

**N. 00066/2009 REG.ORD.COLL.
N. 00551/2008 REG.RIC.**



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

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

Sul ricorso numero di registro generale 551 del 2008 proposto da Telecom Italia Spa,, con sede legale in Milano, Piazza degli Affari n. 2, in persona del procuratore speciale in virtù dei poteri conferiti con atto notarile, in proprio e quale designata mandataria del costituendo RTI composto con Doclab S.r.l., Zone Attive S.r.l., I.T.A.B.C. CNR, Infobyte S.p.A., Satiz S.r.l. ed ILTE S.p.A., rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Lirosi, Marco Martinelli e Andrea Pubusa con domicilio eletto presso lo studio legale dell'avv. prof. Andrea Pubusa in Cagliari, via Tuveri n. 84;

contro

La Regione Autonoma della Sardegna, in persona del Presidente della Giunta Regionale in carica, rappresentato e difeso dagli avv. Gian Piero Contu e Mattia Pani, anche disgiuntamente, con domicilio eletto presso l'Ufficio Legale della Regione Sarda in

Cagliari, viale Trento n. 69;

nei confronti di

della Space S.p.A., in persona dell'amministratore unico legale rappresentante, e della Passamonti S.r.l., in persona dell'amministratore unico legale rappresentante, rappresentate e difese dagli avvocati Massimo Massa, Marcello Vignolo, con domicilio eletto presso lo studio dei medesimi in Cagliari, piazza del Carmine n. 22;

della Alinari 24Ore S.p.A., in persona dell'amministratore unico legale rappresentante, in proprio e in qualità di mandante del costituendo RTI con Space S.p.A., Wilder s.r.l., Passamonti s.r.l., Illisso Edizioni s.r.l. e Fox Bit s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Giancarlo Tanzarella, Elena Tanzarella e Umberto Cossu, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Cagliari, via Satta n. 33;

della Wilder Srl, in persona del Presidente e legale rappresentante, in proprio e in qualità di mandante del costituendo RTI con Space S.p.A., Alinari 24Ore S.p.A., Passamonti s.r.l., Illisso Edizioni s.r.l. e Fox Bit s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni Contu, Gian Michele Roberti, Marco Serpone, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Cagliari, via Ancona n. 3;

della Illisso Edizioni Srl, in persona del legale rappresentante, non costituita in giudizio;

della Fox Bit S.r.l., in persona del legale rappresentante, non

costituita in giudizio;

e con l'intervento di

del Consiglio Nazionale delle Ricerche, in persona del Presidente in carica, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Cagliari, presso i cui uffici è domiciliato per legge in Cagliari, via Dante n. 23;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia,

con i ricorso introduttivo principale e con l'atto di motivi aggiunti depositati in data 11 novembre 2008:

- 1) della determinazione n. 1088 - prot. n. 13065 - dell'8 maggio 2008, con la quale la Regione Sardegna ha escluso il RTI ricorrente dalla gara per l'affidamento di servizi e forniture di beni inerenti la documentazione, divulgazione e realizzazione del "Sistema omogeneo di identità visuale dei luoghi e degli istituti della cultura: Patrimonio culturale della Sardegna";
- 2) del verbale della seduta dell'8 aprile 2008, nella parte in cui la commissione giudicatrice ha deciso di non ammettere alle successive fasi di gara il RTI ricorrente per mancanza di requisiti, nonché di tutti gli altri verbali della stessa commissione, tra cui quelli del 3 e 10 marzo 2008;
- 2) del provvedimento di aggiudicazione provvisoria e, ove adottato, di quello di aggiudicazione definitiva dell'appalto;
- 3) di ogni ulteriore atto presupposto, connesso e consequenziale ivi compreso il punto 2.3 del disciplinare di gara;

nonché, per la condanna della Regione Autonoma Sardegna al risarcimento del danno subito dal r.t.i. Telecom Italia, il cui esatto ammontare sarà determinato nel corso del giudizio, comprensivo anche dei danni morali da liquidarsi in via equitativa.

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione Autonoma della Sardegna;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Space Spa;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Alinari 24 Ore Spa;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Wilder Srl;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Consiglio Nazionale delle Ricerche;

Viste le memorie difensive delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27/05/2009 il dott. Giorgio Manca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

1. - La società ricorrente ha partecipato alla procedura aperta per l'affidamento del servizio di documentazione, divulgazione e realizzazione del "Sistema omogeneo di identità visuale dei luoghi e degli istituti della cultura: Patrimonio Culturale Sardegna", indetta

dalla Regione Sardegna con bando del 3 gennaio 2008. Il criterio di aggiudicazione previsto era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 83 del codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163). Le prestazioni contrattuali richieste dal disciplinare di gara consistevano nella realizzazione di: documentari; campagna fotografica; percorsi virtuali e rappresentazione tridimensionale di reperti; progetto editoriale a stampa; punti di accesso informatico e sistema di proiezione audio video. Il capitolato speciale d'appalto stabiliva in maniera dettagliata e specifica il contenuto delle prestazioni e della fornitura richiesta.

Per quanto concerne i requisiti di capacità tecnica dei concorrenti, il disciplinare di gara richiedeva la dimostrazione di aver svolto, negli ultimi tre anni, "almeno due servizi specifici per ogni ambito di intervento (con riferimento ai cinque ambiti di intervento dettagliati ai punti da 2.1 a 2.5 del Capitolato Speciale d'Appalto)".

Nelle sedute pubbliche di gara del 3 e del 10 marzo 2008, la commissione giudicatrice procedeva all'esclusione di tre dei cinque r.t.i. partecipanti. Rimanevano in gara il raggruppamento ricorrente (R.T.I. Telecom Italia) e il raggruppamento tra Space S.p.A. (capogruppo) e Alinari 24 Ore S.p.A., Fox Bit s.r.l., Illisso Edizioni s.r.l., Passamonti s.r.l. e Wilder s.r.l. (R.T.I. Space). Nei confronti del raggruppamento Telecom Italia, la stazione appaltante, oltre a richiedere la documentazione relativa al controllo del possesso dei requisiti ai sensi dell'art. 48 del codice dei contratti, chiedeva

chiarimenti in ordine all'attinenza dei servizi specifici dichiarati ai fini della capacità tecnica, in particolare per quanto concerne l'attinenza all'oggetto delle prestazioni indicate al punto 2.5. del capitolato speciale d'appalto, dei due servizi dichiarati da Telecom Italia.

Con successiva determinazione n. 1088 - prot. n. 13065 - dell'8 maggio 2008, la Regione Sardegna ha escluso il RTI ricorrente dalla gara .

Con determinazione n. 2863 del 3 ottobre 2008 il contratto è stato aggiudicato definitivamente al costituendo raggruppamento temporaneo tra Space S.p.A. (capogruppo) e Alinari 24 Ore S.p.A., Fox Bit s.r.l., Illisso Edizioni s.r.l., Passamonti s.r.l. e Wilder s.r.l. .

2. – Con ricorso consegnato all'ufficiale giudiziario per la notifica il 4 luglio 2008 e depositato il successivo 10 luglio 2008, la Telecom Italia S.p.A. impugna il provvedimento di esclusione dalla gara suddetto, nonché gli altri atti meglio indicati in epigrafe, domandandone l'annullamento sulla base dei seguenti motivi:

1° Violazione del bando, punto 2.3. (Capacità tecnica – Prove richieste), in cui si prescrive il requisito di capacità tecnica “di aver effettuato nell'ultimo triennio ... almeno due servizi specifici per ogni ambito di intervento (con riferimento ai cinque ambiti di intervento dettagliati ai punti da 2.1. a 2.5 del Capitolato Speciale d'Appalto).

4. - Con i motivi aggiunti, consegnati all'ufficiale giudiziario per la notifica il 3 novembre 2008 e depositati il successivo 11 novembre

2008, estende l'impugnazione al provvedimento di aggiudicazione definitiva, per illegittimità derivata dalle illegittimità dedotte col ricorso introduttivo.

5. - Con i secondi motivi aggiunti, consegnati all'ufficiale giudiziario per la notifica il 22 gennaio 2009 e depositati il successivo 29 gennaio 2009, deduce le seguenti doglianze, dirette a far dichiarare l'illegittimità della mancata esclusione del R.T.I. Space:

- Violazione del disciplinare di gara, in diversi punti. Violazione dell'art. 2 del d.lgs. n. 163/2006. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, travisamento ed erronea valutazione dei fatti, irragionevolezza, illogicità, perplessità, disparità di trattamento.

- Violazione dei punti 2.2. e 2.3. del disciplinare. Eccesso di potere sotto vari profili.

- Violazione del punto 4.2. del disciplinare, in tema di offerta tecnica. Eccesso di potere sotto vari profili.

6. - Con i terzi motivi aggiunti, consegnati all'ufficiale giudiziario per la notifica il 28 aprile 2009 e depositati il successivo 6 maggio 2009, propone ulteriori vizi relativi alla mancata esclusione del RTI Space:

- Violazione degli artt. 38 e 48 del d.lgs. n. 163/2006. Violazione dell'art. 2 del D.L. n. 210/02. Violazione dei punti 2 e 7 del disciplinare e del punto 35 del Modulo di domanda di partecipazione. Eccesso di potere sotto svariati profili.

- Violazione dell'art. 48 del d.lgs. n. 163/2006. Violazione del punto 7 del disciplinare, nonché dei punti 2.2. e 3. Eccesso di potere sotto

svariati profili.

- Violazione dell'art. 48 del d.lgs. n. 163/2006. Violazione del punto 7 del disciplinare. Violazione del punto 2.3. del disciplinare. Eccesso di potere sotto svariati profili.

- Violazione dell'art. 48 del d.lgs. n. 163/2006. Violazione del punto 7 del disciplinare. Eccesso di potere sotto svariati profili.

- Violazione dei punti 2.2. e 2.3. del disciplinare. Eccesso di potere sotto vari profili.

7. – Si è costituita in giudizio la Regione Sardegna, chiedendo che il ricorso e i motivi aggiunti siano respinti.

8. – Si sono costituite in giudizio anche le società controinteressate, indicate in epigrafe, appartenenti al R.T.I. Space, concludendo per il rigetto del ricorso. Alcune di esse hanno anche proposto ricorso incidentale.

8.1. – Ai fini della presente ordinanza, rileva il ricorso incidentale proposto dalla Space S.p.A. per l'annullamento degli atti della gara nella parte in cui non hanno rilevato ulteriori motivi di esclusione del raggruppamento Telecom Italia. In particolare, con i motivi aggiunti al ricorso incidentale, la Space S.p.A. censura la partecipazione alla gara, quale componente del raggruppamento Telecom Italia, dell'Istituto per le Tecnologie Applicate ai Beni Culturali (I.T.A.B.C.) del Consiglio Nazionale delle Ricerche, per le seguenti ragioni:

- Violazione dell'art. 1, comma 8, della direttiva n. 2004/18/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, dell'art. 3,

comma 19, nonché dell'art. 34, del codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), del disciplinare di gara, che precludono agli enti pubblici come l'I.T.A.B.C. del C.N.R. la partecipazione a procedure di affidamento di appalti pubblici di servizi.

9. – Considerata la rilevanza, per la decisione della controversia in esame, delle questioni sollevate con il ricorso incidentale, poiché il loro eventuale accoglimento comporterebbe l'inammissibilità per difetto di interesse a ricorrere del ricorso principale proposto dalla Telecom Italia, il Collegio ritiene di dover richiedere alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea una pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'articolo 234 (ex articolo 177) del Trattato istitutivo della Comunità europea, nel testo in vigore dal 1° febbraio 2003, come integrato con le modifiche apportate dal trattato di Nizza, firmato il 26 febbraio 2001.

10. - Il quadro normativo comunitario.

L'articolo 1, comma 8, della Direttiva n. 2004/18/CE citata - relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi - dopo avere qualificato gli "appalti pubblici" come contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più "operatori economici" e una o più amministrazioni aggiudicatrici, con i termini "imprenditore", "fornitore" e "prestatore di servizi" designa una persona fisica o giuridica o un ente pubblico o un raggruppamento di tali persone e/o enti che "offra sul mercato", rispettivamente, la realizzazione di

lavori e/o opere, prodotti o servizi.

Vale altresì aggiungere, sempre con riferimento alla stessa direttiva n. 2004/18/CE , che l'articolo 4, nel definire le caratteristiche sostanziali degli operatori economici, stabilisce che “I candidati o gli offerenti 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”; in altri termini, si stabilisce il principio di libertà di forme per la partecipazione alle gare, ribadito dal successivo comma 2, secondo il quale i raggruppamenti di operatori economici sono autorizzati a presentare offerte o a candidarsi. Ai fini della presentazione di un'offerta o di una domanda di partecipazione le amministrazioni aggiudicatrici non possono esigere che i raggruppamenti di operatori economici abbiano una forma giuridica specifica.

11. - Il quadro normativo italiano.

La definizione comunitaria di “operatori economici” trova riscontro, in ambito italiano, nell'articolo 3, commi 22 e 19, del codice dei contratti pubblici di cui al d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (pubblicato sul supplemento ordinario alla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 100 del 2 maggio 2006) secondo i quali, rispettivamente “Il termine operatore economico comprende l'imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi o un raggruppamento o consorzio

di essi” e “I termini "imprenditore", "fornitore" e "prestatore di servizi" designano una persona fisica, o una persona giuridica, o un ente senza personalità giuridica, ivi compreso il gruppo europeo di interesse economico (GEIE) costituito ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240, che “offra sul mercato”, rispettivamente, la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi”.

L'articolo 3, comma 6, dello stesso codice definisce, a sua volta, gli “appalti pubblici” come “i contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una stazione appaltante o un ente aggiudicatore e uno o più "operatori economici", aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi come definiti dal presente codice”.

12. – Come si è detto in precedenza, l'Istituto per le Tecnologie Applicate ai Beni Culturali (I.T.A.B.C.) del Consiglio Nazionale delle Ricerche ha partecipato alla procedura di gara di cui trattasi in qualità di “impresa mandante”, componente del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese, nel quale Telecom Italia S.p.A. assumerebbe il ruolo di mandataria, insieme con le società DOCLAB s.r.l. (mandante), Zone Attive s.r.l. (mandante), Infobyte S.p.A. (mandante), SATIZ s.r.l. (mandante), ILTE s.p.a. (mandante). Dagli atti di gara risulta che l'I.T.A.B.C. ha dichiarato di impegnarsi ad eseguire i “Percorsi virtuali e rappresentazione tridimensionale di reperti, di cui al punto 2.3. del Capitolato Speciale d'Appalto”.

Secondo l'art. 2 del decreto legislativo 4 giugno 2003, n.127 (pubblicato in G.U.R.I., 6 giugno 2003, n. 129, recante "Riordino del Consiglio nazionale delle ricerche"), il C.N.R. "è ente pubblico nazionale con il compito di svolgere, promuovere, diffondere, trasferire e valorizzare attività di ricerca nei principali settori di sviluppo delle conoscenze e delle loro applicazioni per lo sviluppo scientifico, tecnologico, economico e sociale del Paese, perseguendo l'integrazione di discipline e tecnologie diffusive ed innovative anche attraverso accordi di collaborazione e programmi integrati. 2. Il C.N.R. ha personalità giuridica di diritto pubblico, gode di autonomia scientifica, finanziaria, organizzativa, patrimoniale e contabile e si dota di un ordinamento autonomo in conformità al presente decreto, alla legge 9 maggio 1989, n. 168, e successive modificazioni, al decreto legislativo 5 giugno 1998, n. 204, nonché, per quanto non previsto dalle predette disposizioni, al codice civile. 3. Il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca esercita nei confronti del C.N.R. le competenze attribuitegli dalle disposizioni di cui al comma 2". L'art. 3, comma 1, lettera p), del medesimo decreto legislativo stabilisce che il C.N.R. "nell'ambito del perseguimento delle proprie attività istituzionali può fornire servizi a terzi in regime di diritto privato".

L'Istituto per le Tecnologie Applicate ai Beni Culturali (I.T.A.B.C.) è una articolazione della rete scientifica del Consiglio Nazionale delle Ricerche, come stabilisce l'art. 13 del "regolamento di organizzazione

e funzionamento del Consiglio Nazionale delle Ricerche” (pubblicato sul supplemento ordinario alla G.U.R.I. n. 124 del 30 maggio 2005). L’art. 24 del regolamento citato precisa, inoltre, che gli istituti “sono le unità organizzative afferenti ai dipartimenti nelle quali si svolgono le attività di ricerca del CNR e nel cui ambito vengono organizzate, valorizzate e aggiornate le competenze scientifiche in relazione alla capacità di apporto ai programmi dell’Ente e in relazione all’evoluzione e allo sviluppo delle ricerche. 2. Gli istituti operano nell’ambito della programmazione di cui all’articolo 42 con autonomia scientifica, finanziaria e gestionale, nel rispetto dell’autonomia scientifica dei ricercatori di cui all’articolo 43.”.

13. – La nozione di operatore economico.

Come ha chiarito il Consiglio di Stato, nell’ordinanza-parere della sez. II, 23 aprile 2008, n. 167, con la quale è stata rimessa alla Corte di Giustizia la medesima questione pregiudiziale che rileva nella presente controversia, “il requisito dirimente – ai fini dell’individuazione degli “operatori economici”, cioè dei soggetti legittimati a partecipare alle gare per l’aggiudicazione di contratti d’appalto pubblico – sembrerebbe pertanto essere quello della “offerta sul mercato”, attraverso il quale si dovrebbero individuare esclusivamente soggetti (non interessa se con o senza personalità giuridica) perseguiti istituzionali fini lucrativi o, comunque e al di là di tale specifica finalità lucrativa, che siano sottoposti in ogni caso

allo “ statuto “ dell' imprenditore commerciale, nel quale sono comprese, com'è noto, le disposizioni sul fallimento e tutte le altre prescrizioni relative ai requisiti di affidabilità tecnica e finanziaria imposti ai partecipanti alle gare di aggiudicazione, come le norme sull'obbligo di tenuta delle scritture contabili e quelle sull'iscrizione nel registro delle imprese. Sembrerebbe coerente con tali rilievi il riconoscimento, da parte della giurisprudenza e della dottrina italiane, della capacità di soggetti collettivi, pur statutariamente e istituzionalmente non lucrativi, di svolgere qualsiasi attività idonea al conseguimento degli scopi loro consentiti, ed in particolare anche di svolgere attività organizzate per la produzione o lo scambio di beni o di servizi, ammettendosi di conseguenza che i predetti soggetti possano “assumere, nella sostanza, la qualità di imprenditore ai sensi dell'art. 2082 cod. civ. e finanche la qualità di imprenditore commerciale ex art. 2195 cod. civ.” e, perciò, di partecipare alle gare d'appalto pubblico (T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 5 aprile 2004, n. 3176). La qualità di imprenditore ovvero, più in generale, di soggetto sottoposto al suo statuto ovvero di soggetto professionalmente dedito ad attività economica offerta sul mercato (quindi non saltuaria ed occasionale) sembra d'altronde trasparire da tutta la normativa comunitaria e nazionale in materia.

Rilevano al riguardo, tra le altre, le disposizioni dell'art. 1, lett. c), della dir. 92/50/CEE del Consiglio del 18 giugno 1992, secondo cui sono "prestatori di servizi le persone fisiche o giuridiche, inclusi gli

enti pubblici che forniscono servizi", e del relativo decreto di recepimento nell'ordinamento italiano, d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157, che parla, parimenti, di "prestatori di servizi" all'art. 3, 1° comma, genericamente riferendosi, in prosieguo, alle "imprese concorrenti".

Vale ricordare, ancora, al riguardo, oltre le disposizioni sopra riportate, che nell'ambito dell'ordinamento italiano lo stesso d. lgs. n. 157 del 1995 richiedeva la qualità di "impresa" ai soggetti partecipanti alle "Procedure d'aggiudicazione" (art. 6) sia in forma individuale sia nella forma di raggruppamenti "di imprese" (art. 11).

D'altra parte, proprio per assicurare il principio comunitario di concorrenza effettiva – diffuso in una serie continua di disposizioni del Trattato CE, che saranno più avanti ricordate – si è osservato che la ratio delle disposizioni comunitarie e delle normative nazionali di recepimento in materia di partecipazione alle gare d'appalto pubblico è stata individuata nella esigenza di "circoscrivere il novero dei soggetti ammessi alla contrattazione con le amministrazioni aggiudicatrici (nella materia degli appalti pubblici di servizi) a quelli che, secondo la disciplina degli Stati membri, garantiscono, per un verso, un sicuro regime di responsabilità, personale e patrimoniale, e di imputazione degli effetti del contratto (così dovendosi intendere il riferimento, in qualche modo limitativo, alle persone fisiche e giuridiche) e, per un altro, una evidente capacità all'esercizio dell'attività d'impresa, nella quale si risolve la prestazione di un servizio in favore di un'amministrazione" (Cons. St., sez. V, n. 2785

del 2003, cit.).

Sembrerebbe pertanto meritevole di considerazione l'indirizzo espresso da questo Consiglio, seppure con riguardo all'art.1 lett. c) della precedente direttiva CEE 92/50, secondo il quale si devono escludere dal novero degli enti pubblici legittimati ad acquisire la qualità di appaltatore quegli organismi pubblici che non comprendono tra le finalità d'istituto la prestazione del servizio per il quale è stata indetta la procedura di selezione e, quindi, l'esercizio della relativa attività (secondo modalità riferibili al concetto di impresa). La formulazione letterale della norma comunitaria, ancorché scarna, appare, infatti, chiaramente significativa dell'intenzione di circoscrivere il novero dei soggetti pubblici ammissibili alla contrattazione con le amministrazioni aggiudicatrici (nella materia degli appalti pubblici di servizi) solo a quelli che svolgono "istituzionalmente" quell'attività nella quale si risolve la prestazione che dovrà essere eseguita dall'appaltatore selezionato, potendo concorrere alle procedure selettive in questione solo gli enti pubblici che erogano le prestazioni oggetto del contratto, secondo i propri fini istituzionali ed in coerenza con i compiti lucrativi loro affidati dall'ordinamento, con esclusione quindi degli organismi universitari [Cons. St., sez. V, 29 luglio 2003 , n. 4327].

In senso analogo sembra essersi espressa la Corte di Giustizia la quale ha avuto modo di chiarire che la disciplina comunitaria in materia di contratti di appalto pubblico si applica al soggetto che "in

quanto operatore economico attivo sul mercato è imprenditore” (Corte giustizia CE, sez. I, 18 gennaio 2007 nel procedimento C-220/05, la quale ha ritenuto che la direttiva 92/50, relativa all'aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, si applica anche alla prestazione di servizi postali non riservati ai sensi della direttiva 97/67 ad una società per azioni pubblica a capitale interamente detenuto dai pubblici poteri).”

14. – Il Collegio, nel condividere e far proprie le considerazioni svolte dal Consiglio di Stato nell’ordinanza ampiamente riportata al punto precedente, ritiene conseguentemente che sia fondato il dubbio che la partecipazione di enti pubblici alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici di servizi sia in contrasto con il principio di concorrenza sotto un duplice profilo: a) da una parte, rischiando di sottrarre al libero mercato quote di contratti pubblici, nei confronti dei quali una fetta non irrilevante di imprese ordinarie verrebbero, di fatto, almeno ostacolate da un agevole accesso attraverso la presenza capillare di centrali di approvvigionamento d'affari; b) dall'altra, costituendosi a favore dell'affidatario una posizione di ingiusto privilegio, garantendogli una sicurezza economica, costituita da finanziamenti pubblici costanti e prevedibili, che gli altri operatori economici non hanno, dovendo affidarsi alla loro capacità di ricavare reddito esclusivamente dalla “offerta sul mercato” . Il tutto con il pericolo di tradursi nella creazione di posizioni di vantaggio economico che l'aspirante affidatario del

servizio può sfruttare anche nel mercato, nel quale si presenta come "particolarmente" competitiva, con conseguente alterazione della par condicio.

15. - Sulla base delle esposte considerazioni questa Sezione ritiene di dover sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte di Giustizia le seguenti questioni pregiudiziali:

I) se le disposizioni della Direttiva n. 2004/18/CE (relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi), come indicate nel paragrafo 10, debbano essere interpretate nel senso che esse precludano la partecipazione ad un appalto di servizi, come il servizio di documentazione, divulgazione e realizzazione del “Sistema omogeneo di identità visuale dei luoghi e degli istituti della cultura: Patrimonio Culturale Sardegna” oggetto della gara indetta dalla Regione Sardegna, ad un raggruppamento temporaneo di imprese fra i cui componenti figura anche una amministrazione statale, del tipo di quella descritta al punto 12;

2) se le disposizioni dell'ordinamento italiano di cui all'articolo 3, commi 22 e 19, del codice dei contratti pubblici di cui al d. lgs. n. 163/2006 (secondo i quali, rispettivamente “Il termine “operatore economico” comprende l'imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi o un raggruppamento o consorzio di essi”; e “I termini “imprenditore”, “fornitore” e “prestatore di servizi” designano una persona fisica, o una persona giuridica, o un ente senza personalità

giuridica, ivi compreso il gruppo europeo di interesse economico (GEIE) costituito ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240, che offra sul mercato, rispettivamente, la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi”) e dell’art. 34 del medesimo codice dei contratti pubblici (che elenca i soggetti ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici) si ponga in contrasto con la direttiva n. n. 2004/18/CE, se interpretato nel senso di limitare la partecipazione ai prestatori professionali di tali attività con esclusione di enti pubblici che abbiano preminenti finalità diverse da quelle di lucro, quali la ricerca.

P.Q.M.

Sospende il giudizio sul ricorso in epigrafe e manda alla Segreteria perché invii copia della presente ordinanza alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea.

Così deciso in Cagliari nelle camere di consiglio dei giorni 27 maggio 2009 e 8 luglio 2009, con l’intervento dei Magistrati:

Paolo Numerico, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere

Giorgio Manca, Primo Referendario, Estensore

L’ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/07/2009

IL SEGRETARIO