Vista al caleidoscopio la nozione di amministrazione aggiudicatrice, attraverso lo “specchio” della rilevanza delle operazioni infragruppo

di Massimo Spinozzi

Title: CJEU's decision on the real meaning of concept of contracting authority, when a Company is wholly owned by a contracting authority. The internal and external transaction into the group

Keywords: contracting authority; internal and external transaction; in house providing.

1. – La sentenza in commento riguarda il caso di una procedura competitiva di selezione del contraente, mediante appalto pubblico con procedura semplificata, per l'aggiudicazione di una fornitura di barre di metalli ferrosi posto a bando dalla Società Vilniaus Lokomotyvų Remonto Depas (di seguito: VLRD) ed il cui esito è stato sottoposto al sindacato giurisdizionale da parte dell'aggiudicatario parziale (LitSpecMet UAB).

La stazione appaltante VLRD è una società commerciale il cui capitale sociale è interamente detenuto dalla società statale ferroviaria lituana (Lietuvos geležinkeliai AB, di seguito: LG), nei confronti della quale, all'epoca dei fatti di causa, la VLRD effettuava circa il 90% del proprio fatturato. La VLRD è una società istituita nel 2003 in occasione del processo di ristrutturazione della LG, e si occupa della fabbricazione e manutenzione di locomotive, vagoni e macchine motrici elettriche nonché di veicoli a motore (dagli atti della causa non si ricava un elemento, che chi scrive ritiene dotato di particolare rilevanza ai fini del presente commento, ossia se la VLRD costituisca, per così dire, il destinatario unico degli ordinativi della LG, magari in forza di clausole societarie che ciò prevedano, ovvero se quest'ultima sia libera - ed in un'economia di libero mercato si fa fatica a poter ritenere il contrario, data l'appartenenza della Lituania alla UE - di rivolgersi ad altri operatori economici che forniscano gli stessi beni/servizi della VLRD. La questione è rilevante – anche volendo seguire il percorso logico-argomentativo proposto dai Giudici: vedi *infra* – per valutare se la VLRD sia stata concepita alla stregua di un organismo *in house* da parte della LG).

La questione sottoposta alla valutazione del giudice remittente (la Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Corte suprema della Lituania), la quale ha annullato, con rinvio, la sentenza pronunciata in grado di appello dalla Lietuvos apeliacinis teismas (Corte d'appello della Lituania), la quale, a sua volta, aveva confermato la pronuncia di primo grado resa dal Vilniaus apygardos teismas (Tribunale regionale di Vilnius, Lituania). Nuovamente giunta, a seguito del rinvio, la causa dinanzi alla Lietuvos apeliacinis teismas (Corte d'appello della Lituania), questa ha annullato la sentenza di primo grado rimettendo le parti davanti a quel giudice, il quale ha proposto la questione pregiudiziale

dinanzi alla Corte) riguarda l'impugnazione dell'esito della gara, poiché indetta e svolta, a quanto sostiene il ricorrente nel merito, al di fuori delle procedure previste dalle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.

La posizione del ricorrente è nel senso di ritenere che la VLRD sia soggetta alle disposizioni in tema di appalti pubblici e che, conseguentemente, la stessa costituisca un'amministrazione aggiudicatrice. A sostegno della propria tesi, il ricorrente propone una lettura funzionale delle disposizioni delle direttive che forniscono la nozione di organismo di diritto pubblico, ritenendo che la VLRD sia un'amministrazione aggiudicatrice in quanto l'attività di manutenzione che esercita contribuisce al perseguimento dell'interesse generale sussistente in capo alla LG, poiché consente a questa di garantire il servizio pubblico affidatole dello Stato lituano, ossia gestire l'infrastruttura ferroviaria a garantire il trasporto passeggeri. Peraltro, la nozione funzionale di organismo di diritto pubblico si ricava anche da un altro dato contenuto nelle Direttive, le quali escludono la loro applicazione con riguardo agli organismi di diritto pubblico che operano "in condizioni di mercato" (sul punto cfr. L. Torchia, *La nuova Direttiva europea in materia di appalti, servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. Amm.*, 2015, p. 297).

La posizione della VLRD, invece, è nel senso di ritenere che essa non sia soggetta alle disposizioni in tema di appalti pubblici, in quanto essa non è stata costituita per soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, bensì per integrare le attività commerciali del trasportato passeggeri della LG. A sostegno di tale tesi, la VLRD deduce che è ininfluenza, ai fini della sua qualificazione in termini di amministrazione aggiudicatrice, che tra essa e la LG esistano operazioni interne.

Sono intervenuti in giudizio i Governi lituano, tedesco e portoghese, i quali, rispettivamente, hanno aderito alla prospettazione della VLRD (in particolare, il Governo Lituano ha segnalato la non pertinenza del richiamo alla nota sentenza "*Mannesmann*, poiché, nel caso all'esame, la c.d. "teoria del contagio" non si applicherebbe verticalmente); hanno sostenuto che una controllata di un'amministrazione aggiudicatrice sia, a sua volta, un'amministrazione aggiudicatrice quando le sue attività sono dirette a soddisfare esigenze d'interesse generale di cui si occupa la controllante; hanno rilevato che le attività svolte dalla VLRD hanno natura industriale e commerciale e che la stessa ne sopporta interamente i rischi, il che la escluderebbe dal novero delle amministrazioni aggiudicatrici.

È intervenuta, infine, la Commissione, la quale ha dedotto che la VLRD non sia configurabile alla stregua di un organismo di diritto pubblico, poiché istituita per rispondere agli interessi particolari della LG (al pari di un qualsiasi altro fornitore) e non per soddisfare un interesse generale. La Commissione, poi, valorizza un profilo non esaminato dalle altre parti, relativo al fatto che ritiene sia irrilevante che la LG abbia, a sua volta, come scopo la soddisfazione di un interesse generale e che si sia avvalsa, per la realizzazione di tale scopo, della VLRD; e che tale circostanza debba, inoltre, essere apprezzata alla stregua del - e combinata con - il fine lucrativo, ossia commerciale, o meno della VLRD (circostanza che, a parere della Commissione, solo il Giudice remittente può valutare).

La domanda sulla quale è stata chiamata a pronunciarsi la Corte riguarda il rinvio pregiudiziale "Se l'articolo 1, paragrafo 9, della direttiva 2004/18/CE debba essere interpretato nel senso che non deve essere considerata un'amministrazione aggiudicatrice una società: - che è stata fondata da un'amministrazione aggiudicatrice che si occupa di attività nel settore dei trasporti su ferrovia, segnatamente: la gestione di infrastruttura ferroviaria pubblica; il trasporto di passeggeri e merci; - che svolge autonomamente un'attività commerciale, fissa una strategia commerciale, adotta decisioni relative alle condizioni dell'attività della società (mercato del prodotto, segmento di clientela ecc.), partecipa in un mercato concorrenziale nell'intera Unione europea e al di fuori di esso, fornendo servizi di produzione e manutenzione di materiale rotabile, e prende parte a procedure di aggiudicazione di appalti connesse a tale attività,

cercando di ottenere ordini da terzi (diversi dalla società controllante); - che fornisce servizi di riparazione di materiale rotabile al suo fondatore in base a operazioni “in-house” e il valore di detti servizi rappresenta il 90 per cento dell’intera attività della società; - che presta servizi al suo fondatore finalizzati a garantire l’attività di trasporto passeggeri e merci svolta dallo stesso. Qualora la Corte di giustizia dell’Unione europea stabilisse che, nelle circostanze sopra esposte, la società deve essere considerata un’amministrazione aggiudicatrice, se l’articolo 1, paragrafo 9, della direttiva 2004/18/CE debba essere interpretato nel senso che la società perde lo status di amministrazione aggiudicatrice se il valore dei servizi di riparazione di materiale rotabile prestati sulla base delle operazioni in-house all’amministrazione aggiudicatrice suo fondatore si riduce e scende al di sotto del 90 per cento, o non costituisce la parte principale del fatturato totale dell’attività della società”.

Così ricostruite le posizioni delle parti e la domanda del giudice *a quo*, è possibile evidenziare i punti di maggiore interesse della sentenza in commento, cercando: di individuare a quale tipo di approccio, sostanziale o funzionale, si sia ispirata la Corte nel decidere; di individuare quale criterio abbia applicato la Corte per stabilire la VLRD sia o meno un organismo di diritto pubblico e, quindi, un’amministrazione aggiudicatrice; di individuare se dalla sentenza in commento emergono elementi differenziali rispetto ai precedenti orientamenti e quali possano essere, in un caso ovvero nell’altro, le linee di tendenza evolutiva della giurisprudenza della Corte in materia e sul punto specifico.

2. – Ai fini della comprensione della decisione in commento sono necessari brevi e sintetici cenni sull’organismo di diritto pubblico e sulla nozione di amministrazione aggiudicatrice, muovendo sia dal dato normativo (si dovrebbe, preliminarmente, verificare se si verte nell’ipotesi di applicabilità della direttiva 2004/18/CE - quella che potremmo definire “ordinaria”, per intenderci, riferita a tutti i tipi di appalto pubblici - ovvero della direttiva 2004/18/CE, dedicata, invece, ai settori acqua ed energia, trasporto e servizi postali. Tuttavia, poiché entrambe le direttive forniscono la stessa definizione di organismo di diritto pubblico, si può prescindere da tale verifica in quanto, in definitiva, ininfluente per il presente commento) sia dalla produzione dottrinale, con la consapevolezza che *“l’individuazione dei caratteri peculiari dell’organismo di diritto pubblico è l’approdo di un risalente dibattito giuridico sui profili peculiari di tale categoria di soggetto pubblico e sugli aspetti rilevanti che riguardano la soggettività pubblica e la pubblica amministrazione [...]”* (così C. M. Saracino, *Un ulteriore tassello nell’elaborazione della nozione di organismo di diritto pubblici: recenti arresti giurisprudenziali*, in *Diritto e processo amministrativo*, 1/2016, p. 315). Detto altrimenti, le conclusioni raggiunte, in particolar modo dalla dottrina, in tema di indici distintivi dell’organismo di diritto pubblico, hanno contribuito ad ispezionare la nozione di pubblica amministrazione e della sua soggettività, esercizio di assoluto rilievo nel percorso di ricostruzione (per spunti su tale percorso si veda F. De Leonardis, *Soggettività privata e azione amministrativa. Cura dell’interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, Cedam, 2000). di una possibile nozione unitaria di pubblica amministrazione (per quanto riguarda l’evoluzione della nozione di pubblica amministrazione in sede europea, cfr. M.P. Chiti, *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, 2013, cap. V. l’A., muovendo dal principio di indifferenza comunitaria rispetto all’assetto istituzionale degli Stati membri, riferisce dell’interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia al principio di leale cooperazione di cui all’attuale art. 4 TFUE, affermando che *“La Corte ha ritenuto che l’obbligo degli Stati membri di adottare le misure di carattere generale e particolare, atte ad assicurare l’esecuzione degli obblighi che scaturiscono dal Trattato e dagli atti comunitari, implichi anche l’adozione di tutte le misure amministrative necessarie per consentire l’applicazione della normativa comunitaria: quindi, con un coinvolgimento diretto delle amministrazioni nazionali. L’autonomia degli Stati nell’organizzazione della propria*

amministrazione vale dunque sino a quando la Comunità non interviene, e comunque nella misura in cui non mette a rischio l'applicazione della normativa comunitaria.”).

Il livello normativo al quale qui ci si riferisce è quello comunitario, in ragione della pertinenza con il giudice ha pronunciato la decisione in commento. Rispetto ad un criterio classificatorio o misto (privilegiato dal legislatore del 1993), il legislatore comunitario del 2004 (come, pure, quello del 2014) ha preferito un criterio sostanzialistico, senza fornire il catalogo dei soggetti ritenuti organismo di diritto pubblico, e fornendo una nozione più ampia possibile di organismo di diritto pubblico con la sola limitazione della sussistenza di tre caratteri: la personalità giuridica del soggetto, l'essere questi sottoposto ad un'influenza pubblica dominante (i cui indici rivelatori sono: il finanziamento pubblico maggioritario, la sottoposizione della gestione al controllo pubblico, la composizione maggioritaria pubblica degli organi societari, ovvero la loro sottoposizione al controllo pubblico), l'essere questi istituito specificamente per soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale.

La definizione normativa è stata interpretata, dal giudice comunitario, sulla base di un criterio funzionale (criterio anche utilizzato, sin dalla dottrina più risalente, per l'individuazione dell'ente pubblico nel nostro ordinamento: cfr. S. D'Albergo, *Sistema positivo degli enti pubblici nell'ordinamento italiano. Profili funzionali*, Giuffrè, 1969) piuttosto che sostanziale. In altri termini, la giurisprudenza comunitaria ha, per così dire, superato la sola individuazione del perseguimento del fine pubblico in favore della verifica della strumentalità dell'attività rispetto ad un fine pubblico. In tal senso, è stata fatta applicazione del criterio teleologico, per il quale assumono rilevanza il fine e gli interessi propri del soggetto, così che dovrebbe predicarsi pubblico qualsiasi soggetto che ponga in essere esercizio di una funzione amministrativa. Tuttavia tale criterio di individuazione risulta fallace nella misura in cui porta a far prevalere le finalità e gli interessi sulla natura giuridica delle figure soggettive utilizzate, così - di fatto - neutralizzando gli elementi differenziali tra soggetti formalmente pubblici e soggetti non formalmente pubblici ma sottoposti - nel senso più ampio possibile - ad un'influenza pubblica. Una possibile linea evolutiva può consistere nel superare l'approccio, per così dire classico, in termini di logica binaria finora approfondito, verso la ricerca di un approccio differente che potrebbe consistere nella valutazione della possibile esistenza di un fenomeno di ibridizzazione (nel quale ricomprendere figure - che non lo sono ma che diventano - soggettive prima non esistenti, quali, ad esempio, il partenariato pubblico privato).

La giurisprudenza del Consiglio di Stato, invece, ha distinto, nell'ambito delle società pubbliche, le società che esercitano attività d'impresa da quelle che svolgono attività amministrativa, ricomprendendo in queste le società *in house*. Inoltre, a prescindere dall'attività in concreto svolta, secondo “[...] qualora ne sussistano i requisiti la società pubblica riveste la natura di organismo di diritto pubblico con la conseguenza che l'attività che pone in essere è un'attività amministrativa soggetta in quanto tale allo statuto della pubblica amministrazione” (così A. Berlucchi, *Nomina e revoca di amministratori e sindaci di società pubbliche: spunti di riflessione*, in *Foro Amm.*, 2017, p. 1979).

3. – Posto che non risultava controversa tra le parti la ricorrenza di due delle tre condizioni richieste (dall'articolo 2, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2004/17 e dall'articolo 1, paragrafo 9, secondo comma, della direttiva 2004/18) per l'identificazione della VLRD quale organismo di diritto pubblico, non è restato alla Corte che valutare se sussistesse la terza di dette condizioni, le quali - come è noto - devono sussistere cumulativamente per far sì che la fattispecie concreta possa essere sussunta entro quella astratta normativa.

Il fulcro della decisione in commento è rappresentato dal punto 36: “*Si deve, pertanto, determinare anzitutto se la VLRD sia stata istituita allo scopo specifico di soddisfare*

esigenze di interesse generale e se tali attività soddisfino effettivamente dette esigenze, prima, eventualmente, di esaminare se siffatte esigenze abbiano o meno carattere industriale o commerciale.”. Cioè, in particolare, se la stessa costituzione del soggetto giuridico in questione sia avvenuta allo scopo specifico di soddisfare esigenze di carattere generale.

La verifica che compie la Corte passa attraverso due elementi: il primo, rinvenuto sul piano fattuale; il secondo, rinvenuto indagando l’oggetto sociale.

Con riguardo alla valutazione dell’elemento di fatto, la Corte assegna particolare rilievo ad un dato anche storicamente apprezzabile: dagli atti processuali emerge che la VLRD sia stata creata a seguito di un processo di riorganizzazione della LG, nell’ambito del quale processo alla stessa VLRD è stato assegnato il compito di produrre e riparare le locomotive e le vetture rotabili, e di fornire alla LG tali beni unitamente ai servizi ad essi connessi. In altri termini, la VLRD si presenta al pari di una sorta di articolazione esterna della LG, sin dal processo di riorganizzazione aziendale di quest’ultima, circostanza che (sebbene il Giudice ritenga che “[...] spetta tuttavia al giudice del rinvio verificare.”: punto 39 della sentenza) milita univocamente nel senso di ritenere che “[...] la VLRD è stata istituita allo scopo specifico di soddisfare esigenze della sua società controllante, atteso che le esigenze del cui soddisfacimento la VLRD è stata investita costituiscono una condizione necessaria per l’esercizio dell’attività di interesse generale di tale società controllante”.

In altri termini, nell’esame dei fenomeni societari infra-gruppo, ai fini della qualificazione di un determinato soggetto giuridico in termini di organismo di diritto pubblico, ciò che rileva non è il suo oggetto societario bensì il suo ruolo nell’ambito del gruppo e, in particolare, nei confronti della società, che si trovi rispetto ad esso in posizione di controllo, già qualificabile, a sua volta, in termini di organismo di diritto pubblico. La Corte si spinge sino ad affermare l’indifferenza, dal lato del soggetto la cui natura giuridica si stia indagando, dello svolgimento di altre attività a scopo di lucro sul mercato (nel periodo di riferimento, comunque, gli ordini della LG alla VLRD rappresentavano circa il 90% del fatturato di quest’ultima della VLRD, circostanza questa che la Corte non ha ritenuto determinante ai fini della decisione: “*Non incide, a tale riguardo, il fatto che il valore delle operazioni interne possa in futuro rappresentare meno del 90%, o una parte non essenziale, del fatturato totale della società*”).

Con riguardo all’indagine dell’oggetto sociale (che la Corte compie subordinatamente alla valutazione del dato storico relativo al contesto della creazione della VLRD) la valutazione avviene a seguito della verifica del carattere non industriale o commerciale dell’interesse generale che soddisfa la VLRD. Per compiere tale valutazione la Corte ancora il ragionamento ad alcuni elementi, individuati nelle circostanze che hanno determinato la creazione della VLRD e nelle condizioni nelle quali la stessa svolge le sue attività (valorizzando, ad esempio, “[...] la mancanza di concorrenza sul mercato, la mancanza del perseguimento di uno scopo di lucro, la mancanza di assunzione dei rischi collegati a tale attività nonché il finanziamento pubblico eventuale delle attività di cui trattasi.”: punto 43 della sentenza).

Nel caso che ci occupa la Corte si limita a fornire un criterio orientativo per il Giudice remittente, al quale spetta, in buona sostanza, valutare se la VLRD costituisca un soggetto “singolare” nel mercato (ove il soggetto costituito in forma societaria non eserciti un’attività sottoposta almeno al principio dell’equilibrio di bilancio, ma eroghi servizi essenziali, non si tratta di un’impresa pubblica vera e propria, nel senso di esercizio di attività economica da parte di un pubblico potere, bensì di una attività di mera erogazione rispetto alla quale non viene in questione l’esercizio dell’autonomia imprenditoriale. “*L’attività imprenditoriale è, in altri termini, unica, nel senso che deve essere riconducibile alle regole del mercato, indifferenti rispetto all’eventuale natura pubblicistica di alcuni suoi attori*”: così F.A.Roversi Monaco, *Gli interventi pubblici in campo economico*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazza, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, Monduzzi Editore, 1993, Vol. I. p. 1066) ovvero sia equiparabile a tutti gli altri operatori economici che operano in quel determinato mercato di riferimento, i quali si muovono in condizioni di concorrenza (“*spetta al giudice del rinvio*

verificare, sulla base di tutti gli elementi di diritto e di fatto del caso di specie, se, al momento dell'aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi nel procedimento principale, le attività esercitate dalla VLRD, dirette al soddisfacimento delle esigenze di interesse generale, fossero effettuate in situazione di concorrenza, e in particolare se la VLRD potesse, alla luce delle circostanze della specie, lasciarsi guidare da considerazioni diverse da quelle economiche.: punto 46 della sentenza). Salvo affermare la Corte (richiamando un proprio precedente risalente: sentenza del 16 ottobre 2003: Commissione/Spagna, C-283/00) che “[...] se l'organismo di cui trattasi opera in condizioni normali di mercato, persegue uno scopo di lucro e subisce le perdite collegate all'esercizio di dette attività, è poco probabile che le esigenze che esso mira a soddisfare siano di natura diversa da quella industriale o commerciale.” (punto 44 della sentenza). Secondo la Corte, anche il perseguimento mediato di un interesse generale avente carattere non industriale o commerciale rende il soggetto un organismo di diritto pubblico.

Al di là del brano, ora trascritto, nel quale la Corte effettua un riferimento al mercato, resta solo sullo sfondo il tema della concorrenza, alla quale, da quanto è dato comprendere dalla sentenza in commento, la VLRD sembra decisamente essere sottratta (afferma l'Avvocato Generale, nelle sue conclusioni, che *“Dalle informazioni contenute nel fascicolo e da quelle fornite durante l'udienza si desume, tuttavia, che la parte essenziale (il 90% nelle date rilevanti) delle attività della VLRD viene svolta in un contesto economico caratterizzato dal monopolio delle forniture ferroviarie alla LG, ossia in condizioni non di mercato. La LG copre il proprio fabbisogno con il materiale ferroviario fornitole dalla controllata, senza ricorrere a procedure a evidenza pubblica che aumenterebbero la pressione concorrenziale sulla VLRD. Quest'ultima quindi può attenersi a criteri diversi da quelli del mercato, con la certezza (o senza correre rischi) di non aver bisogno di nient'altro per evadere gli ordinativi che, in ogni caso, le sono garantiti dalla LG.”*). Ed è proprio tale sottrazione – peraltro ad opera della amministrazione aggiudicatrice sua controllante - rispetto ad un contesto normale di mercato che, ad avviso di chi scrive, rende la VLRD indirettamente un organismo di diritto pubblico (sulla sottrazione delle società pubbliche al mercato, almeno nel nostro ordinamento, si deve ricordare una delle principali manifestazioni di tale deroga, consistente nel fatto che queste, almeno sino all'introduzione del D. Lgs. n. 175/2016 e nonostante le precedenti oscillazioni giurisprudenziali, peraltro maggioritarie nel senso negativo, risultavano sottratte alla disciplina del fallimento, senza che nemmeno si compisse il distinguo tra attività a rilevanza pubblicistiche ed attività che ne fossero prive. In argomento, cfr. Cass. Civ., Sez. Un., sentenza 3 ottobre 2016 n. 19676, per la quale *“Risultano, così, legislativamente confermate (la stessa Relazione illustrativa al decreto legislativo in commento spiega che “le osservazioni volte a sottrarre le società in house al diritto comune delle crisi d'impresa non sono state accolte”) le conclusioni alle quali era ormai da tempo pervenuta la giurisprudenza di legittimità, la quale, per un verso, ha riconosciuto la sottoponibilità a fallimento delle società partecipate (sul rilievo che la scelta del legislatore di consentire all'ente pubblico l'esercizio di determinate attività mediante società di capitali, e dunque di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico, comporta che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed attesa la necessità del rispetto delle regole della concorrenza, che impone parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con identiche forme e medesime modalità — cfr. Cass. sez. 1^a n. 22209/13) e, per altro verso, ha assoggettato amministratori e dipendenti delle società in house alla giurisdizione della Corte dei conti per danno erariale (sulla stregua, dunque, della già menzionata SU n. 26283/13”*, con nota di commento a cura di E. Codazzi, *“Nomina pubblica alle cariche sociali ex art. 2449 c.c. e giurisdizione applicabile”*).

Resta, in ultimo, da valutare (anche se la Corte si è disinteressata alla questione) se tra la LG e la VLRD sussista una relazione “in house” ed in quale misura la risposta affermativa possa influire sul quesito pregiudiziale.

Sia il dato storico della creazione della VLRD da parte della LG, sia il contenuto concreto dei rapporti tra controllante e controllata, consentono di ritenere che, ove la

VLRD non fosse stata costituita, la LG avrebbe provveduto ad approvvigionarsi ricorrendo al mercato degli appalti pubblici, applicando la direttiva comunitaria in tema. Avendo, invece, costituito la VLRD, alla quale ha deciso di legarsi mediante un rapporto interorganico, la LG sottrae, in forza della consentita deroga “in house”, al regime degli appalti pubblici le operazioni infragruppo compiute con la VLRD.

In altri termini, le operazioni infragruppo tra la LG e la VLRD, le quali avvengono sulla base di una relazione tale da ritenere sussistente la deroga “in house”, devono essere esaminate e valutate con argomenti diversi rispetto a quelli che devono essere utilizzati per esaminare e valutare le operazioni esterne, poste in essere dalla VLRD anche per l’assolvimento dei compiti che le sono stati affidati dalla LG, altrimenti giungendosi, ove tale distinguo non venisse compiuto, ad una consentita elusione delle conseguenze derivanti dalla condizione di ente aggiudicatore.

In tal senso, quindi, continua a restare decisivo (oltre che residuale) il criterio, al quale la Corte si è unicamente riferita, della soddisfazione indiretta di un interesse generale avente carattere non industriale o commerciale, per determinare la natura di organismo di diritto pubblico della VLRD.

4. – Nella necessaria prospettiva comparativistica alla luce della quale occorre affrontare il tema qui esaminato, è possibile affermare che la difficoltà della ricostruzione dei confini dell’organismo di diritto pubblico non è propria solo del nostro ordinamento ma la si rinviene anche in molti altri ordinamenti europei.

L’affermazione non può apparire che scontata, dal momento che la necessità di delimitare detta nozione è dettata dall’esigenza di coordinare le (singole ed anche unitamente intese) discipline nazionali con i tre strumenti comunitari istituiti per la realizzazione del mercato interno europeo: le libertà di circolazione, la concorrenza (in argomento cfr. G. Torelli, *Concorrenza e vincolo funzionale nelle società di gestione dei servizi pubblici*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 33/2017, 357 ss., con nota di commento a Corte Cost., sentenza 16 giugno 2016 n. 144), le limitazioni agli aiuti di stato.

Occorre precisare che, in tale ambito, processi normativi comunitari e pronunce della Corte si sono sviluppati quasi contemporaneamente e secondo un procedere normativa-giurisprudenza piuttosto omogeneo. Il primo intervento di carattere parnormativo è rinvenibile nella “*Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*” (2000/C 121/02), del 24 febbraio 1999; mentre, in precedenza, si era verificato un vero e proprio intervento normativo organico, con l’adozione della Direttiva 92/50/CEE (dedicata agli appalti pubblici di servizi), della Direttiva 93/36/CEE (dedicata agli appalti pubblici di forniture) e della Direttiva 93/37/CEE (dedicata alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, e che ha sostituito la Dir. 71/305/CEE). Risale alla fine degli anni ’90 del secolo scorso, ed è, tuttora, in pieno sviluppo, la formazione della giurisprudenza comunitaria che ha iniziato ad indagare la figura dell’organismo di diritto pubblico e la modalità di affidamento definita *in house providing*: tale indagine è stata effettuata a partire dall’esigenza di assicurare tutela alla concorrenza nel settore degli appalti pubblici (settore che è stato eletto quale ambito di preferenza nel quale esaminare la questione. Scrive C. Alberti, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, Giuffrè, 2001, p. 496-497: “Il «fermento» parnormativo, normativo e pretorio che si è andato sviluppando attorno alla materia appalti pubblici è sintomatico del ruolo centrale che tale materia riveste nella realizzazione effettiva del Mercato Unico il quale è, al tempo stesso, fine e mezzo dell’Unione europea”). La centralità del tema degli appalti pubblici, per la realizzazione di un mercato comune, emergeva, all’epoca dei primi provvedimenti della Corte, anche dal “*Livre vert: les marchés publics dans l’Union Européenne: pistes de réflexion pour l’avenir*”, Com (96)583, del 27.11.1996, nel quale, al punto 2, venne scritto: “*La politique de l’Union en matière de marchés publics a pour objectif d’établir dans ce secteur une concurrence loyale et ouverte, qui permette aux fournisseurs de tirer*

pleinement parti du Marché unique et aux pouvoirs adjudicateurs d'opérer librement un choix dans un éventail d'offres plus compétitives et plus nombreuses. Le cadre juridique communautaire de base nécessaire à la réalisation de ces objectifs a maintenant été établi: il représente un juste équilibre entre les impératifs de sécurité juridique et de souplesse.

Dopo quasi vent'anni di giurisprudenza comunitaria (la sentenza capostipite in materia è la nota "Teckal", sentenza 18 novembre 1999, in causa C-107/98) è possibile affermare che la creazione della figura dell'organismo di diritto pubblico ha consentito, effettivamente ed efficacemente, di contrastare il ricorso a soggetti giuridici formalmente di diritto privato che, proprio perché tali, si ponevano (o, meglio, pretendevano di porsi) in deroga alla disciplina degli appalti pubblici, sostanzialmente eludendola (celebri sono le conclusioni rassegnate, nella causa "Teckal", dall'Avvocato Generale Georges Cosmas, il quale ebbe a scrivere che "Se ammettiamo la possibilità delle amministrazioni aggiudicatrici di potersi rivolgere a enti separati, al cui controllo procedere in modo assoluto o relativo, per la fornitura di beni in violazione della normativa comunitaria in materia, ciò aprirebbe gli otri di Eolo per elusioni contrastanti con l'obiettivo di assicurare una libera e leale concorrenza che il legislatore comunitario intende conseguire attraverso il coordinamento delle procedure per l'aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture."). La normativa (ma prima la giurisprudenza, comunitaria ed interna) si è indirizzata nel senso di consentire tale deroga a condizione che venissero rispettati alcuni limiti, peraltro piuttosto stringenti (attualmente indicati al considerando 32 della "Direttiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE", e codificati all'art. 12 della stessa Direttiva: "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."), i quali risultano conformi alla previsione di cui all'art. 106 TFUE.

Parimenti affrontata in diversi paesi europei - oltre all'Italia, segnatamente, Germania, Spagna, Francia ed Austria - è stata la questione del contenuto della nozione di controllo analogo ed alle concrete circostanze nelle quali questo possa effettivamente ritenersi sussistente ed effettivo. In argomento, la Corte ha avuto occasione di individuare le modalità dell'esercizio del controllo analogo ("Parken Brixen GmbH", sentenza 13 ottobre 2005 in causa C-458/03; "Carbotermo SpA", sentenza 11 maggio 2006 in causa C-340/04; "Anav", sentenza 6 aprile 2006 in causa C-410/04); l'ipotesi plurisoggettiva di manifestazione dello stesso ("Asemfo", sentenza 19 aprile 2007 in causa C-295/05; "Coditel Brabant", sentenza 13 novembre 2008 in causa C-324/07); la presenza, anche minoritaria, di una partecipazione privata ("Commissione/Austria", sentenza 10 novembre 2005 in causa C-29/04); la possibilità che un organismo di diritto pubblico eserciti, anche solo *in parte qua*, un'attività diversa ed anche industriale o commerciale ("Mannesmann", sentenza 15 gennaio 1998, in causa C-44/96).

Il sorgere di numerose controversie nell'ambito di ciascun singolo Stato membro ha dato occasione alla Corte di esaminare sotto diversi profili l'organismo di diritto pubblico. Ad una prima fase (per una completa ricostruzione della giurisprudenza comunitaria si veda Cons. St., Sez. V., sentenza 16 gennaio 2017 n. 108, con nota di A. Cavina, *Organismo di diritto pubblico e mercato concorrenziale: un indizio che non fa la prova*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2017, p. 507 ss), informata ad una - peraltro inevitabile, poiché data sull'onda della necessità di contenere il fenomeno elusivo delle regole concorrenziali -

applicazione estensiva, è seguita una seconda fase - per così dire - riflessiva e di contenimento per poi giungere al periodo attuale, nel quale la Corte è orientata nel ritenere che “[...] l’obiettivo delle direttive comunitarie relative al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici è di escludere sia il rischio che gli offerenti o candidati nazionali siano preferiti nell’attribuzione di appalti da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, sia la possibilità che un ente finanziato o controllato dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico si lasci guidare da considerazioni diverse da quelle economiche [...]. Alla luce di tale duplice obiettivo della liberalizzazione del mercato e della trasparenza, la nozione di organismo di diritto pubblico deve essere intesa estensivamente.” (cfr. “*Adolf Truley GmbH*”, sentenza 27 febbraio 2003 in causa C-373/2000).

Risulta, quindi, inevitabile che la sede europea costituisca - e continui a costituire - il luogo di composizione dei contrasti tra normative nazionali e realizzazione del mercato interno europeo, e che tale luogo coincida - e continui a coincidere - sostanzialmente con la materia degli appalti pubblici, attesa la rilevanza, nel mercato e per il mercato, che assume l’amministrazione pubblica nel momento in cui si approvvigiona di beni e servizi (sul punto, si richiama il considerando n. 2 della Direttiva 2014/24/UE, a tenore del quale “*Gli appalti pubblici svolgono un ruolo fondamentale nella strategia Europa 2020, illustrata nella comunicazione della Commissione del 3 marzo 2010 dal titolo «Europa 2020-Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva» («strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva»), in quanto costituiscono uno degli strumenti basati sul mercato necessari alla realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva garantendo contemporaneamente l’uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici.»*).

Sussiste, poi, un’altra importante ragione per la quale la sede europea costituisce l’unico piano di analisi sul quale sia possibile sviluppare un ragionamento in una prospettiva di integrazione europea. Tale ragione è rappresentata dal Patto di stabilità.

La collocazione europea, e non solo limitata al contesto nazionale, dei soggetti destinatari di affidamenti *in house*, è confermata anche dalla sottoposizione di tali soggetti giuridici ai vincoli del patto di stabilità interno (ai sensi dell’art. 18, comma 2-bis, D.L. n. 112/2008) funzionali al rispetto del Patto Europe di Stabilità e Crescita (PSC), con obbligo degli organismi partecipanti di controllo sulla società partecipata in ordine al rispetto del predetto limite (per una delle prime applicazioni della citata normativa cfr. Corte dei Conti, sez. reg. controllo Lombardia, Deliberazione n. 7 del 19 gennaio 2012). Ciò significa che in sede europea il fenomeno della costituzione di soggetti giuridici esterni all’amministrazione per l’erogazione di servizi pubblici, e del loro concreto funzionamento per il perseguimento di finalità pubblicistiche, è stato valutato non solo nel suo impatto potenzialmente anticoncorrenziale (tale impatto anticoncorrenziale rappresenterebbe un ostacolo alla realizzazione di un mercato unico europeo: si tenga in debito conto il fatto che l’attuazione del PSC, unitamente alle misure di unificazione della moneta ed alla Costituzione della BCE, rappresenta uno dei pilastri del processo di integrazione europea) ma anche sotto il profilo del potenziale contrasto al perseguimento degli obiettivi comuni di finanza. Tale profilo è stato analizzato dal nostro Giudice costituzionale, il quale ha avuto occasione di affermare che “*Il patto di stabilità esterno e, più in generale, i vincoli di finanza pubblica obbligano l’Italia nei confronti dell’Unione europea ad adottare politiche di contenimento della spesa, il cui rispetto viene verificato in relazione al bilancio consolidato delle amministrazioni pubbliche [...]. Detti obblighi hanno origine [...] nel momento in cui il patto di stabilità ha assunto cogenza anche nei confronti delle amministrazioni pubbliche che partecipano al bilancio nazionale consolidato. Quest’ultimo deve corrispondere ai canoni stabiliti dalla stessa Unione europea mentre le sue componenti aggregate, costituite dai bilanci degli enti del settore allargato, sono soggette alla disciplina statale che ne coordina il concorso al raggiungimento dell’obiettivo stabilito in sede comunitaria.*”. In particolare, la Consulta ha affermato che gli obiettivi di finanza pubblica che l’ordinamento europeo si prefigge di realizzare attraverso il vincolo del patto di stabilità interno ed esterno “[...] sono direttamente riconducibili, oltre che al «coordinamento

della finanza pubblica» [...] anche ai parametri di cui agli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., che vi sono inscindibilmente collegati [...]”, così legando l’attuazione di principi costituzionali interni alla realizzazione di un obiettivo europeo (cfr. Corte Cost. sentenza n. 40/2014).