



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

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 5683 del 2006, proposto dalla società semplice Vivaio dei Molini Azienda Agricola Porro Savoldi, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Oberdan Epicoco e Alessandro Pallottino, con domicilio eletto presso il signor Alessandro Pallottino in Roma, via Oslavia, n. 14;

contro

L'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici (in seguito: Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture), in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti di

S.O.A. C.Q.O.P. Costruttori Qualificati Opere Pubbliche S.p.a.,
Unione Provinciale Agricoltori di Brescia;

***per la riforma della sentenza del t.a.r. lazio – roma, sezione terza, n.
1206/2006;***

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 maggio 2011 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti l'avvocato Pallottino e l'avvocato dello Stato Nicoli;

1. Il contesto normativo nazionale rilevante ai fini della decisione.

1.1. L'articolo 2082 del codice civile italiano (articolo rubricato 'Imprenditore') stabilisce che

“è imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi”

1.2. L'articolo 2135 dello stesso codice - come sostituito dall'articolo 1 del decreto legislativo 18 maggio 2001, n. 228 e rubricato 'Imprenditore agricolo' - stabilisce che:

“E' imprenditore agricolo che esercita una delle seguenti attività: coltivazione del fondo, selvicoltura, allevamento di animali e attività connesse.

Per coltivazione del fondo, per selvicoltura e per allevamento di animali si intendono le attività dirette alla cura ed allo sviluppo di un ciclo biologico o di una fase necessaria del ciclo stesso, di carattere vegetale o animale, che utilizzano o possono utilizzare il fondo, il bosco o le acque dolci, salmastre o marine.

Si intendono comunque connesse le attività, esercitate dal medesimo imprenditore agricolo, dirette alla manipolazione, conservazione, trasformazione, commercializzazione e valorizzazione che abbiano ad oggetto prodotti ottenuti prevalentemente dalla coltivazione del fondo o del bosco o dall'allevamento di animali, nonché le attività dirette alla fornitura di beni o servizi mediante l'utilizzazione prevalente di attrezzature o risorse dell'azienda normalmente impiegate nell'attività agricola esercitata, ivi comprese le attività di valorizzazione del territorio e del patrimonio rurale e forestale, ovvero di ricezione ed ospitalità come definite dalla legge”

1.3. L'articolo 2195 del codice civile (rubricato *'Imprenditori soggetti a registrazione'*) fornisce l'indicazione delle categorie di imprenditori dediti ad attività commerciali (si veda anche il secondo comma dell'articolo) e stabilisce che:

"Sono soggetti all'obbligo dell'iscrizione nel registro delle imprese gli imprenditori che esercitano:

- 1) un'attività industriale diretta alla produzione di beni o di servizi;*
- 2) un'attività intermediaria nella circolazione dei beni;*
- 3) un'attività di trasporto per terra, per acqua o per aria;*
- 4) un'attività bancaria o assicurativa;*
- 5) altre attività ausiliarie delle precedenti.*

Le disposizioni della legge che fanno riferimento alle attività e alle imprese commerciali si applicano, se non risulta diversamente, a tutte le attività indicate in questo articolo e alle imprese che le esercitano".

1.4. L'articolo 2249 del codice civile (rubricato *'tipi di società'*) stabilisce che:

"Le società che hanno per oggetto l'esercizio di un'attività commerciale devono costituirsi secondo uno dei tipi regolati nei capi III e seguenti di questo titolo (nota: si tratta di tutti i tipi di società diversi dalla società semplice).

Le società che hanno per oggetto l'esercizio di un'attività diversa sono regolate dalle disposizioni sulla società semplice, a meno che i soci abbiano voluto costituire la società secondo uno degli altri tipi regolati nei capi III e seguenti di questo titolo.

Sono salve le disposizioni riguardanti le società cooperative e quelle delle leggi speciali che per l'esercizio di particolari categorie d'impresa prescrivono la costituzione della società secondo un determinato tipo".

1.5. Gli articoli 2251-2290 del codice civile italiano disciplinano la figura della società semplice.

Secondo una consolidata interpretazione (anche giurisprudenziale) di diritto

interno, la società semplice può essere costituita soltanto per l'esercizio di attività non commerciali (ossia, per attività diverse da quelle menzionate dall'articolo 2195 del codice civile), nel cui ambito viene tradizionalmente ricondotto l'esercizio delle attività agricole.

Quindi, nella prassi nazionale, la forma della società semplice è solitamente riferita (anche se in modo non esclusivo) alla figura dell'imprenditore agricolo di cui all'articolo 2135.

1.6. La legge 11 febbraio 1994, n. 109 (*legge-quadro in materia di lavori pubblici*), all'articolo 10 (rubricato *'soggetti ammessi alle gare'*), trasfusa poi nel 'Codice' n. 163 del 2006, ha poi stabilito che:

“1. Sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici i seguenti soggetti, salvo i limiti espressamente indicati:

a) gli imprenditori individuali, anche artigiani, le società commerciali, le società cooperative; [omissis]”

1.7. Il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (rubricato *'codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE'*), all'articolo 34 (rubricato *'soggetti cui possono essere affidati i contratti pubblici'*) stabilisce che:

“1. Sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici i seguenti soggetti, salvo i limiti espressamente indicati:

b) gli imprenditori individuali, anche artigiani, le società commerciali, le società cooperative; [omissis]”

2. Le disposizioni del diritto dell'Unione europea pertinenti nella fattispecie.

2.1. La direttiva 93/37/CEE (*Direttiva del Consiglio che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori*), nel delineare l'ambito di sua applicazione, al paragrafo 6 dell'articolo 6 stabiliva che:

“Le amministrazioni aggiudicatrici provvedono affinché non vi siano discriminazioni fra i

vari imprenditori?

Quindi, la direttiva in questione riserva la partecipazione alle gare all'ampia categoria degli 'imprenditori', di cui – peraltro – non fornisce una definizione.

2.2. La direttiva 2004/18/CE (*Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi*) all'articolo 4 (rubricato 'operatori economici') stabilisce che:

“1. 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.

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

2. 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; tuttavia al raggruppamento selezionato può essere imposto di assumere una forma giuridica specifica una volta che gli sia stato aggiudicato l'appalto, nella misura in cui tale trasformazione sia necessaria per la buona esecuzione dell'appalto”.

Quindi, la direttiva in questione riserva la partecipazione alle gare alla più ampia categoria degli 'operatori economici', di cui – anche in questo caso – non viene fornita una definizione.

3. I fatti all'origine della controversia e le ragioni del rinvio pregiudiziale.

3.1. La società appellante è un imprenditore agricolo ai sensi dell'articolo 2135 del codice civile, costituito nella forma della società semplice ai sensi degli articoli 2251 e seguenti dello stesso codice.

Essa riferisce:

- di esercitare da oltre 65 anni l'attività di coltura e vendita di piante ed essenze arboree e di avere ottenuto già nel 1944 la prima autorizzazione al commercio delle piante vive;
- di avere attualmente 19 dipendenti, di aver realizzato – in media – negli ultimi tre anni un fatturato pari a 1,6 milioni di euro, dei quali circa il 10-12 per cento riconducibile alla partecipazione ad appalti pubblici di lavori, secondo la definizione di cui all'articolo 1, par. 2, lettera b) della direttiva 2004/18/CE (in particolare, le attività svolte riguardano la realizzazione o manutenzione del verde, la messa a dimora delle piante ed essenze prodotte nel vivaio, anche nell'ambito e ai fini del completamento di opere edili).

3.2. Durante il periodo in cui l'ordinamento italiano prevedeva, ai fini della partecipazione alle gare di appalti di lavori, l'iscrizione all'albo nazionale dei costruttori (legge 10 febbraio 1962, n. 57), l'appellante aveva ottenuto l'iscrizione a tale albo nella categoria S1 (avente ad oggetto opere di *“movimento terra, demolizioni, sterri, sistemazione agraria e forestale, verde pubblico e relativo arredo urbano”*).

3.3. A seguito della soppressione del sistema basato sull'albo (1° gennaio 2000), l'ordinamento italiano ha previsto l'istituzione di un sistema diffuso di qualificazione delle imprese che intendono partecipare alle pubbliche gare, affidandolo ad alcune società private (le SOA – Società Organismi di Attestazione), cui è demandato tra l'altro il compito di verificare *ex ante* in capo ai singoli operatori la sussistenza dei requisiti per la partecipazione alle pubbliche gare.

L'ordinamento interno demanda all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture (un'autorità amministrativa disciplinata dall'articolo 6 del codice dei contratti, che fino al 2006 aveva la denominazione di 'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici' – d'ora in poi: 'l'Autorità' -) rilevanti poteri di vigilanza e controllo sull'attività delle SOA.

Il sistema in questione, previsto in via generale dall'articolo 8 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, è stato dapprima attuato con il decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34, e successivamente confermato nelle sue linee di fondo con l'articolo 40 del d.lgs. 163 del 2006 (d'ora in poi: *'il codice dei contratti'*) e, da ultimo, con gli articoli 60 e seguenti del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207 (d'ora in poi: *'il regolamento di esecuzione ed attuazione del codice dei contratti'*).

Tale sistema risulta compatibile con le attuali previsioni di cui agli articoli da 47 a 49 della direttiva 2004/18/CE (in tema, rispettivamente, di capacità economica e finanziaria degli operatori, di capacità tecniche e professionali e di norme di garanzia e qualità).

3.4. Ebbene, anche all'indomani dell'istituzione ed entrata a regime del nuovo sistema nazionale di qualificazione, la società appellante aveva inizialmente ottenuto nel luglio del 2001 dalla società 'S.O.A. C.Q.O.P.' s.p.a. un'attestazione di qualificazione per l'esecuzione di lavori pubblici per la categoria S24 (*'verde e arredo urbano'*, comprendente attività di *"sistemazioni paesaggistiche, verde attrezzato, recinzioni"*).

3.5. Tuttavia, con comunicato n. 42/04 del 24 novembre 2004, l'Autorità negava in via di principio la possibilità per le SOA di rilasciare l'attestazione per la partecipazione alle pubbliche gare in favore delle società semplici (il comunicato in questione è visionabile al seguente URL:

http://www.avcp.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?ca=2461),

Gli argomenti per cui l'Autorità concludeva per la soluzione negativa possono essere così sintetizzati:

- l'articolo 10 della legge 109 del 1994 (in larga parte corrispondente con l'attuale articolo 34 del 'codice dei contratti') limita la possibilità di partecipare alle pubbliche gare alle sole società commerciali (*i.e.*: a un novero di società che non comprende anche le società semplici);
- al contrario, le società semplici non svolgono ordinariamente attività commerciali, ma vengono costituite al fine di svolgere “[attività] per lo più agricola o professionale ovvero economica occasionale, tale da non assumere il carattere di vera e propria impresa”;
- il decreto del Presidente della Repubblica 34 del 2000 (il quale disciplina i presupposti e le condizioni per conseguire la qualificazione ai fini della partecipazione alle pubbliche gare) deve necessariamente essere interpretato nel senso di riferirsi soltanto alle imprese che possono essere idonei concorrenti per le gare d'appalto (e questo non è il caso delle società semplici, che non possono svolgere attività commerciali);
- quindi, “si deve escludere la possibilità di attestare le società semplici, in quanto costituite per lo svolgimento di attività (non commerciali) nelle quali non possono ricomprendersi i lavori pubblici ed in quanto escluse dall'elenco di cui all'art. 10 della legge quadro sui lavori pubblici”

3.6. Con atto del 3 agosto 2005, l'Autorità chiedeva alla ‘S.O.A. C.Q.O.P.’ s.p.a. le ragioni per cui avesse ritenuto di poter rilasciare all’odierna ricorrente un’attestazione SOA, nonostante il contenuto della comunicazione n. 42/04 impedisse in via di principio un siffatto rilascio.

Conseguentemente, con provvedimento in data 9 settembre 2005, la ‘S.O.A.

C.Q.O.P.' s.p.a. revocava l'attestazione SOA a suo tempo rilasciata in favore della società ricorrente, richiamando il contenuto delle precedenti determinazioni dell'Autorità.

3.7. Quindi, la società 'Vivaio dei Molini Azienda Agricola Porro Savoldi' impugnava dinanzi al Tribunale amministrativo regionale del Lazio:

- a) il provvedimento di revoca dell'attestazione SOA;
- b) i provvedimenti presupposti adottati dall'Autorità e, in particolare, il comunicato n. 42/04, censurandone sotto numerosi profili l'illegittimità sotto il versante nazionale e comunitario.

3.8. Con la sentenza n. 1206/06, il TAR respingeva il ricorso, ritenendo (in estrema sintesi) che:

- l'articolo 10 della l. 109 del 1994 (*ratione temporis* rilevante nel giudizio e in larga parte coincidente con l'attuale articolo 34 del decreto legislativo 163 del 2006) consente la partecipazione alle gare d'appalto alle sole società commerciali e non anche alle società semplici, le quali non svolgono in via generale attività commerciali;
- le società semplici di cui agli articoli 2251 e seguenti del codice civile non possono essere considerate 'imprese' in senso proprio, in quanto non svolgono ordinariamente le attività commerciali di cui all'articolo 2195 del codice civile;
- quindi, correttamente la normativa nazionale (e gli atti dell'Autorità) impediscono la possibilità di partecipare ad appalti di lavori pubblici a società che non possono svolgere attività commerciale.

3.9. La sentenza in questione veniva impugnata dinanzi al Consiglio di Stato dalla società ricorrente, la quale lamentava ancora una volta numerose violazioni del diritto nazionale e comunitario.

3.10. All'udienza pubblica del giorno 17 maggio 2011, presenti i procuratori

delle parti costituite come da verbale di udienza, il ricorso veniva trattenuto in decisione.

3.11. Il Collegio ritiene che - per la definizione della controversia - sia necessario disporre il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia (art. 267 del TFUE), al fine di ottenere indicazioni circa la corretta interpretazione delle disposizioni del diritto comunitario derivato rilevanti nella fattispecie.

4. L'esatta individuazione delle disposizioni comunitarie e nazionali che rilevano ai fini del rinvio pregiudiziale.

Nella controversia all'origine della presente ordinanza di rinvio, si fa questione della legittimità:

a) del comunicato n. 42/04 in data 24 novembre 2004, con cui l'Autorità ha negato in via di principio la possibilità per le società semplici (in quanto società non commerciali) di partecipare alle pubbliche gare, ostandovi la previsione di cui all'articolo 10 della legge 109 del 1994;

b) dell'atto in data 9 maggio 2005 con cui la 'S.O.A. C.Q.O.P.' s.p.a. ha revocato l'attestazione in favore della società ricorrente, in tal modo uniformandosi all'atto di regolazione dell'Autorità di settore.

Ebbene, entrambi gli atti oggetto di impugnativa sono stati adottati in un momento in cui la direttiva 2004/18/CE era già entrata in vigore (30 aprile 2004), ma non era ancora decorso il termine ultimo per il suo recepimento negli ordinamenti nazionali (31 gennaio 2006).

Conseguentemente, la presente questione per rinvio pregiudiziale deve essere valutata alla luce delle previsioni della previgente direttiva 93/37/CEE, pur dovendosi ritenere che il contenuto sostanziale della nuova direttiva (per la parte che nella presente sede rileva) sia in larga parte coincidente con quello della previgente direttiva.

Per quanto riguarda l'ordinamento nazionale, poi, entrambi gli atti oggetto di

impugnativa sono stati adottati prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo 163 del 2006 (*codice dei contratti*), ragione per cui la presente questione per rinvio pregiudiziale deve essere valutata alla luce delle previsioni del previgente quadro normativo e, segnatamente, della legge 109 del 1994.

5. La giurisprudenza nazionale formatasi sul punto di diritto oggetto di rinvio.

Le Autorità giurisdizionali nazionali hanno già affrontato la questione, che qui viene in rilievo, della legittimità *de jure comunitario* della previsione di cui all'articolo 10 della legge 109 del 1994, per la parte in cui impedisce alle società semplici (in particolare: delle società semplici che sono imprenditori agricoli ai sensi dell'articolo 2135 del codice civile e intendono partecipare a gare pubbliche di appalto) la partecipazione alle gare d'appalto, riservandola alle sole società commerciali (ossia, a tutti gli altri tipi di società previsti dal libro quinto del codice civile italiano).

In particolare, con la decisione del Consiglio di Stato n. 3638/2010 è stata affermata la manifesta infondatezza della questione (la quale, in base alla teoria c.d. dell'atto chiaro, non è stata neppure demandata in via interpretativa alla Corte di giustizia).

Con la pronuncia in questione, il Consiglio di Stato ha ritenuto che:

- l'articolo 6 della direttiva 93/37/CEE (coincidente in buona parte con l'articolo 4 della direttiva 2004/18/CE) individua i soggetti ammessi alla partecipazione alle gare (nel primo caso si tratta della categoria degli *'imprenditori'*; nel secondo caso degli *'operatori economici'*), individuando tali soggetti in base al principio c.d. della *'libertà delle forme'*;
- al contrario, viene demandata agli ordinamenti nazionali la determinazione (e l'eventuale limitazione) della *capacità giuridica* dei partecipanti alle gare,

sicché gli ordinamenti nazionali possono legittimamente limitare la capacità di partecipare alle gare a taluni imprenditori (o a *‘operatori economici’*, secondo la più recente definizione comunitaria), a condizione che siffatte limitazioni risultino ragionevoli e proporzionate e non limitino in modo ingiustificato le libertà economiche garantite dal Trattato;

- in definitiva, siccome spetta agli Stati membri disciplinare (ed, eventualmente, limitare) la capacità giuridica di essere imprenditore, ne consegue che i singoli ordinamenti nazionali possano legittimamente impedire la partecipazione alle gare pubbliche nei confronti di operatori che, sotto ogni altro aspetto, sono qualificabili come *‘imprenditori’* (o *‘operatori economici’*);

- per quanto concerne la normativa italiana che impedisce alle società semplici esercenti attività di imprenditori agricoli (in quanto società non commerciali) di partecipare alle pubbliche gare, essa appare ispirata a principi ragionevoli e non discriminatori, *“in quanto si giustifica per il peculiare regime della responsabilità della società semplice verso i terzi, rispetto al regime della responsabilità delle altre società, ben più garantista per i terzi”* (Consiglio di Stato, sentenza 3638/2010, cit.).

Nonostante nel richiamato precedente il Consiglio di Stato abbia concluso nel senso della compatibilità della disciplina nazionale con le pertinenti disposizioni del diritto comunitario, si ritiene che la questione mantenga rilevanti margini di opinabilità, tali da indurre a sollevare una questione per rinvio pregiudiziale ai sensi dell’articolo 267 del TFUE.

6. Le ragioni per cui si rende necessario disporre il rinvio pregiudiziale.

Ad avviso di questo Giudice del rinvio, la questione di fatto e di diritto dinanzi descritta non può essere risolta, se non sollevando una questione per rinvio pregiudiziale in relazione alla compatibilità fra le pertinenti disposizioni

di diritto interno e il diritto comunitario, poiché:

a) non possono essere condivisi gli argomenti profusi dalla società appellante al fine di affermare il suo diritto alla partecipazione alle pubbliche gare indipendentemente dal contenuto dell'articolo 10 della legge 109 del 1994;

b) non possono essere condivisi gli argomenti profusi dalla società appellante al fine di affermare l'illegittimità costituzionale della richiamata previsione del diritto nazionale.

Quindi, risulta effettivamente determinante, ai fini del decidere, stabilire se l'articolo 10, cit. sia o meno compatibile con il diritto comunitario, in quanto, in caso affermativo, questo Consiglio di Stato dovrebbe necessariamente concludere nel senso della legittimità dell'esclusione della ricorrente dalle pubbliche gare, mentre in caso negativo occorrerebbe non applicare la disposizione nazionale in contrasto con il diritto comunitario, ammettendo la possibilità per l'appellante di partecipare a tali gare.

Va osservato che, in base alle disposizioni del diritto nazionale, il Consiglio di Stato è un organo giurisdizionale avverso le cui decisioni non può in via ordinaria proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, ragione per cui esso ha l'obbligo (e non la mera facoltà) di rivolgersi alla Corte di giustizia laddove si faccia questione della controversa interpretazione di norme di diritto comunitario (terzo comma dell'art. 267 del TFUE).

6.1. Circa gli argomenti profusi dalla società ricorrente al fine di affermare il suo diritto alla partecipazione alle pubbliche gare indipendentemente dal contenuto della previsione di cui all'articolo 10 della legge 109 del 1994.

Gli argomenti in questione della società appellante non possono essere condivisi.

6.1.1. Può certamente convenirsi con la società appellante circa il fatto che a un imprenditore agricolo (articolo 2135 cod. civ.) che opera nella forma della

società semplice (art. 2251 e segg. cod. civ.) non può essere negata né la qualificazione soggettiva di imprenditore (art. 2082, cod. civ.), né la qualificazione di soggetto che agisce in veste societaria (tale qualificazione, secondo la ricorrente, sarebbe stata radicalmente negata dall'Autorità).

Invece, non può convenirsi con la società quando afferma che, in base al diritto nazionale, per la partecipazione alle pubbliche gare non sarebbe necessaria la qualifica di imprenditore commerciale ai sensi dell'articolo 2135, a tal fine essendo sufficiente la qualifica di imprenditore *tout-court* ai sensi dell'articolo 2082.

Al contrario, appare impossibile negare che, per il diritto nazionale, i contratti pubblici di appalto abbiano ad oggetto “*attività industrial[i] dirett[e] alla produzione di beni e servizi?*”; “*attività intermediari[e] nella circolazione dei beni?*”, nonché “*altre attività ausiliarie delle precedenti?*” (ossia, attività riservate in modo esclusivo agli imprenditori commerciali e che non possono essere svolte da un semplice imprenditore non esercente attività commerciale).

6.1.2. Neppure può essere condiviso l'argomento secondo cui, ai sensi del diritto interno, sarebbe possibile per l'imprenditore agricolo partecipare alle pubbliche gare in quanto il terzo comma dell'articolo 2135 prevede, fra le attività ‘*connesse*’ a quelle agricole, quelle dirette alla commercializzazione dei prodotti ottenuti dalla coltivazione del fondo.

E infatti, la circostanza per cui è consentito all'imprenditore agricolo svolgere *alcune* attività connesse ed ulteriori, rispetto a quelle tipicamente riferibili alla coltivazione del fondo (e alle altre attività di cui al primo comma dell'articolo 2135 del codice civile), non toglie che nella tipica nozione di ‘*impresa agricola*’, quale si desume dall'art. 2135 c.c., rientra soltanto l'esercizio dell'attività diretta alla coltivazione del fondo che sia svolta con la terra o sulla terra e purché l'organizzazione aziendale ruoti attorno al fattore terra, nonché

l'attività connessa a tale coltivazione, la quale si inserisca nel consueto e ben delimitato ciclo dell'economia agricola, a integrazione della suddetta attività (in tal senso la sentenza della Cassazione civile 24 marzo 2011, n. 6853).

In definitiva, fin quando l'impresa agricola svolge le attività connesse (come quelle di commercializzazione dei prodotti del fondo) in modo *non prevalente* rispetto a quelle tipiche relative alla coltivazione del fondo, essa mantiene i caratteri tipici di un mero imprenditore agricolo che, in quanto tale, non può essere considerato imprenditore commerciale.

Al contrario, l'imprenditore agricolo può essere considerato imprenditore commerciale solo quando l'attività in concreto esercitata, oltre a essere idonea a soddisfare esigenze connesse alla produzione agricola, risponda, nel contempo, ad altri scopi commerciali o industriali e realizzi utilità del tutto indipendenti dall'impresa agricola o comunque *prevalenti* rispetto a essa.

Tuttavia, la società ricorrente non ha allegato elementi concreti idonei a dimostrare che lo svolgimento di attività diverse da quelle tipicamente agricole (fra cui, la partecipazione alle gare d'appalto) assuma un carattere *prevalente* nel complesso di quelle svolte. Viceversa, la stessa ricorrente ha affermato che la partecipazione alle pubbliche gare garantisce una parte minore del suo fatturato (pari al 10-12% del totale).

6.2. Concludendo sul punto, si deve affermare che nessuna possibile lettura del pertinente quadro giuridico nazionale potrebbe consentire di ammettere la società ricorrente alle pubbliche gare.

Conseguentemente, risulta necessario ai fini della decisione, interrogarsi circa la legittimità comunitaria delle disposizioni nazionali che impediscono alle società semplici la partecipazione alle pubbliche gare.

7. Le ragioni delle parti e i quesiti da sottoporre alla Corte di giustizia.

7.1. Il primo quesito.

7.1.1 In primo luogo occorre stabilire se le pertinenti disposizioni del diritto comunitario e, in particolare, l'articolo 6 della direttiva 93/37/CEE (in seguito: articolo 4 della direttiva 2004/18/CE), osti in via di principio a una previsione normativa nazionale (quale l'art. 10, comma 1, lettera *a*) della legge 109 del 1994 – in seguito: articolo 34, comma 1, lettera *a*) del decreto legislativo 163 del 2006), la quale limita alle sole società che esercitano attività commerciali la possibilità di partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, in tal modo escludendo taluni imprenditori (quali le società semplici) che non esercitano in via ordinaria e prevalente siffatta tipologia di attività.

Al riguardo, si osserva che la direttiva 93/37/CEE stabilisce in più punti che la partecipazione alle pubbliche gare d'appalto è consentita alla indifferenziata categoria degli 'imprenditori' (es.: articolo 1, primo comma, lettere *a*), *e*, *f*), *g*), *h*); articolo 6, paragrafi 5 e 6, ma anche articoli 24, 25, 26 e 27), pur senza fornire una definizione normativa della nozione di '*imprenditore*'.

La giurisprudenza nazionale ha, tuttavia, ritenuto che la nozione di '*imprenditore*' trasfusa nella richiamata direttiva può essere fatta coincidere con quella esistente nell'ordinamento italiano, il quale fa riferimento a un soggetto il quale svolge "*un'attività economica per la produzione e lo scambio di beni o servizi*" - articolo 2082 del codice civile – (Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza 3638/2010).

7.2. Ad un primo esame, potrebbe ritenersi che l'ordinamento comunitario osti in via di principio a una previsione (quale l'articolo 10 della legge 109 del 1994), la quale impedisca a un soggetto certamente qualificabile come 'imprenditore' ai sensi del diritto comunitario e interno la partecipazione alle pubbliche gare d'appalto.

In particolare, una siffatta previsione sembrerebbe contraria ai principi della

libertà di stabilimento, della libera circolazione dei servizi, del divieto di discriminazione fra gli imprenditori (articolo 6, paragrafo 6 della direttiva 93/37/CEE), del *favor participationis* e della libertà delle forme dei partecipanti alle gare (articolo 21 della direttiva 93/37/CEE).

Tale contrarietà risulterebbe ancora più ingiustificata considerando che l'ordinamento italiano non consente agli imprenditori agricoli operanti nella veste di società semplici di partecipare alle gare pubbliche di appalto neppure in relazione allo svolgimento delle 'attività connesse' all'agricoltura (es.: la commercializzazione dei prodotti ottenuti con la coltivazione del fondo) nel cui esercizio è consentito loro lo svolgimento di attività tipicamente commerciali (articolo 2135, terzo comma del codice civile)

7.3. D'altro lato, potrebbe affermarsi la legittimità *de jure comunitario* della richiamata preclusione (in relazione ai principi di parità di trattamento e di trasparenza) alla luce della giurisprudenza comunitaria secondo cui va comunque riconosciuta agli Stati membri una certa discrezionalità nell'adozione delle misure destinate a garantire il rispetto dei richiamati principi, i quali si impongono alle amministrazioni aggiudicatrici in tutte le procedure di aggiudicazione di un appalto pubblico (in tal senso: CGCE, sentenza 16 dicembre 2008 in causa C 213/07, *Michaniki*).

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

A questo punto, occorre, tuttavia, chiedersi se la misura preclusiva di cui all'articolo 10 della legge 109 del 1994 risulti giustificata dallo scopo di assicurare la salvaguardia dei richiamati principi comunitari, ovvero se essa

ecceda quanto necessario per il raggiungimento dello scopo.

La giurisprudenza nazionale ha osservato al riguardo che il divieto per le società semplici di partecipare alle gare di appalto risulta ragionevole e non discriminatorio (anche a tutela delle potenziali controparti negoziali), in quanto giustificato dalla particolare struttura e disciplina di tali società.

Ed infatti:

- i)* la normativa nazionale non prescrive per le società semplici il possesso di un capitale o un patrimonio minimo;
- ii)* nei confronti dei creditori di tali società risponde il solo patrimonio della società (il quale può, tuttavia, essere di ammontare ridottissimo e del tutto insufficiente a soddisfare le pretese dei creditori), nonché – salvo patto contrario – i soli soci che hanno agito in nome e per conto della società;
- iii)* la normativa fallimentare italiana esclude in via ordinaria le società semplici dal fallimento in quanto non esercenti attività commerciale.

7.2. Il secondo quesito.

7.2.1. Laddove non si ritenga che l'ordinamento comunitario osti in modo assoluto e indifferenziato a una normativa nazionale la quale impedisce agli imprenditori agricoli operanti nella veste di società semplici di partecipare alle pubbliche gare di appalto, la legittimità comunitaria di tale divieto potrebbe essere esaminata sotto un diverso angolo visuale.

In particolare, si pone la questione se la richiamata misura limitativa possa essere giustificata in considerazione della distinzione che esiste fra:

- (da un lato) l'individuazione dei soggetti ammessi alle gare di appalto, che è rimessa al diritto comunitario (nel caso di specie: all'articolo 6 della direttiva 93/37/CEE) e
- (dall'altro) la definizione e la delimitazione della *capacità giuridica* di essere imprenditori, che è rimessa agli ordinamenti nazionali.

In particolare, una volta stabilito che la normativa comunitaria ammette in via di principio alle gare di appalto i soggetti qualificati come 'imprenditori' (nozione – questa – che certamente include anche gli imprenditori agricoli costituiti nella forma della società semplice), occorre domandarsi se lo Stato membro possa poi legittimamente limitare la capacità giuridica di tali operatori, autorizzandoli o meno a compiere sul mercato operazioni rilevanti quali quelle connesse alla partecipazione alle gare d'appalto.

Al riguardo si osserva che la stessa giurisprudenza comunitaria ha riconosciuto agli Stati membri il potere di autorizzare o meno talune categorie di operatori a fornire determinati tipi di prestazioni, in funzione del fatto che l'attività svolta sia compatibile o meno con i fini istituzionali e statutari loro demandati (in tal senso: sentenza 23 dicembre 2009 in causa C-305/08 CoNISMa).

Anche in questo caso, la legittimità o meno della scelta del legislatore nazionale di introdurre tali limitazioni per gli operatori economici deve essere esaminata alla luce dei generali principi di *adeguatezza* e *proporzionalità* rispetto agli scopi perseguiti e deve tradursi nell'adozione di misure nel loro complesso ragionevoli e non discriminatorie.

Queste essendo le coordinate interpretative in base alle quali esaminare la vicenda di causa, occorre chiedersi se le peculiarità del modello della società semplice (anche per ciò che attiene alla tutela delle sue potenziali controparti contrattuali, già esaminate *retro*, *sub* 7.3) giustifichi o meno l'adozione di misure limitative quali quelle di cui all'articolo 10 della legge n. 109 del 1994.

8. Conclusioni.

8.1. Per le ragioni sin qui esaminate, si ritiene di sospendere il giudizio a quo e di rimettere alla Corte di giustizia i seguenti quesiti interpretativi

1) Se l'ordinamento comunitario e, segnatamente, l'articolo 6 della direttiva 93/37/CEE (in seguito: articolo 4 della direttiva 2004/18/CE), osti in via di principio a una previsione normativa nazionale (quale l'art. 10, comma 1, lettera a) della legge 109 del 1994 – in seguito: articolo 34, comma 1, lettera a) del decreto legislativo 163 del 2006), il quale limita alle sole società che esercitano attività commerciali la possibilità di partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, in tal modo escludendo taluni imprenditori (quali le società semplici) che non esercitano in via ordinaria e prevalente siffatta tipologia di attività; ovvero se il divieto in questione risulti ragionevole e non discriminatorio alla luce della particolare disciplina e del peculiare regime patrimoniale delle società semplici.

Qualora al primo quesito sia fornita risposta negativa, si ritiene di rimettere alla Corte di giustizia il seguente ulteriore quesito:

Se l'ordinamento comunitario e, segnatamente, l'articolo 6 della direttiva 93/37/CEE (in seguito: articolo 4 della direttiva 2004/18/CE), nonché il principio della libertà della forma giuridica dei soggetti ammessi a partecipare alle gare consenta al Legislatore nazionale di limitare la capacità giuridica di un imprenditore (ovvero, di un operatore economico, secondo la definizione della direttiva 2004/18/CE), in considerazione delle peculiarità che caratterizzano la disciplina nazionale di tale imprenditore, precludendo allo stesso di partecipare alle gare pubbliche di appalto, ovvero se una tale limitazione risulti violativa dei principi di ragionevolezza e non discriminazione.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) non definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe n. 5683 del 2006,

Visto l'art. 267 del TFUE;

Visto l'art. 23 dello Statuto della Corte di Giustizia delle CE;

Visto l'art. 3 della l. 13 marzo 1958, n. 204;

Vista la Nota informativa riguardante le domande di pronuncia pregiudiziale

da parte dei giudici nazionali' pubblicata sulla G.U.C.E. del 28 maggio 2011

DISPONE la rimessione alla Corte di giustizia delle CE delle questioni pregiudiziali indicate in motivazione;

DISPONE, nelle more, la sospensione del giudizio

Spese al definitivo.

MANDA alla Segreteria della Sezione tutti gli adempimenti di competenze e in particolare:

- la comunicazione della presente ordinanza alla Corte di giustizia delle CE;
- l'invio, in plico raccomandato, alla Cancelleria della Corte di giustizia delle CE (L-2925, Lussemburgo) della presente ordinanza, insieme a copia di tutti gli atti contenuti nel fascicolo di causa, relativi al primo e al secondo grado di giudizio.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Rosanna De Nictolis, Consigliere

Roberto Garofoli, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETARIA

Il 21/09/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)