

Carullo, Gherardo. 2014. «Nota di segnalazione della sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, Quinta Sezione, del 19 giugno 2014, nella causa C-574/12, Centro Hospitalar de Setúbal e SUCH». *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario* (6):1369.

APPALTI PUBBLICI (*in house providing*)

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, SEZ. V, sentenza 19 giugno 2014, causa C-574/12, *Centro Hospitalar de Setúbal e SUCH*.

La sentenza che si segnala affronta il noto tema degli affidamenti *in house*, fornendo qualche breve precisazione in ordine al c.d. “*controllo analogo*” ed, in particolare, al tema della partecipazione di privati. Detto requisito costituisce uno dei presupposti essenziali, assieme a quello della prevalenza delle attività in favore dell'Amministrazione controllante, affinché possa procedersi ad un affidamento diretto in deroga alle norme europee di evidenza pubblica, secondo il granitico orientamento della giurisprudenza europea inaugurato dalla celebre sentenza *Teckal* (del 18 novembre 1999, in causa C-107/98).

Sin dalla sentenza *Stadt Halle e RPL Lochau* (dell'11 gennaio 2005, nel procedimento C-26/03) la Corte ha più volte ribadito che la partecipazione privata in una società «*esclude in ogni caso che [l']amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi*» (*Stadt Halle*, p. 49). Il che ha da tempo precluso *ex se* la possibilità di affidamenti *in house*

a favore di entità partecipate da soggetti pubblici e privati. Come noto, si tratta di una posizione pressoché unanime dalla giurisprudenza europea, che trova — a quanto consta — un solo dissonante precedente (cfr. sentenza del 17 luglio 2008, C 371/05, Commissione / Italia).

Sul punto la sentenza conferma il principio dell'incompatibilità tra capitale privato ed affidamento *in house* anche in un caso in cui l'entità beneficiaria dell'affidamento sia un'associazione di pubblica utilità senza scopo di lucro nella quale i soggetti privati partecipanti siano mere istituzioni caritative svolgenti attività senza scopo di lucro. Il che, dunque, appare particolarmente interessante in quanto permette di fugare ogni dubbio in ordine alla *ratio* della posizione più volte confermata dalla Corte.

La Corte, riprendendo le motivazioni della citata sentenza *Stadt Halle*, ha ribadito che le conclusioni ivi raggiunte non si fondano « *sulla forma giuridica degli enti privati facenti parte dell'entità aggiudicatrice e neppure sulla finalità commerciale di essi, ma sul fatto che tali enti privati seguivano considerazioni inerenti ai loro interessi privati, che erano di natura diversa da quella delle finalità di interesse pubblico perseguite dall'amministrazione aggiudicatrice* » (p. 36 della sentenza segnalata).

La Corte chiarisce dunque che il riferimento contenuto nella citata sentenza *Stadt Halle* alle nozioni di « *impresa* » e di « *capitale sociale* » era stato determinato unicamente dalle particolari circostanze della causa controversa. La specificità dei termini usati non mirava affatto a circoscrivere la natura dei soggetti privati preclusivi del controllo analogo pubblico alle sole imprese commerciali aventi scopo di lucro (p. 37 della sentenza segnalata), ma era dovuta solo alle caratteristiche dei soci privati rilevanti in tale occasione.

Con un ragionamento simile a quello che spesso si può ritrovare nelle pronunce in materia di aiuti di Stato — ove da tempo si è sancita l'indifferenza degli scopi perseguiti in rapporto alla qualificabilità di una misura quale aiuto (cfr. *ex multis*, sentenza della Corte di giustizia del 2 luglio 1974, nella causa 173/73, *Italia c. Commissione*, in particolare punti 27 e 28) — la Corte afferma anche in questo ambito che gli interessi perseguiti dalle entità private, « *per quanto apprezzabili da un punto di vista sociale, sono di diversa natura rispetto agli obiettivi di interesse pubblico perseguiti dalle amministrazioni aggiudicatrici* » (p. 39 della sentenza segnalata).

La Corte ha dunque concluso che « *qualora l'aggiudicatario di un appalto pubblico sia un'associazione di pubblica utilità senza scopo di lucro che, al momento dell'affidamento di tale appalto, comprende tra i suoi membri non solo enti che fanno parte del settore pubblico, ma anche istituzioni caritative private che svolgono attività senza scopo di lucro, la condizione relativa al "controllo analogo", dettata dalla giurisprudenza della Corte affinché l'affidamento di un appalto pubblico possa essere considerato come un'operazione "in house" non è soddisfatta e pertanto la direttiva 2004/18 è applicabile* » (p. 44 della sentenza analizzata segnalata).

Il riferimento alla Direttiva 2004/18/CE — che è stata, come noto, abrogata dalla Direttiva 2014/24/UE a decorrere dal 18 aprile 2016 — induce in ultimo a segnalare che sul punto la pronuncia non pare superata dal nuovo contesto normativo europeo risultante dal terzo pacchetto di Direttive in materia di procedure ad evidenza pubblica.

Pur essendo stata prevista dal legislatore l'eccezionale possibilità di ammettere capitale privato in rapporti sostanzialmente riconducibili agli affidamenti *in house*, i requisiti che sono stati posti dalle nuove disposizioni suprema l'apparente contrasto con la sentenza qui segnalata. La partecipazione privata è stata difatti eccezionalmente ammessa nelle più recenti Direttive solo al ricorrere di tre stringenti (e cumulativi) requisiti: non deve sussistere alcun « *controllo o potere di veto* »; tali partecipazioni devono essere « *prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati* »; ed il socio privato non può essere comunque in grado di esercitare « *un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata* » dall'Amministrazione (cfr. artt. 17, 12 e 28, paragrafo 1, lett. c, rispettivamente delle Direttive: 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE).

In ragione di tali presupposti, può ritenersi che le partecipazioni private vengono consentite solo nella misura in cui non siano in grado di incidere in modo determinante sul processo decisionale pubblico. Non risulta dunque messo in discussione, ma anzi confermato, il necessario perseguimento dei fini pubblici di cui è portatrice l'Amministrazione controllante, senza interferenze di interessi, per quanto meritevoli, riconducibili a soggetti privati, così come da ultimo ha ancora ribadito e meglio specificato la sentenza segnalata.

GHERARDO CARULLO