

SENTENZA DELLA CORTE (Quinta Sezione)

8 maggio 2014 (*)

«Appalti pubblici di forniture – Direttiva 2004/18/CE – Affidamento dell'appalto senza procedura di gara – Affidamento detto “in house” – Affidatario giuridicamente distinto dall'amministrazione aggiudicatrice – Condizione di “controllo analogo” – Amministrazione aggiudicatrice e affidatario non aventi tra loro una relazione di controllo – Autorità pubblica terza che esercita un controllo parziale sull'amministrazione aggiudicatrice e un controllo sull'affidatario che potrebbe essere qualificato come “analogo” – “Operazione in house orizzontale”»

Nella causa C-15/13,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dall'Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg (Germania), con decisione del 6 novembre 2012, pervenuta in cancelleria il 10 gennaio 2013, nel procedimento

Technische Universität Hamburg-Harburg,

Hochschul-Informations-System GmbH

contro

Datenlotsen Informationssysteme GmbH,

LA CORTE (Quinta Sezione),

composta da T. von Danwitz, presidente di sezione, E. Juhász (relatore), A. Rosas, D. Šváby e C. Vajda, giudici,

avvocato generale: P. Mengozzi

cancelliere: M. Ferreira, amministratore principale

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 21 novembre 2013,

considerate le osservazioni presentate:

- per la Technische Universität Hamburg-Harburg, da T. Noelle e I. Argyriadou, Rechtsanwälte;
- per la Hochschul-Informations-System GmbH, da K. Willenbruch e M. Kober, Rechtsanwälte;
- per la Datenlotsen Informationssysteme GmbH, da S. Görgens, Rechtsanwalt;
- per il governo ceco, da M. Smolek, in qualità di agente;
- per il governo spagnolo, da J. García-Valdecasas Dorrego, in qualità di agente;

- per il governo italiano, da G. Palmieri, in qualità di agente, assistita da S. Varone, avvocato dello Stato;
 - per il governo ungherese, da M. Fehér, K. Szíjjártó e K. Molnár, in qualità di agenti;
 - per la Commissione europea, da A. Tokár e M. Noll-Ehlers, in qualità di agenti,
- sentite le conclusioni dell’avvocato generale, presentate all’udienza del 23 gennaio 2014, ha pronunciato la seguente

Sentenza

- 1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull’interpretazione dell’articolo 1, paragrafo 2, lettera a), 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, da un lato, la Technische Universität Hamburg–Harburg (Politecnico di Amburgo; in prosieguo: l’«università»), la Hochschul-Informationssystem GmbH (in prosieguo: la «HIS») e, dall’altro, la Datenlotsen Informationssysteme GmbH, in merito alla regolarità dell’aggiudicazione di un appalto attribuito direttamente dall’università alla HIS senza applicare le procedure di aggiudicazione previste dalla direttiva 2004/18.

Contesto normativo

Il diritto dell’Unione

- 3 La direttiva 2004/18 stabilisce il quadro regolamentare applicabile agli appalti assegnati dalle amministrazioni aggiudicatrici.
- 4 L’articolo 1 della direttiva medesima, rubricato «Definizioni», dispone al paragrafo 2, lettera a), quanto segue:

«Gli “appalti pubblici” sono contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l’esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi ai sensi della presente direttiva».
- 5 Detto articolo 1, al paragrafo 8, stabilisce quanto segue:

«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.

(...)».
- 6 L’articolo 1, paragrafo 9, della direttiva 2004/18 definisce in dettaglio gli enti che sono

considerati amministrazioni aggiudicatrici e che, nella conclusione di un contratto a titolo oneroso con un operatore economico, devono avviare una procedura di aggiudicazione dell'appalto secondo le norme di detta direttiva.

- 7 L'articolo 7 della direttiva 2004/18, intitolato «Importi delle soglie degli appalti pubblici», fissa le soglie dei valori stimati a partire dalle quali l'aggiudicazione di un appalto deve essere effettuata conformemente alle norme della medesima direttiva. Tali soglie sono modificate ad intervalli regolari da regolamenti della Commissione e adattate alle circostanze economiche. Alla data dei fatti del procedimento principale, la soglia concernente gli appalti di forniture assegnati da amministrazioni aggiudicatrici diverse dalle autorità governative centrali era fissata a EUR 193 000 dal regolamento (CE) n. 1177/2009 della Commissione, del 30 novembre 2009 (GU L 314, pag. 64).

L'aggiudicazione di un appalto pubblico senza applicare le procedure stabilite dalla direttiva 2004/18 – Il cosiddetto affidamento «in house»

- 8 Le condizioni di una siffatta aggiudicazione sono state definite e formulate dalla giurisprudenza della Corte, che ha affermato che la gara d'appalto mediante l'avvio di una procedura ai sensi della direttiva 2004/18 non è obbligatoria nel caso in cui, nel contempo, l'amministrazione aggiudicatrice eserciti su una persona da essa giuridicamente distinta un controllo analogo a quello esercitato su un proprio servizio e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'amministrazione o con le amministrazioni aggiudicatrici che la controllano (v., in tal senso, sentenza Teckal, C-107/98, EU:C:1999:562, punto 50).

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

- 9 L'università è un istituto pubblico d'istruzione superiore del Bundesland Freie und Hansestadt Hamburg (Stato federale della libera città anseatica di Amburgo (in prosieguo: la «Città di Amburgo»). Essa costituisce un organismo di diritto pubblico ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 9, della direttiva 2004/18 e, di conseguenza, un'amministrazione aggiudicatrice. Ai fini dell'acquisizione di un sistema di gestione informatica per l'insegnamento superiore, l'università ha effettuato un esercizio di valutazione nell'ambito del quale ha confrontato i sistemi informatici della Datenlotsen Informationssysteme GmbH e della HIS. In seguito a tale esame, l'università ha optato per l'acquisizione del sistema proveniente da quest'ultima società e il 7 aprile 2011 ha concluso con la medesima un contratto d'appalto di forniture mediante affidamento diretto senza applicare le procedure di aggiudicazione previste dalla direttiva 2004/18. Il valore stimato di tale appalto ammontava a EUR 840 000.
- 10 Dal fascicolo sottoposto alla Corte risulta che la HIS è una società a responsabilità limitata di diritto privato, il cui capitale è detenuto per un terzo dalla Repubblica federale di Germania e per due terzi dai sedici Länder tedeschi, e la parte della Città di Amburgo corrisponde al 4,16% di tale capitale. Conformemente all'articolo 2 dello statuto di detta società, l'oggetto sociale di quest'ultima è di assistere gli istituti pubblici d'istruzione superiore e le amministrazioni competenti nell'adempimento, in modo razionale ed efficace, della propria funzione d'istruzione superiore. I sistemi informatici della HIS sono utilizzati in oltre 220 istituti pubblici e religiosi d'istruzione superiore in Germania.
- 11 Ai sensi dell'articolo 12, paragrafo 1, dello statuto della HIS, il consiglio di sorveglianza di tale società è composto da dieci membri, di cui sette sono nominati su proposta della conferenza dei ministri dei Länder, due su proposta della conferenza dei rettori degli istituti d'istruzione superiore, che è un'associazione che riunisce le università e gli istituti d'istruzione superiore tedeschi pubblici o riconosciuti dallo Stato, e uno su proposta delle

autorità federali. A norma dell'articolo 15, paragrafo 1, del proprio statuto, la HIS dispone di un comitato consultivo (Kuratorium), di cui 19 dei 37 membri provengono dalla conferenza dei ministri dei Länder. Per quanto concerne il volume delle attività della HIS, il 5,14% del fatturato di tale società corrisponde ad attività svolte per conto di enti diversi dagli istituti pubblici d'istruzione superiore.

- 12 L'affidamento diretto dell'appalto da parte dell'università alla HIS, secondo dette parti contraenti, si giustifica considerando che, sebbene tra questi due enti non ci sia alcuna relazione di controllo, la condizione di «controllo analogo» enunciata dalla citata giurisprudenza della Corte è soddisfatta in quanto entrambi gli enti si trovano sotto il controllo della Città di Amburgo.
- 13 La Datenlotsen Informationssysteme GmbH ha depositato un ricorso contro la decisione di affidamento diretto di detto appalto dinanzi alla Vergabekammer della Città di Amburgo, organo competente in primo grado in materia di appalti pubblici, la quale ha accolto il ricorso. Tale organo ha ritenuto che non sussistessero nel caso di specie le condizioni richieste dalla giurisprudenza della Corte per un affidamento «in house». In concreto, non sarebbe soddisfatta la condizione di «controllo analogo», dato che l'università, in quanto amministrazione aggiudicatrice, non è in grado di esercitare sulla HIS un controllo analogo a quello che svolge sui propri servizi. È vero che l'università è una persona giuridica di diritto pubblico facente capo alla Città di Amburgo e che quest'ultima detiene il 4,16% del capitale della HIS. Tuttavia, l'università e la Città di Amburgo sono persone giuridiche distinte.
- 14 Del pari, nemmeno la considerazione che la Città di Amburgo controlla sia l'università sia la HIS sarebbe sufficiente a soddisfare detta condizione, in quanto tale forma di «controllo indiretto» non trova alcun fondamento nella giurisprudenza della Corte. La Vergabekammer osserva inoltre che l'università dispone di una certa autonomia e che il controllo di legittimità e di opportunità esercitato su di essa dalla Città di Amburgo, per quanto riguarda la gestione degli stanziamenti attribuiti, non equivale al potere direttivo di cui deve disporre un'amministrazione aggiudicatrice. Non si può nemmeno parlare di un controllo esercitato sulla HIS dalla Città di Amburgo, dato che quest'ultima non dispone di alcun rappresentante permanente in seno al consiglio di sorveglianza di tale società.
- 15 La HIS e l'università hanno impugnato detta decisione della Vergabekammer dinanzi al giudice del rinvio.
- 16 Tale giudice osserva che, finora, non è stata oggetto della giurisprudenza della Corte la questione, aspramente discussa dalla dottrina a livello nazionale, se un'aggiudicazione d'appalto nell'ambito di una relazione fra tre soggetti, qualificata come «operazione in house orizzontale», rientri nella giurisprudenza derivante dalla sentenza Teckal (EU:C:1999:562). Esso ritiene che la ratio e la finalità dell'esenzione relativa alle attribuzioni «in house», introdotta da detta sentenza, potrebbero consentire che operazioni in house orizzontali, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, possano rientrare nel contesto di detta esenzione. Tuttavia, il giudice del rinvio fa notare che, nella fattispecie, non si può parlare di cooperazione intercomunale ai sensi della giurisprudenza della Corte (sentenze Commissione/Germania, C-480/06, EU:C:2009:357, nonché Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a., C-159/11, EU:C:2012:817), poiché sia l'università sia la HIS non costituiscono autorità pubbliche e la HIS non è direttamente incaricata di svolgere una funzione di servizio pubblico.
- 17 Il giudice del rinvio rileva che, conformemente allo statuto degli istituti pubblici d'istruzione superiore, questi ultimi dispongono di un'ampia autonomia nei settori della ricerca e dell'istruzione e che l'esercizio di tali competenze autonome è sottoposto al semplice controllo di legittimità. Tuttavia, il contratto di cui trattasi nel procedimento

principale rientrerebbe nel settore della gestione degli stanziamenti attribuiti all'università, nel cui ambito le autorità competenti dispongono di un potere di controllo che si estenderebbe fino alla possibilità di annullare o modificare le decisioni adottate in materia di acquisti.

- 18 Pertanto, il giudice del rinvio ritiene soddisfatta la condizione di «controllo analogo» nel settore degli acquisti e delle forniture degli istituti pubblici d'istruzione superiore. Esso si chiede tuttavia se tale condizione non richieda che il controllo riguardi l'insieme dei settori di attività dell'ente subordinato, cosicché la limitazione dell'ambito di applicazione di detto controllo agli appalti di forniture non consentirebbe di ritenere soddisfatta detta condizione. In tal senso deporrebbe la giurisprudenza della Corte secondo la quale l'amministrazione aggiudicatrice deve avere la possibilità di esercitare un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici sia sulle decisioni importanti dell'ente subordinato.
- 19 Per quanto concerne il controllo esercitato dalla Città di Amburgo sulla HIS, il giudice del rinvio rileva che il fatto che la Città di Amburgo detenga solo il 4,16% del capitale di tale società e non disponga di un rappresentante permanente in seno al consiglio di sorveglianza di quest'ultima potrebbe deporre contro l'esistenza di un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi. Riguardo alla seconda condizione, imposta dalla giurisprudenza della Corte, relativa alla «realizzazione della parte più importante» dell'attività dell'affidatario, il giudice del rinvio ritiene soddisfatta nella fattispecie tale condizione, dato che l'attività della HIS è dedicata prevalentemente agli istituti pubblici d'istruzione superiore e che le altre attività della medesima società hanno carattere accessorio.
- 20 Sulla scorta di tali premesse, l'Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se per “appalto pubblico” ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2004/18 (...), debba intendersi anche un contratto in cui l'amministrazione aggiudicatrice non esercita un controllo sul soggetto aggiudicatario analogo a quello esercitato su un proprio servizio, ma sia l'amministrazione aggiudicatrice sia il soggetto aggiudicatario sono sottoposti al controllo della medesima istituzione, la quale è a sua volta amministrazione aggiudicatrice ai sensi della direttiva 2004/18, e tanto l'amministrazione aggiudicatrice quanto il soggetto aggiudicatario realizzano la parte più importante della loro attività a favore della loro istituzione comune (operazione in house orizzontale).

In caso di risposta affermativa alla prima questione:

2) Se il controllo debba estendersi all'intera attività del soggetto aggiudicatario analogamente a quello esercitato su un proprio servizio oppure se sia limitato al settore degli [acquisti]».

Sulle questioni pregiudiziali

- 21 Con le sue questioni, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede sostanzialmente se l'articolo 1, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2004/18 debba essere interpretato nel senso che un contratto avente ad oggetto la fornitura di prodotti, concluso tra, da un lato, un'università che è un'amministrazione aggiudicatrice ed è controllata nel settore delle sue acquisizioni di prodotti e servizi da uno Stato federale tedesco e, dall'altro, un'impresa di diritto privato detenuta dallo Stato federale e dagli Stati federali tedeschi, compreso detto Stato federale, costituisce un appalto pubblico ai sensi della medesima disposizione.
- 22 Conformemente alla giurisprudenza della Corte, l'obiettivo principale delle norme del

diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici è l'apertura ad una concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri nei settori d'esecuzione di lavori, di fornitura di prodotti e di prestazione di servizi, il che implica l'obbligo di qualsiasi amministrazione aggiudicatrice di applicare le norme pertinenti del diritto dell'Unione qualora sussistano i presupposti da questo contemplati (v., in tal senso, sentenza Stadt Halle e RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, punto 44).

23 Qualsiasi deroga all'applicazione di tale obbligo va dunque interpretata restrittivamente (v. sentenza Stadt Halle e RPL Lochau, EU:C:2005:5, punto 46).

24 La Corte ha concluso che, ai fini dell'applicazione delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici previste dalla direttiva 2004/18, basta, in linea di principio, ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 2, lettera a), di tale direttiva, che un contratto a titolo oneroso sia stato stipulato, da una parte, da un'amministrazione aggiudicatrice e, dall'altra, da una persona giuridicamente distinta da quest'ultima (v., in tal senso, sentenza Teckal, EU:C:1999:562, punto 50).

25 La deroga all'applicazione di tale principio, accolta dalla Corte, relativamente agli affidamenti di appalti cosiddetti «in house», si giustifica 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 (v., in tal senso, sentenze Teckal, EU:C:1999:562, punto 50, nonché Stadt Halle e RPL Lochau, EU:C:2005:5, punti 48 e 49). In siffatti casi, si può ritenere che l'amministrazione aggiudicatrice ricorra ai propri strumenti.

26 La Corte ha ulteriormente chiarito la nozione di «controllo analogo», rilevando che deve trattarsi della possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di esercitare un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti dell'entità affidataria e che il controllo esercitato dall'amministrazione aggiudicatrice deve essere effettivo, strutturale e funzionale (v., in tal senso, sentenza Econord, C-182/11 e C-183/11, EU:C:2012:758, punto 27 e giurisprudenza ivi citata).

27 Inoltre, la Corte ha riconosciuto che, a determinate condizioni, il «controllo analogo» può essere esercitato congiuntamente da più autorità pubbliche che possiedono in comune l'entità affidataria (v., in tal senso, sentenza Econord, EU:C:2012:758, punti da 28 a 31 e giurisprudenza ivi citata).

28 Nel procedimento principale è pacifico che non esiste alcuna relazione di controllo tra l'università, amministrazione aggiudicatrice, e la HIS, entità affidataria. Infatti, l'università non detiene alcuna partecipazione nel capitale di tale entità e non ha alcun rappresentante legale negli organi direttivi di quest'ultima.

29 Di conseguenza, in una situazione come quella del procedimento principale, non sussiste il motivo che giustifica il riconoscimento dell'eccezione per quanto concerne gli affidamenti cosiddetti «in house», vale a dire l'esistenza di un legame interno particolare tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'entità affidataria.

30 Pertanto, una situazione del genere non può rientrare nell'ambito di applicazione di detta

eccezione, salvo estendere i limiti di applicazione di quest'ultima, chiaramente circoscritti dalla giurisprudenza della Corte, in modo da ridurre significativamente la portata del principio enunciato al punto 24 della presente sentenza.

31 Va rilevato inoltre che, in ogni caso, sulla base degli elementi del fascicolo messo a disposizione della Corte e alla luce della summenzionata giurisprudenza, la Città di Amburgo non è in grado di esercitare un «controllo analogo» sull'università.

32 Infatti, si deve constatare che il controllo esercitato dalla Città di Amburgo sull'università si estende solamente a una parte dell'attività di quest'ultima, vale a dire unicamente in materia di acquisizioni, ma non ai settori dell'istruzione e della ricerca, nell'ambito dei quali l'università dispone di un'ampia autonomia. Riconoscere l'esistenza di un «controllo analogo» in tale situazione di controllo parziale contrasterebbe con la giurisprudenza citata al punto 26 della presente sentenza.

33 Ciò considerato, non occorre esaminare se l'eccezione relativa agli affidamenti «in house» possa applicarsi alle operazioni cosiddette «in house orizzontali», vale a dire una situazione in cui la stessa o le stesse amministrazione/i aggiudicatrice/i eserciti(no) un «controllo analogo» su due operatori economici distinti di cui uno affida un appalto all'altro.

34 Quanto all'applicabilità, nel procedimento principale, della giurisprudenza relativa alla cooperazione tra enti locali derivante dalle sentenze Commissione/Germania (EU:C:2009:357), nonché Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a. (EU:C:2012:817), si deve constatare, al pari del giudice del rinvio, per i motivi esposti al punto 16 della presente sentenza, che non sono soddisfatte le condizioni per l'applicazione dell'eccezione prevista da detta giurisprudenza.

35 Infatti, la cooperazione istituita tra l'università e la HIS non è diretta all'espletamento di una funzione di servizio pubblico comune ai sensi della giurisprudenza (v. sentenza Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a., EU:C:2012:817, punti 34 e 37).

36 Alla luce delle suesposte considerazioni, si deve rispondere alle questioni pregiudiziali dichiarando che l'articolo 1, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2004/18 deve essere interpretato nel senso che un contratto avente ad oggetto la fornitura di prodotti, concluso tra, da un lato, un'università che è un'amministrazione aggiudicatrice ed è controllata nel settore delle sue acquisizioni di prodotti e servizi da uno Stato federale tedesco e, dall'altro, un'impresa di diritto privato detenuta dallo Stato federale e dagli Stati federali tedeschi, compreso detto Stato federale, costituisce un appalto pubblico ai sensi della medesima disposizione e, pertanto, deve essere assoggettato alle norme di aggiudicazione di appalti pubblici previste da detta direttiva.

Sulle spese

37 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice del rinvio, 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:

L'articolo 1, paragrafo 2, lettera a), 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, deve essere

interpretato nel senso che un contratto avente ad oggetto la fornitura di prodotti, concluso tra, da un lato, un'università che è un'amministrazione aggiudicatrice ed è controllata nel settore delle sue acquisizioni di prodotti e servizi da uno Stato federale tedesco e, dall'altro, un'impresa di diritto privato detenuta dallo Stato federale e dagli Stati federali tedeschi, compreso detto Stato federale, costituisce un appalto pubblico ai sensi della medesima disposizione e, pertanto, deve essere assoggettato alle norme di aggiudicazione di appalti pubblici previste da detta direttiva.

Firme

* Lingua processuale: il tedesco.