Raccolta della giurisprudenza

ORDINANZA DELLA CORTE (Nona Sezione)

6 febbraio 2020*

«Rinvio pregiudiziale – Articolo 99 del regolamento di procedura della Corte – Appalti pubblici – Direttiva 2014/24/UE – Articolo 12, paragrafo 3 – Normativa nazionale che favorisce l'aggiudicazione di appalti pubblici a discapito dei contratti *in house* – Libertà degli Stati membri di scegliere la modalità di prestazione dei servizi – Limiti – Normativa nazionale che esclude la possibilità per un'amministrazione aggiudicatrice di acquisire, nel capitale di un organismo detenuto da amministrazioni aggiudicatrici, partecipazioni che sono inidonee a garantire il controllo di tale organismo o un potere di veto»

Nelle cause riunite da C-89/19 a C-91/19,

aventi ad oggetto tre domande di pronuncia pregiudiziale proposte alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Consiglio di Stato (Italia), con ordinanze dell'8 novembre 2018, pervenute in cancelleria il 5 febbraio 2019, nei procedimenti

**Rieco SpA**

contro

**Comune di Lanciano,**

**Ecolan SpA** (C-89/19),

**Comune di Ortona,**

**Ecolan SpA** (C-90/19),

**Comune di San Vito Chietino,**

**Ecolan SpA** (C-91/19),

nei confronti di:

**Comune di Ortona** (C-89/19),

**Comune di Treglio** (C-89/19),

**Autorità nazionale anticorruzione (ANAC),**

LA CORTE (Nona Sezione),

composta da S. Rodin, presidente di sezione, D. Šváby (relatore) e N. Piçarra, giudici,

* Lingua processuale: l'italiano.

avvocato generale: M. Campos Sánchez-Bordona

cancelliere: A. Calot Escobar

vista la fase scritta del procedimento,

considerate le osservazioni presentate:

– per la Rieco SpA, da T. Marchese, S. Colombari e A. Ranieri, avvocati;

– per la Ecolan SpA, da M. Zoppolato, avvocato;

– per il Comune di Lanciano, da V. Antonucci, avvocato;

– per il governo estone, da N. Grünberg, in qualità di agente;

– per il governo spagnolo, da S. Jiménez García e M.J. García-Valdecasas Dorrego, in qualità di agenti;

– per il governo lituano, da K. Dieninis e R. Butvydytė, in qualità di agenti;

– per la Commissione europea, da G. Gattinara, P. Ondrůšek e L. Haasbeek, in qualità di agenti,

vista la decisione, adottata dopo aver sentito l'avvocato generale, di statuire con ordinanza motivata, conformemente all'articolo 99 del regolamento di procedura della Corte,

ha emesso la seguente

## Ordinanza

1 Le domande di pronuncia pregiudiziale vertono sull'interpretazione dell'articolo 12, paragrafo 3, 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 (GU 2014, L 94, pag. 65).

2 Tali domande sono state presentate nell'ambito di tre controversie che vedono rispettivamente contrapposti, in primo luogo, la Rieco SpA al Comune di Lanciano (Italia) e alla Ecolan SpA, in secondo luogo, la Rieco SpA al Comune di Ortona (Italia) ed alla Ecolan e, in terzo luogo, la Rieco SpA al Comune di San Vito Chietino (Italia) ed alla Ecolan, in merito all'affidamento diretto alla Ecolan dell'appalto relativo al servizio di igiene urbana di tali comuni.

## Contesto normativo

### *Diritto dell'Unione*

*Direttiva 2014/24*

3 I considerando 1, 5, 31 e 32 della direttiva 2014/24 enunciano quanto segue:

«(1) L'aggiudicazione degli appalti pubblici da o per conto di autorità degli Stati membri deve rispettare i principi del trattato [FUE] e in particolare la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi, nonché i principi che ne derivano, come la parità

di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza. Tuttavia, per gli appalti pubblici con valore superiore a una certa soglia è opportuno elaborare disposizioni per coordinare le procedure nazionali di aggiudicazione degli appalti in modo da garantire che a tali principi sia dato effetto pratico e che gli appalti pubblici siano aperti alla concorrenza.

(...)

(5) 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 ai sensi della presente direttiva. La prestazione di servizi sulla base di disposizioni legislative, regolamentari o contratti di lavoro dovrebbe esulare dall'ambito di applicazione della presente direttiva. In alcuni Stati membri ciò potrebbe verificarsi, ad esempio, per taluni servizi amministrativi pubblici quali i servizi esecutivi e legislativi o la fornitura di determinati servizi alla comunità, come i servizi connessi agli affari esteri o alla giustizia o i servizi di sicurezza sociale obbligatoria.

(...)

(31) Vi è una notevole incertezza giuridica circa la misura in cui i contratti conclusi tra enti nel settore pubblico debbano essere disciplinati dalle norme relative agli appalti pubblici. La giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea a tale riguardo viene interpretata in modo divergente dai diversi Stati membri e anche dalle diverse amministrazioni aggiudicatrici. È pertanto necessario precisare in quali casi i contratti conclusi nell'ambito del settore pubblico non sono soggetti all'applicazione delle norme in materia di appalti pubblici.

Tale chiarimento dovrebbe essere guidato dai principi di cui alla pertinente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea. 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. Tuttavia, l'applicazione delle norme in materia di appalti pubblici non dovrebbe interferire con la libertà delle autorità pubbliche di svolgere i compiti di servizio pubblico affidati loro utilizzando le loro stesse risorse, compresa la possibilità di cooperare con altre autorità pubbliche.

Si dovrebbe garantire che una qualsiasi cooperazione pubblico-pubblico esentata non dia luogo a una distorsione della concorrenza nei confronti di operatori economici privati nella misura in cui pone un fornitore privato di servizi in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti.

(32) Gli appalti pubblici aggiudicati a persone giuridiche controllate non dovrebbero essere soggetti all'applicazione delle procedure previste dalla presente direttiva qualora l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, a condizione che la persona giuridica controllata svolga più dell'80% delle proprie attività nell'esecuzione di compiti a essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice che esercita il controllo o da altre persone giuridiche controllate da tale amministrazione aggiudicatrice, a prescindere dal beneficiario dell'esecuzione dell'appalto.

L'esenzione non dovrebbe estendersi alle situazioni in cui vi sia partecipazione diretta di un operatore economico privato al capitale della persona giuridica controllata poiché, in tali circostanze, l'aggiudicazione di un appalto pubblico senza una procedura competitiva offrirebbe all'operatore economico privato che detiene una partecipazione nel capitale della persona giuridica controllata un indebito vantaggio rispetto ai suoi concorrenti. Tuttavia, date le particolari caratteristiche degli organismi pubblici con partecipazione obbligatoria, quali le organizzazioni responsabili della gestione o dell'esercizio di taluni servizi pubblici, ciò non dovrebbe valere nei casi in cui la partecipazione di determinati operatori economici privati al capitale della persona giuridica controllata è resa obbligatoria da una disposizione legislativa

nazionale in conformità dei trattati, a condizione che si tratti di una partecipazione che non comporta controllo o potere di veto e che non conferisca un'influenza determinante sulle decisioni della persona giuridica controllata. Si dovrebbe inoltre chiarire che l'unico elemento determinante è la partecipazione privata diretta al capitale della persona giuridica controllata. Perciò, in caso di partecipazione di capitali privati nell'amministrazione aggiudicatrice controllante o nelle amministrazioni aggiudicatrici controllanti, ciò non preclude l'aggiudicazione di appalti pubblici alla persona giuridica controllata, senza applicare le procedure previste dalla presente direttiva in quanto tali partecipazioni non incidono negativamente sulla concorrenza tra operatori economici privati.

Occorre altresì chiarire che le amministrazioni aggiudicatrici quali gli organismi di diritto pubblico, per i quali è possibile la partecipazione di capitali privati, dovrebbero essere in condizione di avvalersi dell'esenzione per la cooperazione orizzontale. Pertanto, se tutte le altre condizioni per la cooperazione orizzontale sono soddisfatte, l'esenzione ad essa relativa dovrebbe estendersi a tali amministrazioni aggiudicatrici qualora il contratto sia concluso esclusivamente tra amministrazioni aggiudicatrici».

4 Intitolato «Appalti pubblici tra enti nell'ambito del settore pubblico», l'articolo 12 di tale direttiva così dispone:

«1. 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 di capitali privati diretti, 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.

(...)

3. Un'amministrazione aggiudicatrice che non eserciti su una persona giuridica di diritto privato o pubblico un controllo ai sensi del paragrafo 1 può nondimeno aggiudicare un appalto pubblico a tale persona giuridica senza applicare la presente direttiva quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita congiuntamente con altre amministrazioni aggiudicatrici un controllo sulla persona giuridica di cui trattasi analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi;

b) oltre l'80% delle attività di tale persona giuridica sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dalle amministrazioni aggiudicatrici controllanti o da altre persone giuridiche controllate dalle amministrazioni aggiudicatrici 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.

Ai fini del primo comma, lettera a), le amministrazioni aggiudicatrici esercitano su una persona giuridica un controllo congiunto quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

i) gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti;

ii) tali amministrazioni aggiudicatrici sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica; e

iii) la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici controllanti.

(...)».

### *Diritto italiano*

5 La legge 17 dicembre 2012, n. 221 – Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, recante ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese (supplemento ordinario alla GURI n. 294, del 18 dicembre 2012, pag. 1), all'articolo 34, comma 20, dispone quanto segue:

«Per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste».

6 Intitolato «Principi comuni in materia di esclusione per concessioni, appalti pubblici e accordi tra enti e amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito del settore pubblico», l'articolo 5 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 – Codice dei contratti pubblici (supplemento ordinario alla GURI n. 91, del 19 aprile 2016; in prosieguo: il «codice dei contratti pubblici»), prevede, ai commi 4 e 5, quanto segue:

«4. Un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore può aggiudicare un appalto pubblico o una concessione senza applicare il presente codice qualora ricorrano le condizioni di cui al comma 1 [che definisce i presupposti generali per gli affidamenti *in house*], anche in caso di controllo congiunto.

5. Le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori esercitano su una persona giuridica un controllo congiunto quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

a) gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti;

b) tali amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica;

c) la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori controllanti».

7 Intitolato «Regime speciale degli affidamenti *in house*», l'articolo 192, comma 2, di tale codice, così dispone:

«Ai fini dell'affidamento *in house* di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti *in house*, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche».

8 Il decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 – Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (GURI n. 210, dell'8 settembre 2016; in prosieguo: il «decreto legislativo n. 175/2016»), all'articolo 4, intitolato «Finalità perseguibili mediante l'acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche», dispone quanto segue:

«1. Le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società.

2. Nei limiti di cui al comma 1, le amministrazioni pubbliche possono, direttamente o indirettamente, costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni in società esclusivamente per lo svolgimento delle attività sotto indicate:

a) produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi;

(...)

4. Le società *in house* hanno come oggetto sociale esclusivo una o più delle attività di cui all[a] letter[a] a) (...) del comma 2. Salvo quanto previsto dall'articolo 16, tali società operano in via prevalente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti».

9 Intitolato «Società *in house*», l'articolo 16 di tale decreto legislativo così dispone:

«1. Le società *in house* ricevono affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo o da ciascuna delle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo congiunto solo se non vi sia partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata.

(...)

7. Le società di cui al presente articolo sono tenute all'acquisto di lavori, beni e servizi secondo la disciplina di cui al [codice dei contratti pubblici]. Resta fermo quanto previsto dagli articoli 5 e 192 del medesimo [codice]».

## Procedimenti principali e questioni pregiudiziali

### *Causa C-89/19*

10 La Ecolan, che svolge attività di smaltimento di rifiuti urbani, è una società *in house* il cui capitale è interamente detenuto da 53 enti pubblici della provincia di Chieti (Italia), tra i quali il Comune di Lanciano, che detiene una partecipazione a tale capitale del 21,69%.

11 Nella sua qualità di operatore economico interessato a conseguire con gara la gestione del servizio di igiene urbana nel Comune di Lanciano, la Rieco ha presentato dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo (Italia) un ricorso diretto all'annullamento di diversi atti, tra i quali la delibera del Consiglio comunale di Lanciano del 29 maggio 2017 (in prosieguo: la «delibera controversa»), che ha disposto l'affidamento diretto alla Ecolan dell'appalto relativo al servizio di igiene, compresa la gestione dei centri di raccolta e di riuso dei rifiuti.

12 La Rieco ha sostenuto che l'affidamento diretto alla Ecolan dell'appalto relativo al servizio di igiene urbana del Comune di Lanciano violava le condizioni di affidamento *in house* o in regime di controllo analogo congiunto.

13 Con sentenza del 12 gennaio 2018, il Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo ha respinto il ricorso della Rieco, la quale ha interposto appello avverso tale sentenza dinanzi al Consiglio di Stato (Italia).

14 In primo luogo, la Rieco addebita al Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo di aver violato l'articolo 192, comma 2, del codice dei contratti pubblici per non aver sanzionato l'assenza, nella delibera controversa, di una valutazione effettiva circa la congruità del ricorso ad un affidamento *in house*, e non ad un appalto pubblico, prima di procedere all'affidamento diretto dell'appalto di cui trattasi nel procedimento principale.

15 Il Consiglio di Stato ritiene, innanzitutto, che la delibera controversa violi l'articolo 192, comma 2, del codice dei contratti pubblici, applicabile anche alla Ecolan ai sensi dell'articolo 16, comma 7, del decreto legislativo n. 175/2016, nella misura in cui non espone adeguatamente i motivi che giustificano il ricorso all'affidamento *in house*. L'articolo 192, comma 2, del codice dei contratti pubblici imporrebbe infatti che l'affidamento *in house* di servizi disponibili sul mercato sia assoggettato a una duplice condizione, che non è richiesta per le altre forme di affidamento dei medesimi servizi, con particolare riguardo alle gare di appalto pubbliche e alle forme di cooperazione orizzontale fra amministrazioni. In primo luogo, l'amministrazione aggiudicatrice sarebbe tenuta a motivare le condizioni che hanno comportato l'esclusione del ricorso ad una gara d'appalto. Tale condizione deriverebbe dal carattere ormai secondario e residuale dell'affidamento *in house*, cui si potrebbe ricorrere solo a condizione di dimostrare, da un lato, un «fallimento del mercato» rilevante a causa di prevedibili mancanze agli «obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche» e, dall'altro, che l'ente *in house* supplirebbe a tale carenza. In secondo luogo, l'amministrazione aggiudicatrice dovrebbe indicare i benefici derivanti dall'affidamento *in house*, mentre una siffatta dimostrazione non sarebbe necessaria in caso di ricorso ad una gara di appalto.

16 Inoltre, al fine di restringere ulteriormente le eccezioni alla regola della gara ad evidenza pubblica, una sentenza pronunciata il 17 novembre 2010 dalla Corte costituzionale (Italia) consentirebbe al legislatore italiano di prevedere «limitazioni dell'affidamento diretto più estese di quelle [previste dal diritto dell'Unione]». In una sentenza del 20 marzo 2013, il medesimo organo giurisdizionale avrebbe altresì dichiarato che l'affidamento in regime di delegazione interorganica costituisce «un'eccezione rispetto alla regola generale dell'affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica».

17 Il Consiglio di Stato dubita che tale orientamento restrittivo, che esiste da più di dieci anni in Italia nei confronti degli affidamenti *in house*, sia compatibile con il diritto dell'Unione, in particolare con il principio della libera organizzazione delle amministrazioni pubbliche sancito all'articolo 2 della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (GU 2014, L 94, pag. 1). A tale riguardo, i principi di libertà e di autodeterminazione dei soggetti pubblici, da un lato, e il principio della piena apertura concorrenziale dei mercati degli appalti pubblici e delle concessioni, dall'altro, potrebbero entrare in conflitto.

18 Se si ammettesse che l'affidamento *in house* è per sua natura una delle forme caratteristiche di internalizzazione e di autoproduzione, tale affidamento rappresenterebbe non già un'eccezione residuale, bensì un'opzione di base allo stesso titolo dell'affidamento a terzi mediante gara d'appalto. Ne conseguirebbe, quindi, che l'affidamento di un appalto mediante gara non dovrebbe godere di alcuna preferenza a priori.

19 Il giudice del rinvio ritiene che, nel diritto dell'Unione, gli affidamenti *in house* non occupino una posizione subordinata rispetto agli affidamenti mediante gara d'appalto. Al contrario, essi rappresenterebbero una sorta di antecedente logico rispetto a qualunque scelta dell'amministrazione pubblica in tema di autoproduzione o di esternalizzazione dei servizi di proprio interesse, dato che un'amministrazione può procedere all'esternalizzazione dell'approvvigionamento di beni, servizi o forniture soltanto una volta che le vie interne dell'autoproduzione o dell'internalizzazione non si siano dimostrate percorribili o utilmente percorribili.

20 Il principio della libera amministrazione delle autorità pubbliche dovrebbe, di conseguenza, assumere valenza generale, il che escluderebbe l'introduzione di disposizioni volte a riconoscere a una delle modalità di attribuzione dei servizi di interesse generale delle amministrazioni, quale l'affidamento *in house*, un ruolo giuridicamente subordinato rispetto alle altre.

21 In secondo luogo, la Rieco censura il Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo per non aver preso in considerazione i vincoli posti dal diritto italiano alla partecipazione al capitale sociale della Ecolan da parte di soggetti pubblici che non esercitano sulla Ecolan un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

22 A tale riguardo, il Consiglio di Stato indica che lo statuto della Ecolan prevede due categorie di soci, ossia, da un lato, i «soci affidanti», che esercitano il controllo analogo congiunto sulla Ecolan e possono, di conseguenza, operare affidamenti diretti in suo favore e, dall'altro, i «soci non affidanti», che partecipano al capitale della Ecolan nella prospettiva di procedere in futuro ad affidamenti diretti in suo favore, senza poterlo fare nell'immediato, e che, fino a tale momento, sono privi di poteri di gestione o di veto che incidono sul funzionamento interno della Ecolan e non esercitano quindi alcun controllo analogo congiunto.

23 Ebbene, non sarebbe in contrasto con il diritto dell'Unione il fatto che la Ecolan abbia la qualità di ente *in house* solo nei confronti dei soci affidanti. Infatti, il controllo analogo congiunto, ai sensi dell'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24, non dovrebbe essere escluso per il solo fatto che amministrazioni aggiudicatrici che non esercitano controllo o potere di veto e non effettuano affidamenti diretti partecipino al capitale di una società pluripartecipata.

24 Il giudice del rinvio ritiene che un'amministrazione aggiudicatrice non affidante debba poter decidere successivamente di acquisire il controllo analogo congiunto e di procedere all'affidamento diretto di appalti di servizi in favore della Ecolan.

25 Ebbene, tale ipotesi sarebbe esclusa dall'articolo 4, paragrafo 1, del decreto legislativo n. 175/2016, qualora l'acquisizione del controllo analogo congiunto e l'affidamento diretto non intervengano immediatamente, ma siano soltanto previsti.

26 In tale contesto, il Consiglio di Stato ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se il diritto dell'Unione (...) (e segnatamente il principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche e il principio di sostanziale equivalenza fra le diverse modalità di affidamento e di gestione dei servizi di interesse delle amministrazioni pubbliche) osti a una normativa nazionale [come quella dell'articolo 192, comma 2, del Codice dei contratti pubblici (...)] [la] quale colloca gli affidamenti *in house* su un piano subordinato ed eccezionale rispetto agli affidamenti tramite gara di appalto: i) consentendo tali affidamenti soltanto in caso di dimostrato fallimento del mercato rilevante, nonché ii) imponendo comunque all'amministrazione che intenda operare un affidamento in regime di delegazione interorganica di fornire una specifica motivazione circa i benefici per la collettività connessi a tale forma di affidamento.

2) Se il diritto dell'Unione (...) (e in particolare l'articolo 12, paragrafo 3 della Direttiva [2014/24] in tema di affidamenti *in house* in regime di controllo analogo congiunto fra più amministrazioni) osti a una disciplina nazionale (come quella dell'articolo 4, comma 1, del [...] decreto legislativo n. [175/2016]) che impedisce a un'amministrazione pubblica di acquisire in un organismo pluripartecipato da altre amministrazioni una quota di partecipazione (comunque inidonea a garantire controllo o potere di veto) laddove tale amministrazione intende comunque acquisire in futuro una posizione di controllo congiunto e quindi la possibilità di procedere ad affidamenti diretti in favore dell'Organismo pluripartecipato».

### *Le cause C-90/19 e C-91/19*

27 Dalle ordinanze di rinvio nelle cause da C-89/19 a C-91/19 risulta che i contesti di fatto e di diritto dei procedimenti principali nelle cause C-90/19 e C-91/19 sono analoghi a quelli del procedimento principale nella causa C-89/19 e che le questioni sollevate dal giudice del rinvio nelle cause C-90/19 e C-91/19 sono identiche a quelle sollevate nella causa C-89/19.

## Sulle questioni pregiudiziali

28 Ai sensi dell'articolo 99 del regolamento di procedura della Corte, quando la risposta a una questione pregiudiziale può essere chiaramente desunta dalla giurisprudenza o quando la risposta a tale questione non dà adito a nessun ragionevole dubbio, la Corte, su proposta del giudice relatore, sentito l'avvocato generale, può statuire in qualsiasi momento con ordinanza motivata.

29 Tale disposizione deve essere applicata nelle cause in esame.

### *Sulla prima questione*

30 Con la sua prima questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24 debba essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale che subordina la conclusione di un'operazione interna, denominata anche «contratto *in house*», all'impossibilità di procedere all'aggiudicazione di un appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna.

31 Come ha rilevato la Corte nella sentenza del 3 ottobre 2019, Irgita (C-285/18, in prosieguo: la «sentenza Irgita», EU:C:2019:829, punto 41), la direttiva 2014/24 ha lo scopo, come enuncia il suo considerando 1, di coordinare le procedure nazionali di aggiudicazione degli appalti che superano un determinato importo.

32 Dal punto 43 della sentenza Irgita risulta che l'articolo 12, paragrafo 1, di tale direttiva, relativo alle operazioni interne, che si limita quindi a precisare le condizioni che un'amministrazione aggiudicatrice deve rispettare quando desidera concludere un'operazione interna, ha soltanto l'effetto di autorizzare gli Stati membri ad escludere una tale operazione dal campo di applicazione della direttiva 2014/24.

33 Tale disposizione non può quindi privare gli Stati membri della libertà di favorire una modalità di prestazione di servizi, di esecuzione di lavori o di approvvigionamento di forniture a scapito di altre. In effetti, questa libertà implica una scelta che viene effettuata in una fase precedente all'aggiudicazione di un appalto e che non può quindi rientrare nell'ambito di applicazione della direttiva 2014/24 (sentenza Irgita, punto 44).

34 La libertà degli Stati membri di scegliere il modo di prestazione di servizi mediante il quale le amministrazioni aggiudicatrici provvederanno alle proprie esigenze deriva anche dal considerando 5 della direttiva 2014/24, che stabilisce 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 ai sensi della presente direttiva», consacrando così la giurisprudenza della Corte di giustizia anteriore a tale direttiva (sentenza Irgita, punto 45).

35 Pertanto, così come la direttiva 2014/24 non obbliga gli Stati membri a ricorrere a una procedura di appalto pubblico, essa non può obbligare gli Stati membri a ricorrere a un'operazione interna quando sono soddisfatte le condizioni di cui all'articolo 12, paragrafo 1 (sentenza Irgita, punto 46).

36 Peraltro, come ha rilevato la Corte al punto 47 della sentenza Irgita, la libertà in tal modo lasciata agli Stati membri è messa in luce più nettamente dall'articolo 2, paragrafo 1, della direttiva 2014/23, ai sensi del quale:

«La presente direttiva riconosce il principio per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione. Tali autorità sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici.

Dette autorità possono decidere di espletare i loro compiti d'interesse pubblico avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o di conferirli a operatori economici esterni».

37 Tuttavia, la libertà degli Stati membri di scegliere il metodo di gestione che ritengono più appropriato per l'esecuzione dei lavori o la prestazione dei servizi non può essere illimitata. Essa deve al contrario essere esercitata nel rispetto delle regole fondamentali del trattato FUE, segnatamente della libertà di circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché dei principi che ne derivano come la parità di trattamento, il divieto di discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza (sentenza Irgita, punto 48).

38 Di conseguenza, la Corte ha rilevato, al punto 50 della sentenza Irgita, che l'articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che non osta ad una norma nazionale con la quale uno Stato membro subordina la conclusione di un'operazione interna, in particolare, alla condizione che l'aggiudicazione di un appalto pubblico non garantisca la qualità dei servizi forniti, la loro accessibilità o continuità, sempre che la scelta espressa a favore di una particolare modalità di prestazione di servizi, e effettuata in una fase precedente a quella dell'aggiudicazione dell'appalto pubblico, rispetti i principi di parità di trattamento, non discriminazione, riconoscimento reciproco, proporzionalità e trasparenza.

39 È vero che, nella sentenza Irgita, la Corte ha interpretato le disposizioni dell'articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 2014/24 e non quelle dell'articolo 12, paragrafo 3, della medesima direttiva.

40 Tuttavia, dalla formulazione di tali disposizioni emerge che l'unica differenza tra l'articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 2014/24 e l'articolo 12, paragrafo 3, della medesima direttiva consiste nel fatto che, nell'ambito della prima di tali disposizioni, l'amministrazione aggiudicatrice controlla, da sola, l'ente *in house* mentre, mentre nell'ambito della seconda di tali disposizioni, tale ente è controllato congiuntamente da più amministrazioni aggiudicatrici.

41 In tali condizioni, la libertà degli Stati membri di scegliere il modo di prestazione di servizi mediante il quale le amministrazioni aggiudicatrici provvederanno alle proprie esigenze li autorizza a subordinare la conclusione di un'operazione interna all'impossibilità di indire una gara d'appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna.

42 Occorre quindi rispondere alla prima questione dichiarando che l'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che non osta a una normativa nazionale che subordina la conclusione di un'operazione interna, denominata anche «contratto *in house*», all'impossibilità di procedere all'aggiudicazione di un appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna.

***Sulla seconda questione***

43 Con la sua seconda questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24 debba essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale che impedisce ad un'amministrazione aggiudicatrice di acquisire partecipazioni al capitale di un ente partecipato da altre amministrazioni aggiudicatrici, qualora tali partecipazioni siano inidonee a garantire il controllo o un potere di veto e qualora detta amministrazione aggiudicatrice intenda acquisire successivamente una posizione di controllo congiunto e, di conseguenza, la possibilità di procedere ad affidamenti diretti di appalti a favore di tale ente, il cui capitale è detenuto da più amministrazioni aggiudicatrici.

44 Come emerge dalla sua formulazione, l'articolo 12, paragrafo 3, lettere da a) a c), della direttiva 2014/24 ha lo scopo di precisare le condizioni alle quali un'amministrazione aggiudicatrice che esercita, congiuntamente ad altre amministrazioni aggiudicatrici, un controllo su una persona giuridica di diritto privato o pubblico ai sensi dell'articolo 12, paragrafo 1, della medesima direttiva può aggiudicare un appalto pubblico a tale persona giuridica senza applicare la direttiva in questione.

45 L'esclusione delle norme di aggiudicazione degli appalti pubblici prevista all'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24 è quindi, conformemente alla lettera a) di tale disposizione, subordinata alla condizione che un'amministrazione aggiudicatrice eserciti, congiuntamente ad altre amministrazioni aggiudicatrici, un controllo sulla persona giuridica di cui trattasi analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi.

46 Ne consegue che l'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24 non prevede alcun requisito relativo alle condizioni in cui un'amministrazione acquisisce partecipazioni al capitale in una società partecipata da altre amministrazioni.

47 Occorre quindi rispondere alla seconda questione dichiarando che l'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che non osta ad una normativa nazionale che impedisce ad un'amministrazione aggiudicatrice di acquisire partecipazioni al capitale di un ente partecipato da altre amministrazioni aggiudicatrici, qualora tali partecipazioni siano inidonee a

garantire il controllo o un potere di veto e qualora detta amministrazione aggiudicatrice intenda acquisire successivamente una posizione di controllo congiunto e, di conseguenza, la possibilità di procedere ad affidamenti diretti di appalti a favore di tale ente, il cui capitale è detenuto da più amministrazioni aggiudicatrici.

**Sulle spese**

48 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 (Nona Sezione) dichiara:

1) **L'articolo 12, paragrafo 3, 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, deve essere interpretato nel senso che non osta a una normativa nazionale che subordina la conclusione di un'operazione interna, denominata anche «contratto *in house*», all'impossibilità di procedere all'aggiudicazione di un appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna.**

2) **L'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che non osta ad una normativa nazionale che impedisce ad un'amministrazione aggiudicatrice di acquisire partecipazioni al capitale di un ente partecipato da altre amministrazioni aggiudicatrici, qualora tali partecipazioni siano inidonee a garantire il controllo o un potere di veto e qualora detta amministrazione aggiudicatrice intenda acquisire successivamente una posizione di controllo congiunto e, di conseguenza, la possibilità di procedere ad affidamenti diretti di appalti a favore di tale ente, il cui capitale è detenuto da più amministrazioni aggiudicatrici.**

Lussemburgo, 6 febbraio 2020

Il cancelliere
A. Calot Escobar

Il presidente della Nonna Sezione
S. Rodin