N. 1/2008 reg. dec.

NN. 9 reg. ric.

ANNO 2007

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (adunanza plenaria) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 1038/2007, e n. 9/2007 del ruolo dell'adunanza plenaria, proposto da: AZIENDA SANITARIA LOCALE (A.S.L.) 19 DI ASTI, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Carlo Emanuele Gallo e Alberto Romano, ed elettivamente domiciliata presso lo studio del secondo in Roma, Lungotevere Sanzio n. 1;

contro

MEDICASA ITALIA S.P.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Paolo Vaiano, Diego Vaiano e Raffaele Izzo, ed elettivamente domiciliata presso lo studio degli stessi in Roma, Lungotevere Marzio n. 3;

e nei confronti di

REGIONE PIEMONTE E AZIENDA MULTISERVIZI OSPEDALIERI E SANITARI (A.M.O.S.) S.P.A., in persona dei rispettivi legali rappresentanti in carica, non costituite in giudizio;

per l'annullamento

del dispositivo del Tribunale amministrativo regionale del Piemonte, sezione seconda, 23 dicembre 2006, n. 52 e della sentenza del medesimo Tribunale 4 giugno 2007, n. 2539;

visto il ricorso in appello avverso il detto dispositivo;

visto l'atto di costituzione in giudizio di Medicasa Italia s.p.a.;

visti i motivi di appello successivamente notificati avverso la detta sentenza;

vista la memoria di replica di Medicasa Italia s.p.a.;

vista la decisione della sezione quinta di questo Consiglio 23 ottobre 2007, n. 5587, con cui la causa è stata rimessa all'esame dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato;

vista la memoria dell'appellante;

visti tutti gli atti della causa;

relatore all'udienza pubblica del 10 dicembre 2007 il consigliere Carmine Volpe, e uditi l'avv. A. Romano per l'appellante e l'avv. R. Izzo per Medicasa Italia s.p.a.;

ritenuto e considerato quanto segue.

FATTO E DIRITTO

1. Medicasa Italia s.p.a. impugnava in primo grado i seguenti atti dell'Azienda sanitaria locale (A.S.L.) 19 di Asti:

a) provvedimenti sconosciuti, con cui si è inteso affidare direttamente all'Azienda multiservizi ospedalieri e sanitari (A.M.O.S.) s.p.a. il servizio di assistenza domiciliare;

b) ogni atto presupposto, connesso e/o collegato a quelli impugnati, ivi compresa la nota 4 ottobre 2006, n. 19835.

Successivamente Medicasa Italia s.p.a. impugnava con motivi aggiunti i seguenti provvedimenti della detta A.S.L.:

c) determina del direttore del dipartimento tecnico logistico F.F. 23 ottobre 2006, n. 520 T.L.;

d) determina del detto direttore 26 ottobre 2006, n. 526/T.L.;

e) ogni altro atto presupposto, connesso e/o collegato a quelli impugnati, compresa la citata nota n. 19835/2006;

f) note in data 25-26 ottobre 2006.

Veniva chiesta anche la condanna dell'A.S.L. 19 di Asti al risarcimento del danno.

Il primo giudice, con la sentenza indicata in epigrafe, ha accolto il ricorso e i motivi aggiunti.

L'A.S.L. 19 di Asti ha dapprima proposto appello avverso il dispositivo, per i seguenti motivi:

1) erroneità dell'appellata sentenza per inammissibilità del ricorso di primo grado;

2) erroneità dell'appellata sentenza per violazione, sotto altro profilo, dell'art. 9-bis del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, e successive modificazioni e integrazioni, e per infondatezza del ricorso di primo grado.

Una volta pubblicata la sentenza, ha poi notificato motivi di appello avverso la stessa.

Medicasa Italia s.p.a. si è costituita in giudizio, resistendo al ricorso e, con successiva memoria, ha replicato ai motivi di appello successivamente notificati.

La sezione quinta di questo Consiglio, con decisione 23 ottobre 2007, n. 5587, ha rimesso la causa all'esame dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

L'A.S.L. 19 di Asti ha poi depositato memoria.

2. Di seguito si espongono i tratti essenziali della controversia per cui è causa, come ricostruiti anche dalla sezione quinta di questo Consiglio con la decisione n. 5587/2007.

L'A.S.L. 19 di Asti, con bando spedito per le pubblicazioni in data 11 maggio 2006, aveva indetto una gara avente a oggetto "individuazione partner per la fornitura di supporto integrativo per attività sanitarie territoriali di cura alla persona" per la durata di cinque anni.

Successivamente, il direttore amministrativo dell'A.S.L. inviava la nota prot. n. 19835 in data

4 ottobre 2006 a Medicasa Italia s.p.a., attuale gestrice del servizio, e (per conoscenza) alla società mista A.M.O.S. s.p.a., avente il seguente contenuto: “Avendo intenzione di procedere all’affidamento diretto alla società AMOS, da noi controllata, della gestione dell’assistenza domiciliare territoriale, si invita la Ditta in indirizzo a mettere a disposizione della società AMOS tutti i dati relativi alla gestione di che trattasi”, precisando che l’A.S.L. 19 di Asti aveva acquisito da uno degli azionisti pubblici una quota del capitale della società A.M.O.S. (il 18% del totale). Quest’ultima società era stata costituita nel 2004 con la partecipazione di numerosi soggetti sia pubblici che privati.

Il provvedimento era impugnato da Medicasa Italia s.p.a., nella sua duplice qualità di attuale titolare della gestione del servizio di assistenza domiciliare e di soggetto imprenditoriale operante nel settore, interessato ad aspirare all’affidamento del nuovo servizio tramite l’espletamento di una gara pubblica.

In seguito, la società ricorrente, con motivi aggiunti depositati in data 3 novembre 2006, chiedeva l’annullamento, previa adozione di misura cautelare: della determina del direttore del dipartimento tecnico logistico F.F. n. 520/T.L. in data 23 ottobre 2006, in corso di esecutività, con la quale l’A.S.L. 19 di Asti aveva revocato la procedura ristretta indetta con determina n. 247/T.L. in data 27 aprile 2006 per l’individuazione di partner per la fornitura di supporto integrativo per attività sanitarie territoriali di cura alla persona (cure sanitarie domiciliari) e aveva affidato il predetto servizio ad A.M.O.S. s.p.a. per un triennio; della determina n. 526/T.L. in data 26 ottobre 2006, con la quale il detto direttore aveva rettificato la determina n. 520/T.L. in data 23 ottobre 2006 dichiarandone l’immediata esecutività; di ogni altro atto presupposto, connesso e/o collegato a quelli impugnati, ivi comprese la nota 4 ottobre 2006, n. 19835, con la quale l’A.S.L. 19 di Asti aveva invitato la ricorrente a mettere a disposizione di A.M.O.S. s.p.a. tutti i dati relativi alla gestione dell’assistenza domiciliare “avendo intenzione di procedere all’affidamento diretto” alla società innanzi citata, e, da ultimo, le note in data 25-26 ottobre 2006, con cui la stessa amministrazione aveva comunicato la revoca della procedura ristretta precedentemente bandita e l’affidamento diretto, immediatamente esecutivo, del servizio alla società mista A.M.O.S. s.p.a..

3. Il primo giudice, con la sentenza appellata, ha accolto il ricorso e i motivi aggiunti di Medicasa Italia s.p.a., annullando i provvedimenti impugnati, ma, per genericità della richiesta e mancata quantificazione, non ha disposto il risarcimento del danno. Lo stesso, in particolare, ha:

a) respinto le eccezioni di inammissibilità del ricorso;

b) chiarito che il *thema decidendum* riguarda la legittimità dell’affidamento diretto del servizio di assistenza domiciliare a una società mista pubblico–privato, in cui la società è

composta da una pluralità di aziende sanitarie (che complessivamente detengono la maggioranza del capitale sociale) e dai soci privati che sono stati scelti con una procedura negoziata a evidenza pubblica;

c) ritenuto - aderendo al parere reso dalla sezione seconda di questo Consiglio il 18 aprile 2007 con il n. 456 - che non sia accettabile l'opinione per cui, per il solo fatto che il socio privato sia scelto tramite procedura a evidenza pubblica, sarebbe in ogni caso possibile l'affidamento diretto;

d) affermato che, nella specie, l'argomento usato dall'amministrazione, per cui la scelta dei soci privati attraverso la procedura negoziata a evidenza pubblica implicherebbe necessariamente la legittimità dell'affidamento del servizio di assistenza domiciliare, non è condivisibile; posto che:

d.a) come si evince dall'oggetto statutario della società, si è in presenza di una società avente un oggetto plurimo e variegato dal punto di vista qualitativo, per cui non si può affermare che la scelta con gara del socio, effettuata "a monte" della costituzione della società, garantisca gli stessi effetti di una pubblica gara da svolgersi con riferimento al singolo servizio;

d.b) non vi è alcuna norma statutaria che limiti l'operatività della società A.M.O.S. entro l'ambito territoriale all'interno del quale operano le aziende sanitarie che partecipano al capitale sociale della medesima società;

d.c) ai sensi dell'art. 7 dello statuto della società A.M.O.S., con riguardo alla cedibilità delle azioni, vi è un'ampia possibilità di accesso al capitale della società da parte di soggetti privati, per i quali non viene rispettata la regola della scelta con procedura a evidenza pubblica;

e) ritenuto infondata la tesi secondo cui il principio di libera concorrenza sarebbe sostanzialmente rispettato essendo stato consentito a tutti gli operatori di entrare a fare parte della stessa società, data la diversità tra la partecipazione a una gara per l'aggiudicazione di un singolo servizio e la partecipazione a gara per la scelta di partner per una società "*multiutilities*";

f) affermato che, al di fuori dei ristrettissimi limiti in cui è ammissibile il fenomeno dell'*in house providing*, l'affidamento del servizio deve avvenire previa gara; così come ritenuto - diversamente dall'avviso della sezione seconda di questo Consiglio espresso con il parere n. 456/2007 (sul punto non condiviso) - anche dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, il quale, con la decisione 27 ottobre 2006, n. 589: ha disapplicato, per contrasto con la giurisprudenza comunitaria, l'art. 113, comma 5, lett. b), del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (secondo cui "L'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del

servizio…a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche"); e statuito che la costituzione di una società mista, pure con la scelta del socio a seguito di gara, non esime dall'effettuazione di una seconda gara per l'affidamento del servizio.

4. La sezione quinta di questo Consiglio, con la decisione n. 5587/2007 di rimessione all'adunanza plenaria, ha respinto il primo motivo di appello, ritenendo: infondata l'eccezione dell'A.S.L. appellante di inammissibilità del ricorso di primo grado - secondo cui Medicasa Italia s.p.a. non avrebbe alcun interesse all'impugnazione dell'affidamento diretto alla società mista A.M.O.S. - in quanto l'art. 9-bis del d.lgs. n. 502/1992 non prevede affatto un divieto assoluto di esternalizzazione dell'attività di cura alla persona e non impedisce l'affidamento a terzi, con pubblica gara, dei relativi servizi; e, quindi, sussistente la legittimazione di Medicasa Italia s.p.a. a contestare i provvedimenti di affidamento del servizio alla società A.M.O.S..

Ha poi deferito all'esame dell'adunanza plenaria le seguenti questioni:

1) in tema di *in house providing*:

a) quali siano, in linea di diritto e alla stregua dell'ordinamento europeo e nazionale, le condizioni prescritte per il legittimo affidamento *in house*;

b) delineare le coordinate di riferimento del concetto di prevalenza dell'attività svolta per l'amministrazione affidante;

c) quali siano i contorni essenziali della nozione di "controllo analogo";

2) in tema di diversi profili attinenti alla legittimità dell'affidamento di contratti pubblici o servizi a società miste, in assenza di un'apposita procedura di gara:

d) se il parere della sezione seconda di questo Consiglio n. 456/2007 sia condivisibile nella parte in cui:

d.a) afferma l'equivalenza tra il contratto di società e l'appalto, valutandosi la necessità, o meno, di deferire alla Corte di giustizia la seguente specifica questione: "se sia compatibile o meno con il diritto comunitario la regola di diritto interno che permette l'affidamento diretto di un servizio rientrante nell'ambito applicativo della direttiva n. 18/2004 effettuato da una amministrazione aggiudicatrice in favore di una società mista, costituita dalla stessa amministrazione e da altri soci privati, individuati mediante apposita gara ad evidenza pubblica";

d.b) indica, quali condizioni per ammettere l'affidamento diretto alla società mista:

d.b.a) l’esistenza di un’apposita norma speciale che lo consenta;

d.b.b) l’affidamento con procedura di evidenza pubblica dell’attività operativa della società mista al partner privato tramite la stessa gara volta all’individuazione di quest’ultimo, valutandosi l’opportunità di demandare alla Corte di giustizia anche uno specifico quesito interpretativo, concernente i limiti di compatibilità con il diritto comunitario di una partecipazione societaria privata di carattere meramente finanziario, purché la procedura selettiva per l’individuazione del socio privato abbia consentito, in modo trasparente e imparziale, di scegliere l’impresa in possesso delle prescritte attitudini professionali, che abbia offerto la migliore proposta;

d.b.c) la necessità di delimitare adeguatamente le finalità della società mista cui affidare il servizio senza gara, con la conseguente illegittimità di affidamenti diretti a “società miste aperte”, o a finalità generalista;

d.b.d) la necessità di motivare in modo particolarmente approfondito la scelta organizzativa di ricorrere alla società mista anziché rivolgersi integralmente al mercato;

d.b.e) la necessità di stabilire un limite temporale ragionevole alla durata del rapporto sociale, accompagnata dall’espressa previsione della scadenza del periodo di affidamento per evitare che il socio divenga “socio stabile” della società mista;

d.b.f) l’esistenza di un concreto riferimento allo svolgimento di attività e funzioni pubbliche, con la conseguente esigenza di chiarire la portata di siffatto requisito;

e) se sia legittimo l’affidamento di un servizio effettuato senza gara a una società mista da parte di un’amministrazione che abbia acquistato successivamente la partecipazione nella società stessa e quando la società non era stata appositamente costituita per quella specifica attività oggetto dell’affidamento.

5. L’adunanza plenaria ritiene, innanzitutto, di circoscrivere la sua pronuncia all’esame di quelli che sono i motivi di appello ancora da decidere, dato che il primo motivo è stato respinto dalla sezione quinta con la decisione di remissione all’adunanza stessa.

L’A.S.L. appellante, con il secondo motivo, censura la pronuncia di accoglimento del primo giudice, secondo cui è illegittimo l’affidamento senza gara (o diretto) del servizio di assistenza domiciliare a una società mista, anche se con partecipazione maggioritaria pubblica e con iniziale scelta dei soci privati effettuata attraverso apposita procedura selettiva di evidenza pubblica. L’A.S.L. sostiene che:

1) sussisterebbero le regole fissate dalla sezione seconda di questo Consiglio, con il parere n. 456/2007, per legittimare l’affidamento diretto a società mista, poiché:

1.1) A.M.O.S. s.p.a. non sarebbe una società a oggetto plurimo avendo invece l’attività sociale scopo delimitato e specifico; il socio operativo è stato scelto previa gara; e la

sperimentazione ha durata limitata;

1.2) non sarebbe esatto che essa può operare anche all'esterno rispetto alle aziende sanitarie che l'hanno costituita;

1.3) non sarebbe esatto che le previsioni dell'atto costitutivo della società in ordine alla cedibilità delle quote incidono negativamente sulla possibilità di un affidamento diretto del servizio;

1.4) vi sarebbe lo specifico dettato normativo costituito dall'art. 9-bis, comma 1, del d.lgs. n. 502/1992;

2) per effetto dell'art. 13, comma 2, del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla l. 4 agosto 2006, n. 248 (così detto decreto Bersani, secondo cui le società miste "sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1"), sussisterebbe nella specie il controllo analogo che, secondo l'orientamento della Corte di giustizia dell'Unione europea (U.E.), consente comunque l'affidamento diretto.

L'appellante ha chiesto anche, in via subordinata, il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'U.E. con riguardo agli artt. 13 del d.l. n. 223/2006, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 248/2006, e 9-bis del d.lgs. n. 502/1992.

Le prospettazioni essenziali dell'appello sono le seguenti:

a) nella fattispecie in esame sussisterebbero i requisiti concreti del "controllo analogo" a quello operato sui propri servizi interni, esercitato dall'amministrazione committente sulla società attuatrice del servizio, tali da giustificare l'affidamento senza gara, secondo il modulo operativo e gestionale riconducibile alla formula del legittimo *in house providing*, delineato dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale;

b) in ogni caso, sarebbe legittimo l'affidamento di un servizio, senza gara, a una società mista a prevalente partecipazione pubblica i cui soci privati siano stati individuati all'esito di procedure selettive aperte, trasparenti e non discriminatorie, conformi al diritto comunitario e ai suoi principi.

6. Ciò premesso, con riguardo alla natura e alla struttura di A.M.O.S. s.p.a., l'adunanza plenaria deve precisare quanto segue.

A.M.O.S. s.p.a. è stata costituita il 4 ottobre 2004, con durata stabilita sino al 31 dicembre 2024, tra l'Azienda sanitaria ospedaliera (A.S.O.) S. Croce e Carle di Cuneo (con il 43,10%), l'A.S.L. n. 15 di Cuneo (con il 4%), l'A.S.L. n. 16 di Mondovì-Ceva (con il 10%), l'A.S.L. n. 17 di Savigliano (con il 10%), l'A.S.L. n. 18 di Alba e Bra (con il 3%) e altre sette società private (MARKAS s.r.l. con il 4,85%, GPI s.r.l. con il 4,85%, CON.I.COS s.p.a. con il 4,10%, H.C. HOSPITAL CONSULTING con il 4,10%, IDROCENTRO s.p.a. con il 4%,

RICCOBONO s.p.a. con il 4% e BCS s.r.l. con il 4%).

I soggetti privati sono stati scelti attraverso un procedimento a evidenza pubblica, con procedura negoziata indetta il 17 settembre 2003 e conclusasi con la deliberazione del direttore generale dell'A.S.O. S. Croce e Carle di Cuneo n. 546 in data 29 marzo 2004, che ha approvato gli esiti della procedura per la scelta dei soci di minoranza; divisi in soci finanziari, soci del settore sanitario e soci del settore non sanitario.

L'art. 7 dello statuto prevede che la proprietà delle azioni, i diritti di usufrutto sulle stesse, nonché i relativi diritti di opzione sono liberamente trasferibili tra soggetti pubblici; mentre, negli altri casi, l'alienazione è subordinata alla preventiva autorizzazione del consiglio di amministrazione, entro il termine di trenta giorni, scaduto il quale l'autorizzazione si considera concessa.

L'A.S.L. 19 di Asti ha deliberato in data 14 giugno 2006 l'acquisto dall'A.S.O. S. Croce e Carle di Cuneo di una quota pari al 18% del capitale sociale di A.M.O.S. s.p.a. (delibera del commissario n. 15). I soci privati partecipano, quindi, al capitale sociale per circa il 30% delle azioni.

Il presidente del consiglio di amministrazione della società (organo collegiale composto da nove membri) è nominato dai soli soci di parte pubblica, mentre il vice presidente è designato dai soli soci privati. Il consiglio di amministrazione è eletto dall'assemblea con il sistema delle liste separate, prevedendosi che alla lista la quale ottenga il maggior numero di voti siano attribuiti 6 seggi e i restanti tre alla lista che segue in graduatoria.

Mancano specifiche clausole statutarie o regole di funzionamento tipiche della società che garantiscano una qualche forma di intenso e dominante controllo dell'amministrazione sulla struttura societaria. Il collegio sindacale della società è composto da tre membri, di cui uno solo è scelto dalle amministrazioni (con funzioni di presidente), mentre uno è designato dai soci privati e il terzo dall'assemblea. Il comitato tecnico di controllo, organo cui è affidato il compito di sovrintendere all'operato del presidente e dell'amministratore delegato per le attività svolte a favore delle aziende pubbliche socie di A.M.O.S., è composto da due membri designati dai soci privati, mentre uno soltanto è individuato dai soci pubblici.

La società mista ha un oggetto sociale variegato che comprende, ai sensi dell'art. 4 dello statuto: a) la prestazione di servizi alberghieri e amministrativi; b) l'attività di gestione e manutenzione di beni, sia mobili che immobili (incluse le aree verdi); c) la prestazione di servizi ospedalieri e territoriali [attività di laboratorio analisi, di radiologia e neuroradiologia, attività anestesiologica (di supporto a chirurgia ambulatoriale, *day surgery* e chirurgia a bassa complessità), dialisi per cronici, riabilitazione]. La società potrà compiere tutte le operazioni commerciali, immobiliari, mobiliari e finanziarie ritenute necessarie o utili per il

conseguimento dell'oggetto sociale e così tra l'altro anche l'assunzione, nei limiti di legge, di partecipazioni in altre società o enti aventi oggetto sociale analogo, affine o complementare al proprio.

Dal maggio 2006 A.M.O.S. s.p.a. non è più una società meramente operativa, ma è diventata un gruppo (holding), che detiene la totalità della partecipazione in Energy Service (società che gestisce l'intermediazione di energia), nonché la maggioranza delle quote di SIA s.p.a. (società che provvede all'archiviazione di dati) e di AMG Lavanderie Domino (che svolge servizi di lavanderia).

Va poi ribadito che, nella specie, né l'originario statuto di A.M.O.S. s.p.a., né gli atti della gara preordinata alla scelta del socio privato hanno indicato la concreta possibilità di estensione dell'attività nell'ambito dell'A.S.L. 19 di Asti.

7. Quanto all'attività affidata ad A.M.O.S. s.p.a., l'adunanza plenaria condivide le considerazioni svolte dalla sezione quinta di questo Consiglio con la decisione n. 5527/2007.

Si tratta dell'esecuzione di prestazioni sociosanitarie, intese come attività atte a soddisfare bisogni di salute della persona, ossia di cura e assistenza di persone assistite dal Servizio sanitario nazionale (art. 3-septies, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 502/1992 e art. 1 della l.r. del Piemonte 8 gennaio 2004, n. 1).

Le prestazioni non sono riconducibili, immediatamente, alla disciplina comunitaria e nazionale specificamente riferita ai contratti pubblici di servizi [direttiva 31 marzo 2004, n. 2004/18/CEE e d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture)]. Ma vanno riportate alla previsione dell'allegato II B (che elenca i "servizi sanitari e sociali") dell'art. 20 del d.lgs. n. 163/2006 (il quale attua gli artt. 20 e 21 della direttiva 2004/18/CEE, nonché gli artt. 31 e 32 della direttiva 2004/17/CEE, riprendendo le previsioni già contenute nell'art. 3, comma 2, del d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157 e nell'art. 7, comma 3, del d.lgs. 17 marzo 1995, n. 158). Secondo l'art. 20, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006, l'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II B è disciplinata esclusivamente dagli artt. 68 (specifiche tecniche), 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento) e 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati).

Tuttavia, secondo l'art. 27, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006, "l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'applicazione del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità" e "L'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto."

Resta ferma, quindi, la necessità di rispettare le regole generali di diritto interno e i principi

del diritto comunitario.

Indicativa dell'individuazione di un appalto di servizi è, nella specie, la circostanza per cui l'A.S.L. 19 di Asti corrisponde ad A.M.O.S. s.p.a. (per l'espletamento del servizio) un canone mensile, oltre a un importo per ogni accesso del personale infermieristico e riabilitativo (così come prima il tutto veniva pagato a Medicasa Italia s.p.a., precedente gestore).

L'adunanza plenaria rileva che la diretta erogazione delle prestazioni (da parte del gestore del servizio) in favore della collettività, ossia degli utenti del Servizio sanitario nazionale, potrebbe indurre anche a configurare un servizio pubblico anziché un appalto di servizi. Ma ciò non sposta il problema di fondo. Trattandosi di attività di rilevanza economica oggetto di contratto da stipulare con una pubblica amministrazione, devono sempre applicarsi le regole della Comunità europea sulla concorrenza e, in particolare, gli obblighi di parità di trattamento e di trasparenza.

Si tratta dei principi del Trattato, che sono quelli di:

a) libertà di stabilimento (art. 43);

b) libera prestazione dei servizi (art. 49);

c) parità di trattamento e divieto di discriminazione in base alla nazionalità (artt. 43 e 49);

d) trasparenza e non discriminazione (art. 86, che vieta le misure di favore a vantaggio delle imprese che godono di diritti speciali o esclusivi e di quelle pubbliche).

Anche nell'ambito dei servizi pubblici deve essere assicurata l'apertura alla concorrenza (C. giust. CE: 13 settembre 2007, C-260/04; sez. I, 13 ottobre 2005, C-458/03). Ogni interessato ha diritto di avere accesso alle informazioni adeguate prima che venga attribuito un servizio pubblico, di modo che, se lo avesse desiderato, sarebbe stato in grado di manifestare il proprio interesse a conseguirlo (C. giust. CE, sez. I, 10 novembre 2005, C-29/04). Inoltre, trasparenza e pubblicità devono essere date alla notizia dell'indizione della procedura di affidamento; imparzialità o non discriminatorietà devono determinare le regole di conduzione di questa.

Si rimanda, in particolare, all'art. 30 del d.lgs. n. 163/2006 (dal titolo "Concessione di servizi"), il quale, al comma 3, richiama i "principi generali relativi ai contratti pubblici" (nel rispetto dei quali, oltre che di quelli "desumibili dal Trattato", deve avvenire la scelta del concessionario di servizi), che sono quelli di "trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità"; principi i quali impongono la previa indizione di una gara, seppure informale.

I principi generali del Trattato valgono comunque anche per i contratti e le fattispecie diverse da quelle concretamente contemplate; quali (oltre alla concessione di servizi) gli appalti

sottosoglia e i contratti diversi dagli appalti tali da suscitare l'interesse concorrenziale delle imprese e dei professionisti (ad esempio, le concessioni di beni pubblici di rilevanza economica; da ultimo, Cons. Stato, sez. VI, 30 gennaio 2007, n. 362).

Va rilevato, infine, che, nella specie, trattandosi di attività inerente il Servizio sanitario nazionale affidata da una A.S.L., non si applicano le disposizioni relative ai servizi pubblici locali, riferite, nel loro ambito soggettivo, alle sole amministrazioni di cui al d.lgs. n. 267/2000 (testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali) e, in particolare, le prescrizioni di cui all'art. 113 ("servizi pubblici locali di rilevanza economica").

8. L'espressione *in house providing* compare per la prima volta nel libro bianco del 1998, nel quale la Commissione europea, con riferimento al settore degli appalti pubblici, specifica il concetto degli appalti *in house* come "quelli aggiudicati all'interno della Pubblica amministrazione, ad esempio tra Amministrazione centrale e locale o, ancora, tra una Amministrazione ed una società interamente controllata".

La situazione di *in house* legittima l'affidamento diretto, senza previa gara, del servizio di un ente pubblico a una persona giuridicamente distinta, qualora l'ente eserciti sul secondo un controllo analogo a quello dallo stesso esercitato sui propri servizi e la seconda realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti che la controllano (C. giust. CE, 18 novembre 1999, C-107/98, Teckal). L'affidamento diretto di un servizio pubblico viene consentito tutte le volte in cui un ente pubblico decida di affidare la gestione del servizio, al di fuori del sistema della gara, avvalendosi di una società esterna (ossia, soggettivamente separata) che presenti caratteristiche tali da poterla qualificare come una "derivazione", o una *longa manus*, dell'ente stesso. Da qui, l'espressione *in house* che richiama, appunto, una gestione in qualche modo riconducibile allo stesso ente affidante o a sue articolazioni.

Si è in presenza di un modello di organizzazione meramente interno, qualificabile in termini di delegazione interorganica. Mentre, la disciplina comunitaria dei pubblici appalti va applicata se l'ente affidatario sia distinto dall'amministrazione aggiudicatrice sul piano formale e sia autonomo sul piano sostanziale.

Trattandosi di deroga ai principi di concorrenza, non discriminazione, e trasparenza (tutti costituenti canoni fondamentali del trattato istitutivo della Comunità europea), siffatto istituto è stato ritenuto ammissibile solo nel rispetto di alcune rigorose condizioni, individuate dalla giurisprudenza comunitaria ed elaborate anche da quella nazionale.

E' stato affermato che, in astratto, l'affidamento diretto del servizio viola il principio di concorrenza sotto un duplice profilo: a) da una parte, sottrae al libero mercato quote di contratti pubblici, nei confronti dei quali le impresse ordinarie vengono escluse da ogni

possibile accesso; b) dall'altra, si costituisce a favore dell'impresa affidataria una posizione di ingiusto privilegio, garantendole l'acquisizione di contratti. Il tutto si traduce nella creazione di posizioni di vantaggio economico che l'impresa *in house* può sfruttare anche nel mercato, nel quale si presenta come "particolarmente" competitiva, con conseguente alterazione della *par condicio* (per l'analisi delle distorsioni economiche derivanti dall'affidamento diretto, e anche per la giurisprudenza comunitaria in materia, si veda Cons. giust. amm. reg. sic. 4 settembre 2007, n. 719).

Le misure contenitive adottate già in ambito comunitario per eliminare o ridurre i suddetti inconvenienti sono costituite dalle stringenti condizioni poste per rendere legittimo l'affidamento *in house*, rappresentate da:

1) il così detto "controllo analogo a quello svolto sui propri servizi", necessariamente esercitato dall'ente pubblico nei confronti dell'impresa affidataria;

2) il rapporto di stretta strumentalità fra le attività dell'impresa "*in house*" e le esigenze pubbliche che l'ente controllante è chiamato a soddisfare.

La giurisprudenza comunitaria, in particolare, ha utilizzato l'espressione *in house providing* per identificare il fenomeno di "autoproduzione" di beni, servizi o lavori da parte della pubblica amministrazione: la quale acquisisce un bene o un servizio attingendoli all'interno della propria compagine organizzativa senza ricorrere a "terzi" tramite gara (così detta esternalizzazione) e dunque al mercato (a partire da C. giust. CE, 18 novembre 1999, C-107/98, Teckal). In ragione del "controllo analogo" e della "destinazione prevalente dell'attività", l'ente *in house* non può ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa: non è, pertanto, necessario che l'amministrazione ponga in essere procedure di evidenza pubblica per l'affidamento di appalti.

I requisiti dell'*in house providing*, costituendo un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, vanno interpretati restrittivamente (C. giust. CE, 6 aprile 2006, C-410/04 e Cons. Stato, sez. II, n. 456/2007).

La sussistenza del controllo analogo viene esclusa in presenza di una compagine societaria composta anche da capitale privato, essendo necessaria la partecipazione pubblica totalitaria. Infatti, la partecipazione (pure minoritaria) di un'impresa privata al capitale di una società, alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare su detta società un controllo analogo a quello che essa svolge sui propri servizi [C. giust. CE: sez. II, 19 aprile 2007, C-295/05, Asociaciòn de Empresas Forestales c. Transformaciòn Agraria SA (TRASGA); 21 luglio 2005, C-231/03, Consorzio Corame; 11 gennaio 2005, C-26/03, Stadt Halle]. Occorre, quindi, che l'ente

possegga l'intero pacchetto azionario della società affidataria (Cons. Stato, sez. V, 13 luglio 2006, n. 4440; in precedenza Cons. Stato, sez. V, 22 dicembre 2005, n. 7345 aveva ritenuto che la quota pubblica dovesse essere comunque superiore al 99%).

Tuttavia, la partecipazione pubblica totalitaria è necessaria ma non sufficiente (C. giust. CE, 11 maggio 2006, C-340/04; Cons. Stato, sez. VI, 1° giugno 2007, n. 2932 e 3 aprile 2007, n. 1514), servendo maggiori strumenti di controllo da parte dell'ente rispetto a quelli previsti dal diritto civile. In particolare:

a) lo statuto della società non deve consentire che una quota del capitale sociale, anche minoritaria, possa essere alienata a soggetti privati (Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072);

b) il consiglio di amministrazione della società non deve avere rilevanti poteri gestionali e all'ente pubblico controllante deve essere consentito esercitare poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale (Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514);

c) l'impresa non deve avere acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo dell'ente pubblico e che risulterebbe, tra l'altro: dall'ampliamento dell'oggetto sociale; dall'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali; dall'espansione territoriale dell'attività della società a tutta l'Italia e all'estero (C. giust. CE: 10 novembre 2005, C-29/04, Mödling o Commissione c. Austria; 13 ottobre 2005, C-458/03, Parking Brixen);

d) le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante (Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2007, n. 5).

In sostanza si ritiene che il solo controllo societario totalitario non sia garanzia della ricorrenza dei presupposti dell'*in house*, occorrendo anche un'influenza determinante da parte del socio pubblico, sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti (C. giust. CE, 11 maggio 2006, C-340/04, società Carbotermo e Consorzio Alisei c. Comune di Busto Arsizio). Ne consegue che l'*in house* esclude la terzietà, poiché l'affidamento avviene a favore di un soggetto il quale, pur dotato di autonoma personalità giuridica, si trova in condizioni di soggezione nei confronti dell'ente affidante che è in grado di determinarne le scelte, e l'impresa è anche sotto l'influenza dominante dell'ente.

Da ultimo (Cons. giust. amm. reg. sic. 4 settembre 2007, n. 719), sempre in aggiunta alla necessaria totale proprietà del capitale da parte del soggetto pubblico, si è ritenuto essenziale il concorso dei seguenti ulteriori fattori, tutti idonei a concretizzare una forma di controllo che sia effettiva, e non solo formale o apparente:

a) il controllo del bilancio;

b) il controllo sulla qualità della amministrazione;

c) la spettanza di poteri ispettivi diretti e concreti;

d) la totale dipendenza dell'affidatario diretto in tema di strategie e politiche aziendali.

L'*in house*, così come costruito dalla giurisprudenza comunitaria, sembra rappresentare, più che un modello di organizzazione dell'amministrazione, un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, le quali richiedono la previa gara.

L'adunanza plenaria ritiene, pertanto, come rilevato inizialmente anche dalla sezione quinta di questo Consiglio con la decisione n. 5527/2007, che nella specie non vi siano i presupposti per configurare un'ipotesi di *in house providing*. Ciò in quanto deve escludersi, in via generale, la riconducibilità del modello organizzativo della società mista a quello dell'*in house providing*. E A.M.O.S. s.p.a. è una società mista a capitale pubblico di maggioranza in cui circa il 30% del capitale appartiene a privati.

Si prescinde, conseguentemente, dall'esame delle varie questioni in tema di "*in house providing*" così come rimesse dalla sezione quinta.

9. La fattispecie per cui è causa va riportata nell'ambito dell'affidamento dei servizi a società (non interamente posseduta dall'ente pubblico, ma) a capitale misto pubblico/privato.

Il fenomeno delle società miste rientra nel concetto di partenariato pubblico privato (PPP), la cui codificazione risale al "libro verde" della Commissione CE relativo al PPP e al diritto comunitario degli appalti e delle concessioni. Nel "libro verde", presentato il 30 aprile 2004, la Commissione ha affermato che il termine PPP si riferisce in generale a "forme di cooperazione tra le autorità pubbliche e il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio".

La Commissione, nel citato "libro verde", ha ritenuto di potere individuare due tipi di partenariato pubblico-privato; e precisamente il tipo "puramente contrattuale" e quello "istituzionalizzato".

La *ratio* dell'istituto va rinvenuta nella difficoltà dell'amministrazione di reperire risorse necessarie ad assicurare la fornitura di un'opera o di un servizio alla collettività. In un quadro di questo tipo, il ricorso a capitali ed energie private diventa momento quasi ineludibile nel difficile compito di garantire un'azione amministrativa efficiente ed efficace, fortemente improntata a criteri di economicità. L'acquisizione del patrimonio cognitivo, composto di conoscenze tecniche e scientifiche, maturato dal privato nelle singole aree strategiche di affari, costituisce un arricchimento del *know-how* pubblico oltre che un possibile alleggerimento degli oneri economico-finanziari, che le pubbliche amministrazioni devono

sopportare in sede di erogazione di servizi o di realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità.

Sia la Commissione che il Parlamento europeo concordano nel ritenere che le forme di PPP non costituiscono "l'anticamera" di un processo di privatizzazione delle funzioni pubbliche, dal momento che le sinergie tra pubblica amministrazione e soggetti privati possono generare effetti positivi per la collettività, atteggiandosi a strumento alternativo alla stessa privatizzazione. Per questo motivo l'assemblea di Strasburgo ha qualificato, senza mezzi termini, il PPP, in tutte le sue manifestazioni, come un possibile strumento di organizzazione e gestione delle funzioni pubbliche, riconoscendo alle amministrazioni la più ampia facoltà di stabilire se avvalersi o meno di soggetti privati terzi, oppure di imprese interamente controllate oppure, in ultimo, di esercitare direttamente i propri compiti istituzionali.

Il PPP di tipo "puramente contrattuale" è quello "basato esclusivamente su legami contrattuali tra i vari soggetti. Esso definisce vari tipi di operazioni, nei quali uno o più compiti più o meno ampi – tra cui la progettazione, il finanziamento, la realizzazione, il rinnovamento o lo sfruttamento di un lavoro o di un servizio – vengono affidati al partner privato".

I modelli di partenariato di tipo puramente contrattuale più conosciuti sono l'appalto e la concessione.

I partenariati pubblico privato di tipo istituzionalizzato sono, secondo la Commissione europea (si veda il citato "libro verde"), quelli che implicano una cooperazione tra il settore pubblico e il settore privato in seno a un'entità distinta; che implicano, cioè, la creazione di un'entità detenuta congiuntamente dal partner pubblico e dal partner privato, la quale ha la "missione" di assicurare la fornitura di un'opera o di un servizio a favore del pubblico.

Il modello di partenariato di tipo istituzionalizzato più conosciuto è quello della società mista.

La Commissione europea tende ad assimilare il partenariato pubblico-privato di tipo "istituzionalizzato" a quello di tipo "puramente contrattuale" e, perciò, a considerare applicabile anche al primo tipo di partenariato il "diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni". Ciò ha delle ovvie ricadute sulle modalità di scelta del partner privato, essendo chiaro che anche in tal caso, pur in assenza di norme specifiche, devono applicarsi, come avviene per l'affidamento a terzi di servizi mediante concessioni, le norme del Trattato sulla libera prestazione dei servizi e sulla libertà di stabilimento, nonché i principi di trasparenza, non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e reciproco riconoscimento.

La necessità di ricorrere a procedure selettive per la scelta del partner privato con il quale costituire società miste costituisce una regola ormai acquisita nell'ordinamento interno. E

comunque l'unico limite posto dal Parlamento europeo consiste nel rispetto dei principi di concorrenza, trasparenza, parità di trattamento, proporzionalità; principi, tutti, che trovano cittadinanza all'interno del Trattato dell'U.E.. Anche perché lo stesso "libro verde" precisa che la *partnership* pubblico-privato va senz'altro favorita ma non può rappresentare un modo per eludere la disciplina della concorrenza.

Al riguardo il d.lgs. n. 163/2006 si limita, all'art. 1, comma 2, a prescrivere che, "Nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica o di un servizio, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica". La norma ha così inteso solo codificare il principio secondo cui, in questi casi, la scelta del socio deve comunque avvenire "con procedure di evidenza pubblica" (Cons. Stato, sez. II, n. 456/2007).

10. La sezione quinta, nel rimettere all'esame dell'adunanza plenaria, ha rilevato come la questione della possibilità di affidare direttamente il servizio a società partecipate dall'ente pubblico, allorquando le esigenze di tutela della concorrenza siano state rispettate a monte, col previo esperimento della pubblica gara indetta per l'individuazione del partner privato, trova in giurisprudenza soluzioni non univoche.

Ad atteggiamenti di totale chiusura nei confronti della possibilità di affidare direttamente a società miste la gestione dei servizi [che postulerebbero, invece, l'esperimento di una specifica gara, diversa e successiva rispetto a quella necessaria all'individuazione del socio privato di minoranza (soluzione fatta propria dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana con la citata decisione n. 589/2006)], fa da contraltare la tesi sostenuta da una parte della dottrina e della giurisprudenza, secondo cui la società mista a prevalente partecipazione pubblica può essere sempre affidataria diretta dei servizi, alla sola condizione che la scelta del contraente privato sia avvenuta mediante trasparenti procedure selettive.

Una posizione intermedia tra i due riferiti orientamenti è stata espressa dalla sezione seconda di questo Consiglio, con il citato parere n. 456/2007, che si incentra sulla ritenuta ampia fungibilità tra lo schema funzionale della società mista e quello dell'appalto. In altri termini, secondo la sezione consultiva, la gestione del servizio può essere indifferentemente affidata con apposito contratto di appalto, o con lo strumento alternativo del contratto di società, costituendo apposita società a capitale misto. Nel caso del "socio di lavoro", "socio industriale" o "socio operativo" (come contrapposti al "socio finanziario"), si è affermato che l'attività che si ritiene "affidata" (senza gara) alla società mista sia, nella sostanza, da ritenere affidata (con gara) al partner privato scelto con una procedura di evidenza pubblica, la quale abbia a oggetto, al tempo stesso, anche l'attribuzione dei suoi compiti operativi e la qualità di socio.

In particolare, con il citato parere n. 456/2007, si è affermato che:

a) non è condivisibile la posizione "estrema" secondo la quale, per il solo fatto che il socio privato è scelto tramite procedura di evidenza pubblica, sarebbe in ogni caso possibile l'affidamento diretto;

b) tale ipotesi suscita perplessità per il caso di società miste "aperte", nelle quali il socio, ancorché selezionato con gara, non viene scelto per finalità definite, ma soltanto come partner privato per una società "generalista", alla quale affidare direttamente l'erogazione di servizi non ancora identificati al momento della scelta del socio e con lo scopo di svolgere anche attività *extra moenia*, avvalendosi semmai dei vantaggi derivanti dal rapporto privilegiato stabilito con il partner pubblico;

c) è ammissibile il ricorso alla figura della società mista (quantomeno) nel caso in cui essa non costituisca, in sostanza, la beneficiaria di un "affidamento diretto", ma la modalità organizzativa con la quale l'amministrazione controlla l'affidamento disposto, con gara, al "socio operativo" della società;

d) il ricorso a tale figura deve comunque avvenire a condizione che sussistano – oltre alla specifica previsione legislativa che ne fondi la possibilità, alle motivate ragioni e alla scelta del socio con gara, ai sensi dell'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006 – garanzie tali da fugare gli ulteriori dubbi e ragioni di perplessità in ordine alla restrizione della concorrenza;

e) laddove vi siano giustificate ragioni per non ricorrere a un affidamento esterno integrale, è legittimo configurare, quantomeno, un modello organizzativo in cui ricorrano due garanzie:

1) che vi sia una sostanziale equiparazione tra gara per l'affidamento del servizio pubblico e gara per la scelta del socio, in cui quest'ultimo si configuri come un "socio industriale od operativo", il quale concorre materialmente allo svolgimento del servizio pubblico o di fasi dello stesso; il che vuol dire effettuazione di una gara che con la scelta del socio definisca anche l'affidamento del servizio operativo;

2) che si preveda un rinnovo della procedura di selezione "alla scadenza del periodo di affidamento", evitando così che il socio divenga "socio stabile" della società mista, possibilmente prescrivendo che sin dagli atti di gara per la selezione del socio privato siano chiarite le modalità per l'uscita del socio stesso (con liquidazione della sua posizione), per il caso in cui all'esito della successiva gara egli risulti non più aggiudicatario.

La sezione quinta propende per l'ipotesi ricostruttiva di cui al detto parere (non ancora vagliata dalla giurisprudenza comunitaria), temperandola però con alcune precisazioni e puntualizzazioni, ed invocando altresì l'intervento del giudice comunitario.

11. L'adunanza plenaria ritiene l'illegittimità dell'impugnato affidamento siccome non preceduto da una procedura concorrenziale.

Va ribadito, innanzitutto, che, nella controversia per cui è causa, non può invocarsi quanto statuito dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana con la citata decisione n. 589/2006, secondo cui la stretta osservanza del diritto comunitario in materia di società miste comporta un'interpretazione restrittiva, se non addirittura disapplicativa, dell'art. 113, comma 5, lett. b), del d.lgs. n. 267/2000; nel senso che la costituzione di una tale società, anche con scelta del socio a seguito di gara, non esime dall'effettuazione di una seconda gara per l'affidamento del servizio. Ciò in quanto non si è in presenza di servizi pubblici locali, ai quali solamente si può applicare (e conseguentemente disapplicare) il citato art. 113 (si veda quanto osservato alla fine del paragrafo 7 della presente decisione).

12. A livello comunitario il coinvolgimento nella gestione dei servizi di soggetti privati viene visto con favore, potendo essi apportare alla pubblica amministrazione *know how* e una gestione più manageriale. Ma il ricorso allo strumento della società mista si può prestare ad abusi, avendo spesso costituito un espediente per aggirare la regola dell'affidamento dei servizi sulla base di una procedura competitiva.

Il modello elaborato dalla sezione seconda di questo Consiglio, con il citato parere n. 456/2007, rappresenta una delle possibili soluzioni delle problematiche connesse alla costituzione delle società miste e all'affidamento del servizio alle stesse; nel rispetto del principio di concorrenza, nonché nella ricerca di contemperare le esigenze di cooperazione tra settore pubblico e privato con quelle di tutela della concorrenza. Il modello presuppone la fungibilità tra contratto di appalto e contratto sociale, e si fonda sulla necessità che la gestione del servizio venga prevista allorquando si costituisce la società.

L'adunanza plenaria ritiene che, allo stato e in mancanza di indicazioni precise da parte della normativa e della giurisprudenza comunitaria, non sia elaborabile una soluzione univoca o un modello definitivo. Si corre il rischio di dar luogo a interpretazioni "*praeter legem*", che potrebbero non trovare l'avallo della Corte di giustizia. E comunque la fattispecie per cui è causa, a parte l'inconfigurabilità di un servizio pubblico locale, non rientra nei confini del modello così come costruito dalla sezione seconda di questo Consiglio.

Medicasa Italia s.p.a. era il precedente gestore del servizio di cure sanitarie domiciliari; servizio che si era aggiudicato nel 2000 dall'A.S.L. 19 di Asti a seguito di apposita gara bandita dall'azienda stessa. Il servizio veniva gestito dalla società medesima in regime di proroga sino agli ultimi mesi del 2006.

Nell'aprile 2006, infatti, l'A.S.L. 19 di Asti aveva bandito una nuova gara per "individuazione partner per la fornitura di supporto integrativo per attività sanitarie territoriali di cura alla persona". Nel giugno 2006 l'A.S.L. 19 di Asti aveva però acquisito (da soci pubblici) il 18% delle azioni di A.M.O.S. s.p.a., che esisteva già dal 2004.

Conseguentemente, aveva deciso di revocare la gara già bandita e di affidare direttamente il servizio a quest'ultima.

Il modello costruito con il citato parere n. 456/2007 non è rinvenibile nella specie in quanto non si è verificata la prima delle condizioni richieste; ossia che il socio venga scelto mediante procedura a evidenza pubblica nella quale la gestione del servizio sia stata definita e precisata. Il che vuol dire avere stabilito, contestualmente alla scelta (previa gara) del socio il quale dovrà gestire il servizio, quanto meno le caratteristiche della gestione stessa (ossia condizioni, modalità e durata). Non si è verificato, quindi, quel presupposto costituito dall'effettuazione "di una gara che con la scelta del socio definisca anche l'affidamento del servizio operativo".

In particolare, la controversia per cui è causa non è in alcun modo assimilabile all'ipotesi sulla quale è stato reso il citato parere n. 456/2007 anche perché:

a) i soci sono stati scelti alcuni anni prima l'affidamento (dall'A.S.L. 19 di Asti) del servizio alla società mista;

b) né l'originario statuto della società mista né gli atti della gara preordinata alla scelta dei soci privati hanno previsto la possibilità di estensione dell'attività della società stessa nell'ambito dell'A.S.L. 19;

c) la scelta dei soci è stata effettuata da amministrazione diversa da quella (A.S.L. 19) che ha dopo affidato il servizio alla società mista, avendo acquisito una percentuale del capitale della società solo alcuni anni successivi alla costituzione di quest'ultima;

d) la società mista non è stata appositamente costituita solo per quella specifica attività in seguito oggetto di affidamento;

e) nella società mista non vi è il socio operativo che concorre materialmente allo svolgimento del servizio ma tre tipi di soci: finanziari, del settore sanitario e del settore non sanitario;

f) nella gestione del servizio, di tipo sanitario, affidato alla società mista sono coinvolti indifferentemente tutti i soci, e quindi anche quelli non del settore sanitario e quelli finanziari;

g) l'oggetto sociale della società mista è variegato e di ampie dimensioni (si veda l'art. 4 dello statuto e quanto osservato al paragrafo 6 della presente decisione e sottolineato anche dalla sezione quinta di questo Consiglio con la decisione n. 5527/2007).

Mancando la principale condizione, richiesta dal citato parere n. 456/2007, per potere considerare legittimo un affidamento diretto (effettuazione "di una gara che con la scelta del socio definisca anche l'affidamento del servizio operativo"), si prescinde dall'esame delle varie questioni sul medesimo parere rimesse dalla sezione quinta; questioni la cui soluzione non serve alla decisione della controversia per cui è causa.

13. L’illegittimità del contestato affidamento - avvenuto in via diretta senza previa gara - consegue alla violazione dei principi del Trattato dell’U.E.; ossia del principio di concorrenza e di quelli, che ne rappresentano attuazione e corollario, di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione e parità di trattamento.

Siffatti principi, che hanno trovato anche recepimento espresso nel diritto interno (artt. 27, comma 1, 30, comma 3, e 91, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006) e che si elevano a principi generali di tutti i contratti pubblici, sono direttamente applicabili, a prescindere dalla ricorrenza di specifiche norme comunitarie o interne e in modo prevalente su eventuali disposizioni interne di segno contrario (Cons. Stato, sez. VI: 30 gennaio 2007, n. 362; 30 dicembre 2005, n. 7616; 25 gennaio 2005, n. 168).

Alla stregua della comunicazione della Commissione europea del 12 aprile 2000, pubblicata in Gazzetta ufficiale n. C 121 del 29 aprile 2000, richiamata e sviluppata da una circolare della Presidenza del consiglio dei ministri-dipartimento per le politiche comunitarie n. 945 in data 1° marzo 2002, i principi di evidenza pubblica, da attuare in modo proporzionato e congruo all'importanza della fattispecie in rilievo, vanno applicati, in quanto dettati in via diretta e *self-executing* dal Trattato, anche alle fattispecie non interessate da specifiche disposizioni comunitarie (nella specie concessione di servizi) volte a dare la stura a una procedura competitiva puntualmente regolata.

Con la comunicazione della Commissione si è rimarcato che, "benché il Trattato non contenga alcuna esplicita menzione degli appalti pubblici, né delle concessioni, molte delle sue disposizioni sono rilevanti in materia. Si tratta delle norme del Trattato che presidiano e garantiscono il buon funzionamento del mercato unico, ossia: - le norme che vietano qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità (articolo 12, paragrafo 1, ex articolo 6, paragrafo 1); - le norme relative alla libera circolazione delle merci (articoli 28 - ex 30 - e seguenti), alla libertà di stabilimento (articoli 43 - ex 52 - e seguenti), alla libera prestazione di servizi (articoli 49 - ex 59 - e seguenti) nonché le eccezioni a tali norme previste agli articoli 30, 45 e 46 (ex articoli 36, 55 e 56); - le disposizioni dell'articolo 86 (ex 90) del Trattato".

La detta circolare ha a sua volta puntualizzato che, “a prescindere dall'applicabilità di specifici regimi, tutte le concessioni ricadono nel campo di applicazione delle disposizioni degli articoli da 28 a 30 (ex articoli da 30 a 36), da 43 a 55 (ex articoli da 52 a 66) del Trattato o dei principi sanciti dalla giurisprudenza della Corte. Si tratta in particolare dei principi di non discriminazione, di parità di trattamento, di trasparenza, di mutuo riconoscimento e proporzionalità così come risultano dalla costante tradizione giurisprudenziale della Corte europea che si è posta all'avanguardia nella loro elaborazione". Segnatamente "il principio di trasparenza, strettamente legato a quello di non discriminazione

poiché garantisce condizioni di concorrenza non falsate ed esige che le amministrazioni concedenti rendano pubblica, con appropriati mezzi di pubblicità, la loro intenzione di ricorrere ad una concessione. Secondo le indicazioni della Commissione europea (si veda il punto 3.1.2 della Comunicazione interpretativa) tali forme di pubblicità dovranno contenere le informazioni necessarie affinché potenziali concessionari siano in grado di valutare il loro interesse a partecipare alla procedura quali l'indicazione dei criteri di selezione ed attribuzione, l'oggetto della concessione e delle prestazioni attese dal concessionario. Spetterà poi in particolare ai giudici nazionali valutare se tali obblighi siano stati osservati attraverso l'adozione di appropriate regole o prassi amministrative". Inoltre, "la sottoposizione delle concessioni di servizi al principio di non discriminazione, in particolare in base alla nazionalità, è stato recentemente confermato anche dalla giurisprudenza comunitaria, che ha precisato come l'obbligo di trasparenza a cui sono tenute le amministrazioni consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti dei servizi alla concorrenza nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione (Corte di giustizia, sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98, cit., considerato n. 62)".

La circostanza che le direttive comunitarie in materia di appalti sono attuative dell'art. 81 del Trattato porta in sostanza a ritenere che le norme delle stesse siano puramente applicative, con riferimento a determinati appalti, di principi generali che, essendo sanciti in modo universale dal Trattato, sono ovviamente valevoli anche per contratti e fattispecie diverse da quelle concretamente contemplate.

Di qui l'immediata operatività dei principi, sopra esposti con riferimento alla concessione di servizi, anche agli appalti sottosoglia (si veda la circolare del dipartimento per le politiche comunitarie in data 30 giugno 2002, ove si richiama l'ordinanza 3 dicembre 2001, C-59/00 e la sentenza 7 dicembre 2000, C-324, Teleaustria c. Post & Telekom Austria, rese dalla Corte di giustizia) e ai contratti diversi dagli appalti tali da suscitare l'interesse concorrenziale delle imprese e dei professionisti, nonché, infine, alle stesse concessioni di beni pubblici di rilevanza economica.

La Corte di giustizia, in particolare, ha statuito che, "sebbene le direttive comunitarie che coordinano le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici si applichino soltanto ai contratti il cui valore supera un determinato limite previsto espressamente in ciascuna delle dette direttive, il solo fatto che il legislatore comunitario abbia considerato che le procedure particolari e rigorose previste in tali direttive non sono adeguate allorché si tratta di appalti pubblici di scarso valore, non significa che questi ultimi siano esclusi dall'ambito di applicazione del diritto comunitario" (si veda, in tal senso, l'ordinanza 3 dicembre 2001, C-

59/00, punto 19). Già in precedenza il giudice comunitario aveva sottolineato la necessità del rispetto del principio di trasparenza anche per gli appalti non rientranti espressamente nella sfera di applicazione di una direttiva, ricordando che, "nonostante il fatto che siffatti contratti, allo stadio attuale del diritto comunitario, siano esclusi dalla sfera di applicazione della direttiva 93/38, gli enti aggiudicatori che li stipulano sono ciò nondimeno tenuti a rispettare i principi fondamentali del Trattato in generale, e il principio di non discriminazione in base alla nazionalità in particolare" (sentenza 7 dicembre 2000, C-324/98, Teleaustria c. Post & Telekom Austria, punto 60).

Il Consiglio di Stato (sez. IV, 15 febbraio 2002, n. 934) ha già richiamato e condiviso gli orientamenti della Corte di giustizia, puntualizzando che norme comunitarie vincolanti ben possono imporsi oltre il ristretto ambito applicativo delle direttive sugli appalti. Si è richiamata la posizione della Commissione U.E., secondo la quale, anche nei casi in cui non trova applicazione la direttiva sugli appalti di servizi (in particolare, nell'ipotesi delle concessioni di pubblici servizi), la scelta del contraente incontra i limiti indicati dalle norme del Trattato in materia di libera prestazione di servizi e dai principi generali del diritto comunitario; tra cui la non discriminazione, la parità di trattamento, la trasparenza. E si è affermato che si impone così una scelta ispirata a criteri obiettivi e trasparenti, tali da assicurare in ogni caso la concorrenza tra i soggetti interessati (per l'affermazione dei medesimi principi e per la rilevanza generale degli obblighi di trasparenza nella scelta dei contraenti, specie quando si tratta di servizi pubblici, C. giust. CE, 7 dicembre 2000, C-324/98).

Siffatte affermazioni, anche se rese con riferimento alla concessione di servizi pubblici che è figura diversa dall'appalto di servizi, hanno una portata generale e possono adattarsi a ogni fattispecie estranea all'immediato ambito applicativo delle direttive sugli appalti (Cons. Stato, sez. IV, 15 febbraio 2002, n. 934).

Il principio di concorrenza è uno dei principi cardini del Trattato, soprattutto in relazione al mondo delle commesse pubbliche. Esso garantisce la completa parità di accesso di tutte le imprese europee al monte dei contratti pubblici. La conseguenza rilevante è che le imprese europee (e anche quelle dello stesso Paese del cui ordinamento giuridico si giudica) devono essere poste sullo stesso piano, concedendo loro le medesime opportunità; sia sotto il profilo dell'accesso ai contratti pubblici (e quindi attraverso il sistema ordinario dell'evidenza pubblica), sia impedendo che particolari situazioni economiche pongano alcune di esse in una condizione di privilegio o comunque di favore economico.

Da ciò consegue che il sistema dell'affidamento diretto, in primo luogo, costituisce eccezione di stretta interpretazione al sistema ordinario delle gare; e, in secondo luogo, deve rispondere

a ben precisi presupposti (insussistenti nella controversia per cui è causa), in assenza dei quali l'affidamento è idoneo a turbare la *par condicio* e quindi a violare il Trattato (e le direttive).

Recentemente siffatti principi sono stati ribaditi dalla Corte costituzionale, con la sentenza 22 novembre 2007, n. 401.

Nell'ambito dei contratti pubblici, ad avviso della Consulta, viene soprattutto in rilievo l'aspetto della tutela della concorrenza, che si concretizza, in primo luogo, nell'esigenza di assicurare la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici del settore; in ossequio ai principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi. Le procedure di evidenza pubblica nella scelta del contraente devono essere idonee a garantire, in particolare, il rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza. La Corte ha quindi evidenziato che la nozione comunitaria di concorrenza, che si riflette su quella di cui all'art. 117, comma 2, lett. e), della cost., è definita come concorrenza "per" il mercato, la quale impone che il contraente venga scelto mediante procedure di garanzia che assicurino il rispetto dei valori comunitari e costituzionali sopra indicati.

Sul piano interno, l'osservanza di siffatti principi costituisce anche attuazione delle stesse regole costituzionali di buon andamento e imparzialità, le quali, ai sensi dell'art. 97 della cost., devono guidare tutta l'azione dell'amministrazione. Anzi, è proprio l'esigenza di uniformare la normativa interna a quella comunitaria - sul piano della disciplina del procedimento di scelta del contraente - nel perseguimento della tutela della concorrenza, ad avere determinato il definitivo superamento della concezione che vedeva la procedimentalizzazione dell'attività di scelta del contraente dettata nell'esclusivo interesse dell'amministrazione. Pervenendosi all'obiettivo primario costituito dalla tutela degli interessi degli operatori, ad accedere al mercato e a concorrere per il mercato. Il che realizza pur sempre medesime finalità.

14. Con riguardo allo specifico dettato normativo, invocato dall'appellante, costituito dall'art. 9-bis, comma 1, del d.lgs. n. 502/1992 - secondo cui "Le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, autorizzano programmi di sperimentazione aventi a oggetto nuovi modelli gestionali che prevedano forme di collaborazione tra strutture del Servizio sanitario nazionale e soggetti privati, anche attraverso la costituzione di società miste a capitale pubblico e privato" - esso consente solo la costituzione di società miste; possibilità che, altrimenti, sarebbe vietata (ai sensi del comma 4 del citato art. 9-bis, "Al di fuori dei programmi di sperimentazione di cui al presente articolo, è fatto divieto alle aziende del Servizio sanitario nazionale di costituire società di capitali aventi per oggetto sociale lo

svolgimento di compiti diretti di tutela della salute"). Ma non permette certo l'affidamento diretto del servizio alla società stessa. Diversamente opinando si tratterebbe di norma da disapplicare siccome contraria ai principi del Trattato.

Non risulta risolutivo, in favore dell'appellante, nemmeno l'intervento dell'art. 13, commi 1 e 2, del d.l. n. 223/2006, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 248/2006 (così detto decreto Bersani), secondo cui le società a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali:

- devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti (viene fissata, quindi, la regola dell'esclusività, in luogo di quella della prevalenza);
- non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti;
- sono a oggetto sociale esclusivo.

E' sufficiente rilevare che l'oggetto sociale esclusivo non va inteso come divieto delle società così dette *multiutilities*, ma rafforza la regola dell'esclusività evitando che dopo l'affidamento la società possa andare a fare altro (Cons. Stato, sez. III, 25 settembre 2007, n. 322 e sez. II, 18 aprile 2007, n. 456). E comunque, diversamente da quanto prospettato dall'appellante, data la differenza del fenomeno "società mista" rispetto a quello dell'*in house providing*, il disposto del comma 2 del citato art. 13 - secondo cui le società miste "sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1" - non ha dato luogo a quel "controllo analogo" che legittima l'affidamento diretto.

15. Alla luce di quanto statuito dall'adunanza plenaria, che ha evidenziato l'irrilevanza delle norme invocate anche perché non consentono l'affidamento diretto del servizio, vengono meno alla radice le condizioni per disporre il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'U.E. con riguardo agli artt. 13 del d.l. n. 223/2006, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 248/2006, e 9-bis del d.lgs. n. 502/1992, così come richiesto dall'appellante.

16. Il ricorso in appello, pertanto, deve essere respinto. Le spese del giudizio, sussistendo giusti motivi, possono essere compensate. Non vi è luogo a provvedere sulle spese nei confronti dei soggetti appellati non costituiti.

Per questi motivi

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (adunanza plenaria) respinge il ricorso in appello.

Compensa tra le parti le spese del giudizio. Nulla spese nei confronti dei soggetti appellati non costituiti.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma il 10 dicembre 2007 dal Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale (adunanza plenaria), in camera di consiglio, con l'intervento dei signori:

Paolo Salvatore	presidente del Consiglio di Stato
Raffaele Iannotta	presidente di sezione
Giovanni Ruoppolo	presidente di sezione
Raffaele Carboni	consigliere
Costantino Salvatore	consigliere
Luigi Maruotti	consigliere
Carmine Volpe	consigliere, estensore
Pier Luigi Lodi	consigliere
Giuseppe Romeo	consigliere
Paolo Buonvino	consigliere
Cesare Lamberti	consigliere
Aldo Fera	consigliere
Antonino Anastasi	consigliere

IL PRESIDENTE

Paolo Salvatore

L'ESTENSORE — IL SEGRETARIO

Carmine Volpe — M. Rita Oliva

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il...03/03/2008....

(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)

Il Dirigente

Dott.ssa M: Rita Oliva

CONSIGLIO DI STATO

In Sede Giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

Addì.....copia conforme alla presente è stata trasmessa

al Ministero.....

a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria