali sono anche le attività di consulenza specialistica di ausilio alla progettazione – non assume valenza restrittiva (della portata applicativa della previsione), come avverrebbe se si ritenesse che esso implica la necessità che l’utilità della prestazione ridondi ad esclusivo vantaggio, in senso materiale, dell’affidatario (piuttosto che dell’amministrazione), ma allude alla “*direzione giuridica*” della prestazione, ovvero al fatto che **l’unica relazione giuridicamente rilevante, anche agli effetti della connessa responsabilità, è quella esistente tra stazione appaltante e soggetto affidatario**.

(6) TAR Umbria, Perugia, sez. I, 11 gennaio 2022, n. 16.

(7) In tali termini si esprime testualmente: TAR Lazio, Roma, sez. II, 26 aprile 2021, n. 4816.

(8) Cons. Stato, sez. III, 18 luglio 2019, n. 5068.

2.4 Il valore aggiunto della consulenza specialistica affidata a terzi

La possibilità di avvalersi di consulenti esterni sembrerebbe inoltre incentivata laddove si tenga presente – per quel che qui interessa – che, quanto ai requisiti di partecipazione per gli appalti di servizi, con riferimento alle capacità tecniche e professionali, l'art. 83, comma 6, del Codice, prevede che si possa aver riguardo alle “risorse umane e tecniche” e alle “esperienze necessarie per eseguire l'appalto con adeguato standard di qualità”. Inoltre, ai sensi del successivo art. 86, comma 5, “le capacità tecniche degli operatori economici possono essere dimostrate con uno o più mezzi di prova di cui all'allegato XVII, parte II”, ove si fa espressa menzione della “indicazione dei tecnici o degli organismi tecnici, che facciano o meno parte integrante dell'operatore economico” (v. anche Linee guida ANAC n. 1, § 2.2.1, 13), imponendosi così di **esternare la sussistenza di un rapporto collaborativo con soggetti terzi**. Quanto poi ai criteri di aggiudicazione, l'art. 95, comma 6, lett. e) del Codice include tra i criteri dell'offerta economicamente più vantaggiosa anche “l'organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto, qualora la qualità del personale incaricato possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto”, facendosi in tal modo registrare un approccio volto alla selezione dell'offerta anche in base alla qualità dell'offerente, posto che la qualità del personale può incidere sulla qualità dell'esecuzione dell'appalto e, di conseguenza, sul valore economico dell'offerta⁹. La stessa Direttiva 2014/24/UE, sugli appalti pubblici, prevede espressamente, al considerando n. 94, che qualora la qualità del personale addetto influisca sul livello dell'esecuzione dell'appalto, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero anche avere la facoltà di usare

(9) A tale riguardo, già in passato, la giurisprudenza, pur riconoscendo, quale principio generale delle gare pubbliche, il divieto di commistione tra i criteri soggettivi di qualificazione e quelli oggettivi afferenti alla valutazione dell'offerta, aveva ritenuto detta commistione di fatto sussistere ogniqualvolta la *lex specialis* valorizzasse determinati profili soggettivi incidenti in modo specifico sull'espletamento dell'attività appaltata: Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 2012, n. 266; Cons. Stato, sez. V, 21 maggio 2010, n. 3208.

come criterio di aggiudicazione l'organizzazione, la qualifica e l'esperienza del personale incaricato di eseguire l'appalto in questione, in quanto ciò può incidere sulla qualità dell'esecuzione dell'appalto e, di conseguenza, sul valore economico dell'offerta e tale ipotesi potrebbe ricorrere, ad esempio, negli **appalti per servizi intellettuali**.

Coerentemente, dunque, la stessa ANAC¹⁰ ha riconosciuto il superamento della rigida separazione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione, ammettendo che, nella valutazione dell'offerta, possano essere considerati profili di carattere soggettivo, qualora essi permettano di apprezzare meglio il contenuto e l'affidabilità dell'offerta medesima, a condizione che attengano ad aspetti che incidono in maniera diretta sulla qualità della prestazione¹¹. Deve ritenersi, quindi, che il divieto di commistione fra i criteri soggettivi di qualificazione e quelli oggettivi afferenti alla valutazione dell'offerta ai fini dell'aggiudicazione non risulti eluso o violato allorché gli **aspetti organizzativi** (così come quelli relativi alle esperienze pregresse) non siano destinati ad essere apprezzati in quanto tali (in modo avulso quindi dal contesto dell'offerta, come dato relativo alla mera affidabilità soggettiva), ma **quale garanzia dell'esecuzione delle prestazioni secondo le modalità prospettate nell'offerta**, come elemento, cioè, incidente sulle

(10) Delibera ANAC, 24 luglio 2018, n. 712, ad interpretazione proprio dell'art. 95, comma 6, d.lgs. 50/2016, alla luce delle proprie Linee guida n. 2, sull'offerta economicamente più vantaggiosa.

(11) La giurisprudenza amministrativa aveva, del resto, già evidenziato che, quando il prodotto dell'appalto si sostanzia in un'attività – un *facere* (come ad esempio è l'attività di progettazione) – tale attività può essere legittimamente affidata anche sulla base di criteri quali la pregressa esperienza e la professionalità maturata, così come emergenti dai *curricula* professionali presentati in gara, da intendere quali indici di affidabilità e di qualità dell'offerta tecnica: Cons. Stato, sez. V, 20 agosto 2013, n. 4191; Cons. Stato, sez. VI, 15 dicembre 2010, n. 8933; in senso conforme: AVCP, parere di precontenzioso, 13 maggio 2010, n. 97. Anche più recentemente, la giurisprudenza amministrativa si è espressa nel senso che la possibilità di prevedere nel bando di gara anche elementi di valutazione dell'offerta tecnica di tipo soggettivo riguarda solo gli appalti di servizi e, comunque, al ricorrere di determinate condizioni, come nel caso in cui aspetti dell'attività possano effettivamente illuminare la qualità dell'offerta: Cons. Stato, 17 gennaio 2018, n. 279.

modalità esecutive dello specifico appalto e, quindi, come parametro afferente alle caratteristiche oggettive dell'offerta¹².

In conclusione, dunque, l'operatore economico, anche al fine di valorizzare la qualità dell'offerta, a corredo delle proprie capacità tecniche e professionali, ben può prevedere in sede di gara – oggi *a fortiori* in virtù della nuova previsione dell'art. 31, comma 8 del Codice – l'affidamento di specifiche attività di consulenza specialistica a uno o più soggetti terzi, senza che ciò dia luogo a una fattispecie di subappalto, restando pertanto inapplicabile la relativa disciplina. Le condizioni, affinché detto affidamento sia considerato ammissibile, sono:

- che le attività affidate rientrino tra quelle delineate dalla nuova norma;
- che dette attività siano specifiche e pertanto puntualmente individuate e precisamente circoscritte;
- che dell'affidamento in questione sia data anticipata comunicazione alla stazione appaltante, specificando il ricorrere delle predette circostanze.

Guardando peraltro alla prassi, non è raro imbattersi in **disciplinari di gara** relativi all'affidamento del servizio di progettazione definitiva ed esecutiva (specie nei settori speciali), nei quali, con riguardo alle “*caratteristiche tecnico-metodologiche dell'offerta*”, sotto la voce relativa alla “*adeguatezza delle risorse umane*”, si può leggere che “*è ammessa l'integrazione del gruppo minimo indicato nel modello 'composizione gruppo' con eventuali ulteriori consulenti o soggetti*”¹³.

Dunque, con la legge europea, si alimenta lo spazio per l'affidamento a terzi delle attività di consulenza specialistica che dovrebbe essere guardato con favore, non solo dal progettista affidatario, ma altresì dal consulente incaricato, considerando che, tanto l'ANAC, quanto la più recente giurisprudenza amministrativa, hanno ritenuto che, nell'attuale con-

testo normativo, **possano essere spesi come requisiti di partecipazione alle procedure per l'affidamento dei servizi di architettura ed ingegneria i servizi di consulenza afferenti ad attività accessorie e di supporto alla progettazione, ancorché non abbiano comportato la firma di elaborati progettuali**, a condizione: *a)* che si tratti di attività svolte nell'esercizio di una professione regolamentata per la quale è richiesta una particolare qualifica professionale; *b)* che l'esecuzione della prestazione sia documentata mediante contratto di conferimento dell'incarico e relative fatture di pagamento¹⁴.

3. Le modifiche all'art. 46: gli ulteriori soggetti ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei servizi di ingegneria e architettura

La seconda modifica rilevante, qui oggetto di attenzione, riguarda l'art. 46 del Codice, che, come noto, contiene l'elenco degli operatori economici che possono essere ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei servizi di architettura e ingegneria. L'innovazione apportata dalla legge europea mira, in particolare, a superare quelle questioni che erano sorte in merito alla platea dei soggetti legittimati a concorrere nelle gare per servizi tecnici. Questioni giunte sino alla Corte di giustizia dell'Unione.

La disposizione in esame, infatti, nella sua formulazione precedente, ove interpretata in senso restrittivo, determinava l'esclusione di quegli operatori che, pur svolgendo attività di ingegneria e architettura, erano privi della forma giuridica prevista dal Codice (il rimando va, *in primis*, al caso degli enti privi di scopo di lucro, come le fondazioni, affrontato dalla giurisprudenza e risolto positivamente, nel senso dell'ammissibilità della partecipazione, v. *infra*, § 3.1). Dunque, con la legge europea si è provveduto a modificare l'art. 46, da un lato, introducendo, *sub* comma 1,

(12) TAR Campania, Napoli, sez. VIII, 6 marzo 2017, n. 1293.

(13) Mentre il Bando-tipo n. 3, in riferimento ai requisiti di capacità tecnica e professionale, precisa soltanto che il personale tecnico comprende anche “*i consulenti iscritti ai relativi albi professionali ove esistenti, muniti di partita IVA e che firmino il progetto, ovvero firmino i rapporti di verifica del progetto [...] che abbiano fatturato nei confronti del concorrente una quota superiore al cinquanta per cento del proprio fatturato annuo risultante dalla dichiarazione IVA*”.

(14) V. Comunicato del Presidente ANAC del 14 dicembre 2016, il cui contenuto è stato ripreso nelle Linee guida n. 1 (§ 2.2.2.4, p. 15), richiamato da: TAR Toscana, Firenze, sez. I, 19 marzo 2020, n. 343, il quale peraltro aggiunge – disattendendo la tesi dell'amministrazione resistente – che i servizi di consulenza potrebbero essere spesi anche per la dimostrazione attinente l'esecuzione dei contratti di punta previsti dalla *lex specialis*.

un espresso richiamo al “rispetto del principio di non discriminazione fra i diversi soggetti sulla base della forma giuridica assunta” e, dall’altro, aggiungendo, all’elenco di cui al medesimo comma, la lett. d-bis), alla luce della quale **potranno essere ammessi alle procedure – anche come componenti di raggruppamento temporaneo** (v. lett. e) modificata) – **tutti gli “altri soggetti abilitati in forza del diritto nazionale a offrire sul mercato servizi di ingegneria e di architettura, nel rispetto dei principi di non discriminazione e par condicio fra i diversi soggetti abilitati”**. Confluiscono così nel diritto nazionale le testuali parole espresse dalla Corte di giustizia UE nell’affermazione dei propri principi di diritto.

Inoltre, e per coerenza, al comma 2 dello stesso art. 46, è stata aggiunta la previsione per la quale, ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento di cui trattasi, le società costituite da meno di cinque anni possono documentare il possesso dei requisiti richiesti anche con riferimento ai soci, ai direttori tecnici o ai professionisti dipendenti dei soggetti di cui alla nuova lett. d-bis). Da ultimo, viene specificato che, per tali soggetti, nelle more dell’adozione del Regolamento unico (sic!), i requisiti minimi saranno stabiliti con decreto del MIMS¹⁵.

In particolare, secondo quanto disposto dal comma 2 dell’art. 10 della legge europea, per dare attuazione a tale previsione, consentendo quindi la partecipazione alle gare di ingegneria e architettura a tutti i c.d. “soggetti abilitati”, **il predetto Ministero delle infrastrutture, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge stessa, dovrà individuare, con apposito decreto, i requisiti minimi che tali soggetti sono tenuti a dimostrare**, in particolare con riferimento:

- all’obbligo di nomina di un direttore tecnico;
- alla verifica del contenuto dell’oggetto sociale;
- agli obblighi di regolarità contributiva, di comunicazione e di iscrizione al casellario dell’ANAC;
- all’obbligo di assicurazione per lo svolgimento delle prestazioni professionali.

Attualmente, è il d.m. 2 dicembre 2016, n. 263, emanato dal(l’allora) Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, che contiene il “Regolamento recante definizione dei requisiti che devono possedere gli operatori economici per l’affidamento dei servizi di architettura e ingegneria”. Non è chiaro se il nuovo emanando decreto andrà a sostituire quest’ultimo, inglobandolo, o lo completerà parallelamente senza abrogarlo.

(15) Quindi, se il regolamento di cui all’art. 216, comma 27-octies, d.lgs. 50/2016 vedrà la luce, i requisiti dei soggetti abilitati a offrire servizi di ingegneria e architettura troveranno poi definizione direttamente in tale fonte. Per il momento, non resta comunque che attendere il decreto ministeriale.

D.lgs. 50/2016 vigente prima delle modifiche introdotte dalla legge europea	D.lgs. 50/2016 attualmente vigente dopo le modifiche introdotte dalla legge europea
Art. 46, comma 1	Art. 46, comma 1
Sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria nel rispetto del principio di non discriminazione fra i diversi soggetti sulla base della forma giuridica assunta:	Sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria nel rispetto del principio di non discriminazione fra i diversi soggetti sulla base della forma giuridica assunta:
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; gli archeologi professionisti, singoli e associati, e le società da essi costituite;	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; gli archeologi professionisti, singoli e associati, e le società da essi costituite;
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;	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;	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;	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);	d-bis) altri soggetti abilitati in forza del diritto nazionale a offrire sul mercato servizi di ingegneria e di architettura, nel rispetto dei principi di non discriminazione e par condicio fra i diversi soggetti abilitati;
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.	e) i raggruppamenti temporanei costituiti dai soggetti di cui alle lettere da a) a d-bis);
	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.

D.lgs. 50/2016 vigente prima delle modifiche introdotte dalla legge europea	D.lgs. 50/2016 attualmente vigente dopo le modifiche introdotte dalla legge europea
Art. 46, comma 2	Art. 46, comma 2
Ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento di cui al comma 1, le società, per un periodo di cinque anni dalla loro costituzione, possono documentare il possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti dal bando di gara anche con riferimento ai requisiti dei soci delle società, qualora costituite nella forma di società di persone o di società cooperativa e dei direttori tecnici o dei professionisti dipendenti della società con rapporto a tempo indeterminato, qualora costituite nella forma di società di capitali.	Ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento di cui al comma 1, le società, per un periodo di cinque anni dalla loro costituzione, possono documentare il possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti dal bando di gara anche con riferimento ai requisiti dei soci delle società, qualora costituite nella forma di società di persone o di società cooperativa e dei direttori tecnici o dei professionisti dipendenti della società con rapporto a tempo indeterminato, qualora costituite nella forma di società di capitali, nonché dei soggetti di cui alla lettera d-bis) del comma 1 i cui requisiti minimi sono stabiliti, nelle more dell'adozione del decreto di cui all'articolo 216, comma 27-octies, con decreto del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili.

3.1 La genesi giurisprudenziale delle nuove previsioni

Già si è detto come l'estensione del novero dei soggetti ammessi a partecipare alle gare per servizi di ingegneria e architettura, siglata con la legge europea, trovi la sua origine in una pronuncia della Corte di giustizia UE. Si tratta, in particolare, della sentenza della sez. X, 11 giugno 2020, causa C-219/219, occasionata dalla domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte dal TAR del Lazio con ordinanza del 16 gennaio 2019. Il procedimento riguardava una fondazione di diritto privato senza scopo di lucro, costituita ai sensi del codice civile, la quale, al fine di poter partecipare a specifiche gare d'appalto, aveva presentato una domanda di iscrizione nel casellario degli operatori abilitati a prestare servizi di ingegneria e architettura tenuto dall'ANAC. Tuttavia, dato che detta fondazione non rientrava in alcuna delle categorie di operatori economici di cui all'art. 46, comma 1, d.lgs. 50/2016, l'ANAC emetteva una decisione di diniego della domanda di iscrizione, avverso la quale la fondazione proponeva ricorso dinanzi al giudice del rinvio.

Quest'ultimo rilevava in primo luogo che, per l'esecuzione dei servizi di architettura e di ingegneria, l'art. 46 in questione autorizzava a partecipare alle procedure di gara soltanto determinate categorie di operatori, tra le quali non figuravano gli organismi senza scopo di lucro, come la fondazione ricorrente. Specificatamente, secondo il TAR del Lazio, poiché tali organismi non avevano la possibilità di iscriversi al casellario tenuto dall'ANAC, risultava impossibile per l'amministrazione

ne aggiudicatrice qualsiasi verifica in ordine alle caratteristiche professionali di tali organismi aspiranti concorrenti.

Inoltre, sempre ad avviso del giudice del rinvio, sebbene il legislatore italiano avesse ripreso, all'art. 45 del Codice dei contratti pubblici, la definizione ampia della nozione di "operatore economico", fatta propria dalla Corte (nella sentenza 23 dicembre 2009, C-305/08), il medesimo legislatore, nel successivo art. 46, avrebbe optato per una definizione più restrittiva per quanto riguarda i servizi di architettura e di ingegneria.

La Corte di giustizia, partendo proprio dal suo precedente richiamato, osserva però come, certamente, gli Stati membri abbiano il potere di autorizzare o non autorizzare talune categorie di operatori economici a fornire certi tipi di prestazioni, potendo, in particolare, autorizzare o meno enti che non perseguono finalità di lucro ad operare sul mercato in funzione della circostanza che l'attività svolta sia compatibile, o meno, con i loro fini istituzionali e statutari. Tuttavia, se, e nella misura 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.

Lo stesso considerando n. 14 della Direttiva 2014/24/UE indica espressamente che la nozione di "operatore economico" 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".

Per la Corte, inoltre, non è risultata provata l'esistenza di alcuna correlazione particolare tra il livello di professionalità dimostrato nell'ambito della prestazione di un servizio e, di conseguenza, la qualità del servizio fornito, da un lato, e, dall'altro, la forma giuridica nella quale l'operatore economico che fornisce tale servizio è costituito.

Per contro, aggiunge il giudice dell'Unione, il legislatore europeo è stato sensibile all'importanza, per i candidati e gli offerenti nel settore degli appalti pubblici di presentare un elevato grado di professionalità. Ed è a tal fine che esso ha previsto, all'art. 19, par. 1, della Direttiva 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 di cui trattasi. Lo stesso legislatore non ha invece, per lo stesso fine, stabilito alcun trattamento differenziato in ragione della forma giuridica nella quale tali candidati ed offerenti hanno scelto di operare.

Da qui dunque la conclusione: **la Direttiva 2014/24/UE esclude la possibilità per gli Stati membri di non ammettere alle procedure di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi di ingegneria e di architettura gli enti senza scopo di lucro che, in base al diritto interno, possano offrire servizi oggetto della procedura di appalto.**

Facendo dunque corretta applicazione di tale principio, il TAR del Lazio¹⁶ ha statuito nel senso che, a seguito della sentenza della Corte di giustizia UE, l'elenco di cui all'art. 46 d.lgs. 50/2016 deve essere disapplicato nella misura in cui non include gli enti che, senza scopo di lucro e in forma diversa dall'associazione/società

di professionisti, siano in grado di fornire prestazioni professionali di architettura e ingegneria. Conseguentemente, la nota dell'ANAC che rifiuti la relativa iscrizione nel casellario delle società di ingegneria e di professionisti, al fine di partecipare a gare indette per l'affidamento di servizi di architettura e ingegneria, sulla base dell'affermazione secondo cui – nella specie – le fondazioni non rientrano tra i soggetti previsti dall'art. 46, comma 1, va annullata, attesa l'illegittimità di tale affermazione.

A seguire, anche il Consiglio di Stato¹⁷ ha riconosciuto come la costante giurisprudenza della Corte di giustizia UE delinea 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", esso non può vedersi negato il diritto di partecipare a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico avente ad oggetto le medesime 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.**

Oggi, il nuovo art. 46 del Codice lo conferma pienamente, superando così i dubbi interpretativi generati dalla *vexata quaestio*, ma -forse- non del tutto i dubbi degli operatori che, da sempre, concorrono nelle gare pubbliche per l'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura.

(16) TAR Lazio, Roma, sez. I, 18 gennaio 2021, n. 654.

(17) Cons. Stato, sez. V, 22 febbraio 2021, n.1515.