Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
PAOLO MENGOZZI
presentate il 27 febbraio 2014 [1]

Causa C-574/12

Centro Hospitalar de Setúbal, EPE
Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH)
contro
Eurest Portugal – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Supremo Tribunal Administrativo (Portogallo)]

«Appalti pubblici — Direttiva 2004/18/CE — Insussistenza di un obbligo di organizzare una procedura di aggiudicazione secondo le norme di diritto dell'Unione (affidamento cosiddetto "in house") — Requisito del "controllo analogo" — Soggetto aggiudicatario giuridicamente distinto dall'amministrazione aggiudicatrice e avente forma di associazione senza scopo di lucro — Partecipazione di interessi privati nel soggetto aggiudicatario — Requisito dello svolgimento della parte più importante della propria attività con le amministrazione aggiudicatrici che esercitano il "controllo analogo"»

1. Con le sei questioni pregiudiziali sottopostele dal Supremo Tribunal Administrativo portoghese nella presente causa, la Corte è nuovamente chiamata a precisare la portata dei requisiti che devono sussistere affinché un'amministrazione aggiudicatrice possa avvalersi dell'eccezione per i cosiddetti affidamenti «in house». In forza di tale eccezione, stabilita dalla Corte sin dalla sentenza Teckal [2] e oggetto ormai di ampia giurisprudenza, un'amministrazione aggiudicatrice è dispensata dall'avviare una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in presenza di due condizioni: se essa esercita sul soggetto aggiudicatario un «controllo analogo» a quello da essa esercitato sui propri servizi e se tale soggetto realizza la parte più importante della propria attività con l'amministrazione o le amministrazioni aggiudicatrici che la controllano [3].

2. La presente causa solleva alcune questioni inedite che permetteranno alla Corte di chiarire ulteriormente l'ambito di applicazione dell'eccezione «in house». Da un lato, la Corte è chiamata a definire la portata della sua giurisprudenza secondo cui la presenza di interessi privati nel soggetto aggiudicatario esclude la possibilità che l'amministrazione aggiudicatrice eserciti su tale soggetto un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi [4]. Più specificamente, la Corte dovrà chiarire se

1 — Lingua originale: l'italiano.

2 — Sentenza del 18 novembre 1999, Teckal (C-107/98, Racc. pag. I-8121).

3 — Si vedano, inter alia, le sentenze dell'11 gennaio 2005, Stadt Halle e RPL Lochau (C-26/03, Racc. pag. I-1, punto 49); del 13 ottobre 2005, Parking Brixen (C-458/03, Racc. pag. I-8585, punto 62); dell'11 maggio 2006, Carbotermo e Consorzio Alisei (C-340/04, Racc. pag. I-4134, punto 33); del 19 aprile 2007, Asociación Nacional de Empreses Forestales (C-295/05, Racc. pag. I-2999, punto 55); del 13 novembre 2008, Coditel Brabant (C-324/07, Racc. pag. I-8457, punto 27); del 10 settembre 2009, Sea (C-573/07, Racc. pag. I-8127, punto 40); del 29 novembre 2012, Econord (C-182/11 e C-183/11, punto 25), e del 19 dicembre 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a. (C-159/11, punto 32). Al riguardo si vedano altresì le mie recenti conclusioni nella causa Datenlotsen Informationssysteme (C-15/13).

4 — V. infra paragrafi 25 e 28.

l'approccio restrittivo adottato in tale giurisprudenza per le partecipazioni private nel capitale di società aggiudicatarie debba essere seguito anche nel caso in cui il soggetto aggiudicatario sia un'associazione senza scopo di lucro tra i cui membri vi siano, oltre alle amministrazioni aggiudicatrici, anche associazioni che perseguono finalità caritatevoli e di beneficienza.

3. D'altro lato, nella presente causa, la Corte è chiamata a precisare i contorni del secondo «requisito Teckal», ossia la condizione a termini della quale il soggetto aggiudicatario deve realizzare la parte più importante della propria attività con l'amministrazione o le amministrazioni aggiudicatrici che lo controllano.

I – Contesto normativo

A – *Diritto dell'Unione*

4. L'articolo 1, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2004/18/CE [5], stabilisce che «[g]li "appalti pubblici" sono contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi ai sensi della presente direttiva».

B – *Diritto nazionale*

5. Ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 2, del codice degli appalti pubblici portoghese [6], il quale ha recepito la direttiva 2004/18 nell'ordinamento giuridico portoghese alla luce della giurisprudenza della Corte, «[s]ono esclusi dall'applicazione [della disciplina in materia di appalti] anche i contratti che, indipendentemente dall'oggetto, vengono stipulati dalle amministrazioni aggiudicatrici con altro soggetto, purché:

a) l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sull'attività di quest'ultimo soggetto, individualmente o congiuntamente ad altre amministrazioni aggiudicatrici, un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, e

b) detto soggetto realizzi la parte essenziale della propria attività a favore di una o varie amministrazioni aggiudicatrici che esercitano su di esso un controllo analogo a quello menzionato sub a)».

II – Fatti, procedimento nazionale e questioni pregiudiziali

6. Il Centro Hospitalar de Setúbal (in prosieguo: il «CHS»), primo ricorrente nella causa pendente dinanzi al giudice del rinvio, è un ospedale pubblico portoghese.

5 — Direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, p. 114).

6 — Approvato con decreto n. 18/2008, del 29 gennaio 2008.

7. Il Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (in prosieguo: il «SUCH»), secondo ricorrente nella causa pendente dinanzi al giudice del rinvio, è un'associazione senza scopo di lucro istituita con decreto n. 46.668, del 24 novembre 1965, e dotata di proprio statuto [7]. Ai sensi dell'articolo 2 del suo statuto, il SUCH è preordinato all'esecuzione di una funzione di servizio pubblico; esso costituisce uno strumento per l'autogestione delle necessità dei suoi membri e si assume come obiettivo l'efficienza di questi ultimi. Esso contribuisce inoltre alla realizzazione della politica sanitaria, contribuendo significativamente all'efficienza e alla sostenibilità finanziaria del sistema sanitario nazionale.

8. Ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 1, dello statuto del SUCH, possono esserne membri solo soggetti appartenenti al settore pubblico o al settore sociale che prestino cure sanitarie o che svolgano attività in relazione con la promozione e la protezione della salute. Ai sensi del paragrafo 2 dello stesso articolo, il SUCH deve tuttavia assicurare che la maggioranza dei diritti di voto nell'assemblea generale sia detenuta da soggetti che fanno capo al membro del governo responsabile per il settore della sanità e sono assoggettati ai suoi poteri di indirizzo, di controllo e di tutela. Al momento dei fatti pertinenti per la presente causa, il SUCH aveva 88 membri, tra cui il CHS, nonché 23 istituti privati di solidarietà sociale, tutti senza scopo di lucro, di cui 20 istituti caritatevoli (Misericórdias).

9. Ai sensi dell'articolo 3 del suo statuto, il SUCH è assoggettato al potere di indirizzo, di controllo e di tutela del membro del governo responsabile per il settore della sanità il quale è competente per la nomina del presidente e del vicepresidente del consiglio di amministrazione, nonché per l'omologazione delle delibere dell'assemblea generale riguardanti: la contrazione di prestiti che implichino un livello di indebitamento netto uguale o superiore al 75% dei capitali propri accertati nell'esercizio precedente, le modifiche dello statuto e lo scioglimento del SUCH.

10. Ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 3, del suo statuto, il SUCH può fornire servizi a enti pubblici non membri o ad enti privati, nazionali o stranieri, in regime di concorrenza e di mercato, a condizione che ciò non arrechi pregiudizio ai suoi membri e risulti vantaggioso per il SUCH stesso e per i suoi membri, sia dal punto di vista economico che da quello della valorizzazione tecnologica. Il paragrafo 4 dello stesso articolo precisa che il SUCH deve assicurare che la propria attività sia svolta almeno per l'80% a favore dei suoi membri.

11. Il 27 luglio 2011, il CHS ha concluso con il SUCH un accordo avente ad oggetto la fornitura da parte di quest'ultimo di pasti ai pazienti e al personale del CHS. L'accordo è stato concluso per una durata di cinque anni rinnovabili e prevede il pagamento di un prezzo annuo pari a EUR 1 295 289, per un totale, per i cinque anni di durata dell'accordo, pari a EUR 6 476 445. La fornitura dei servizi oggetto dell'accordo è stata attribuita direttamente dal CHS al SUCH senza far ricorso alle procedure di aggiudicazione previste dalla direttiva 2004/18 in quanto, ad opinione dei contraenti, tale accordo si sarebbe iscritto nell'ambito delle relazioni «in house» esistenti tra il SUCH e gli ospedali che ne sono membri, tra cui il CHS.

12. Considerando che l'affidamento diretto al SUCH della fornitura dei servizi oggetto dell'accordo concluso con il CHS fosse illegittimo in quanto effettuato senza procedura d'aggiudicazione pubblica e, quindi, in violazione della normativa nazionale ed europea in materia di appalti, Eurest (Portugal) - Sociedade Europeia de Restaurantes Lda (in prosieguo: «Eurest»), società che fornisce gli stessi servizi oggetto dell'accordo, nonché parte di un contratto con il CHS per la fornitura di pasti risolto in seguito alla conclusione dell'accordo tra il CHS e il SUCH, ha proposto ricorso dinanzi al Tribunal Administrativo e Fiscal de Almada. Nel suo ricorso Eurest ha chiesto, da un lato, l'annullamento dell'ordinanza del consiglio di amministrazione del CHS che prevedeva la risoluzione del suo contratto con detto ospedale e, dall'altro, l'annullamento dell'accordo concluso tra il CHS e il SUCH.

7 — Lo statuto del SUCH ha subìto diverse modifiche nel tempo. La versione in vigore al momento dei fatti rilevanti di causa è quella omologata nell'ottobre del 2010.

13. Con sentenza del 30 gennaio 2012, il Tribunal Administrativo e Fiscal de Almada ha accolto il ricorso e ha dichiarato nullo l'accordo concluso tra il CHS e il SUCH. Tale giudice ha considerato che non fosse dimostrata la sussistenza delle condizioni per l'applicazione dell'eccezione prevista dall'articolo 5, paragrafo 2, del codice degli appalti pubblici e che, pertanto, l'attribuzione dei servizi previsti dall'accordo dovesse fare oggetto di una procedura di aggiudicazione pubblica. Il CHS e il SUCH hanno impugnato la sentenza di primo grado dinanzi al Tribunal Central Administrativo do Sul, il quale, con sentenza del 26 aprile 2012, ha respinto i loro ricorsi. Avverso tale sentenza hanno proposto ricorso dinanzi al Supremo Tribunal Administrativo, giudice del rinvio, sia il SUCH sia il CHS.

14. Il giudice del rinvio rileva, anzitutto, che non è contestato che un ospedale quale il CHS, in quanto persona giuridica di diritto pubblico, costituisce un'amministrazione aggiudicatrice. Non è neanche in discussione il fatto che l'accordo da questo concluso con il SUCH, ente da lui distinto, costituisce un appalto pubblico di servizi. Il giudice del rinvio osserva altresì che, affinché tale appalto possa fare oggetto di un affidamento diretto «in house», è necessario che siano soddisfatte le due condizioni previste dall'articolo 5, paragrafo 2, del codice degli appalti, ripreso al precedente paragrafo 5, che codifica la giurisprudenza Teckal.

15. Per ciò che riguarda, in particolare, la prima condizione, ossia l'esistenza del «controllo analogo», il giudice del rinvio osserva che la particolare natura giuridica del SUCH, il quale ha come membri anche istituzioni private di solidarietà sociale, solleva questioni nuove alla luce della giurisprudenza della Corte secondo cui la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società esclude in ogni caso l'esistenza di un tale tipo di controllo [8], e ciò in particolare in relazione al fatto che nel diritto dell'Unione, affinché si configuri un'impresa, non è necessario che l'ente in questione persegua una scopo di lucro. Inoltre, facendo riferimento ad una sentenza con cui la Corte dei conti portoghese ha negato il visto all'accordo in causa e la cui motivazione è stata ripresa nella sentenza impugnata dinanzi ad esso, il giudice del rinvio si chiede se il requisito del controllo analogo possa essere soddisfatto nel caso di specie, tenuto conto del numero dei membri non pubblici del SUCH, della sua ampia autonomia e della sua indipendenza rispetto ai poteri pubblici, della dinamica concreta del suo funzionamento e, in particolare, del funzionamento del suo consiglio di amministrazione nonché della sua dimensione e complessità.

16. Quanto alla seconda condizione necessaria per l'applicazione dell'eccezione relativa agli affidamenti «in house», il giudice del rinvio si chiede se essa possa essere soddisfatta allorché, conformemente alle disposizioni dello statuto del SUCH, questo può realizzare il 20% del proprio fatturato fornendo servizi in regime di concorrenza a soggetti terzi diversi dai suoi membri.

17. Alla luce di tali considerazioni, il giudice del rinvio, con ordinanza del 6 novembre 2012, ha ritenuto necessario sospendere il procedimento pendente dinanzi a sé al fine di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se sia compatibile con la dottrina comunitaria sugli appalti "in house" il fatto che un ospedale pubblico affidi, senza seguire la procedura prevista dalla legge per la stipulazione del relativo contratto, ad un'associazione senza scopo di lucro cui esso è associato e che è preordinata alla realizzazione di una funzione di servizio pubblico nell'area della sanità con il fine di assicurare una maggiore efficacia ed efficienza da parte dei suoi soci, la fornitura del servizio di ristoro ospedaliero di sua competenza, trasferendo in tal modo a detta associazione la responsabilità delle sue funzioni in tale ambito, qualora, conformemente allo statuto dell'associazione medesima, possano fare parte di quest'ultima soggetti appartenenti non soltanto al settore pubblico, ma anche al settore sociale, e allorché, alla data di affidamento dell'appalto, su un

8 — V. sentenza Stadt Halle e RPL Lochau, cit., punti 49 e 50.

totale di ottantotto membri, appartenevano al settore sociale ventitré enti privati per la promozione della solidarietà sociale (IPSS), senza scopo di lucro, alcuni dei quali erano enti di beneficenza.

2) Se si possa ritenere che un soggetto aggiudicatario sia assoggettato al potere decisionale dei suoi membri pubblici, di modo che questi esercitino, individualmente o congiuntamente, un controllo analogo a quello esercitato sui loro servizi, qualora, conformemente al suo statuto, il soggetto aggiudicatario debba assicurare che la maggioranza dei diritti di voto sia detenuta dai membri che fanno capo al membro del governo responsabile per il settore della sanità e sono assoggettati ai suoi poteri di indirizzo, di controllo e di tutela, e allorché anche la maggioranza dei membri del suo consiglio di amministrazione è formata da membri pubblici.

3) Se si possa considerare soddisfatta la condizione relativa al "controllo analogo" alla luce della dottrina comunitaria sugli appalti "in house", nel caso in cui il soggetto aggiudicatario, conformemente al suo statuto, sia soggetto al potere di tutela del membro del governo responsabile per l'area della sanità, cui spetta designare il presidente ed il vicepresidente del consiglio di amministrazione, approvare le delibere dell'assemblea generale sulla possibilità di contrarre prestiti che implichino un livello di indebitamento netto uguale o superiore al 75% dei propri capitali accertati nell'esercizio precedente, approvare le delibere riguardanti le modifiche dello statuto, approvare le delibere dell'assemblea generale sullo scioglimento del soggetto aggiudicatario e determinare la destinazione dei suoi beni in caso di scioglimento.

4) Se il rapporto con i membri pubblici possa essere qualificato come un mero affidamento interno o "in house" in virtù del fatto che l'entità affidataria è un'organizzazione di grandi dimensioni e complessità, che opera in tutto il territorio portoghese ed annovera tra i suoi membri la maggior parte dei servizi e delle istituzioni del Serviço Nacional de Saúde, compresi i maggiori centri ospedalieri del paese, con un fatturato previsto di 90 milioni di euro, un'attività che abbraccia complessi e diversi settori di attività, con indicatori chiave delle attività molto rilevanti, che conta più di 3 300 dipendenti e che partecipa a due gruppi di interesse economico e a due società commerciali.

5) Se si possano considerare soddisfatte le condizioni per gli appalti "in house", specialmente quella relativa all'"obiettivo essenziale dell'attività svolta" stabilita all'articolo 5, paragrafo 2, lettera b), del CCP, in virtù del fatto che il soggetto aggiudicatario può, conformemente al suo statuto, prestare servizi in regime di concorrenza a favore di enti pubblici non associati e di privati, nazionali e stranieri, purché i) ciò non arrechi alcun pregiudizio ai suoi membri e risulti vantaggioso per questi ultimi e per il soggetto aggiudicatario - vuoi sul piano economico vuoi dal punto di vista dell'arricchimento e della valorizzazione delle tecnologie -, e ii) la prestazione di tali servizi non rappresenti un volume superiore al 20% del fatturato globale annuale accertato nell'esercizio precedente.

6) Qualora nessuna delle risposte alle precedenti questioni, singolarmente presa, sia sufficiente per stabilire se sussistano o meno le condizioni previste dall'articolo 5, paragrafo 2, del CCP, se, alla luce della dottrina comunitaria sull'affidamento "in house", la valutazione congiunta di tali risposte permetta di concludere che tale tipo di affidamento sussiste [nella fattispecie].»

III – Procedimento dinanzi alla Corte

18. L'ordinanza di rinvio è pervenuta in cancelleria in data 7 dicembre 2012. Hanno depositato osservazioni scritte il CHS, il SUCH, la Eurest, i governi portoghese e spagnolo, nonché la Commissione, i quali sono intervenuti tutti all'udienza, che ha avuto luogo il 21 novembre 2013.

IV – Analisi giuridica

19. Occorre anzitutto osservare che risulta dall'ordinanza di rinvio che non è contestato che il contratto concluso tra il CHS e il SUCH costituisce un appalto pubblico, e che esso è in quanto tale assoggettato, in linea di principio, alla normativa europea in materia di appalti e, più in particolare, alle disposizioni della direttiva 2004/18 [9].

20. La questione controversa, invece, nel giudizio pendente dinanzi al giudice del rinvio, cui si riferiscono tutte le questioni pregiudiziali poste da tale giudice alla Corte, concerne l'applicabilità a tale contratto d'appalto dell'eccezione per i cosiddetti affidamenti «in house».

A – *Sulla prima questione pregiudiziale*

21. Con la sua prima questione pregiudiziale, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, alla Corte se l'eccezione all'applicabilità delle disposizioni di cui alla direttiva 2004/18 derivante dalla sua giurisprudenza in materia di affidamenti «in house» possa applicarsi anche qualora il soggetto aggiudicatario sia un'associazione senza scopo di lucro che ha per oggetto la realizzazione di una missione di servizio pubblico, il cui statuto permetta che possano esserne membri soggetti appartenenti non solo al settore pubblico, ma anche al settore sociale, e, qualora alla data di affidamento dell'appalto una parte, per quanto minoritaria, dei membri di tale associazione non appartenga al settore pubblico, ma sia costituita da istituzioni appartenenti al settore sociale svolgenti attività senza scopo di lucro, in particolare attività di beneficienza.

22. Detta questione concerne il primo dei due requisiti Teckal, ossia l'esercizio, da parte di un'amministrazione aggiudicatrice su un soggetto aggiudicatario, di un «controllo analogo» a quello che essa esercita sui propri servizi [10]. È pertanto opportuno ricordare brevemente a titolo preliminare la portata del requisito del «controllo analogo» quale delineata nella giurisprudenza.

23. A tale riguardo, la Corte ha stabilito che sussiste un controllo analogo quando il soggetto aggiudicatario in questione è assoggettato ad un controllo che consente all'amministrazione aggiudicatrice di influenzarne le decisioni. Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di tale ente. In altri termini, l'amministrazione aggiudicatrice deve essere in grado di esercitare su tale ente un controllo strutturale e funzionale. La Corte esige altresì che tale controllo sia effettivo [11].

24. Inoltre, ai sensi della giurisprudenza, nel caso in cui venga fatto ricorso ad un ente posseduto in comune da più autorità pubbliche, il «controllo analogo» può anche essere esercitato congiuntamente da tali autorità, senza che sia indispensabile che detto controllo venga esercitato individualmente da ciascuna di esse [12].

25. Tuttavia, secondo costante giurisprudenza, la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione esclude, in ogni caso, che tale amministrazione possa esercitare sulla suddetta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi [13].

9 — Non è contestato, infatti, che il valore del contratto di appalto in causa dinanzi al giudice del rinvio, quale indicato al precedente paragrafo 11, superi nettamente la soglia stabilita all'articolo 7, lettera b), della direttiva medesima, come modificata.

10 — V. paragrafo 1 supra.

11 — V. sentenza Econord, cit., punto 27 e la giurisprudenza ivi citata.

12 — V. sentenza Econord, cit., punto 28 e la giurisprudenza ivi citata.

13 — V. sentenze Stadt Halle e RPL Lochau, cit., punto 49; del 10 novembre 2005, Commissione/Austria (C-29/04, Racc. pag. I-9706, punto 46); del 6 aprile 2006, ANAV (C-410/04, Racc. pag. I-3303, punto 31); dell'8 aprile 2008, Commissione/Italia (C-337/05, Racc. pag. I-2173, punto 38); Coditel Brabant, cit., punto 30; Sea, cit., punto 46; del 15 ottobre 2009, Acoset (C-196/08, Racc. pag. I-9919, punto 53), e del 22 dicembre 2010, Mehiläinen et Terveystalo Healthcare (C-215/09, Racc. pag. I-13749, punto 32.

26. Ciò premesso, per quanto riguarda specificamente la questione pregiudiziale posta alla Corte, occorre anzitutto osservare che la circostanza che l'ente aggiudicatario sia costituito in una forma avente natura giuridica di diritto privato, quale un'associazione, non è in alcun modo atta a escludere di per sé l'applicazione dell'eccezione «in house» [14]. La Corte ha, infatti, già riconosciuto a più riprese l'applicabilità di questa eccezione nel caso di un ente aggiudicatario costituito in una forma propria del diritto privato, come ad esempio quella della società per azioni [15].

27. Quanto alla circostanza che il soggetto aggiudicatario dell'affidamento diretto non persegua scopo di lucro, essa non è rilevante ai fini dell'applicazione dell'eccezione «in house». Infatti, l'applicazione di questa eccezione trova il suo fondamento nella relazione interna esistente tra l'amministrazione aggiudicatrice e il soggetto aggiudicatario, che fa sì che non sussista un incontro di due volontà autonome che rappresentano interessi giuridici distinti [16]. Essa è pertanto indipendente non solo dalla natura giuridica del soggetto aggiudicatario, ma anche dalla circostanza che questo persegua o meno uno scopo di lucro. Risulta, del resto, dalla giurisprudenza che l'assenza di fini di lucro di un soggetto, ed in particolare di un'associazione, non esclude in alcun modo che esso eserciti un'attività economica e non è pertanto atta di per sé stessa ad escludere tale soggetto dall'applicazione delle disposizioni di diritto dell'Unione in materia di appalti [17].

28. Per quanto riguarda, poi, la presenza tra i membri che fanno parte del soggetto aggiudicatario di enti appartenenti non solo al settore pubblico, ma anche al settore sociale, occorre ricordare che, come menzionato ai precedenti paragrafi 2 e 25, la Corte ha, in una giurisprudenza ormai costante, stabilito che la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata nel capitale di una società alla quale partecipi l'amministrazione aggiudicatrice che intende effettuare l'attribuzione «in house», esclude che tale amministrazione possa esercitare su tale società il necessario controllo analogo.

29. Orbene, come rilevato del resto dallo stesso giudice del rinvio, a termini di tale giurisprudenza la possibilità dell'esercizio di un controllo analogo da parte dell'amministrazione aggiudicatrice sul soggetto aggiudicatario è esclusa nel caso della presenza di interessi privati in quest'ultimo nella forma di una partecipazione di un'*impresa* nel *capitale sociale* di una *società*.

30. Il caso del SUCH si differenzia tuttavia da una fattispecie del genere in quanto, da un lato, esso non è costituito in forma di società e non dispone quindi di capitale sociale e, dall'altro, gli enti privati per la promozione sociale che costituiscono i suoi membri non aventi natura pubblica non sono necessariamente imprese in senso stretto.

31. La questione centrale posta dalla prima domanda pregiudiziale è pertanto proprio questa: si deve applicare ad una situazione quale quella del SUCH il principio sviluppato in giurisprudenza secondo cui la presenza di interessi privati nel soggetto aggiudicatario esclude la possibilità che l'amministrazione aggiudicatrice eserciti su di esso un controllo analogo con conseguente esclusione della possibilità di effettuare affidamenti diretti a tale soggetto in applicazione dell'eccezione «in house»?

14 — V., in tal senso, sentenza Sea, cit., punto 41. Al riguardo si veda anche il paragrafo 63 delle conclusioni dell'avvocato generale Stix-Hackl nella causa Stadt Halle e RPL Lochau, cit.

15 — Oltre alla sentenza Sea, citata alla nota precedente, si vedano, inter alia, anche citate sentenze ANAV (ad esempio, punto 33) e Econord, (ad esempio, punti 29 e 32).

16 — Al riguardo, si vedano più nel dettaglio le mie recenti conclusioni nella causa Datenlotsen Informationssysteme, cit., punto 41, ove ampi riferimenti giurisprudenziali.

17 — V. sentenze del 29 novembre 2007, Commissione/Italia (C-119/06, Racc. pag. I-0168, punti 37 e 41), e del 23 dicembre 2009, CoNISMa (C-305/08, Racc. pag. I-12129, punto 45).

32. A tale riguardo ricordo preliminarmente che la Corte ha più volte ripetuto che l'obiettivo principale delle norme dell'Unione in materia di appalti pubblici è la libera circolazione delle merci e dei servizi e l'apertura alla concorrenza nella misura più ampia possibile in tutti gli Stati membri [18]. Tale obiettivo implica l'obbligo, per qualsiasi amministrazione aggiudicatrice, di applicare le norme dell'Unione in materia di appalti qualora sussistano i presupposti da queste contemplati, con la conseguenza che qualsiasi deroga all'applicazione di tale obbligo dev'essere interpretata *restrittivamente* [19].

33. In tale prospettiva rilevo che, secondo la giurisprudenza, l'esclusione della configurabilità di una relazione «in house» che giustifichi un affidamento diretto in presenza di interessi privati nel capitale del soggetto aggiudicatario risponde ad una duplice ratio. Come rilevato dalla Corte, infatti, da un lato, il rapporto tra un'autorità pubblica che sia un'amministrazione aggiudicatrice ed i suoi servizi sottostà a considerazioni e ad esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico, allorché, invece, qualunque investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi di natura differente [20].

34. Dall'altro lato, la Corte ha altresì rilevato che l'attribuzione di un appalto pubblico ad una società mista pubblico-privata senza far appello alla concorrenza pregiudicherebbe l'obiettivo di una concorrenza libera e non falsata ed il principio della parità di trattamento degli interessati, in particolare nella misura in cui una procedura siffatta offrirebbe ad un'impresa privata presente nel capitale di detta società un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti [21].

35. Orbene, ritengo che entrambe le considerazioni sviluppate dalla Corte riguardo alla partecipazione di un'impresa privata nel capitale sociale di una società possano applicarsi ad una situazione quale è, sulla base degli elementi presenti nel fascicolo, quella del SUCH.

36. Infatti, da un lato, l'analisi secondo cui il perseguimento di interessi privati obbedisce a considerazioni differenti da quelle proprie al perseguimento di interessi pubblici non è, a mio avviso, limitata al solo caso della presenza di investimenti privati in una società. È, infatti, indubitabile che la partecipazione in un ente aggiudicatario di soggetti come gli enti privati per la promozione della solidarietà sociale risponde a logiche e interessi di natura privata, quali possono essere, ad esempio, interessi caritatevoli o di beneficenza che perseguono finalità i quali, per quanto lodevoli, non coincidono necessariamente con l'interesse pubblico. Tali finalità, infatti, pur essendo in taluni casi qualificabili, in astratto, come di interesse generale, presentano tuttavia elementi propri dell'interesse privato, quali ad esempio la connotazione religiosa [22] o associativa, che, pur potendo essere complementari all'interesse pubblico, ne sono tuttavia estranei.

37. Dall'altro lato, nella misura in cui non è escluso che associazioni senza scopo di lucro, quali sono le associazioni caritative membri del SUCH, possano esercitare un'attività economica in concorrenza con altri operatori e possano partecipare a gare d'appalto [23], l'attribuzione diretta di un appalto pubblico in applicazione dell'eccezione «in house» è suscettibile di offrire anche qui, come nel caso delle società, un vantaggio a tali operatori rispetto ai loro concorrenti.

18 — V., in tal senso, citate sentenze CoNISMa, punto 37 e giurisprudenza citata, nonché Carbotermo e Consorzio Alisei, punto 58.

19 — V., inter alia, citate sentenze Stadt Halle e RPL Lochau, punti 44 e 46, e Parking Brixen, punto 63, e ANAV, punto 26. Al riguardo, si veda anche il paragrafo 38 delle mie recenti conclusioni nella causa Datenlotsen Informationssysteme, cit.

20 — V. citate sentenze Stadt Halle e RPL Lochau, punto 50, e Commissione/Austria, punto 47.

21 — V. sentenza Stadt Halle e RPL Lochau, cit., punto 51.

22 — Ciò che, salvi i necessari accertamenti spettanti al giudice del rinvio, sembra essere il caso per le «Misericórdias» associate al SUCH.

23 — Citate sentenze Commissione/Italia, (C-119/06, cit., punti 37 e 41), e CoNISMa, punto 45.

38. Le considerazioni che precedono portano, a mio avviso, a escludere, almeno allo stato attuale del diritto [24], la possibilità di ammettere che un'amministrazione aggiudicatrice possa esercitare un controllo analogo a quello che essa esercita sui suoi servizi su un'associazione senza scopo di lucro la quale abbia tra i suoi membri, anche se in misura minoritaria, soggetti non pubblici, aventi natura di diritto privato e portatori di interessi privati quali associazioni senza scopo di lucro perseguenti interessi caritatevoli o di solidarietà. Ne consegue che, a mio avviso, l'affidamento diretto di un contratto di appalto da parte di un'amministrazione aggiudicatrice a un soggetto di tal genere sul fondamento dell'eccezione «in house» deve essere esclusa. Spetterà poi, evidentemente, al giudice del rinvio effettuare i necessari accertamenti del caso al riguardo.

39. Ciò considerato, si rendono tuttavia, a mio avviso, necessarie ancora alcune considerazioni.

40. In primo luogo, il fatto che la partecipazione anche minoritaria in un soggetto di enti che siano portatori di interessi privati, anche se non perseguono fini di lucro, impedisca, allo stato attuale del diritto, di configurare una relazione di tipo «in house» tra una o più amministrazioni aggiudicatrici e tale soggetto non significa in alcun modo che la natura e le finalità degli enti di solidarietà, di volontariato o di beneficienza non possano essere prese in considerazione anche nell'ambito del diritto degli appalti. A tale riguardo non posso, infatti, esimermi dall'osservare, da un lato, che la solidarietà è espressamente riconosciuta nell'articolo 2 TUE come uno dei valori che caratterizzano il modello di società europeo e che, pertanto, enti che perseguono tale valore contribuiscono attivamente alla costruzione di una società europea in linea con lo spirito dei Trattati [25]. Dall'altro lato, e in linea con questa osservazione, è giocoforza constatare che considerazioni di tipo sociale e di solidarietà non sono estranee alla normativa in materia di appalti, come si può desumere, ad esempio, dalla disposizione di cui all'articolo 26 della direttiva 2004/18, la quale prevede che le condizioni di esecuzione di un appalto possano basarsi su considerazioni di tipo sociale [26].

41. In secondo luogo, occorre osservare che il mero fatto che lo statuto dell'associazione senza scopo di lucro aggiudicataria dell'appalto preveda che possano far parte di essa soggetti appartenenti non soltanto al settore pubblico, ma anche al settore sociale non è di per sé atto a escludere la configurabilità di una relazione «in house», nel caso in cui, al momento dell'attribuzione dell'appalto, di tale associazione facciano parte esclusivamente autorità pubbliche. In effetti, il fatto di ammettere che la mera possibilità prevista nello statuto che soggetti privati partecipino ad un'associazione possa sospendere indefinitamente la valutazione sul suo carattere interamente pubblico o meno non sarebbe conforme al principio della certezza del diritto. Ne consegue che, nel caso in cui dell'associazione in questione siano membri esclusivamente autorità pubbliche al momento in cui l'appalto in causa è assegnato, l'apertura della partecipazione a quest'ultima a soggetti privati può essere presa in considerazione solo se in quel momento esiste una prospettiva concreta a breve termine di una siffatta apertura. La mera possibilità per i privati di partecipare ad un'associazione non è, pertanto, sufficiente per concludere che la condizione relativa al controllo analogo da parte dell'autorità pubblica non è soddisfatta [27].

24 — Al riguardo occorre, infatti, rilevare che l'ultima versione della proposta per una direttiva del Parlamento e del Consiglio riguardo agli appalti pubblici (documento del Consiglio n. 11745/13) attualmente in discussione dinanzi al Consiglio e alla quale si è riferita la Commissione all'udienza prevede come condizione per gli affidamenti in house l'assenza di partecipazione privata diretta nel capitale della persona giuridica su cui l'amministrazione aggiudicatrice esercita il controllo analogo, con l'eccezione tuttavia delle partecipazioni non di controllo e non di blocco richiesta da disposizioni nazionali di legge che non permettano l'esercizio di un'influenza decisiva su tale persona giuridica. Non è escluso che, nel caso in cui tale disposizione dovesse essere mantenuta nella versione finale della nuova direttiva, essa possa, in taluni casi specifici, portare ad un'interpretazione differente da quella fondata sullo stato attuale del diritto.

25 — In tale prospettiva si può rilevare, ad esempio, che la Corte ha riconosciuto un margine di discrezionalità agli Stati membri proprio riguardo all'organizzazione del sistema socio-assistenziale, riconoscendogli la facoltà di ammettere operatori privati a tale sistema solo a condizione che essi non perseguano scopo di lucro. V. sentenza del 17 giugno 1997, Sodemare e a./Regione Lombardia (C-70/95, Racc. pag. I-3395, punto 32).

26 — Si veda, al riguardo, anche il considerando 46 della stessa direttiva.

27 — V., in tal senso, i punti 49, 50 e 51 della sentenza Sea, cit.

42. Viceversa, nell'ipotesi in cui un appalto fosse stato attribuito senza indizione di una gara ad un'associazione i cui membri sono tutti autorità pubbliche e, durante il periodo di validità dell'appalto, i privati fossero ammessi in quanto membri di tale associazione, ciò costituirebbe un cambiamento di una condizione fondamentale dell'appalto, che necessiterebbe l'indizione di una gara [28].

43. Risulta da tutte le considerazioni che precedono che, a mio avviso, occorre rispondere alla prima questione pregiudiziale sollevata dal giudice del rinvio nel senso che l'eccezione all'applicabilità delle norme dell'Unione in materia di appalti prevista per gli affidamenti «in house» non può trovare applicazione qualora il soggetto aggiudicatario cui l'amministrazione aggiudicatrice intende affidare direttamente l'appalto senza procedure di aggiudicazione pubblica sia un ente di diritto privato tra i cui membri vi siano, ancorché in misura minoritaria, soggetti portatori di interessi privati.

B – *Sulla seconda e sulla terza questione pregiudiziale*

44. Con la seconda e la terza questione pregiudiziale, che possono a mio avviso essere trattate congiuntamente, il giudice del rinvio chiede se possa configurarsi un «controllo analogo» su un soggetto aggiudicatario in presenza di talune disposizioni nel suo statuto che conferiscono particolari poteri negli organi statutari ai suoi membri aventi natura pubblica o al competente membro del governo.

45. Più in particolare, con la seconda questione pregiudiziale il giudice del rinvio chiede, in sostanza, alla Corte se sussista un «controllo analogo», individuale o congiunto, su un soggetto aggiudicatario da parte dei suoi membri pubblici nel caso in cui, conformemente al suo statuto, questo deve assicurare che la maggioranza dei diritti di voto nell'assemblea generale sia detenuta dai membri che fanno capo al membro del governo responsabile dell'area della sanità e sono assoggettati ai suoi poteri di indirizzo, di controllo e di tutela, nonché allorché anche la maggioranza dei membri del suo consiglio di amministrazione è formata da membri pubblici.

46. Con la terza questione pregiudiziale, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se sussista un «controllo analogo» nel caso in cui il soggetto aggiudicatario, conformemente al suo statuto, sia soggetto al potere di tutela del membro del governo responsabile per il settore della sanità, cui spetta designare il presidente ed il vicepresidente del consiglio di amministrazione nonché omologare talune deliberazioni particolari dell'assemblea generale, ossia quelle previste dall'articolo 3 dello Statuto del SUCH [29].

47. Orbene, risulta dalla risposta alla prima questione pregiudiziale che è escluso che un'amministrazione aggiudicatrice possa esercitare su un soggetto aggiudicatario un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi nel caso in cui vi sia in tale soggetto una partecipazione, ancorché minoritaria, di enti portatori di interessi privati. È, a mio avviso, conseguenza coerente di tale constatazione, la quale è espressione di un'interpretazione restrittiva dell'eccezione conformemente alla giurisprudenza menzionata al paragrafo 32, che alla partecipazione nel soggetto aggiudicatario di enti portatori di interessi privati non potrà essere posto rimedio mediante eventuali disposizioni dello statuto di tale soggetto che attribuiscono particolari poteri di controllo o di tutela ai suoi restanti membri pubblici o al competente membro del governo. Ne consegue che, a mio avviso, tanto la seconda che la terza questione pregiudiziale devono ricevere una risposta negativa.

28 — V., in tal senso, sentenza Sea, cit., punto 53.

29 — V. paragrafo 9 supra.

48. Osservo inoltre, e per inciso, che il fatto che il soggetto aggiudicatario sia sottoposto a poteri di tutela diretta [30] o indiretta [31] del competente membro del governo non significa necessariamente che le amministrazioni aggiudicatrici esercitino, individualmente o congiuntamente, sull'aggiudicatario un controllo analogo a quello che esse esercitano sui propri servizi.

49. Infatti, è vero che il potere di controllo sugli organi statutari decisionali dell'aggiudicatario può, secondo le circostanze proprie a ciascun caso di specie, essere considerato come uno degli elementi che consentono alle amministrazioni aggiudicatrici che ne dispongono di esercitare su tale aggiudicatario un controllo analogo a quello che esse esercitano sui propri servizi [32]. In astratto, è altresì vero che non è escluso che, in determinate circostanze specifiche di un caso concreto [33], poteri di controllo e di tutela attribuiti ad autorità pubbliche che controllano le amministrazioni aggiudicatrici, che a loro volta esercitano il controllo sull'aggiudicatario, possano contribuire a limitare l'autonomia della volontà di quest'ultimo in modo tale che si possa riconoscere l'esistenza di un controllo analogo da parte di dette amministrazioni aggiudicatrici su quest'ultimo.

50. Tuttavia, nonostante tali considerazioni, l'esistenza del controllo analogo deve essere constatata con riferimento specificamente alle amministrazioni aggiudicatrici che devono esercitarlo sul soggetto cui vogliono affidare direttamente l'appalto, e non con riferimento allo Stato in quanto tale per l'intermediario del competente membro del governo.

51. Alla luce delle considerazioni che precedono, ritengo si debba rispondere alla seconda e alla terza questione pregiudiziale nel senso che, nel caso di partecipazione ancorché minoritaria in un soggetto di enti portatori di interessi privati, disposizioni dello statuto di tale soggetto che attribuiscono particolari poteri di controllo o di tutela ai suoi restanti membri pubblici o al membro del governo competente non permettono di configurare l'esistenza di un controllo analogo su tale soggetto che possa giustificare l'applicazione dell'eccezione «in house».

C – *Sulla quarta questione pregiudiziale*

52. Con la sua quarta questione pregiudiziale, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, alla Corte se la circostanza che il soggetto aggiudicatario sia un'organizzazione complessa e di grandi dimensioni, che opera su tutto il territorio nazionale, permetta di qualificare il rapporto tra tale soggetto e i suoi membri pubblici come «in house», tale da giustificare un'attribuzione diretta ad esso di un appalto.

53. Anche questa questione pregiudiziale, come le tre precedenti, riguarda il primo «requisito Teckal», ossia l'esistenza di un «controllo analogo». Al precedente paragrafo 23 ho ricordato la portata di tale requisito quale delineata dalla giurisprudenza, ossia come una forma di controllo strutturale, funzionale ed effettivo. Al precedente paragrafo 27 ho invece ricordato come, secondo la giurisprudenza, il fondamento dell'eccezione «in house» si trovi nell'assenza di autonomia del soggetto aggiudicatario.

54. Orbene, risulta da tali premesse che la dimensione importante e la struttura complessa di un ente non costituiscono di per sé elementi che permettano di stabilire in positivo che un'amministrazione esercita effettivamente un controllo strutturale e funzionale su un soggetto e, pertanto, di qualificare come «controllo analogo» ai sensi della giurisprudenza la relazione esistente tra essi.

30 — Come nel caso della disposizione statutaria in causa nella terza questione pregiudiziale, ossia l'articolo 3 dello statuto del SUCH.

31 — Come nel caso della disposizione statutaria in causa nella seconda questione pregiudiziale, ossia l'articolo 7, paragrafo 2, dello statuto del SUCH.

32 — V. sentenza Sea, cit., punto 89; v., in tal senso, anche la sentenza Coditel Brabant, cit., punto 34; ma si veda pure il punto 69 della sentenza Parking Brixen, cit.

33 — In cui non vi sia, tuttavia, partecipazione di interessi privati nel soggetto aggiudicatario.

55. Tuttavia, ciò non significa che tali elementi siano totalmente irrilevanti nell'analisi volta a determinare l'esistenza di un controllo analogo. In effetti, la dimensione importante e la struttura complessa di un ente possono, a mio avviso, costituire elementi indiziari che, nell'ambito di una valutazione complessiva di tutte le circostanze del caso concreto, possono contribuire a giungere alla conclusione che tale ente gode di un margine di autonomia tale da escludere la sussistenza del controllo analogo. È pertanto in tal senso che ritengo si debba rispondere alla quarta domanda pregiudiziale.

D – *Sulla quinta questione pregiudiziale*

56. Con la sua quinta questione pregiudiziale, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, alla Corte se si possa applicare l'eccezione «in house» qualora un soggetto aggiudicatario possa, conformemente al suo statuto, prestare servizi in regime di concorrenza in favore di enti pubblici non associati e di privati a condizione, in primo luogo, che ciò non arrechi alcun pregiudizio ai suoi membri e risulti vantaggioso per questi ultimi e per esso stesso e, in secondo luogo, che la prestazione di tali servizi non rappresenti un volume superiore al 20% del suo fatturato globale annuale accertato nell'esercizio precedente.

57. Mentre le prime quattro questioni pregiudiziali riguardavano tutte il primo requisito Teckal, ossia l'esistenza del «controllo analogo», la quinta questione pregiudiziale concerne, invece, il secondo requisito necessario affinché possa applicarsi l'eccezione «in house», ossia la condizione a termini della quale il soggetto aggiudicatario deve realizzare la parte più importante della propria attività con l'amministrazione o le amministrazioni aggiudicatrici che lo controllano.

58. A tale riguardo occorre ricordare che la Corte ha precisato che tale seconda condizione è finalizzata, in particolare, a garantire che la disciplina in materia di appalti continui ad essere applicabile nel caso in cui un soggetto controllato da uno o più enti sia attivo sul mercato e possa, pertanto, entrare in concorrenza con altre imprese. La Corte ha infatti osservato che un'impresa non è necessariamente privata della libertà di azione per la sola ragione che le decisioni che la riguardano sono prese dall'ente pubblico che la detiene, se essa può esercitare ancora una parte importante della sua attività economica presso altri operatori [34].

59. La Corte ha altresì precisato che il soggetto in questione svolge la parte più importante della sua attività con l'amministrazione o le amministrazioni che lo detengono solo se la sua attività è *sostanzialmente* e *principalmente* destinata in via esclusiva all'amministrazione (o alle amministrazioni) in questione e se, pertanto, ogni altra attività risulta avere solo un carattere *marginale* [35]. Nel caso in cui diverse amministrazioni aggiudicatrici esercitino il controllo analogo su un soggetto, l'attività da prendere in considerazione è quella realizzata da detto soggetto con tutte le amministrazioni aggiudicatrici [36].

60. Inoltre, nella sentenza Asociación Nacional de Empresas Forestales [37], la Corte ha ritenuto che, salvo i necessari accertamenti di fatto spettanti al giudice del rinvio, tale condizione fosse soddisfatta in un caso in cui il soggetto aggiudicatario realizzava con gli enti e gli organismi pubblici che lo detenevano mediamente circa il 90% della sua attività [38].

34 — V. sentenza Carbotermo e Consorzio Alisei, cit., punti 60 e 61.

35 — Ibid., punti 62 e 63 (il corsivo è mio).

36 — Ibid., punti 70 e 71.

37 — C-295/05, cit.

38 — Ibid. punto 63.

61. Ciò premesso, per quanto riguarda anzitutto la previsione statutaria a termini della quale il soggetto aggiudicatario in causa può prestare servizi in regime di concorrenza a terzi solo a condizione che ciò non arrechi alcun pregiudizio ai suoi membri e risulti vantaggioso per questi ultimi, ritengo che essa, nella misura in cui rappresenta un limite all'esercizio da parte di tale soggetto di attività in libera concorrenza, non possa costituire un ostacolo all'applicazione della seconda condizione Teckal.

62. Più rilevante appare, invece, la questione volta a determinare se tale condizione sia soddisfatta ove il soggetto aggiudicatario realizzi il 20% del suo fatturato globale annuale in favore di enti pubblici non associati e di privati, ossia in favore di terzi. A tale riguardo ritengo che si debba adottare, come richiesto dalla giurisprudenza menzionata al precedente paragrafo 32, un approccio restrittivo nell'interpretazione dell'eccezione in questione. In tale prospettiva, in una situazione in cui il soggetto aggiudicatario realizza in libera concorrenza, e non per le amministrazioni che lo detengono, una quota pari al 20% della sua attività, ritengo che non si possa considerare che, come richiesto dalla giurisprudenza menzionata al precedente paragrafo 59, esso stia svolgendo la sua attività *sostanzialmente* e *principalmente* in via esclusiva per le amministrazioni che lo controllano e che, pertanto, ogni altra attività abbia carattere meramente *marginale*. In effetti, un'attività pari ad un quinto dell'attività totale di un soggetto non può essere, a mio avviso, definita, già solo da un punto di vista quantitativo, come un'attività *marginale*.

63. Ritengo pertanto che, allo stato attuale del diritto [39], occorra rispondere alla quinta questione pregiudiziale nel senso che l'eccezione «in house» non può essere applicata qualora un soggetto aggiudicatario possa, conformemente al suo statuto, prestare servizi in regime di concorrenza in favore di enti pubblici non associati e di privati fino ad una quota che rappresenta il 20% del suo fatturato globale annuale accertato nell'esercizio precedente.

E – *Sulla sesta questione pregiudiziale*

64. Alla sesta questione pregiudiziale proposta dal giudice del rinvio occorre rispondere, secondo quanto richiesto da tale giudice, solo qualora nessuna delle risposte alle precedenti questioni, singolarmente presa, sia sufficiente per stabilire se sussistano o meno le condizioni previste per l'applicazione dell'eccezione «in house». Il giudice del rinvio chiede allora se la valutazione congiunta di tali risposte permetta di concludere che tale eccezione trova applicazione in un caso quale quello pendente dinanzi ad esso.

65. Orbene, alla luce delle risposte fornite alle prime cinque questioni pregiudiziali, ritengo che, se la Corte dovesse seguire l'approccio da me proposto, essa possa esimersi dal rispondere a tale questione. In effetti, risulta da tali risposte, ed in particolare dalle risposte alla prima e alla quinta questione pregiudiziale, che in un caso quale quello pendente dinanzi al giudice del rinvio detta eccezione, allo stato attuale del diritto [40], non può trovare applicazione, e ciò indipendentemente da un'eventuale valutazione congiunta di tali risposte. Propongo pertanto alla Corte di non rispondere a tale questione pregiudiziale.

39 — Occorre, infatti, rilevare che nell'ultima versione della proposta per una direttiva del Parlamento e del Consiglio riguardo agli appalti pubblici, citata alla nota 24 supra, è previsto esplicitamente che l'eccezione in house possa applicarsi a condizione che più dell'80% delle attività del soggetto aggiudicatario in causa sia realizzata in favore della o delle amministrazioni aggiudicatrici che lo controllano [v. articolo 11, paragrafo 1, lettera b)]. Risulta evidente che, nel caso in cui tale soglia venisse confermata in tale direttiva, ciò rifletterebbe una scelta del legislatore che modificherebbe lo stato del diritto nel futuro. Ciò non gioca tuttavia, a mio avviso, alcun ruolo nell'interpretazione del diritto quale vigente allo stato attuale.

40 — V. note 24 e 38 supra.

V – Conclusione

66. In base alle considerazioni che precedono, propongo alla Corte di rispondere ai quesiti pregiudiziali formulati dal Supremo Tribunal Administrativo nei seguenti termini:

L'eccezione all'applicabilità delle norme dell'Unione in materia di appalti prevista per gli affidamenti «in house» non può trovare applicazione qualora il soggetto aggiudicatario cui l'amministrazione aggiudicatrice intende affidare direttamente l'appalto senza procedure di aggiudicazione pubblica sia un ente di diritto privato tra i cui membri vi siano, ancorché in misura minoritaria, soggetti portatori di interessi privati. In tale caso, l'esistenza di disposizioni nello statuto del soggetto aggiudicatario che attribuiscono particolari poteri di controllo o di tutela ai suoi restanti membri pubblici o al membro del governo competente non permettono di configurare l'esistenza di un controllo analogo su tale soggetto che possa giustificare l'applicazione dell'eccezione «in house».

La dimensione importante e la struttura complessa di un ente possono costituire elementi indiziari che, nell'ambito di una valutazione complessiva di tutte le circostanze del caso concreto, possono contribuire a giungere alla conclusione che tale ente gode di un margine di autonomia tale da escludere la sussistenza del controllo analogo.

L'eccezione «in house» non può essere applicata qualora un soggetto aggiudicatario possa, conformemente al suo statuto, prestare servizi in regime di concorrenza in favore di enti pubblici non associati e di privati fino ad una quota che rappresenta il 20% del suo fatturato globale annuale accertato nell'esercizio precedente.