

La partecipazione degli enti pubblici alle gare di appalto e la tutela della concorrenza

*NOTA A CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, SEZIONE QUINTA,
SENTENZA 18 DICEMBRE 2014, CAUSA C-568/13*

*Stefano Varone**

Analizzando la più recente giurisprudenza, tanto a livello nazionale quanto europeo è possibile osservare una netta evoluzione nell'approccio alla tematica della partecipazione degli enti pubblici alle gare di appalto, questione parallela, ma non integralmente sovrapponibile, a quella avente ad oggetto la partecipazione alle medesime procedure di gara degli enti privi di scopo di lucro (1).

Già in precedenza il Consiglio di Stato (2) era giunto alla conclusione che l'art. 34 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 non individua tassativamente i soggetti legittimati alla partecipazione alle gare (3), precisando che lo scopo di lucro non è essenziale per la definizione di un soggetto come operatore economico, in quanto, pur in assenza di detto fine, non può escludersi che l'ente eserciti un'attività economica e costituisca impresa ai sensi delle disposizioni del Trattato.

(*) Avvocato dello Stato.

(1) Per quanto concerne le Onlus è possibile richiamare Cons. Stato, Sent. 20 novembre 2012, n. 5882 che, confermando i propri precedenti (sentenza 18 agosto 2010 n. 5815 e 26 agosto 2010 n. 5956) ribadisce che la vigente normativa consente anche a soggetti senza scopo di lucro di partecipare alle procedure per l'affidamento di contratti pubblici alla condizione che esercitino anche attività d'impresa funzionale ai loro scopi ed in linea con la relativa disciplina statutaria, giacché l'assenza di fini di lucro non esclude che tali soggetti possano esercitare un'attività economica e che, dunque, siano ritenuti "operatori economici", potendo soddisfare i necessari requisiti per essere qualificati come "imprenditori", "fornitori" o "prestatori di servizi". Per un'analisi di detta pronuncia si veda CAPASSO, *La partecipazione agli appalti pubblici di Onlus e associazioni di volontariato quali la Croce bianca di Milano alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali*, in *Riv. amm.*, 2013, 34.

Proprio in riferimento all'ordinamento italiano la Corte di giustizia, con sentenza 29 novembre 2007, causa C-119/06, valutando la normativa della regione Toscana in riferimento agli affidamenti socio-sanitari ad organizzazioni di volontariato ha affermato che si è in presenza di contratti di appalto anche qualora non si preveda un corrispettivo in senso tecnico ma solo il rimborso delle spese sostenute quando i rimborsi sono forfetari, non corrisposti cioè in base alla documentazione delle spese effettivamente sopportate: secondo la Corte infatti in questo modo potrebbero essere occultate extracompensazioni sostanzialmente remunerative.

(2) Cons. Stato, Sez. VI, sent. 16 giugno 2009, n. 3897.

(3) Di recente il TAR Lazio, con sentenza 14 gennaio 2015 n. 539 ha confermato il carattere aperto ed esemplificativo dell'elencazione di cui all'art. 34 del D.Lgs. n. 163/2006 dei soggetti ammessi a partecipare alle gare pubbliche e l'assenza di norme generali di divieto nei confronti degli stessi, escludendo pertanto "ogni aprioristica chiusura delle procedure di affidamento nei confronti di tale ampia categoria di soggetti. ... In sostanza, la definizione comunitaria di impresa non discende da presupposti soggettivi, quali la pubblicità dell'ente o l'assenza di lucro, ma da elementi puramente oggettivi quali l'offerta di beni e servizi da scambiare con altri soggetti.

Ogni valutazione in ordine ai possibili limiti alla partecipazione dei soggetti pubblici alle gare di appalto non può d'altronde prescindere dall'analisi dell'articolo 345 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea il quale prevede il principio di neutralità nei confronti del regime della proprietà, pubblica o privata (4).

È su tale base normativa che la Corte di giustizia ha più volte affermato il principio di eguaglianza tra imprese private e imprese pubbliche. Secondo l'art. 345 T.F.U.E. (5) infatti *“i Trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri”* e non stabiliscono, quindi, alcuna forma di penalizzazione della proprietà (e pertanto dell'impresa) pubblica rispetto a quella privata (6).

Il diritto dell'Unione europea non vieta agli Stati di sviluppare attività economiche né di partecipare in (o essere proprietari di) imprese operanti sul mercato (7). Tale conclusione risulta avvalorata dall'art. 106 del TFUE che legittima pienamente l'esistenza di imprese pubbliche lì dove prevede che *“Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei trattati, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 18 e da 101 a 109 inclusi”*.

Qualsiasi operatore, pubblico o privato, deve d'altronde essere conside-

L'unico limite all'ammissibilità delle offerte di soggetti pubblici non imprenditori può semmai derivare, eventualmente, da clausole statutarie auto-limitative ovvero dallo statuto giuridico proprio di quel tipo di ente (sia esso pubblico o privato) sulla base delle normative nazionale di riferimento: sarà cioè necessario effettuare, caso per caso, un esame approfondito dello statuto di tali persone giuridiche al fine di valutare gli scopi istituzionali per cui sono state costituite”.

(4) T.A.R. Lombardia Milano Sent. 10 febbraio 2012, n. 458 osserva che *“per il diritto comunitario la proprietà pubblica dell'impresa costituisce, di per sé, un fattore neutro rispetto al dispiegarsi della concorrenza (art. 295 del Trattato), purché da ciò non derivino, sotto forma di finanziamenti, affidamenti diretti etc., aiuti idonei di alterare la par condicio fra essa e gli altri operatori. Le ipotesi in cui l'ordinamento, a tutela della concorrenza, impone a determinate imprese a capitale pubblico divieti di partecipazione alle gare devono, perciò, ritenersi tassative e fra queste non rientra il caso in cui il capitale della società partecipante alla gara sia di proprietà della stazione appaltante”*.

(5) Già art. 295 del Trattato. In materia, PICOZZA, *L'incidenza del diritto comunitario (e del diritto internazionale) sui concetti fondamentali del diritto pubblico dell'economia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, 239 ss.

(6) Come osservato da D. CASALINI, *Oltre la tutela della concorrenza: le forme giuridiche nazionali di esercizio dell'impresa pubblica*, in *Giornale dir. amm.*, 2009, 969, la presenza dell'imprenditore pubblico che può disporre di risorse pubbliche illimitate e acquisibili senza rischio finanziario può produrre distorsioni nei settori di mercato su cui incide la propria attività che l'ordinamento europeo contrasta con l'imposizione di regole di concorrenza unitarie per l'imprenditore privato e per quello pubblico, entrambi soggetti agli art. 81 e ss. del Trattato salva l'eccezione per i servizi di interesse economico generale.

(7) Il diritto dei singoli Stati all'autoproduzione di beni e servizi è confermato dalla recente direttiva 24/14UE: al 5° considerando si precisa infatti che *“È opportuno rammentare che nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici”*.

rato un'impresa ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (già 87, paragrafo 1 del trattato CE) qualora svolga un'attività economica (8). Con la precisazione che, *“un soggetto di diritto, segnatamente un ente pubblico, può essere considerato un'impresa unicamente per quanto riguarda una parte delle sue attività, se queste ultime corrispondono a quelle che devono essere qualificate come attività economiche. Infatti, nei limiti in cui un ente pubblico svolga un'attività economica che può essere dissociata dall'esercizio dei suoi pubblici poteri, in ordine a una siffatta attività tale ente agisce come impresa mentre, qualora la suddetta attività economica sia indissociabile dall'esercizio dei suoi pubblici poteri, tutte le attività svolte da tale ente rimangono attività che si ricollegano all'esercizio dei suddetti poteri”* (9).

Proprio in conformità con tale impostazione, la direttiva 2004/18/CE qualifica come “imprenditore”, “fornitore” “prestatore di servizi” qualsiasi “persona fisica o giuridica o un ente pubblico o un raggruppamento di tali persone o enti che offra sul mercato, rispettivamente, la realizzazione di lavori e/o opere, prodotti o servizi”, senza, dunque, operare discriminazione alcuna tra la posizione degli operatori pubblici e quella degli operatori privati.

Il descritto quadro interpretativo è poi confermato dalla recente direttiva 24/14/UE ove, al 31° considerando, si legge che *“il solo fatto che entrambe le parti di un accordo siano esse stesse autorità pubbliche non esclude di per sé l'applicazione delle norme sugli appalti”* (10).

Se, alla luce dei suddetti parametri, un soggetto pubblico è qualificabile, nell'ambito dell'attività esercitata, quale operatore economico, non sussistono aprioristiche e generalizzate preclusioni alla partecipazione alle gare di appalto indette da altre amministrazioni aggiudicatrici (11).

(8) Dall'esame della giurisprudenza della Corte si evince che costituisce un'impresa, ai fini dell'applicazione delle disposizioni del diritto dell'Unione in materia di concorrenza, qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dal suo *status* giuridico e dalle sue modalità di finanziamento (sentenze del 23 aprile 1991, C 41/90, punto 21, nonché sentenza 17 febbraio 1993, C 159/91 e C 160/91, punto 17). Va poi ricordato che, secondo una giurisprudenza costante, costituisce attività economica qualunque attività consistente nell'offrire beni o servizi in un determinato mercato.

(9) Corte di Giustizia, sentenza 12 luglio 2012, causa C-138/11, punti 37 e 38.

(10) Significativo anche il 14° considerando, ove si legge che *“la nozione di «operatori economici» dovrebbe essere interpretata in senso ampio, in modo da comprendere qualunque persona e/o ente che offre sul mercato la realizzazione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi, a prescindere dalla forma giuridica nel quadro della quale ha scelto di operare. Pertanto imprese, succursali, filiali, partenariati, società cooperative, società a responsabilità limitata, università pubbliche o private e altre forme di enti diverse dalle persone fisiche dovrebbero rientrare nella nozione di operatore economico, indipendentemente dal fatto che siano «persone giuridiche» o meno in ogni circostanza”*.

(11) È stata piuttosto valutata contraria al diritto europeo, in quanto violativa del principio di proporzionalità, una normativa diretta ad escludere dalle gare pubbliche intere categorie di operatori in virtù di una presunzione assoluta di violazione del principio di parità di trattamento, senza permettere valutazioni caso per caso (Corte di Giustizia, grande sezione, 16 dicembre 2008, C-213-07).

La tematica risulta d'altronde direttamente influenzata da quella giurisprudenza che ha sancito la progressiva contrazione degli spazi riservati gli affidamenti diretti (12) e la delimitazione del campo riservato agli accordi fra soggetti "pubblici" (13).

La facoltà di partecipare alle gare d'appalto agli enti pubblici ai quali il diritto nazionale consenta di offrire beni e servizi sul mercato può in un certo senso essere letta quale contraltare alla regola per le amministrazioni aggiudicatrici che intendano stipulare accordi aventi ad oggetto il trasferimento di beni o la prestazione di servizi, di ricorrere alla gara, anche se un'altra amministrazione aggiudicatrice sia disponibile a fornire i beni o servizi stessi.

Preso quindi atto del chiaro indirizzo interpretativo della Corte di Giustizia (14), che fa leva sulla nozione di operatore economico delineata dalle di-

(12) La questione dell'affidamento diretto è stata di recente affrontata dalla Corte di Giustizia, che ne ha sostanzialmente confermato la valenza di regime eccezionale nella sentenza 11 dicembre 2014, n. 113/13 (relativa al servizio di trasporto sanitario di urgenza svolto tramite associazioni di volontariato) oltre che nella ormai copiosa giurisprudenza sull'*in house providing*, fattispecie quest'ultima che legittima sì l'esenzione dalla gara, ma al ricorrere di specifici requisiti di controllo tra i soggetti coinvolti nell'operazione. La deroga all'applicazione del generale principio pro concorrenziale si giustifica infatti per il fatto che un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi, e che tale deroga può essere estesa alle situazioni in cui la controparte contrattuale è un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice, qualora quest'ultima eserciti sull'affidatario un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e tale entità realizzi la parte più importante della propria attività con l'amministrazione o con le amministrazioni aggiudicatrici che la controllano (Corte di Giustizia, sentenza 8 maggio 2014, causa C 15/2013).

(13) Corte giustizia Grande Sez., sent. 19 dicembre 2012, C. 159/11 "*Il diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici osta ad una normativa nazionale che autorizzi la stipulazione, senza previa gara, di un contratto mediante il quale taluni enti pubblici istituiscono tra loro una cooperazione, nel caso in cui tale contratto non abbia il fine di garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune agli enti medesimi, non sia retto unicamente da considerazioni ed esigenze connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico, oppure sia tale da porre un prestatore privato in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti*". Sulla tematica si vedano anche le osservazioni critiche di M. MAZZAMUTO, *L'apparente neutralità comunitaria sull'autoproduzione pubblica: dall'in house al Partenariato "Pubblico-Pubblico"* in *Giur. It.*, 2013, 6 secondo il quale già sul piano sistematico, una sopravvalutazione dell'autoproduzione pubblica (quale risultante dall'utilizzo di accordi fra amministrazioni e dall'applicazione del modello *in house*) "*non potrebbe cadere in una mera irrilevanza comunitaria, finendo per compromettere in parte qua l'obiettivo della costruzione del mercato unico*".

(14) Corte giustizia sent. 23 dicembre 2009, C. 305/08 che ha ammesso la partecipazione delle Università e degli Istituti di ricerca affermando che la nozione di "operatore economico" comprende anche soggetti senza scopo di lucro, che non dispongono di una struttura organizzativa d'impresa e non assicurano una presenza regolare sul mercato. In detta occasione la Corte ha, fra l'altro, affermato che un'interpretazione restrittiva della nozione di "operatore economico" avrebbe come conseguenza che i contratti conclusi tra amministrazioni aggiudicatrici e organismi che non agiscono in base a un preminente scopo di lucro non sarebbero considerati come "appalti pubblici", potrebbero essere aggiudicati in modo informale e, in tal modo, sarebbero sottratti alle norme comunitarie in materia di parità di trattamento e di trasparenza, in contrasto con la finalità delle medesime norme.

In precedenza la Corte di giustizia, con sentenza 18 dicembre 2007, n. 357 aveva escluso che una normativa nazionale potesse limitare la partecipazione alle gare (in quel caso inerenti l'affidamento di

rettive europee (ma anche su più ampi principi di sistema ricavabili dalle disposizioni dei Trattati) per affermare il divieto di una generalizzata esclusione dei soggetti pubblici dalle gare di appalto, l'attenzione si è spostata sull'esame delle condizioni in base alle quali consentire la partecipazione nel quadro della garanzia di un corretto assetto concorrenziale.

In detto quadro si era collocata l'ordinanza del Consiglio di Stato n. 5241 del 2013 che rimetteva alla Corte di Giustizia non solo il quesito inerente la possibilità di escludere in via generalizzata gli enti pubblici dalla partecipazione alle gare (15), ma anche la specifica questione se il diritto dell'Unione osta ad una normativa che permetta ad un soggetto che beneficia stabilmente di risorse pubbliche e che è affidatario in via diretta di un servizio pubblico di presentare offerte benché le predette circostanze determinino un oggettivo vantaggio competitivo nel confronto concorrenziale con altri operatori economici operanti nel settore.

In sostanza l'analisi si va a spostare dal profilo dell'astratta partecipazione a quello della sussistenza di possibili asimmetrie (16) e delle misure necessarie a garantire un corretto assetto concorrenziale.

In detto contesto l'ordinanza n. 5241/13 del Consiglio di Stato, con cui è stato disposto il rinvio pregiudiziale, osservava lucidamente che la progressiva estensione del novero dei soggetti ammessi a partecipare alle gare, che include soggetti che beneficiano di regimi agevolati, anche dal punto di vista fiscale, porta con sé il rischio che la competizione sia caratterizzata, sempre di più, da una evidente disomogeneità tra i concorrenti.

Ragionando astrattamente si potrebbe ritenere che quello che occorre verificare nelle singole fattispecie è se la partecipazione concretizzi un aiuto di

servizi pubblici locali) alle sole società di capitali, escludendo soggetti che rivestono altre forme giuridiche quali le società in nome collettivo.

Va ricordato anche che la Corte di Giustizia, con Ordinanza, 4 ottobre 2012, C. 502/11, ha ritenuto che il diritto dell'UE osta ad una normativa nazionale che vieta a una società quale una società semplice di partecipare alle gare d'appalto esclusivamente a causa della sua forma giuridica.

(15) Sul punto la Corte di Giustizia si era tuttavia già espressa con la sentenza 19 dicembre 2012, n. 159 ove al punto 27 si legge *“gli Stati membri possono disciplinare le attività di tali soggetti e, in particolare, autorizzarli o non autorizzarli ad operare sul mercato, tenuto conto dei loro fini istituzionali e statutari. Comunque, se e nei limiti in cui i suddetti soggetti siano autorizzati a offrire taluni servizi sul mercato, non può essere loro vietato di partecipare a una gara d'appalto avente ad oggetto i servizi in questione”*.

Come di recente precisato da T.A.R. Lazio Roma Sez. III, sent. 14 gennaio 2015, n. 539, limite certo all'ammissibilità delle offerte di soggetti pubblici non imprenditori può derivare da clausole statutarie auto-limitative ovvero dallo statuto giuridico proprio di quel tipo di ente sulla base delle normativa nazionale di riferimento: sarà cioè necessario effettuare, caso per caso, un esame approfondito dello statuto di tali persone giuridiche al fine di valutare gli scopi istituzionali per cui sono state costituite.

(16) In questo senso la recente Cons. Stato Sez. V, Sent. 21 novembre 2014, n. 5767 ha ad esempio ammesso la partecipazione di una università ad una gara bandita da un ente regionale, ma ha precisato che nel caso di specie non sussisteva alcuna *“prova di connessione tra il sostegno pubblico e la partecipazione e l'aggiudicazione di una gara d'appalto”*.

Stato (17), ipotesi che determinerebbe l'applicazione della relativa sottodisciplina. Si potrebbe altresì valutare la particolare configurazione della fattispecie e la possibile riconduzione ad una fattispecie di abuso di posizione dominante (18), che l'art. 102 TFUE valuta incompatibile con il mercato comune.

Orbene, proprio la tematica dell'incidenza del finanziamento pubblico sull'offerta è stata affrontata dalla Corte di Giustizia nella sentenza 18 dicembre 2014. Al fine di comprendere le sintetiche conclusioni rese sul punto è tuttavia opportuno ricostruire il quadro di riferimento.

Occorre partire dalla constatazione che il convincimento espresso dal Giudice remittente è che il diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici - in particolare, i principi generali di libera concorrenza, non discriminazione e proporzionalità - osterebbe ad una normativa nazionale che permette ad un ente che beneficia stabilmente di risorse pubbliche e che è affidatario in via diretta di un servizio pubblico, di lucrare da tale situazione un vantaggio competitivo determinante nel confronto concorrenziale con altri operatori economici, vantaggio che viene desunto dall'entità del ribasso offerto (19).

Sul punto è possibile osservare che la Corte di giustizia si è già occupata del caso di enti pubblici che beneficiano di sovvenzioni erogate dallo Stato e che consentono loro di presentare offerte a prezzi notevolmente inferiori a quelli degli altri offerenti, ma ha escluso che tale circostanza sia preclusiva alla partecipazione a procedure per l'aggiudicazione di appalti pubblici.

L'analisi è stata condotta dapprima in riferimento alle disposizioni della direttiva 92/50 CE che si è ritenuta autorizzare *“esplicitamente la partecipazione ad una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico di enti finanziati eventualmente mediante fondi pubblici”* precisando che *“non si può tuttavia escludere che, in talune circostanze particolari, la direttiva 92/50 obbliga le amministrazioni aggiudicatrici, o quantomeno consente loro, di prendere in considerazione l'esistenza di sovvenzioni, ed in particolare di aiuti non compatibili con il Trattato, al fine eventualmente di escludere gli offerenti che ne beneficiano”* (20).

(17) Sul punto può essere utile richiamare la sentenza della Corte giustizia 3 aprile 2014, C. 559/12, secondo la quale una garanzia implicita e illimitata concessa dallo Stato a un ente pubblico a carattere commerciale e industriale costituisce un aiuto di Stato illegittimo.

(18) Per la giurisprudenza comunitaria l'abuso di posizione dominante corrisponde ad una potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione, ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti, ed in ultima analisi dei consumatori. Si veda Corte giustizia, Sent. 15 marzo 2007, C. 95/04.

(19) La possibile incidenza sulle dinamiche concorrenziali è stata presa in considerazione (sia pure per escluderla nel caso concreto) dalla successiva sentenza del Consiglio di Stato 21 novembre 2014 n. 5767, al quale aveva ribadito che il principio da affermare è quello che depono per l'apertura alla concorrenza anche in casi in cui acquisiscano la veste di operatori economici taluni enti pubblici astrattamente beneficiari di finanziamenti statali, *“allorché, come nel caso di specie, non vi sia alcuna prova di connessione tra il sostegno pubblico e la partecipazione e l'aggiudicazione di una gara d'appalto”*.

Nella successiva elaborazione è stato ampiamente confermato che il finanziamento pubblico non si pone quale elemento preclusivo alla partecipazione, ma che lo stesso può essere verificato, nella sua concreta incidenza sulla procedura di gara, alla luce della normativa sugli aiuti di stato e sulle offerte anomale (21).

D'altronde, a differentemente argomentare, qualsivoglia soggetto riconducibile alla nozione sostanziale di Pubblica Amministrazione, (si pensi alle società partecipate da soggetti pubblici) risulterebbe impossibilitato a partecipare alle procedure di evidenza pubblica. Ciò determinerebbe la sostanziale sterilizzazione della capacità negoziale di qualsivoglia soggetto pubblico, cui verrebbe precluso ogni possibile svolgimento di attività economica o imprenditoriale sul mercato. Ciò che risulterebbe, oltre che illogico, anche contrastante con la stessa giurisprudenza relativa alla tematica dell'*in house providing* (22) la quale rivela, specularmente, la legittimità della partecipa-

(20) Corte di Giustizia, sentenza 7 dicembre 2000, C-94/99, punto 29, la quale conclude (punto 32) statuendo che *“il principio di parità di trattamento degli offerenti di cui alla direttiva 92/50 non è violato per il solo fatto che l'amministrazione aggiudicatrice ammette a partecipare ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi organismi che ricevono, da essa stessa o da altre amministrazioni aggiudicatrici, sovvenzioni, indipendentemente dalla loro natura, che consentono a questi organismi di presentare offerte a prezzi notevolmente inferiori a quelli degli altri offerenti che non beneficiano di tali sovvenzioni”*.

Sempre in riferimento alla medesima normativa (che *in parte qua* non presenta tuttavia elementi di divergenza sostanziale da quella attualmente vigente) la Corte ha poi escluso la violazione del principio di parità di trattamento anche nel caso in cui l'amministrazione appaltante ammetta a partecipare ad una procedura di aggiudicazione organismi che ricevono, da essa stessa o da altre amministrazioni aggiudicatrici, sovvenzioni, indipendentemente dalla loro natura o dal fatto di essere partecipati dalla stessa amministrazione (sentenza 11 gennaio 2005; C-26/03).

(21) Il richiamo è alla sentenza 23 dicembre 2009, C-305/08, in cui la Corte di Giustizia ha statuito che *“In ordine alla questione, sollevata dal giudice del rinvio, di una possibile distorsione della concorrenza a motivo della partecipazione ad un appalto pubblico di enti che, come il ricorrente nella causa principale, vanterebbero una posizione privilegiata rispetto a quella degli operatori privati grazie a finanziamenti pubblici che vengono loro erogati, si deve sottolineare che il quarto ‘considerando’ della direttiva 2004/18 enuncia l’obbligo per gli Stati membri di provvedere affinché una distorsione di questo tipo non si produca per il fatto della partecipazione di un organismo di diritto pubblico a un appalto pubblico. Detto obbligo si impone anche con riguardo ad entità come il suddetto ricorrente. Si devono altresì ricordare, al riguardo, gli obblighi e le facoltà di cui dispone un’amministrazione aggiudicatrice, ai sensi dell’art. 55, n. 3, della direttiva 2004/18, in caso di offerte anormalmente basse dovute alla circostanza che l’offerente ha ottenuto un aiuto di Stato. Peraltro, la Corte ha riconosciuto che, in talune circostanze particolari, l’amministrazione aggiudicatrice ha l’obbligo, o quanto meno la facoltà, di prendere in considerazione l’esistenza di sovvenzioni, ed in particolare di aiuti non compatibili con il Trattato, al fine eventualmente di escludere gli offerenti che ne beneficiano. Tuttavia, l’eventualità di una posizione privilegiata di un operatore economico in ragione di finanziamenti pubblici o aiuti di Stato non può giustificare l’esclusione a priori e senza ulteriori analisi di enti, quali il ricorrente nella causa principale, dalla partecipazione a un appalto pubblico. [...]”*.

(22) Si vedano Corte di Giustizia, sentenza 11 gennaio 2005, in causa C-26/03; *id.* sent. 13 ottobre 2005 in causa C-458/03, *id.* sent. 18 novembre 1999, in C-197/98; sent., 13 novembre 2008, n. 324/07. Sull'ambito dell'*in house* occorrerà valutare l'impatto della nuova direttiva appalti 2014/24/UE, nell'individuare gli spazi nei quali l'applicazione della direttiva stessa è esclusa, all'art. 12 tratta degli "Ap-

zione a procedimenti di evidenza pubblica da parte di società partecipate dall'ente aggiudicatario. Il modello dell'*in house* è stato infatti da sempre inquadrato dalla Corte come eccezione all'obbligo di ricorrere alla gara ogni volta che l'amministrazione debba acquisire opere servizi o risorse strumentali.

Raffrontando il settore pubblico con quello privato va poi considerato che anche soggetti privati possono essere animati da un lato da logiche di gruppo e comunque beneficiare di vantaggi competitivi che si ripercuotono sull'aspetto qualitativo e quantitativo delle offerte, ma non per questo sono esclusi aprioristicamente dalla partecipazione alle gare. Piuttosto sono soggetti allo strumento di verifica dell'anomalia dell'offerta nonché alla disciplina repressiva dell'abuso di posizione dominante, che l'art. 102 TFUE ritiene incompatibile con il mercato comune.

La conclusione che pare di poter trarre dall'analisi della giurisprudenza stratificatasi nel tempo è pertanto che le garanzie derivanti dalla procedura ad evidenza pubblica consentono di escludere che la partecipazione ad una gara di un ente pubblico economico che riceve stabilmente risorse pubbliche possa di per sé determinare un fattore distortivo della concorrenza.

La conferma della correttezza dell'indirizzo interpretativo deriva proprio dalla recente sentenza della Corte di Giustizia 18 dicembre 2014 resa in causa C-568/13, che pur si caratterizza per un evidente equilibrio frutto della consapevolezza che la quadratura del cerchio, nella materia in questione, risulta di fatto assai ardua.

La Corte, dopo aver preso atto che non è possibile escludere un offerente "*a priori e senza esami ulteriori*" dalla partecipazione a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico per il solo motivo che grazie a sovvenzioni

palti pubblici tra enti nell'ambito del settore pubblico", fornendo una definizione normativa parzialmente innovativa dell'istituto. In particolare il primo comma della citata norma così dispone: Un appalto pubblico aggiudicato da un'amministrazione aggiudicatrice a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato non rientra nell'ambito di applicazione della presente direttiva quando siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

- a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi;
- b) oltre l'80% delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi; e
- c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

Va fin da ora precisato che analoghe disposizioni sono contenute nella direttiva sui settori speciali e nella direttiva concessioni (rispettivamente agli artt. 28 e 17).

Ritiene che dalle nuove direttive emerga "*una netta modifica delle regole già fissate in via pretoria dalla giurisprudenza, quanto meno in ordine ai requisiti della partecipazione totalitaria e della prevalenza dell'attività svolta in favore dell'amministrazione aggiudicatrice*" G. VELTRI, *In house e anticipata efficacia della direttiva 2014/24/ue in Urbanistica e appalti*, 2015, 6, 655.

pubbliche è in grado di presentare offerte a prezzi notevolmente inferiori a quelli di mercato e che nella vigente normativa non sono configurati meccanismi correttivi volti a riequilibrare le condizioni di partenza tra operatori economici disomogenei, non resta che constatare (punto 41) che l'unico strumento giuridico utilizzabile è quello di verifica dell'anomalia delle offerte anormalmente basse.

Resta ovviamente la possibilità di valutare la questione alla luce delle disposizioni in materia di aiuti di stato, ma anche qui la posizione della Corte è quanto mai ondivaga. Le considerazioni sono rese alla luce della direttiva 92/50 CE, ma le considerazioni della Corte paiono rilevanti anche alla luce della vigente disciplina, la quale espressamente prevede che le giustificazioni inerenti il prezzo anormalmente basso possono attingere anche all'eventualità che l'offerente ottenga un aiuto di Stato, con la precisazione che in detta ipotesi *“l'amministrazione aggiudicatrice che accerta che un'offerta è anormalmente bassa in quanto l'offerente ha ottenuto un aiuto di Stato può respingere tale offerta per questo solo motivo unicamente se consulta l'offerente e se quest'ultimo non è in grado di dimostrare, entro un termine sufficiente stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice, che l'aiuto in questione era stato concesso legalmente”* (23).

Di sicuro viene sconfessata la posizione del Consiglio di Stato che nell'ordinanza di remissione aveva ritenuto (punto 10.1) che *“il diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici - in particolare, i principi generali di libera concorrenza, non discriminazione e proporzionalità - osta ad una normativa nazionale che permetta ad un soggetto (...) che beneficia stabilmente di risorse pubbliche e che è affidataria in via diretta di un servizio pubblico, di lucrare da tale situazione un vantaggio competitivo determinante nel confronto concorrenziale con altri operatori economici, come dimostra l'entità del ribasso offerto”*.

Sul punto la sentenza della corte di Giustizia risulta chiarissima lì dove prende atto (24) che *“il legislatore dell'Unione, pur essendo consapevole della diversa natura dei concorrenti che partecipano a un appalto pubblico, non ha previsto altri meccanismi oltre a quello della verifica e dell'eventuale rigetto delle offerte anormalmente basse”*, verifica di anomalia nel cui ambito valutare l'eventuale sussistenza di un aiuto di stato illegittimamente concesso (25), che pare essere l'unica vera causa di possibile esclusione del soggetto giuridico (26).

(23) Art. 55 comma terzo della direttiva 18/2004. Disposizione di analogo tenore è ora contenuta nell'art. 69 della direttiva 24/2014, la quale richiede la verifica che l'aiuto sia *“compatibile con il mercato interno ai sensi dell'articolo 107 TFUE”*.

(24) Corte di Giustizia, 18 dicembre 2014 resa in causa C- 568/13, punto 41.

(25) Sul piano nazionale la Cassazione si è occupata dell'incidenza dell'abusivo utilizzo di agevolazioni fiscali nell'ambito del regime concorrenziale. Benché la questione presenti esclusivamente li-

Sotto questo profilo la norma europea che viene in rilievo è l'art. 107, n. 1, TFUE, il quale si applica solo ad aiuti (27) concessi, direttamente o indirettamente, ad imprese. Pertanto, qualora un ente pubblico si limitasse a svolgere attività che non possono essere qualificate come economiche, non agendo come un'impresa non potrebbe considerarsi beneficiario di aiuti di Stato ai sensi dell'art. 107, n. 1, TFUE. Nell'ipotesi invece in cui lo stesso potesse in essere anche attività consistenti nell'offrire servizi sul mercato, con riferimento a quest'ultimo segmento dovrebbe essere considerato come un'impresa con la conseguente applicazione della normativa sugli aiuti.

Proprio sulla base di detti presupposti la Commissione europea aveva ritenuto che per poter escludere che le attività d'impresa beneficino di aiuti di Stato derivanti dal finanziamento pubblico delle attività non economiche sarebbe necessario adottare una separazione contabile, che consenta di verificare che le attività di impresa non traggano direttamente od indirettamente vantaggio dal finanziamento.

Sul punto la Corte di giustizia ha tuttavia espressamente affermato (punto 45 della sentenza) che dall'assenza di tale separazione l'amministrazione aggiudicatrice non può automaticamente desumere che l'offerta (anormalmente bassa) sia stata resa possibile grazie all'ottenimento di una sovvenzione o di un aiuto di Stato non conforme al Trattato.

mitati punti di contatto con la tematica dell'aiuto di stato interessante è che Cass. civ. Sez. I, 17 luglio 2008, n. 19720 abbia ritenuto che può costituire condotta di concorrenza sleale per violazione di norme pubblicistiche *“lo svolgimento di un'attività d'impresa fruendo delle agevolazioni anche fiscali previste per le attività di volontariato, ma in termini tali da eccedere i limiti cui la normativa di settore subordina i relativi benefici, in quanto da tale condotta, per i minori costi di esercizio, può derivare un danno per l'impresa del concorrente”*.

(26) Anche in merito all'obbligo di valutazione della sussistenza di un aiuto di Stato la Corte di Giustizia non assume tuttavia posizioni chiarissime, risultando ondivaga se si tratti di un dovere o di una facoltà. Al punto 44 infatti, richiamando i precedenti ARGE e CoNISMa, si afferma che *“in talune circostanze particolari, l'amministrazione aggiudicatrice ha l'obbligo, o quanto meno la facoltà, di prendere in considerazione l'esistenza di sovvenzioni, e in particolare di aiuti non conformi al Trattato, al fine eventualmente di escludere gli offerenti che ne beneficiano”*. Nel dispositivo si legge poi che (enfasi aggiunta) *“nell'esaminare il carattere anormalmente basso di un'offerta sul fondamento dell'articolo 37 di tale direttiva, l'amministrazione aggiudicatrice può prendere in considerazione l'esistenza di un finanziamento pubblico di cui detta azienda beneficia, alla luce della facoltà di respingere tale offerta”*.

(27) Sul carattere giuridico della nozione di aiuto di Stato, Corte giustizia 22 dicembre 2008, causa C-487/06.

Corte di giustizia dell'Unione europea, Quinta Sezione, sentenza 18 dicembre 2014, causa C-568/13 - Pres. T. von Danwitz, Rel. E. Juhász, Ag. Gen. J. Kokott - Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Consiglio di Stato (Italia) - Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze / Data Medical Service srl.

«Rinvio pregiudiziale – Appalti pubblici di servizi – Direttiva 92/50/CEE – Articoli 1, lettera c), e 37 – Direttiva 2004/18/CE – Articoli 1, paragrafo 8, primo comma, e 55 – Nozioni di “prestatore di servizi” e di “operatore economico” – Azienda ospedaliera universitaria pubblica – Ente dotato di personalità giuridica nonché di autonomia imprenditoriale e organizzativa – Attività prevalentemente non lucrativa – Finalità istituzionale di offrire prestazioni sanitarie – Possibilità di offrire servizi analoghi sul mercato – Ammissione a partecipare a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico»

- 1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione degli articoli 1, lettera c), e 37 della direttiva 92/50/CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1), e degli articoli 1, paragrafo 8, primo comma, e 55 della 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, pag. 114).
- 2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra l'Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze (in prosieguo: l'«Azienda») e la Data Medical Service Srl (in prosieguo: la «Data Medical Service») in merito alla regolarità dell'esclusione del primo ente dalla partecipazione a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi.

Contesto normativo

Il diritto dell'Unione

- 3 L'articolo 1, lettera c), della direttiva 92/50 così disponeva:
«“prestatori di servizi” [sono] le persone fisiche o giuridiche, inclusi gli enti pubblici che forniscono servizi (...)».
- 4 Ai sensi dell'articolo 37 di tale direttiva:
«Se, per un determinato appalto, talune offerte presentano carattere anormalmente basso rispetto alla prestazione, l'amministrazione, prima di poter eventualmente respingere tali offerte, richiede per iscritto le precisazioni in merito agli elementi costitutivi dell'offerta in questione che essa considera pertinenti e verifica detti elementi costitutivi tenendo conto di tutte le spiegazioni ricevute.
L'amministrazione può prendere in considerazione giustificazioni riguardanti l'economia del metodo di prestazione del servizio o le soluzioni tecniche adottate o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per prestare il servizio, oppure l'originalità del servizio proposto dall'offerente.
Se i documenti relativi all'appalto prevedono l'attribuzione al prezzo più basso, l'amministrazione aggiudicatrice deve comunicare alla Commissione il rifiuto delle offerte ritenute troppo basse».
- 5 Il considerando 1 della direttiva 2004/18 indica che tale direttiva procede, per motivi di chiarezza, alla rifusione in un unico testo delle direttive precedenti applicabili in materia di appalti pubblici di servizi, di forniture e di lavori, ed è basata sulla giurisprudenza della Corte.

- 6 Ai sensi del considerando 4 della richiamata direttiva:
 «Gli Stati membri dovrebbero provvedere affinché la partecipazione di un offerente che è un organismo di diritto pubblico a una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico non causi distorsioni della concorrenza nei confronti di offerenti privati».
- 7 L'articolo 1, paragrafo 8, primo e secondo comma, della medesima direttiva così prevede:
 «I termini “imprenditore”, “fornitore” e “prestatore di servizi” designano una persona fisica o giuridica o un ente pubblico o un raggruppamento di tali persone e/o enti che offra sul mercato, rispettivamente, la realizzazione di lavori e/o opere, prodotti o servizi.
 Il termine “operatore economico” comprende l'imprenditore, il fornitore, il prestatore di servizi. È utilizzato unicamente per semplificare il testo».
- 8 L'articolo 55 della direttiva 2004/18, rubricato «Offerte anormalmente basse», è così formulato:
 «1. Se, per un determinato appalto, talune offerte appaiono anormalmente basse rispetto alla prestazione, l'amministrazione aggiudicatrice, prima di poter respingere tali offerte, richiede per iscritto le precisazioni ritenute pertinenti in merito agli elementi costitutivi dell'offerta in questione.
 Dette precisazioni possono riguardare in particolare:
 a) l'economia del procedimento di costruzione, del processo di fabbricazione dei prodotti o del metodo di prestazione del servizio;
 b) le soluzioni tecniche adottate e/o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per eseguire i lavori, per fornire i prodotti o per prestare i servizi;
 c) l'originalità dei lavori, delle forniture o dei servizi proposti dall'offerente;
 d) il rispetto delle disposizioni relative alla protezione e alle condizioni di lavoro vigenti nel luogo in cui deve essere effettuata la prestazione;
 e) l'eventualità che l'offerente ottenga un aiuto di Stato.
 2. L'amministrazione aggiudicatrice verifica, consultando l'offerente, detti elementi costitutivi tenendo conto delle giustificazioni fornite.
 3. L'amministrazione aggiudicatrice che accerta che un'offerta è anormalmente bassa in quanto l'offerente ha ottenuto un aiuto di Stato può respingere tale offerta per questo solo motivo unicamente se consulta l'offerente e se quest'ultimo non è in grado di dimostrare, entro un termine sufficiente stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice, che l'aiuto in questione era stato concesso legalmente. Quando l'amministrazione aggiudicatrice respinge un'offerta in tali circostanze, provvede a informarne la Commissione».
- Il diritto italiano*
- 9 Dall'articolo 3 del decreto legislativo del 30 dicembre 1992, n. 502, «Riordino della disciplina in materia sanitaria», (supplemento ordinario alla GURI n. 305, del 30 dicembre 1992), come interpretato dalla Corte costituzionale, emerge che le aziende sanitarie sono enti pubblici economici che «assolvono compiti di natura essenzialmente tecnica, che esercitano con la veste giuridica di aziende pubbliche, dotate di autonomia imprenditoriale, sulla base degli indirizzi generali contenuti nei piani sanitari regionali e negli indirizzi applicativi impartiti dalle Giunte regionali».
- 10 Ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1 bis, di tale decreto legislativo:
 «In funzione del perseguimento dei loro fini istituzionali, le unità sanitarie locali si costituiscono in aziende con personalità giuridica pubblica e autonomia imprenditoriale;

la loro organizzazione ed il funzionamento sono disciplinati con atto aziendale [atto con cui sono definite le responsabilità nella gestione dell'azienda, in particolare a livello di bilancio] di diritto privato, nel rispetto dei principi e criteri previsti da disposizioni regionali. L'atto aziendale individua le strutture operative dotate di autonomia gestionale o tecnico-professionale, soggette a rendicontazione analitica».

- 11 La direttiva 92/50 è stata trasposta nell'ordinamento giuridico italiano con decreto legislativo del 17 marzo 1995, n. 157 (supplemento ordinario alla GURI n. 104, del 6 maggio 1995).
- 12 Ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, di tale decreto legislativo:
«Sono amministrazioni aggiudicatrici: le amministrazioni dello Stato, le regioni, le province autonome di Trento e Bolzano, gli enti pubblici territoriali, gli altri enti pubblici non economici, gli organismi di diritto pubblico comunque denominati».
- 13 L'articolo 5, paragrafo 2, lettera h), di detto decreto legislativo prevede che quest'ultimo non si applichi «agli appalti pubblici di servizi aggiudicati a un ente che sia esso stesso un'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'art. 2, in base a un diritto di esclusiva di cui beneficia in virtù di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, purché queste siano compatibili con il trattato».
- 14 La direttiva 2004/18 è stata trasposta nell'ordinamento giuridico italiano con decreto legislativo del 12 aprile 2006, n. 163 (supplemento ordinario alla GURI n. 100, del 2 maggio 2006), che codifica le regole in materia di appalti pubblici.
- 15 L'articolo 19, paragrafo 2, di tale decreto legislativo così dispone:
«Il presente codice non si applica agli appalti pubblici di servizi aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore ad un'altra amministrazione aggiudicatrice o ad un'associazione o consorzio di amministrazioni aggiudicatrici, in base ad un diritto esclusivo di cui esse beneficiano in virtù di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative pubblicate, purché tali disposizioni siano compatibili con il trattato».
- 16 L'articolo 34, paragrafo 1, di detto decreto designa i soggetti ammessi a partecipare alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici e dispone quanto segue:
«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;
b) i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro (...) e i consorzi tra imprese artigiane (...);
c) i consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile, tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro, secondo le disposizioni di cui all'articolo 36;
d) i raggruppamenti temporanei di concorrenti, costituiti dai soggetti di cui alle lettere a), b) e c) (...);
e) i consorzi ordinari di concorrenti di cui all'articolo 2602 del codice civile, costituiti tra i soggetti di cui alle lettere a), b) e c) del presente comma, anche in forma di società ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile (...);
e bis) le aggregazioni tra imprese aderenti al contratto di rete ai sensi dell'articolo 3, comma 4-ter, del decreto-legge 10 febbraio 2009, n. 5 (...);

f) i soggetti che abbiano stipulato il contratto di gruppo europeo di interesse economico (GEIE) ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240 (...);

f bis) operatori economici, ai sensi dell'articolo 3, comma 22, stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi».

- 17 La lettera f bis è stata inserita nell'articolo 34, paragrafo 1, del decreto legislativo n. 163/2006 con l'adozione del decreto legislativo dell'11 settembre 2008, n. 152 (supplemento ordinario alla GURI n. 231, del 2 ottobre 2008), in seguito a una procedura d'infrazione avviata contro la Repubblica italiana dalla Commissione, la quale aveva sottolineato che le direttive in materia di appalti pubblici non consentono di limitare la possibilità di partecipare alle gare d'appalto a talune categorie di operatori economici.
- 18 Gli articoli da 86 a 88 del decreto legislativo n. 163/2006 prevedono i meccanismi di verifica dell'anomalia dell'offerta, sulla base dei quali l'amministrazione aggiudicatrice può decidere di escludere un offerente dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi.

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

- 19 Con bando pubblicato il 5 ottobre 2005, la Regione Lombardia ha lanciato una gara d'appalto per l'aggiudicazione, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del servizio triennale di elaborazione dati per la valutazione esterna sulla qualità dei farmaci. L'Azienda, che è stabilita in Toscana, regione in cui esercita le proprie attività, ha partecipato a tale gara d'appalto risultando prima classificata, soprattutto grazie al prezzo al quale proponeva i propri servizi, del 59% inferiore a quello del secondo offerente classificato, la Data Medical Service. In seguito alla verifica dell'eventuale anomalia di tale offerta, l'appalto è stato attribuito all'Azienda con decisione della Regione Lombardia del 26 maggio 2006.
- 20 La Data Medical Service ha impugnato la decisione di aggiudicazione dell'appalto dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, sostenendo che l'aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso per il fatto che, conformemente alla normativa vigente, un ente pubblico non può partecipare a una gara d'appalto e che, in ogni caso, la sua offerta economica era anormalmente bassa, data l'entità del ribasso proposto.
- 21 Con sentenza del 24 novembre 2006 il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia ha accolto il primo motivo dedotto. Fondandosi sul combinato disposto dell'articolo 5, paragrafo 2, lettera h), del decreto legislativo n. 157/1995 e degli articoli 19 e 34 del decreto legislativo n. 163/2006, tale giudice ha considerato che, quantunque queste due ultime disposizioni non fossero applicabili al caso di specie ratione temporis, vi fosse per gli enti pubblici, quali l'Azienda, un divieto formale di partecipare alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, essendo consentito a tali enti, in presenza di determinate condizioni, solamente l'affidamento di un appalto in via diretta. Infatti l'Azienda, in quanto ente pubblico esclusivamente destinato alla gestione dell'ospedale pubblico fiorentino, non potrebbe agire in condizioni di libera concorrenza con soggetti privati.
- 22 L'Azienda ha interposto appello contro tale sentenza dinanzi al Consiglio di Stato, giudice amministrativo supremo in Italia.
- 23 Tale giudice osserva preliminarmente che, nonostante il fatto che il contratto di cui trattasi sia stato nel frattempo interamente eseguito, l'Azienda conserva un interesse a che sia riconosciuto il suo diritto di partecipare a gare d'appalto.

- 24 Il Consiglio di Stato rileva poi che la prima questione da esaminare nella fattispecie è quella dell'esatta definizione della nozione di «operatore economico», ai sensi del diritto dell'Unione, e della possibilità di ricomprendervi un'azienda ospedaliera universitaria pubblica. Per quanto attiene alla natura di tali enti nel quadro del processo di «aziendalizzazione», ossia il passaggio a un modello imprenditoriale, il Consiglio di Stato sottolinea che tale processo ha portato alla trasformazione delle «unità sanitarie locali» preesistenti – in origine amministrazioni operanti a livello comunale – in aziende dotate di personalità giuridica e autonomia imprenditoriale, vale a dire autonomia organizzativa, patrimoniale, contabile e di gestione, circostanza che ha portato una parte della dottrina e della giurisprudenza nazionali a qualificare le aziende sanitarie pubbliche, comprese quelle ospedaliere, come «enti pubblici economici». Tuttavia, la natura pubblica di tali soggetti non sarebbe discutibile. La loro attività non avrebbe prevalentemente finalità lucrativa e le stesse sarebbero titolari di poteri amministrativi in senso stretto, in particolare di tipo ispettivo e sanzionatorio.
- 25 Il Consiglio di Stato dubita che, in tale contesto, si possa continuare ad affermare, come fa il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, che in diritto italiano esiste un divieto categorico per tali aziende, in quanto enti pubblici economici, di partecipare alle gare pubbliche nella veste di «semplici concorrenti». A tale proposito esso richiama la giurisprudenza della Corte, in particolare le sentenze ARGE (C-94/99, EU:C:2000:677), CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807) e Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a. (C-159/11, EU:C:2012:817), da cui emergerebbe che qualsiasi ente che si reputi idoneo a garantire l'esecuzione di un appalto pubblico avrebbe il diritto di prendervi parte, indipendentemente dal fatto di essere un soggetto di diritto privato o di diritto pubblico.
- 26 Tale giurisprudenza sarebbe seguita da gran parte dei giudici italiani, i quali avrebbero inoltre sottolineato che l'elencazione di cui all'articolo 34 del decreto legislativo n. 163/2006 non può essere considerata tassativa. Il Consiglio di Stato considera che tale giurisprudenza comunitaria e nazionale osta a che l'articolo 5, paragrafo 2, lettera b), del decreto legislativo n. 157/1995 e l'articolo 34 del decreto legislativo n. 163/2006 siano interpretati nel senso di escludere a priori un'azienda ospedaliera dalla partecipazione a una gara d'appalto. Infatti, un tale divieto in linea generale non avrebbe più ragione di esistere.
- 27 Ciò non equivarrebbe tuttavia ad autorizzare in maniera indiscriminata tali aziende a partecipare alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici. Secondo il Consiglio di Stato, la medesima giurisprudenza ha individuato in proposito due limiti: il primo, che l'attività posta a gara sia strumentale al conseguimento delle finalità istituzionali dell'ente pubblico di cui trattasi, e il secondo, che non vi sia una previsione normativa specifica nazionale che vieti tale attività, in particolare in ragione del possibile effetto distorsivo sulla concorrenza.
- 28 Per quanto riguarda il primo limite, il Consiglio di Stato osserva che le aziende ospedaliere pubbliche, tanto più quelle universitarie, svolgono anche rilevanti funzioni di didattica e di ricerca, finalità istituzionali rispetto alle quali è possibile affermare che il servizio oggetto della gara di cui trattasi nella controversia di cui è investito, ossia l'elaborazione di dati, si pone in un rapporto di strumentalità. Quanto al secondo limite, il Consiglio di Stato rileva che la facoltà per un ente che beneficia di finanziamenti pubblici di partecipare liberamente a una gara d'appalto pone il problema della parità di tratta-

mento tra concorrenti disomogenei, da un lato quelli che devono stare sul mercato, e dall'altro quelli che possono contare anche su finanziamenti pubblici e sono quindi in grado di presentare offerte che nessun soggetto di diritto privato avrebbe mai potuto presentare. Si dovrebbero di conseguenza ricercare meccanismi correttivi volti a riequilibrare le condizioni di partenza tra i diversi operatori economici, meccanismi che dovrebbero andare oltre le procedure di verifica dell'eventuale anomalia delle offerte.

29 Alla luce di tali considerazioni, il Consiglio di Stato ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se l'art. 1 della direttiva [92/50], lett[o] anche alla luce del successivo art. 1 par. 8 della direttiva [2004/18], [osti] ad una normativa interna che fosse interpretata nel senso di escludere [l'Azienda], in quanto azienda ospedaliera avente natura di ente pubblico economico, dalla partecipazione alle gare.

2) Se il diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici - in particolare, i principi generali di libera concorrenza, non discriminazione, proporzionalità - osti ad una normativa nazionale che permetta ad un soggetto, del tipo dell'[Azienda], che beneficia stabilmente di risorse pubbliche e che è affidataria in via diretta del servizio pubblico sanitario, di lucrare da tale situazione un vantaggio competitivo determinante nel confronto concorrenziale con altri operatori economici - come dimostra l'entità del ribasso offerto - senza che siano previste al contempo misure correttive volte ad evitare un simile effetto distorsivo della concorrenza».

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla prima questione

30 Tale questione tra origine dai dubbi espressi dal giudice del rinvio, che si chiede se la normativa italiana vigente, interpretata nel senso di comportare un divieto generale per tutti gli enti pubblici, comprese di conseguenza le aziende ospedaliere universitarie pubbliche quali l'Azienda, di partecipare alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, possa essere considerata conforme alla giurisprudenza pertinente della Corte in materia di appalti pubblici.

31 Con la prima questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 1, lettera c), della direttiva 92/50 osti a una normativa nazionale che esclude la partecipazione di un'azienda ospedaliera pubblica, come quella di cui al procedimento principale, dalle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, a causa della sua natura di ente pubblico economico.

32 In via preliminare occorre segnalare che, sebbene la questione posta dal giudice del rinvio faccia riferimento sia all'articolo 1, lettera c), della direttiva 92/50 sia all'articolo 1, paragrafo 8, primo comma, della direttiva 2004/18, l'appalto di cui trattasi nel procedimento principale è tuttavia disciplinato, *ratione temporis*, dalla direttiva 92/50. Infatti, dal punto 19 della presente sentenza emerge che la Regione Lombardia ha avviato la gara d'appalto di cui trattasi nel procedimento principale con un bando pubblicato il 5 ottobre 2005. Orbene, in forza degli articoli 80 e 82 della direttiva 2004/18, quest'ultima ha abrogato la direttiva 92/50 soltanto con effetto al 31 gennaio 2006. Pertanto, la procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi nel procedimento principale è disciplinata dalle norme in vigore alla data di pubblicazione del bando di gara.

33 Occorre poi osservare che la possibilità per gli enti pubblici di partecipare ad appalti pubblici, parallelamente alla partecipazione di operatori economici privati, risulta già chiaramente dal tenore letterale dell'articolo 1, lettera c), della direttiva 92/50, secondo

- il quale i «prestatori di servizi» sono le persone fisiche o giuridiche, inclusi gli enti pubblici, che forniscono servizi. Inoltre, tale possibilità di partecipazione è stata riconosciuta dalla Corte nella sentenza Teckal (C-107/98, EU:C:1999:562, punto 51), ed è stata ribadita nelle sentenze successive ARGE (EU:C:2000:677, punto 40), CoNISMa (EU:C:2009:807, punto 38) e Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a. (EU:C:2012:817, punto 26).
- 34 La Corte ha inoltre sottolineato a tale proposito che uno degli obiettivi della normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici è costituito dall'apertura alla concorrenza nella misura più ampia possibile (v., in tal senso, sentenza Bayerischer Rundfunk e a., C-337/06, EU:C:2007:786, punto 39), apertura che è anche nell'interesse stesso dell'amministrazione aggiudicatrice considerata, la quale disporrà così di un'ampia scelta circa l'offerta più vantaggiosa e più rispondente ai bisogni della collettività pubblica interessata. Un'interpretazione restrittiva della nozione di «operatore economico» avrebbe come conseguenza che i contratti conclusi tra amministrazioni aggiudicatrici e organismi che non agiscono in base a un preminente scopo di lucro non sarebbero considerati come «appalti pubblici» e potrebbero quindi essere aggiudicati in modo informale, sottraendosi alle norme dell'Unione in materia di parità di trattamento e di trasparenza, in contrasto con la finalità delle medesime norme (v., in tal senso, sentenza CoNISMa, EU:C:2009:807, punti 37 e 43).
- 35 La Corte ha così concluso che sia dalle norme dell'Unione sia dalla giurisprudenza risulta che è ammesso a presentare un'offerta o a candidarsi qualsiasi soggetto o ente che, considerati i requisiti indicati in un bando di gara, si reputi idoneo a garantire l'esecuzione dell'appalto, indipendentemente dal fatto di essere un soggetto di diritto privato o di diritto pubblico e di essere attivo sul mercato in modo sistematico oppure soltanto occasionale (v., in tal senso, sentenza CoNISMa, EU:C:2009:807, punto 42).
- 36 Inoltre, come emerge dalla lettera dell'articolo 26, paragrafo 2, della direttiva 92/50, gli Stati membri hanno certamente il potere di autorizzare o meno talune categorie di operatori economici a fornire certi tipi di prestazioni. Essi possono disciplinare le attività dei soggetti, quali le università e gli istituti di ricerca, non aventi finalità di lucro, ma volti principalmente alla didattica e alla ricerca. In particolare, essi possono autorizzare o non autorizzare tali soggetti a operare sul mercato in funzione della circostanza che l'attività in questione sia compatibile, o meno, con i loro fini istituzionali e statutari. Tuttavia, se, e nei limiti in cui, siffatti soggetti siano autorizzati a offrire taluni servizi contro corrispettivo sul mercato, anche a titolo occasionale, gli Stati membri non possono vietare loro di partecipare a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici aventi ad oggetto la prestazione degli stessi servizi. Un simile divieto contrasterebbe infatti con l'articolo 1, lettere a) e c), della direttiva 92/50 (v., per quanto concerne le corrispondenti disposizioni della direttiva 2004/18, sentenze CoNISMa, EU:C:2009:807, punti da 47 a 49, nonché Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a., EU:C:2012:817, punto 27).
- 37 Come affermato dal rappresentante del governo italiano all'udienza tenutasi dinanzi alla Corte, le aziende ospedaliere universitarie pubbliche come quella di cui trattasi nel procedimento principale, in quanto «enti pubblici economici», secondo la loro qualificazione a livello nazionale, sono autorizzate a operare contro corrispettivo sul mercato, in settori compatibili con la loro finalità istituzionale e statutaria. Nel procedimento principale pare inoltre che le prestazioni oggetto dell'appalto pubblico di cui trattasi non

siano incompatibili con gli obiettivi istituzionali e statutari dell'Azienda. In tali circostanze, che spetta al giudice del rinvio verificare, secondo la giurisprudenza della Corte richiamata al punto 36 della presente sentenza, non si può impedire all'Azienda di partecipare a tale appalto.

38 Occorre di conseguenza rispondere alla prima questione dichiarando che l'articolo 1, lettera c), della direttiva 92/50 osta a una normativa nazionale che escluda un'azienda ospedaliera pubblica, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, dalla partecipazione alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, a causa della sua natura di ente pubblico economico, se e nei limiti in cui tale azienda è autorizzata a operare sul mercato conformemente ai suoi obiettivi istituzionali e statutari.

Sulla seconda questione

39 Con la seconda questione il giudice del rinvio chiede in sostanza se le disposizioni della direttiva 92/50, e in particolare i principi generali di libera concorrenza, di non discriminazione e di proporzionalità soggiacenti a tale direttiva, debbano essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale che consente a un'azienda ospedaliera pubblica, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, di partecipare a una gara d'appalto e di presentare un'offerta alla quale non è possibile fare concorrenza, grazie ai finanziamenti pubblici di cui essa beneficia, senza che siano state previste misure correttive per prevenire le eventuali distorsioni della concorrenza che ne derivano.

40 Nell'ambito della motivazione di tale questione, il Consiglio di Stato esprime dubbi sul fatto che la procedura di verifica delle offerte anormalmente basse, di cui all'articolo 37 della direttiva 92/50, possa essere considerata un mezzo sufficiente per prevenire tali distorsioni della concorrenza.

41 A tale proposito, sebbene il giudice del rinvio ritenga auspicabile ricercare meccanismi correttivi volti a riequilibrare le condizioni di partenza tra operatori economici disomogenei e che dovrebbero andare oltre le procedure di verifica dell'eventuale anomalia delle offerte, si deve constatare che il legislatore dell'Unione, pur essendo consapevole della diversa natura dei concorrenti che partecipano a un appalto pubblico, non ha previsto altri meccanismi oltre a quello della verifica e dell'eventuale rigetto delle offerte anormalmente basse.

42 Va inoltre rammentato che le amministrazioni aggiudicatrici devono trattare gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio, nonché agire con trasparenza.

43 Tuttavia, le disposizioni della direttiva 92/50 e la giurisprudenza della Corte non consentono di escludere un offerente, a priori e senza esami ulteriori, dalla partecipazione a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico per il solo motivo che, grazie a sovvenzioni pubbliche di cui beneficia, esso è in grado di presentare offerte a prezzi notevolmente inferiori a quelli degli offerenti non sovvenzionati (v., in tal senso, sentenze ARGE, EU:C:2000:677, punti da 25 a 27, nonché CoNISMa, EU:C:2009:807, punti 34 e 40).

44 Ciò nonostante, in talune circostanze particolari, l'amministrazione aggiudicatrice ha l'obbligo, o quanto meno la facoltà, di prendere in considerazione l'esistenza di sovvenzioni, e in particolare di aiuti non conformi al Trattato, al fine eventualmente di escludere gli offerenti che ne beneficiano (v., in tal senso, sentenze ARGE, EU:C:2000:677, punto 29, nonché CoNISMa, EU:C:2009:807, punto 33).

45 A tale proposito, come rilevato dalla Commissione nell'udienza dinanzi alla Corte, la

- circostanza che l'ente pubblico di cui trattasi disponga di una contabilità separata tra le attività esercitate sul mercato e le altre attività può permettere di verificare se un'offerta sia anormalmente bassa a causa di un elemento integrante un aiuto di Stato. Dall'assenza di tale separazione contabile l'amministrazione aggiudicatrice non può tuttavia desumere che tale offerta sia stata resa possibile grazie all'ottenimento di una sovvenzione o di un aiuto di Stato non conforme al Trattato.
- 46 Si deve inoltre sottolineare che dal tenore letterale dell'articolo 37, paragrafi 1 e 3, della direttiva 92/50 emerge che la possibilità di respingere un'offerta anormalmente bassa non è limitata alla sola ipotesi in cui la modicità del prezzo proposto in tale offerta sia giustificata dall'ottenimento di un aiuto di Stato illegale o incompatibile con il mercato interno. Tale possibilità riveste infatti un carattere più generale.
- 47 Da un lato, dal testo di tale disposizione risulta che l'amministrazione aggiudicatrice, in sede di esame del carattere anormalmente basso di un'offerta, è soggetta all'obbligo di chiedere al candidato di fornire le giustificazioni necessarie a provare la serietà della sua offerta (v., in tal senso, sentenza SAG ELV Slovensko e a., C-599/10, EU:C:2012:191, punto 28).
- 48 Pertanto, l'esistenza di un dibattito effettivo in contraddittorio, situato in un momento utile nella procedura di esame delle offerte, tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'offerente, affinché quest'ultimo possa provare la serietà della sua offerta, costituisce un requisito della direttiva 92/50, al fine di evitare l'arbitrio dell'amministrazione aggiudicatrice e di garantire una sana concorrenza tra le imprese (v., in tal senso, sentenza SAG ELV Slovensko e a., EU:C:2012:191, punto 29).
- 49 Dall'altro lato, occorre osservare che l'articolo 37 della direttiva 92/50 non contiene una definizione della nozione di «offerta anormalmente bassa». Spetta pertanto agli Stati membri, e in particolare alle amministrazioni aggiudicatrici, stabilire le modalità di calcolo di una soglia di anomalia costitutiva di un'«offerta anormalmente bassa» ai sensi di tale articolo (v., in tal senso, sentenza Lombardini e Mantovani, C-285/99 e C-286/99, EU:C:2001:640, punto 67).
- 50 Ciò premesso, il legislatore dell'Unione ha precisato in tale disposizione che il carattere anormalmente basso di un'offerta dev'essere valutato «rispetto alla prestazione». Pertanto, l'amministrazione aggiudicatrice, nell'esaminare il carattere anormalmente basso di un'offerta, può, al fine di garantire una sana concorrenza, prendere in considerazione non soltanto le circostanze elencate all'articolo 37, paragrafo 2, della direttiva 92/50, ma anche tutti gli elementi pertinenti con riferimento alla prestazione di cui trattasi (v., in tal senso, sentenza SAG ELV Slovensko e a., EU:C:2012:191, punti 29 e 30).
- 51 Occorre di conseguenza rispondere alla seconda questione dichiarando che le disposizioni della direttiva 92/50, e in particolare i principi generali di libera concorrenza, di non discriminazione e di proporzionalità soggiacenti a tale direttiva, devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa nazionale che consenta a un'azienda ospedaliera pubblica, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, partecipante a una gara d'appalto, di presentare un'offerta alla quale non è possibile fare concorrenza, grazie ai finanziamenti pubblici di cui essa beneficia. Tuttavia, nell'esaminare il carattere anormalmente basso di un'offerta sul fondamento dell'articolo 37 di tale direttiva, l'amministrazione aggiudicatrice può prendere in considerazione l'esistenza di un finanziamento pubblico di cui detta azienda beneficia, alla luce della facoltà di respingere tale offerta.

Sulle spese

52 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Quinta Sezione) dichiara:

- 1) **L'articolo 1, lettera c), della direttiva 92/50/CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, osta a una normativa nazionale che escluda un'azienda ospedaliera pubblica, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, dalla partecipazione alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, a causa della sua natura di ente pubblico economico, se e nei limiti in cui tale azienda è autorizzata a operare sul mercato conformemente ai suoi obiettivi istituzionali e statutari.**
- 2) **Le disposizioni della direttiva 92/50, e in particolare i principi generali di libera concorrenza, di non discriminazione e di proporzionalità soggiacenti a tale direttiva, devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa nazionale che consenta a un'azienda ospedaliera pubblica, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, partecipante a una gara d'appalto, di presentare un'offerta alla quale non è possibile fare concorrenza, grazie ai finanziamenti pubblici di cui essa beneficia. Tuttavia, nell'esaminare il carattere anormalmente basso di un'offerta sul fondamento dell'articolo 37 di tale direttiva, l'amministrazione aggiudicatrice può prendere in considerazione l'esistenza di un finanziamento pubblico di cui detta azienda beneficia, alla luce della facoltà di respingere tale offerta.**