

SENTENZA DELLA CORTE (Quinta Sezione)

19 giugno 2014 (\*)

«Rinvio pregiudiziale – Appalti pubblici di servizi – Direttiva 2004/18/CE – Affidamento dell'appalto senza procedura di gara (affidamento cosiddetto "in house") – Soggetto aggiudicatario giuridicamente distinto dall'amministrazione aggiudicatrice – Centro di prestazioni di servizi di assistenza e di sostegno ospedaliero – Associazione di pubblica utilità e senza scopo di lucro – Maggioranza dei membri costituita da amministrazioni aggiudicatrici – Minoranza dei membri costituita da enti di diritto privato, associazioni caritative senza scopo di lucro – Attività svolta almeno per l'80% del fatturato annuale a favore dei membri»

Nella causa C-574/12,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Supremo Tribunal Administrativo (Portogallo), con decisione del 6 novembre 2012, pervenuta in cancelleria il 7 dicembre 2012, nel procedimento

Centro Hospitalar de Setúbal EPE,

Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH)

contro

Eurest (Portugal) – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda,

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 il Centro Hospitalar de Setúbal EPE, da M. Real Martins e S. Alves Ribeiro, advogados;
- per il Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH), da M. Claro, advogada;
- per Eurest (Portugal) – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda, da M. Lucas Rodrigues, advogada;
- per il governo portoghese, da L. Inez Fernandes e A. Navegas, in qualità di agenti;
- per il governo spagnolo, da M. J. García-Valdecasas Dorrego, in qualità di agente;
- per la Commissione europea, da M. Afonso, A. Tokár e M. Noll-Ehlers, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 27 febbraio 2014,

ha pronunciato la seguente

#### Sentenza

1 Con la domanda di pronuncia pregiudiziale, il giudice del rinvio chiede alla Corte di precisare la sua giurisprudenza in materia di aggiudicazione di appalti pubblici con affidamento diretto cosiddetto «in house», senza applicazione 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 che oppone il Centro Hospitalar de Setúbal EPE (Centro ospedaliero di Setúbal; in prosieguo: il «Centro ospedaliero») e il Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH) (servizio di utilizzazione comune degli ospedali; in prosieguo: il «SUCH») alla Eurest (Portugal) – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda (in prosieguo: la «Eurest»), in merito all'aggiudicazione di un appalto pubblico attribuito direttamente dal Centro ospedaliero al SUCH.

Contesto normativo

Il diritto dell'Unione

La direttiva 2004/18

3 La direttiva 2004/18 definisce il contesto normativo applicabile agli appalti pubblici assegnati dalle amministrazioni aggiudicatrici.

4 Il considerando 4 di detta direttiva così recita:

«Gli Stati membri dovrebbero provvedere affinché la partecipazione di un offerente che è un organismo di diritto pubblico a una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico non causi distorsioni della concorrenza nei confronti di offerenti privati».

5 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».

6 La direttiva suddetta dispone, all'articolo 1, paragrafo 8, 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.

(...)».

7 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 della direttiva 2004/18.

8 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).

9 L'articolo 20 della direttiva 2004/18, compreso nel capo III, intitolato «Norme applicabili agli appalti pubblici di servizi», così recita:

«Gli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II A sono aggiudicati secondo gli articoli da 23 a 55».

10 Ai sensi dell'articolo 21 di detta direttiva, che rientra nel capo III della medesima direttiva:

«L'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II B è disciplinata esclusivamente dall'articolo 23 e dall'articolo 35, paragrafo 4».

11 L'allegato II B della direttiva 2004/18, alla categoria 17, comprende i «Servizi alberghieri e di ristorazione».

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

12 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 un soggetto da essa giuridicamente distinto un controllo analogo a quello esercitato su un proprio servizio e questo soggetto realizzi la parte più importante della propria attività con l'amministrazione o con le amministrazioni aggiudicatrici che lo controllano (v., in tal senso, sentenza Teckal, C-107/98, EU:C:1999:562, punto 50).

13 La Corte ha altresì dichiarato che la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi, poiché qualunque investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi di natura differente rispetto a quelli di interesse pubblico (v. sentenza Stadt Halle e RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, punti 49 e 50).

Il diritto portoghese

14 La direttiva 2004/18 è stata recepita nell'ordinamento giuridico portoghese dal codice degli appalti pubblici, approvato dal decreto legge n. 18/2008, del 29 gennaio 2008, come modificato e ripubblicato in allegato al decreto legge n. 287/2009, del 2 ottobre 2009 (Diário da República, 1 serie, n. 192, del 2 ottobre 2009; in prosieguo: il «codice degli appalti pubblici»).

15 In applicazione della giurisprudenza della Corte, richiamata ai punti 12 e 13 della presente sentenza, l'articolo 5, paragrafo 2, del codice degli appalti pubblici è formulato nel modo seguente:

«Sono esclusi dall'applicazione della parte II del presente codice anche i contratti che, indipendentemente dall'oggetto, vengono stipulati dalle amministrazioni aggiudicatrici con un altro soggetto, purché

- a) l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sull'attività di quest'ultimo soggetto, individualmente o congiuntamente ad altre amministrazioni aggiudicatrici, un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, e
- b) detto soggetto realizzi la parte essenziale della propria attività a favore di una o varie amministrazioni aggiudicatrici che esercitano su di esso un controllo analogo a quello menzionato sub a)».

#### Il procedimento principale e le questioni pregiudiziali

16 Il centro ospedaliero, che è un ospedale pubblico, ha concluso, il 27 luglio 2011, con il SUCH un accordo avente ad oggetto la fornitura da parte di quest'ultimo di pasti ai pazienti e al personale del centro ospedaliero (in prosieguo: l'«accordo del 2011»). Tale accordo riguarda un appalto di servizi attribuito direttamente al SUCH, senza applicazione delle procedure di aggiudicazione previste dalla direttiva 2004/18, in quanto, secondo le parti contraenti, esistevano relazioni «in house» tra quest'ultimo e gli ospedali pubblici, che ne sono membri. Tale accordo era diretto a soddisfare i bisogni di questi ultimi con risorse interne.

17 L'accordo del 2011 riguarda il periodo compreso tra il 10 agosto 2011 e il 9 agosto 2016 e può essere rinnovato. Il suo importo annuale è pari a EUR 1 295 289 sul totale di EUR 6 476 445 per i cinque anni della durata del contratto.

18 Come risulta dal fascicolo messo a disposizione della Corte, il SUCH è stato creato dal decreto legge n. 46/668, del 24 novembre 1965. Il suo statuto è stato omologato nel mese di ottobre 2010 dal segretario di Stato alla Sanità. Ai sensi dell'articolo 2 del suo statuto, il SUCH è un'associazione senza scopo di lucro che è preordinata alla realizzazione di una funzione di servizio pubblico. Esso costituisce uno strumento per l'autogestione delle necessità dei suoi membri e, a tal fine, è tenuto ad assumere direttamente le iniziative che possono agevolare e rendere più efficiente il suo funzionamento, conferendogli i vantaggi che derivano dalle economie di scala, e a contribuire in tal modo alla sostenibilità finanziaria del sistema sanitario nazionale.

19 Ai sensi dell'articolo 7 dello statuto del SUCH, possono esserne membri solo soggetti appartenenti al settore pubblico o al settore sociale, cioè istituzioni di solidarietà sociale senza scopo di lucro, compresi i servizi e le istituzioni del ministero della Sanità nonché di altri ministeri. Inoltre, il SUCH deve assicurare che la maggioranza dei diritti di voto nell'assemblea generale sia detenuta da società pubbliche che sono assoggettate ai poteri di indirizzo, controllo e tutela del membro del governo responsabile per il settore della sanità.

20 Ai sensi dell'articolo 5 del suo statuto, il SUCH può altresì fornire servizi a enti pubblici non membri o ad enti privati, nazionali o stranieri, in regime di concorrenza e di mercato, a condizione che ciò non arrechi pregiudizio ai suoi membri e risulti vantaggioso per il SUCH stesso e per i suoi membri, sia dal punto di vista economico che da quello della valorizzazione tecnologica. Tuttavia, la prestazione di tali servizi deve avere natura accessoria nel contesto dell'attività del SUCH e non rappresentare un volume superiore al 20% del fatturato globale annuale dell'esercizio precedente.

21 Alla data della conclusione dell'accordo del 2011 il SUCH comprendeva 88 membri, tra i quali figuravano 23 istituti privati di solidarietà sociale, tutti senza scopo di lucro, di cui 20 istituti caritatevoli («Misericórdias»).

22 La Eurest, società attiva nella prestazione di servizi analoghi a quelli oggetto dell'accordo del 2011, ha proposto un ricorso dinanzi al Tribunal Administrativo e Fiscal de Almada, diretto all'annullamento di tale accordo. Con sentenza in data 30 gennaio 2012, tale giudice ha annullato l'accordo del 2011, in quanto tra il centro ospedaliero e il SUCH non esiste un rapporto di controllo che possa giustificare l'aggiudicazione dell'appalto in questione per affidamento diretto.

23 A tale proposito, il detto giudice si è fondato su una sentenza del Tribunal de Contas (Corte dei conti), che dichiara che – malgrado le modifiche dello statuto del SUCH, il numero dei suoi membri non pubblici, la sua notevole autonomia e la sua indipendenza dai pubblici poteri – la concreta dinamica di funzionamento del suo consiglio di amministrazione e il fatto che si tratta di una società di notevoli dimensioni e complessità non consentivano di considerare soddisfatte le condizioni previste dall'articolo 5, paragrafo 2, del codice degli appalti pubblici. Tale sentenza è stata confermata da una sentenza delle sezioni unite del Tribunal de Contas del 3 luglio 2012.

24 Il centro ospedaliero e il SUCH hanno impugnato la sentenza del Tribunal Administrativo e Fiscal de Almada dinanzi al Tribunal Central Administrativo do Sul, il quale, con sentenza del 26 aprile 2012, ha respinto i loro ricorsi e ha confermato la sentenza impugnata, fondandosi sulla motivazione esposta dal Tribunal de Contas nella citata sentenza. In seguito a tale rigetto, il centro ospedaliero e il SUCH hanno proposto ricorsi in cassazione dinanzi al Supremo Tribunal Administrativo, confermando i loro argomenti relativi all'esistenza di un rapporto interno tra il SUCH e gli ospedali pubblici, che costituiscono la maggioranza dei suoi membri.

25 Il Supremo Tribunal Administrativo rileva che un ospedale pubblico, come il centro ospedaliero, in quanto persona giuridica di diritto pubblico, costituisce un'amministrazione aggiudicatrice e che l'accordo concluso a titolo oneroso con il SUCH, ente distinto dall'amministrazione aggiudicatrice, costituisce un appalto pubblico di servizi, ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2004/18. Per verificare se tale appalto poteva essere attribuito direttamente, il giudice del rinvio rileva che il «controllo analogo», richiesto a tal fine dalla giurisprudenza della Corte, può essere esercitato sull'aggiudicatario da

più amministrazioni aggiudicatrici congiuntamente e che tale controllo implica un potere di ingerenza effettivo della o delle amministrazioni aggiudicatrici non solo sulle decisioni strategiche dell'aggiudicatario ma anche sulla sua gestione ordinaria.

26 Tuttavia, il giudice del rinvio sottolinea che la particolare natura giuridica del SUCH, in considerazione del fatto che quest'ultimo ha come membri anche istituzioni private di solidarietà sociale, solleva nuove questioni con riferimento alla giurisprudenza della Corte derivante dalla sentenza Stadt Halle e RPL Lochau (EU:C:2005:5). Tale giudice si chiede altresì se tale giurisprudenza presupponga che l'impresa privata che partecipa al capitale di una società a cui partecipa altresì l'amministrazione aggiudicatrice debba avere necessariamente uno scopo di lucro.

27 Il giudice del rinvio si chiede altresì, alla luce delle critiche formulate dal Tribunal de Contas, se la condizione relativa al «controllo analogo» sia soddisfatta nel caso di specie, tenuto conto del numero di membri non pubblici del SUCH, della natura del controllo esercitato su quest'ultimo dalle amministrazioni aggiudicatrici che ne sono membri e dalle amministrazioni pubbliche, delle sue dimensioni e della complessità del suo funzionamento, nonché dell'eventuale possibilità di cui dispone di agire autonomamente rispetto ai poteri pubblici.

28 Per quanto riguarda la seconda condizione posta dalla giurisprudenza della Corte, vale a dire il requisito che l'ente di cui trattasi realizzi l'essenziale della sua attività con l'amministrazione aggiudicatrice o le amministrazioni aggiudicatrici che lo detengono, il giudice del rinvio rileva che, in conformità di tale giurisprudenza, l'aggiudicatario deve agire come un operatore che si dedica esclusivamente, o quasi esclusivamente, alla soddisfazione dei bisogni dell'amministrazione aggiudicatrice o delle amministrazioni aggiudicatrici e che qualsiasi altra attività deve essere accessoria. Tale giudice si chiede pertanto se tale condizione sia soddisfatta allorché un ente come il SUCH ha la possibilità di prestare servizi, in regime concorrenziale, a terze entità per un ammontare corrispondente al 20% del suo fatturato annuale complessivo dell'esercizio precedente.

29 Alla luce di tali considerazioni e tenuto conto del fatto che il Supremo Tribunal Administrativo è tenuto a pronunciarsi in ultima istanza, tale giudice ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le questioni pregiudiziali seguenti:

«1) Se sia compatibile con la dottrina comunitaria sugli appalti "in house" il fatto che un ospedale pubblico affidi, senza seguire la procedura prevista dalla legge per la stipulazione del relativo contratto, ad un'associazione senza scopo di lucro cui esso è associato e che è preordinata alla realizzazione di una funzione di servizio pubblico nell'area della sanità con il fine di assicurare una maggiore efficacia ed efficienza da parte dei suoi soci, la fornitura del servizio di ristoro ospedaliero di sua competenza, trasferendo in tal modo a detta associazione la responsabilità delle sue funzioni in tale ambito, qualora, conformemente allo statuto dell'associazione medesima, possano fare parte di quest'ultima soggetti

appartenenti non soltanto al settore pubblico, ma anche al settore sociale, e allorché, alla data di affidamento dell'appalto, su un totale di ottantotto membri, appartenevano al settore sociale ventitré enti privati per la promozione della solidarietà sociale (IPSS), senza scopo di lucro, alcuni dei quali erano enti di beneficenza.

2) Se si possa ritenere che un soggetto aggiudicatario sia assoggettato al potere decisionale dei suoi membri pubblici, di modo che questi esercitino, individualmente o congiuntamente, un controllo analogo a quello esercitato sui loro servizi, qualora, conformemente al suo statuto, il soggetto aggiudicatario debba assicurare che la maggioranza dei diritti di voto sia detenuta dai membri che fanno capo al membro del governo responsabile per il settore della sanità e sono assoggettati ai suoi poteri di indirizzo, di controllo e di tutela, e allorché anche la maggioranza dei membri del suo consiglio di amministrazione è formata da membri pubblici.

3) Se si possa considerare soddisfatta la condizione relativa al "controllo analogo" alla luce della dottrina comunitaria sugli appalti "in house", nel caso in cui il soggetto affidatario, conformemente al suo statuto, sia soggetto al potere di tutela del membro del governo responsabile per l'area della sanità, cui spetta designare il presidente ed il vicepresidente del consiglio di amministrazione, approvare le delibere dell'assemblea generale sulla possibilità di contrarre prestiti che implicino un livello di indebitamento netto uguale o superiore al 75% dei propri capitali accertati nell'esercizio precedente, approvare le delibere riguardanti le modifiche dello statuto, approvare le delibere dell'assemblea generale sullo scioglimento del soggetto affidatario e determinare la destinazione dei suoi beni in caso di scioglimento.

4) Se il rapporto con i membri pubblici possa essere qualificato come un mero affidamento interno o "in house" in virtù del fatto che l'entità affidataria è un'organizzazione di grandi dimensioni e complessità, che opera in tutto il territorio portoghese ed annovera tra i suoi membri la maggior parte dei servizi e delle istituzioni del Serviço Nacional de Saúde, compresi i maggiori centri ospedalieri del paese, con un fatturato previsto di 90 milioni di euro, un'attività che abbraccia complessi e diversi settori di attività, con indicatori chiave delle attività molto rilevanti, che conta più di 3 300 dipendenti e che partecipa a due gruppi di interesse economico e a due società commerciali.

5) Se si possano considerare soddisfatte le condizioni per gli appalti "in house", specialmente quella relativa all'"obiettivo essenziale dell'attività svolta" stabilita all'articolo 5, paragrafo 2, lettera b), del codice degli appalti pubblici, in virtù del fatto che il soggetto aggiudicatario può, conformemente al suo statuto, prestare servizi in regime di concorrenza a favore di enti pubblici non associati e di privati, nazionali e stranieri, purché i) ciò non arrechi alcun pregiudizio ai suoi membri e risulti vantaggioso per questi ultimi e per il soggetto aggiudicatario - vuoi sul piano economico vuoi dal punto di vista dell'arricchimento e della valorizzazione delle tecnologie -, e ii) la prestazione di tali servizi non rappresenti un volume superiore al 20% del fatturato globale annuale accertato nell'esercizio precedente.

6) Qualora nessuna delle risposte alle precedenti questioni, singolarmente presa, sia sufficiente per stabilire se sussistano o meno le condizioni previste dall'articolo 5, paragrafo 2, del codice degli appalti pubblici, se, alla luce della dottrina comunitaria sull'affidamento "in house", la valutazione congiunta di tali risposte permetta di concludere che tale tipo di affidamento sussiste [nella fattispecie]».

Sulle questioni pregiudiziali

Osservazione preliminare

30 A titolo preliminare, occorre rilevare che, ai sensi del capo III del titolo II della direttiva 2004/18, l'applicazione delle disposizioni di quest'ultima varia a seconda della categoria dei servizi di cui trattasi. Secondo le informazioni contenute nel fascicolo messo a disposizione della Corte, sembra che i servizi a cui si riferisce l'accordo del 2011 rientrino nell'allegato II B di tale direttiva.

31 Tuttavia, tale valutazione compete al giudice del rinvio, sulla base degli elementi di fatto della controversia di cui è investito e, comunque, non può influire né sull'applicazione della direttiva 2004/18 in quanto tale, né sull'applicazione dell'eccezione riguardante le operazioni «in house», allorché le condizioni previste dalla giurisprudenza della Corte a tale riguardo sono soddisfatte.

Sulla prima questione

32 Con tale questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se la condizione relativa al «controllo analogo», applicata dalla Corte affinché l'aggiudicazione di un appalto pubblico possa essere considerata come un'operazione «in house» e quest'ultimo possa essere attribuito direttamente senza applicare la procedura prevista dalla direttiva 2004/18, è soddisfatta allorché l'aggiudicatario è un'associazione di pubblica utilità senza scopo di lucro che, in conformità del suo statuto, può annoverare tra i suoi membri non solo enti facenti parte del settore pubblico, ma anche istituzioni private di solidarietà sociale che svolgono attività senza scopo di lucro e allorché, alla data di aggiudicazione dell'appalto, queste ultime costituivano una parte importante, ancorché minoritaria, del numero di membri dell'associazione aggiudicatrice.

33 A tale proposito, occorre anzitutto ricordare che la circostanza che l'aggiudicatario è costituito in forma di associazione di diritto privato e non persegua scopo di lucro è priva di rilevanza ai fini dell'applicazione delle norme del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici e, di conseguenza, della giurisprudenza della Corte relativa all'eccezione riguardante le operazioni «in house». Infatti, una simile circostanza non esclude che l'entità aggiudicatrice di cui trattasi possa esercitare un'attività economica (v.,

in tal senso, sentenze, sentenze Sea, C-537/07, EU:C:2009:532, punto 41, e CoNISMa, C-305/08, EU:C:2009:807, punto 45).

34 Occorre rilevare, poi, che la questione che si pone essenzialmente nel caso di specie è quella di stabilire se la giurisprudenza espressa nella sentenza Stadt Halle e RPL Lochau (EU:C:2005:5) si applichi, dal momento che il SUCH non è costituito in forma di società e non è quindi dotato di un capitale sociale e che i suoi membri, non rientrando nel settore sociale, non sono imprese nei termini di cui alla citata sentenza.

35 A tale proposito, occorre sottolineare che l'eccezione riguardante l'affidamento «in house» è fondata sull'impostazione secondo cui, in tali casi, si può considerare che la pubblica amministrazione aggiudicatrice ha fatto ricorso alle proprie risorse per svolgere le sue funzioni di interesse pubblico.

36 Uno dei motivi che hanno portato la Corte alle conclusioni espresse nella sentenza Stadt Halle e RPL Lochau (EU:C:2005:5) era fondato non sulla forma giuridica degli enti privati facenti parte dell'entità aggiudicatrice e neppure sulla finalità commerciale di essi, ma sul fatto che tali enti privati seguivano considerazioni inerenti ai loro interessi privati, che erano di natura diversa da quella delle finalità di interesse pubblico perseguite dall'amministrazione aggiudicatrice. Per tale motivo, quest'ultimo non poteva esercitare sull'aggiudicatario un controllo analogo a quello che esercitava sui propri servizi (v., in tal senso, sentenza Stadt Halle e RPL Lochau, EU:C:2005:5, punti 49 e 50).

37 Alla luce della circostanza, rilevata dal giudice del rinvio, secondo cui il SUCH è un'associazione senza scopo di lucro e i soci privati, che facevano parte di tale associazione al momento dell'aggiudicazione dell'appalto di cui al procedimento principale, erano istituti privati di solidarietà sociale, anch'essi senza scopo di lucro, occorre rilevare che il fatto che la Corte si sia riferita nella sentenza Stadt Halle e RPL Lochau (EU:C:2005:5) a nozioni come quella di «impresa» o di «capitale sociale» è dovuto alle circostanze della causa che ha dato luogo a tale sentenza e non significa che la Corte abbia voluto limitare le sue conclusioni ai soli casi della partecipazione nell'ente aggiudicatore, di imprese commerciali aventi scopo di lucro.

38 Un'altra ragione che ha condotto la Corte alle conclusioni esposte nella sentenza Stadt Halle e RPL Lochau (EU:C:2005:5) è che l'aggiudicazione diretta di un appalto offrirebbe all'entità privata presente all'interno dell'entità aggiudicatrice un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti (v., in tal senso, sentenza Stadt Halle e RPL Lochau, EU:C:2005:5, punto 51).

39 Nella causa principale i membri privati del SUCH perseguono interessi e finalità che, per quanto apprezzabili da un punto di vista sociale, sono di diversa natura rispetto agli obiettivi di interesse pubblico perseguiti dalle amministrazioni aggiudicatrici che sono contemporaneamente membri del SUCH.

40 Inoltre, come ha rilevato l'avvocato generale al paragrafo 37 delle sue conclusioni, non è escluso che i membri privati del SUCH, nonostante il loro status di associazioni caritative senza scopo di lucro, possano esercitare un'attività economica in concorrenza con altri operatori. Di conseguenza, l'attribuzione diretta di un appalto al SUCH sarebbe suscettibile di offrire ai membri privati di quest'ultimo un vantaggio concorrenziale.

41 Pertanto, le considerazioni che hanno indotto la Corte ad adottare le conclusioni esposte ai punti 36 e 38 della presente sentenza sono altresì valide in circostanze come quelle del procedimento principale.

42 La circostanza che la partecipazione dei membri privati all'ente aggiudicatario sia solo minoritaria, non può rimettere in discussione tali conclusioni (v., in tal senso, sentenza Stadt Halle e RPL Lochau, EU:C:2005:5, punto 49).

43 Infine, occorre rilevare che il fatto che, in conformità del suo statuto, il SUCH disponesse esclusivamente della facoltà di ammettere tra i suoi membri degli enti privati non è in linea di principio rilevante. L'elemento rilevante nel caso di specie è che, al momento dell'aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi nel procedimento principale, il SUCH era effettivamente composto non solo da membri pubblici, ma anche da enti rientranti nel settore privato.

44 Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre risolvere la prima questione nel senso che, qualora l'aggiudicatario di un appalto pubblico sia un'associazione di pubblica utilità senza scopo di lucro che, al momento dell'affidamento di tale appalto, comprende tra i suoi membri non solo enti che fanno parte del settore pubblico, ma anche istituzioni caritative private che svolgono attività senza scopo di lucro, la condizione relativa al «controllo analogo», dettata dalla giurisprudenza della Corte affinché l'affidamento di un appalto pubblico possa essere considerato come un'operazione «in house» non è soddisfatta e pertanto la direttiva 2004/18 è applicabile.

Sulla seconda e terza questione

45 Tenuto conto della risposta fornita alla prima questione pregiudiziale, non è necessario rispondere alle altre questioni sollevate.

Sulle spese

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

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

Qualora l'aggiudicatario di un appalto pubblico sia un'associazione di pubblica utilità senza scopo di lucro che, al momento dell'affidamento di tale appalto, comprende tra i suoi membri non solo enti che fanno parte del settore pubblico, ma anche istituzioni caritative private che svolgono attività senza scopo di lucro, la condizione relativa al «controllo analogo», dettata dalla giurisprudenza della Corte affinché l'affidamento di un appalto pubblico possa essere considerato come un'operazione «in house» non è soddisfatta e pertanto la 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, è applicabile.

Firme

\* Lingua processuale: il portoghese.