



Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
PAOLO MENGOLZI
presentate il 23 gennaio 2014¹

Causa C-15/13

Datenlotsen Informationssysteme GmbH
contro
Technische Universität Hamburg-Harburg

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dallo Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg
(Germania)]

«Appalti pubblici — Direttiva 2004/18/CE — Presupposti di applicabilità dell'affidamento “in house” — Affidamenti “in house orizzontali” — Amministrazione aggiudicatrice e soggetto aggiudicatario giuridicamente distinti e senza relazione di controllo tra loro — Controllo esercitato sull'amministrazione aggiudicatrice e sul soggetto aggiudicatario da un terzo, a sua volta amministrazione pubblica — Portata della condizione del “controllo analogo” — Cooperazione tra enti pubblici»

1. La presente domanda di pronuncia pregiudiziale, proposta dallo Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, sottopone alla Corte una fattispecie inedita in materia di appalti pubblici che le permetterà di precisare la portata della giurisprudenza che prevede, a determinate condizioni, la possibilità di sottrarre taluni contratti di appalto all'applicazione della disciplina europea relativa alle procedure di aggiudicazione pubblica.

2. Più in particolare, nella presente causa, la Corte è chiamata a determinare se, ed eventualmente a quali condizioni, le cosiddette operazioni «in house orizzontali» possano esulare dall'ambito di applicazione della direttiva 2004/18/CE² e fare oggetto di affidamento diretto senza attivazione delle procedure di aggiudicazione pubblica previste da tale direttiva. Con il termine operazione «in house orizzontale» si intende la conclusione di un contratto tra un'amministrazione aggiudicatrice e un soggetto aggiudicatario che non sono legati tra loro da alcuna relazione di controllo, ma che sono entrambi sottoposti al controllo analogo della medesima istituzione, a sua volta amministrazione aggiudicatrice ai sensi della direttiva 2004/18, e realizzano la parte più importante della loro attività a favore della loro istituzione comune.

3. La questione posta alla Corte dal giudice del rinvio è in sostanza diretta a stabilire se anche per un tale tipo di operazione possa configurarsi un'eccezione all'applicabilità delle procedure di evidenza pubblica sulla falsariga di quelle individuate dalla giurisprudenza della Corte, cui il giudice del rinvio fa espressamente riferimento.

¹ — Lingua originale: l'italiano.

² — 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).

4. La prima di tali eccezioni, riconducibile alla sentenza Teckal³, concerne i cosiddetti affidamenti «in house», per i quali la giurisprudenza ha ammesso che un'amministrazione aggiudicatrice sia dispensata dall'avviare una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico a condizione che essa eserciti sul soggetto aggiudicatario un «controllo analogo» a quello da essa esercitato sui propri servizi e che tale soggetto realizzi la parte più importante della propria attività con l'amministrazione o le amministrazioni aggiudicatrici che la controllano⁴. La questione dell'applicabilità di tale eccezione agli affidamenti «in house orizzontali», ancorché largamente discussa in dottrina, non ha ancora potuto essere oggetto dell'attenzione della Corte, in quanto quest'ultima, nella sua precedente, e oramai abbondante, giurisprudenza ha avuto modo di occuparsi esclusivamente di affidamenti in house in cui la relazione tra l'ente aggiudicatore e il soggetto aggiudicatario era di tipo verticale⁵.

5. La seconda eccezione sviluppata nella giurisprudenza della Corte⁶ e richiamata dal giudice del rinvio concerne, invece, la possibilità di escludere dall'ambito di applicazione delle norme dell'Unione in materia di appalti i contratti di appalto rientranti nell'ambito della cosiddetta cooperazione tra enti pubblici.

I – Contesto normativo

A – Diritto dell'Unione

6. Ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2004/18, «[g]li “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».

7. L'articolo 7 della direttiva 2004/18 stabilisce le soglie di valore al di là delle quali gli appalti pubblici rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva stessa. Al momento dei fatti pertinenti nella causa principale tale soglia era pari a EUR 193 000⁷. Ai sensi dell'articolo 20 della direttiva 2004/18, «[g]li appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II A sono aggiudicati secondo gli articoli da 23 a 55». L'articolo 28 di tale direttiva dispone che gli appalti sono aggiudicati, salvo eccezioni, mediante procedura aperta o mediante procedura ristretta. L'allegato II A della stessa direttiva comprende una categoria 7, che contempla i «servizi informatici e affini».

B – Diritto nazionale

8. L'articolo 5, paragrafo 3, della Costituzione tedesca dispone che «l'arte e la scienza, la ricerca e l'insegnamento sono liberi».

9. Ai termini dell'articolo 91c, paragrafo 1, della Costituzione tedesca, «[l]a Federazione e i Länder possono cooperare per la pianificazione, la creazione e la gestione dei sistemi informatici necessari alla realizzazione dei loro compiti».

3 — Sentenza del 18 novembre 1999 (C-107/98, Racc. pag. I-8121).

4 — Si vedano, ad esempio, le sentenze Teckal, cit., punto 50; dell'11 gennaio 2005, Stadt Halle e RPL Lochau (C-26/03, Racc. pag. I-1, punto 49); del 13 ottobre 2005, Parking Brixen (C-458/03, Racc. pag. I-8585, punto 62); dell'11 maggio 2006, Carbotermo e Consorzio Alisei (C-340/04, Racc. pag. I-4137, punto 33); del 19 aprile 2007, Asemfo (C-295/05, Racc. pag. I-2999, punto 55); del 13 novembre 2008, Coditel Brabant (C-324/07, Racc. pag. I-8457, punto 27); del 10 settembre 2009, Sea (C-573/07, Racc. pag. I-8127, punto 40), e del 29 novembre 2012, Econord (C-182/11 e C-183/11, punto 25).

5 — V. le cause citate alla nota precedente.

6 — Sentenze del 9 giugno 2009, Commissione/Germania (C-480/06, Racc. pag. I-4747, punti 37, 44 e 47); del 19 dicembre 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a. (C-159/11, punti 34 e 35), e ordinanza del 20 giugno 2013, Consiglio Nazionale degli Ingegneri (C-352/12, punti 43 e ss.).

7 — V. articolo 7, lettera b), della direttiva 2004/18, come modificato dal regolamento (CE) n. 1177/2009 della Commissione, del 30 novembre 2009 (GU L 314, pag. 64).

10. La disciplina nazionale in materia di appalti è contenuta nel Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (legge contro le restrizioni della concorrenza), il quale nel suo articolo 99, contiene la definizione di appalto pubblico⁸.

11. Lo Hamburgisches Hochschulgesetz (legge della città di Amburgo sull'insegnamento superiore; in prosieguo: lo «HmbHSchG») prevede la disciplina applicabile agli istituti pubblici d'insegnamento superiore della Freie und Hansestadt Hamburg (la città libera e anseatica di Amburgo; in prosieguo: la «città di Amburgo»).

12. Ai termini dell'articolo 2, dello HmbHSchG, «[g]li istituti di insegnamento superiore, organismi della città di Amburgo, sono persone giuridiche di diritto pubblico autonome», che «regolano l'esercizio delle proprie competenze autonome mediante un regolamento di base e delle disposizioni statutarie».

13. Ai termini dell'articolo 5 dello HmbHSchG, rubricato «Autonomia», gli istituti di insegnamento superiore esercitano le loro competenze autonome in modo indipendente, sotto il controllo di legittimità delle autorità competenti. Le competenze autonome sono le competenze che non sono delegate.

14. L'articolo 6 dello HmbHSchG disciplina gli stanziamenti a favore degli istituti di insegnamento superiore e, nel suo paragrafo 2, enumera le competenze delegate che tali istituti esercitano, tra cui vengono, tra l'altro, indicate: la gestione dei crediti messi a loro disposizione, inclusa la fatturazione, la tesoreria e la contabilità, l'amministrazione degli immobili e delle attrezzature messe a loro disposizione, le questioni relative al personale e al suo reclutamento, nonché la determinazione della capacità formativa e le proposte concernenti la determinazione del numero delle ammissioni. Ai sensi del paragrafo 3 dello stesso articolo, l'esercizio di altre competenze può essere delegato a detti istituti. Infine, ai sensi del paragrafo 4 di tale articolo, le autorità competenti esercitano mediante direttive e istruzioni generali un «controllo di opportunità»⁹ su tali istituti in merito all'esercizio delle competenze delegate.

II – Fatti, procedimento nazionale e questioni pregiudiziali

15. La Technische Universität Hamburg-Harburg (Politecnico di Amburgo; in prosieguo: la «TUHH»), ricorrente nella causa pendente dinanzi al giudice del rinvio, è un istituto pubblico di insegnamento superiore della città di Amburgo. Essa è un'amministrazione aggiudicatrice ai sensi della direttiva 2004/18¹⁰.

16. Lo Hochschul-Informationssystem GmbH (in prosieguo: lo «HIS»), anch'esso, insieme alla TUHH, ricorrente nella causa pendente dinanzi al giudice del rinvio, è una società a responsabilità limitata a capitale integralmente pubblico, controllata per un terzo dallo Stato federale tedesco e per due terzi dai 16 Länder tedeschi, tra cui la città di Amburgo, la quale detiene nel capitale sociale dello HIS una quota pari al 4,16%. Conformemente all'articolo 2 del suo statuto, l'oggetto sociale dello HIS consiste nel fornire assistenza agli istituti pubblici d'insegnamento superiore e alle amministrazioni competenti al fine di assicurare l'esecuzione razionale ed economicamente efficace della loro missione d'insegnamento superiore mediante, tra l'altro, lo sviluppo di procedure per la razionalizzazione

8 — Ai termini dell'articolo 99 GWB, «[g]li appalti pubblici sono contratti conclusi, a titolo oneroso, tra amministrazioni aggiudicatrici e imprese, riguardanti la realizzazione di prestazioni aventi ad oggetto forniture, lavori o servizi, nonché le concessioni di lavori e le procedure che conducono all'aggiudicazione di appalti di servizi».

9 — Risulta dalle osservazioni presentate alla Corte che, nel diritto amministrativo tedesco, il «controllo di opportunità» è un controllo più intenso di quello di legittimità e si estende anche all'opportunità dell'atto o dell'azione amministrativa.

10 — V. articolo 1, paragrafo 9, di tale direttiva.

dell'amministrazione dell'insegnamento superiore, nonché la partecipazione nell'introduzione e nell'applicazione di tali procedure, la fornitura di informazioni e l'organizzazione degli scambi di informazioni. Ai sensi dell'articolo 3 del suo statuto, lo HIS svolge esclusivamente attività di interesse pubblico senza perseguire scopi lucrativi.

17. Con l'intenzione di acquisire un sistema di gestione informatica per l'insegnamento superiore, la TUHH ha proceduto ad effettuare una valutazione di due di tali sistemi, uno sviluppato dallo HIS e uno sviluppato dalla società Datenlotsen Informationssysteme GmbH (in prosieguo: la «Datenlotsen Informationssysteme»). A seguito del confronto tra tali due sistemi informatici, la TUHH ha deciso di stipulare, in data 7 aprile 2011, un contratto con lo HIS avente ad oggetto l'installazione del sistema sviluppato da quest'ultimo, effettuando un'attribuzione diretta senza applicazione delle procedure di aggiudicazione previste dalla direttiva 2004/18 per gli appalti pubblici.

18. Considerando che l'affidamento diretto di tale appalto allo HIS fosse illegittimo, la Datenlotsen Informationssysteme ha impugnato la decisione d'affidamento dinanzi alla Vergabekammer bei der Finanzbehörde della città di Amburgo, giudice di primo grado competente in materia di appalti, la quale ha accolto il ricorso. Tale giudice ha, in particolare, ritenuto che non sussistessero le condizioni previste dalla giurisprudenza della Corte per un'attribuzione «in house», non esistendo una relazione di controllo tra la TUHH e lo HIS.

19. Lo HIS e la TUHH hanno impugnato la sentenza di primo grado dinanzi al giudice del rinvio.

20. Tale giudice osserva che la Corte non ha avuto ancora modo di chiarire se la giurisprudenza che prevede un'eccezione all'applicabilità delle norme sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici nei casi di affidamento in house possa applicarsi a un «affidamento in house orizzontale» come quello in causa nel procedimento principale. Esso ritiene, tuttavia, che lo spirito e la finalità dell'eccezione relativa agli affidamenti in house quale sviluppata dalla giurisprudenza della Corte potrebbe permettere di far rientrare tali operazioni in detta eccezione, esonerando quindi le amministrazioni aggiudicatrici dall'obbligo di organizzare procedure di aggiudicazione pubblica per tali tipologie di appalti. Tuttavia, secondo il giudice del rinvio, alla luce del fatto che secondo la giurisprudenza il regime delle eccezioni all'applicabilità di tali procedure deve essere interpretato restrittivamente, spetta alla Corte stabilire se gli affidamenti in house orizzontali possano o meno rientrare nell'ambito di applicazione di tale eccezione.

21. Il giudice del rinvio ritiene, inoltre, che non sussistano i presupposti per l'applicazione dell'ulteriore eccezione sviluppata dalla giurisprudenza della Corte relativa alla cooperazione tra enti pubblici in quanto, da un lato, lo HIS sarebbe costituito nella forma di società a responsabilità limitata di diritto privato e, dall'altro, esso non sarebbe incaricato direttamente di esercitare una missione di servizio pubblico.

22. Il giudice del rinvio rileva anche che, ai termini della normativa pertinente, gli istituti d'insegnamento superiore, quali la TUHH, dispongono di una larga autonomia nei settori della ricerca e dell'insegnamento e che l'esercizio di tali competenze autonome è sottoposto al semplice controllo di legittimità. Tuttavia, il contratto oggetto della controversia pendente dinanzi ad esso rientra nel settore degli acquisti e delle forniture, in cui le autorità competenti dispongono di un potere di controllo che si estende fino alla possibilità di annullare o di modificare le decisioni adottate dalle università. Il giudice del rinvio si chiede, pertanto, se la condizione del «controllo analogo» prevista dalla giurisprudenza Teckal, la quale sarebbe soddisfatta per il settore degli acquisti e delle forniture, non debba tuttavia estendersi all'integralità degli ambiti di attività del soggetto aggiudicatario.

23. Alla luce di tali considerazioni, il giudice del rinvio, con ordinanza del 6 novembre 2012, ha ritenuto necessario sospendere il procedimento pendente dinanzi a sé al fine di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

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

In caso di risposta affermativa alla prima questione:

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

III – Procedimento dinanzi alla Corte

24. L’ordinanza di rinvio è pervenuta in cancelleria in data 10 gennaio 2013. Hanno depositato osservazioni scritte la TUHH, lo HIS, la Datenlotsen Informationssysteme GmbH, i governi ceco, italiano, spagnolo e ungherese, nonché la Commissione europea. All’udienza, che ha avuto luogo il 21 novembre 2013, sono intervenuti la TUHH, lo HIS, la Datenlotsen Informationssysteme GmbH, il governo spagnolo e la Commissione.

IV – Analisi giuridica

A – Sulla prima questione pregiudiziale

25. Con la sua prima questione pregiudiziale, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se un’operazione in house orizzontale - ossia la conclusione di un contratto tra un’amministrazione aggiudicatrice ed un ente aggiudicatario che non hanno alcuna relazione di controllo tra loro, ma che sono entrambi sottoposti al controllo della medesima istituzione, la quale è a sua volta amministrazione aggiudicatrice ai sensi della direttiva 2004/18, e a favore della quale entrambi realizzano la parte più importante della loro attività - costituisca un appalto pubblico ai sensi della direttiva 2004/18 e debba pertanto essere assoggettata alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici previste da tale direttiva.

26. Preliminarmente occorre osservare che l’applicazione della direttiva 2004/18 a un appalto pubblico è subordinata alla condizione che il valore stimato di quest’ultimo raggiunga la soglia stabilita all’articolo 7, lettera b), della direttiva medesima, tenendo conto del valore normale sul mercato dei lavori, delle forniture o dei servizi oggetto di tale appalto pubblico. In caso contrario, si applicano le

norme fondamentali e i principi generali del Trattato FUE¹¹. Orbene, si desume dall'ordinanza di rinvio che il valore del contratto controverso è stato stimato in almeno EUR 840 000, valore che oltrepassa nettamente detta soglia¹², di modo che il contratto in causa rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 2004/18.

27. In conformità all'articolo 1, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2004/18, un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto tra un operatore economico e un'amministrazione aggiudicatrice, ed avente per oggetto la prestazione di servizi di cui all'allegato II A di tale direttiva, costituisce un appalto pubblico¹³.

28. Orbene, risulta dalle informazioni presenti nel fascicolo della Corte, da un lato, che il contratto in causa nel procedimento principale oggetto dell'affidamento diretto è stato concluso tra un'amministrazione aggiudicatrice, la TUHH, e un operatore economico, lo HIS, e, dall'altro, che i servizi oggetto del contratto in causa nel procedimento principale rientrano nella nozione di «servizi informatici e affini», quale contemplata nella categoria 7 dell'allegato II A della direttiva 2004/18.

29. A tale riguardo occorre rilevare che, secondo la giurisprudenza, ai fini della nozione di appalto pubblico è indifferente che il soggetto aggiudicatario, come è il caso per lo HIS in virtù dell'articolo 3 del suo statuto¹⁴, non persegua un preminente scopo di lucro¹⁵. Inoltre, per quanto riguarda il carattere oneroso del contratto in questione, occorre osservare che, secondo la giurisprudenza, un contratto non può esulare dalla nozione di appalto pubblico per il solo fatto che la remunerazione in esso prevista sia limitata al rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio convenuto¹⁶. Pertanto, anche se il contratto in causa nel procedimento principale non dovesse prevedere il pagamento di un prezzo di mercato per i servizi informatici forniti dallo HIS alla TUHH, ciò che spetta eventualmente al giudice del rinvio determinare, ciò non costituirebbe un elemento decisivo per la sua qualifica come appalto¹⁷.

30. Alla luce delle considerazioni che precedono e fatte salve le necessarie verifiche di competenza del giudice del rinvio, ritengo quindi che il contratto controverso nel procedimento principale presenti le caratteristiche di un appalto pubblico che, in quanto tale, è, in linea di principio, assoggettato alle procedure di aggiudicazione previste dalla direttiva 2004/18.

31. Come rilevato ai precedenti paragrafi 4 e 5, emerge tuttavia dalla giurisprudenza della Corte che esistono due tipi di appalti pubblici che esulano dall'ambito di applicazione del diritto dell'Unione in materia di appalti¹⁸ e per i quali, quindi, l'amministrazione aggiudicatrice è dispensata dall'avviare una procedura di aggiudicazione quale prevista dalla direttiva 2004/18.

11 — Tuttavia, la circostanza che il contratto controverso nel procedimento principale possa rientrare, eventualmente, o nell'ambito di applicazione della direttiva 2004/18 o in quello delle norme fondamentali e dei principi generali del Trattato FUE non influisce sulla risposta da fornire alla questione sollevata. Infatti, i criteri enunciati nella giurisprudenza della Corte per valutare se il previo svolgimento di una gara sia o no obbligatorio rilevano sia per l'interpretazione di tale direttiva, sia per l'interpretazione di dette norme e principi del Trattato FUE. V., in tal senso, sentenza Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a., cit., punti 23 e 24.

12 — V. paragrafo 7 supra.

13 — V., al riguardo, sentenza Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a., cit., punto 25.

14 — V. paragrafo 16 supra.

15 — V., in tal senso, sentenze del 23 dicembre 2009, CoNISMA (C-305/08, Racc. pag. I-12129, punti 30 e 45) e Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a., cit., punto 26.

16 — V., in tal senso, sentenza Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a., cit., punto 29.

17 — Al riguardo si vedano le considerazioni effettuate dall'avvocato generale Trstenjak ai paragrafi da 30 a 34 delle sue conclusioni presentate il 23 maggio 2012 nella causa Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a., cit..

18 — V. sentenza Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a., cit., punto 31, e ordinanza Consiglio Nazionale degli Ingegneri, cit., punto 40.

32. Si tratta, in particolare, da un lato, degli appalti rientranti nell'eccezione per i cosiddetti affidamenti «in house» e, dall'altro, di quelli rientranti nell'eccezione prevista per i contratti che istituiscono una cooperazione tra enti pubblici. Nella misura in cui il giudice del rinvio, nella sua ordinanza, si riferisce a entrambe le eccezioni sviluppate nella giurisprudenza della Corte, le quali hanno peraltro fatto oggetto del dibattito in udienza, ritengo che occorra analizzarle entrambe.

1. Sull'applicabilità dell'eccezione “in house” agli affidamenti interni orizzontali

33. Come accennato in precedenza, secondo una giurisprudenza consolidata riconducibile inizialmente alla sentenza Teckal¹⁹, un'amministrazione aggiudicatrice è dispensata dall'avviare una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico nel caso in cui sussistano due condizioni cumulative: in primo luogo, essa deve esercitare sul soggetto aggiudicatario un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi e, in secondo luogo, il soggetto aggiudicatario deve realizzare la parte più importante della propria attività con l'amministrazione o le amministrazioni aggiudicatrici che lo controllano²⁰.

34. Per quanto riguarda la prima di tali condizioni, occorre ricordare che, secondo una costante giurisprudenza, sussiste un «controllo analogo» quando il soggetto aggiudicatario in questione è assoggettato a un controllo che consente all'amministrazione aggiudicatrice di influenzare le decisioni del soggetto medesimo. Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di tale ente. In altri termini, l'amministrazione aggiudicatrice deve essere in grado di esercitare su tale ente un controllo strutturale e funzionale. La Corte esige altresì che tale controllo sia effettivo²¹.

35. Ai sensi della giurisprudenza, nel caso in cui venga fatto ricorso ad un ente posseduto in comune da più autorità pubbliche, il «controllo analogo» può anche essere esercitato congiuntamente da tali autorità, senza che sia indispensabile che detto controllo venga esercitato individualmente da ciascuna di esse²².

36. Orbene, nella misura in cui una delle condizioni cumulative per l'applicazione dell'eccezione sviluppata dalla giurisprudenza per gli affidamenti in house è l'esistenza di una relazione di controllo tra l'amministrazione aggiudicatrice e il soggetto aggiudicatario, è giocoforza constatare che tale eccezione non può trovare, in quanto tale, applicazione nei casi di affidamenti in house orizzontali, i quali per definizione prevedono che non vi sia una relazione di controllo diretto tra tali soggetti²³. Ne consegue pertanto che, allo stato attuale del diritto, tali operazioni devono, in linea di principio, essere assoggettate alle procedure di aggiudicazione previste dalla direttiva 2004/18.

37. Il giudice del rinvio ritiene, tuttavia, che lo spirito e la finalità dell'«eccezione in house», quale sviluppata nella giurisprudenza della Corte per gli affidamenti interni verticali, potrebbero permettere di far rientrare nell'ambito di applicazione di tale eccezione anche le operazioni interne orizzontali. Ciò sarebbe tuttavia possibile solo estendendo la portata di tale eccezione anche ad operazioni in cui, pur essendo sottoposte tanto l'amministrazione aggiudicatrice quanto il soggetto aggiudicatario al controllo analogo di un'altra autorità pubblica, non è tuttavia soddisfatta la prima condizione prevista dalla giurisprudenza in quanto non sussiste una relazione di controllo diretto tra le due parti del contratto. A tale riguardo ritengo che talune considerazioni si rendano necessarie.

19 — Cit.

20 — V. la giurisprudenza citata alla nota 4 supra.

21 — V. sentenza Econord, cit., punto 27 e la giurisprudenza ivi citata.

22 — V. sentenza Econord, cit., punto 28 e la giurisprudenza ivi citata.

23 — V. paragrafi 2 e 25 supra.

38. In primo luogo, occorre ricordare che la Corte ha più volte ripetuto che l'obiettivo principale delle norme dell'Unione in materia di appalti pubblici è la libera circolazione dei servizi e l'apertura alla concorrenza nella misura più ampia possibile in tutti gli Stati membri²⁴. Tale obiettivo implica l'obbligo per qualsiasi amministrazione aggiudicatrice di applicare le norme dell'Unione in materia di appalti qualora sussistano i presupposti da queste contemplati, con la conseguenza che qualsiasi deroga all'applicazione di tale obbligo va interpretata *restrittivamente*²⁵. Ne consegue che qualunque estensione dell'ambito di applicazione di un'eccezione all'applicabilità della normativa dell'Unione in materia di appalti deve essere valutata con estrema prudenza.

39. In secondo luogo, occorre, tuttavia, anche ricordare che la Corte ha riconosciuto che un'autorità pubblica che sia un'amministrazione aggiudicatrice ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad enti esterni non appartenenti ai propri servizi²⁶.

40. È proprio fondandosi su tale premessa che la Corte ha riconosciuto l'eccezione all'assoggettamento alle procedure di aggiudicazione pubblica per gli affidamenti in house. Infatti, nel caso in cui un'amministrazione adempia ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante un ente che costituisce uno strumento proprio, non si configura un contratto a titolo oneroso concluso con un ente giuridicamente distinto dall'amministrazione aggiudicatrice e non sussistono dunque i presupposti per applicare le norme dell'Unione in materia di appalti pubblici²⁷.

41. Risulta del resto da una lettura attenta della giurisprudenza²⁸ che il fondamento dell'eccezione per gli affidamenti in house si ritrova proprio nel fatto che, in quanto il soggetto aggiudicatario non gode di un margine di autonomia tale da impedire all'amministrazione aggiudicatrice di esercitare su di esso un controllo analogo a quello da questa esercitato sui propri servizi, tra i due soggetti non può esistere una relazione contrattuale in senso stretto, poiché non è presente un «incontro di due volontà autonome che rappresentano interessi giuridici distinti»²⁹.

42. Orbene, ritengo che, nel caso in cui un'operazione in house orizzontale si iscriva nel quadro dell'adempimento di compiti di interesse pubblico incombenti ad un'amministrazione aggiudicatrice la quale esegue tali compiti mediante due enti su cui esercita un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi, la ratio dell'«eccezione in house» quale sviluppata nella giurisprudenza possa, in linea di principio, trovare applicazione. In effetti, conformemente alla giurisprudenza menzionata al precedente paragrafo 39, se l'amministrazione utilizza strumenti propri per adempiere ai suoi compiti di interesse pubblico, essa non deve essere obbligata a far ricorso ad enti esterni non appartenenti ai propri servizi. Ciò vale, a mio avviso, anche nel caso in cui tali strumenti propri siano costituiti da due enti controllati da tale amministrazione e per l'adempimento di tali compiti si renda necessaria la conclusione di un contratto tra detti enti. Anche in un caso di tal genere potrebbero quindi, a determinate condizioni, non sussistere i presupposti per l'applicazione delle norme dell'Unione in materia di appalti pubblici.

24 — V., in tal senso, sentenza CoNISMa, cit., punto 37 e giurisprudenza citata.

25 — V., tra le altre, sentenze Stadt Halle e RPL Lochau, cit., punti 44 e 46, e Parking Brixen, cit., punto 63, nonché sentenza del 6 aprile 2006, ANAV (C-410/04, Racc. pag. I-3303, punto 26).

26 — V., inter alia, sentenze Stadt Halle e RPL Lochau, cit., punto 48; Coditel Brabant, cit., punto 48; Commissione/Germania, cit., punto 45, e Sea, cit., punto 57.

27 — V., in tal senso, sentenza Stadt Halle e RPL Lochau, cit., punto 48.

28 — A tale riguardo si veda l'analisi giurisprudenziale effettuata dall'avvocato generale Cruz Villalón ai paragrafi 38 e ss. delle sue conclusioni presentate il 19 luglio 2012 nella causa Econord, cit.

29 — V. conclusioni presentate dall'avvocato generale Cosmas il 1° luglio 1999 nella causa Teckal, cit. (paragrafo 64), e le citate conclusioni dell'avvocato generale Cruz Villalón nella causa Econord, cit. (paragrafo 43). Si veda anche una lettura combinata dei punti 49 e 50 della sentenza Teckal, cit.

43. Tuttavia, occorre ricordare che, come rilevato ai precedenti paragrafi 40 e 41, il fondamento che giustifica l'applicazione dell'eccezione in house si trova nel fatto che la conclusione del contratto in causa non è il risultato dell'espressione di volontà autonome degli enti che ne costituiscono le parti, ma è l'espressione di una volontà unica. Orbene, al riguardo, è giocoforza constatare che in un affidamento interno orizzontale la relazione esistente tra l'amministrazione aggiudicatrice e il soggetto aggiudicatario è molto più tenue rispetto a quella esistente in un affidamento «in house» verticale. Essa, infatti, non è una relazione di controllo diretto, ma è solo un legame indiretto, la cui portata dipende dalle rispettive relazioni esistenti tra i due enti con la loro amministrazione controllante comune.

44. Orbene, in tale prospettiva, la condizione che il contratto sia l'espressione di una volontà unica mi sembra poter essere soddisfatta solo nel caso in cui i due enti che lo concludono siano controllati in via *esclusiva* dalla stessa amministrazione. Solo in tal caso si può, infatti, a mio avviso, ritenere che la conclusione del contratto sia espressione di un unico atto di volontà di un'autorità pubblica, la quale intenda con tale atto adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti. In effetti, nel caso della conclusione di un contratto tra un ente su cui più amministrazioni esercitano un controllo congiunto e un altro ente controllato (in via esclusiva o congiuntamente con altre amministrazioni) da una delle amministrazioni che esercitano il controllo sul primo ente, reputo difficile poter considerare l'atto come espressione di una volontà univoca.

45. In tale prospettiva ritengo, quindi, che l'eccezione all'applicazione delle norme dell'Unione per gli affidamenti interni orizzontali possa essere ammissibile solo ove l'organismo che esercita il controllo analogo sui due soggetti, ossia l'amministrazione aggiudicatrice e il soggetto aggiudicatario, sia non solo lo stesso, ma eserciti il controllo analogo in maniera esclusiva su tali due soggetti. Ritengo pertanto che debba essere esclusa la possibilità di un'estensione dell'eccezione «in house» ai casi di operazioni di natura orizzontale concluse tra soggetti su cui un'amministrazione esercita un controllo analogo, quale definito dalla giurisprudenza in maniera congiunta con altre amministrazioni aggiudicatrici.

46. Un tale approccio restrittivo riguardo al tipo di controllo analogo che deve necessariamente esercitare l'amministrazione controllante sui due soggetti che concludono il contratto di appalto affinché sia configurabile l'eccezione alle norme dell'Unione in materia di appalto per le operazioni interne orizzontali mi sembra non solo essere coerente con la ratio dell'eccezione in house e con la necessità, espressa dalla Corte e menzionata al precedente paragrafo 38, di interpretare tale eccezione in chiave restrittiva, ma mi sembra anche rispondere all'esigenza, avanzata da diverse parti che hanno presentato osservazioni, di non estendere oltre i limiti di ragionevolezza le deroghe alla disciplina degli appalti pubblici con il rischio di sottrarre parti importanti di settori economici alla disciplina degli appalti pubblici e agli obiettivi di apertura alla concorrenza³⁰ che, come rilevato allo stesso paragrafo 38, tale disciplina persegue³¹.

47. Per ciò che riguarda la causa principale, risulta dalle informazioni presenti nel fascicolo della Corte che sullo HIS la città di Amburgo è eventualmente suscettibile di esercitare solo un controllo analogo congiunto insieme agli altri Länder e alla Federazione, ciò che, tra l'altro, è contestato da alcune delle parti intervenienti³². Pertanto, anche ammettendo che la città di Amburgo eserciti in via esclusiva un

30 — V., al riguardo, anche sentenza Carbotermo e Consorzio Alisei, cit., punti 58 e 59.

31 — Occorre, per inciso, rilevare che una soluzione analoga sembra essere quella adottata nell'ultima versione della proposta per una direttiva del Parlamento e del Consiglio riguardo agli appalti pubblici attualmente in discussione dinanzi al Consiglio (documento del Consiglio n. 11745/13; v. specificamente articolo 11, paragrafo 2, di tale proposta).

32 — In particolare, la Commissione contesta l'esistenza di una relazione di controllo tra la città di Amburgo e lo HIS in ragione dell'assenza di una sua rappresentanza durevole nell'ambito del consiglio di sorveglianza dello HIS. Alla luce della risposta data alla questione pregiudiziale, non occorre tuttavia prendere posizione al riguardo.

controllo analogo sulla TUHH, ciò che spetterebbe in ogni caso al giudice del rinvio stabilire anche sulla base della risposta alla seconda domanda pregiudiziale da lui posta alla Corte, l'eccezione quale configurata ai paragrafi precedenti per gli affidamenti interni orizzontali non potrebbe trovare comunque applicazione.

48. In conclusione, risulta dalle considerazioni che precedono che, salve le verifiche di competenza del giudice del rinvio, un contratto quale quello in questione nella causa principale costituisce un appalto pubblico ai sensi della direttiva 2004/18, nella misura in cui esso è un contratto stipulato per iscritto tra un'amministrazione aggiudicatrice e un operatore economico avente ad oggetto la prestazione di servizi ai termini della citata direttiva. In quanto tale, esso è, in linea di principio, assoggettato alle procedure di aggiudicazione previste da tale direttiva. Indipendentemente dalla questione se esistano relazioni di «controllo analogo» tra la città di Amburgo, da un lato, e la TUHH e lo HIS, dall'altro, tale appalto non può beneficiare dell'eccezione all'applicazione di tali procedure in virtù della giurisprudenza Teckal in quanto non sussiste alcun rapporto di controllo tra l'amministrazione aggiudicatrice, ossia la TUHH, e l'operatore economico aggiudicatario, ossia lo HIS. Un siffatto contratto non rientra, a mio avviso, neanche in una fattispecie di affidamento interno orizzontale che possa beneficiare di un'eccezione all'applicazione delle procedure di aggiudicazione pubblica in quanto operazione finalizzata all'adempimento di compiti di interesse pubblico da parte dell'amministrazione che controlla i due soggetti che concludono il contratto, dato che, come ho rilevato ai precedenti paragrafi 44-46, tale possibilità deve essere, a mio avviso, limitata ai casi in cui l'amministrazione controllante esercita un controllo analogo in via esclusiva sulle due parti del contratto, ciò che non è certamente il caso nella causa pendente dinanzi al giudice del rinvio.

2. Sulla cooperazione tra enti pubblici

49. Il giudice del rinvio considera anche la possibilità che l'appalto in causa nel procedimento principale possa beneficiare della seconda eccezione, sviluppata nella giurisprudenza, in merito all'applicazione delle procedure di aggiudicazione pubblica, ossia l'eccezione, menzionata al precedente paragrafo 5, prevista per la cooperazione tra enti pubblici.

50. La giurisprudenza assoggetta la configurabilità di tale eccezione alla sussistenza di cinque requisiti cumulativi i quali, affinché il contratto in questione possa essere escluso dall'ambito di applicazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici, devono essere tutti soddisfatti³³. La Corte ha così previsto che possano esulare dall'ambito di applicazione delle procedure di aggiudicazione pubblica i contratti che, in primo luogo, istituiscono una cooperazione tra enti pubblici, la quale, in secondo luogo, sia finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune a tali enti. In terzo luogo, tali contratti devono essere stipulati esclusivamente tra enti pubblici, senza la partecipazione di una parte privata. In quarto luogo, nessun prestatore privato deve essere posto in una posizione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti e, infine, in quinto luogo, la cooperazione istituita dagli enti pubblici deve essere retta unicamente da considerazioni ed esigenze connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico³⁴.

51. Orbene, spetta al giudice del rinvio provvedere agli accertamenti necessari a determinare la sussistenza, nel caso concreto, di tutti tali criteri. La Corte può, tuttavia, fornire al giudice nazionale tutti gli elementi d'interpretazione rientranti nel diritto dell'Unione che possano essergli utili ai fini della sua decisione³⁵.

33 — Sentenza Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a., cit., punto 36 e giurisprudenza ivi citata, e ordinanza Consiglio Nazionale degli Ingegneri, cit., punto 45.

34 — Sentenza Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a., cit., punti 34 e 35 nonché giurisprudenza ivi citata, e ordinanza Consiglio Nazionale degli Ingegneri, cit., punti 43 e 44.

35 — V. sentenza del 26 settembre 2013, Texdata Software (C-418/11, punto 55 e giurisprudenza citata).

52. In particolare, il giudice del rinvio esprime un duplice dubbio in merito all'applicabilità dell'eccezione prevista per la cooperazione tra enti pubblici al caso di specie.

53. In primo luogo, il giudice del rinvio esclude l'applicabilità di tale eccezione in ragione della natura di società a responsabilità limitata di diritto privato dello HIS. Tale considerazione del giudice del rinvio pone la questione dell'ambito soggettivo di applicazione dell'eccezione in questione.

54. A tale riguardo occorre osservare che, nella sentenza Commissione/Germania, citata, primo caso in cui è stata riconosciuta l'esistenza di tale eccezione, la Corte aveva utilizzato la nozione di «autorità pubbliche»³⁶ per indicare i soggetti che potessero prendere parte alla cooperazione, benché l'accordo di cooperazione in causa fosse stato concluso tra la città di Amburgo e quattro Landkreise limitrofi³⁷. L'utilizzazione da parte della Corte di tale nozione indicava che la deroga non fosse limitata esclusivamente alla cooperazione tra enti locali³⁸. Successivamente, nella sentenza Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a. citata, la Corte ha utilizzato la nozione di cooperazione tra «enti pubblici»³⁹.

55. Indipendentemente dalla questione terminologica, ritengo tuttavia che si debba adottare un approccio funzionale e non formale al riguardo⁴⁰. In tale prospettiva ritengo che la natura di diritto privato di uno dei soggetti che partecipa alla cooperazione non costituisca di per sé un ostacolo all'applicazione dell'eccezione in questione, nella misura in cui sia tuttavia accertato che, nonostante tale natura, il soggetto è in realtà un soggetto pubblico⁴¹, ciò che mi sembra essere chiaramente il caso per una società a capitale integralmente pubblico quale lo HIS.

56. A mio avviso, infatti, la terza delle condizioni giurisprudenziali menzionate al precedente paragrafo 50 non impone la natura formale di diritto pubblico in capo agli enti che istituiscono la cooperazione, ma impone piuttosto la totale assenza di interessi privati in tali enti. A tale riguardo si può aggiungere che la partecipazione di interessi privati deve essere esclusa durante tutta la vigenza del contratto di cui alla causa principale. Qualora, infatti, il capitale del soggetto aggiudicatario avente natura di diritto privato fosse aperto ad azionisti privati, la conseguenza di ciò sarebbe l'affidamento di un appalto pubblico ad una società mista senza procedura concorrenziale, il che contrasterebbe con gli obiettivi perseguiti dal diritto dell'Unione⁴².

36 — V. punti 34, 44, 45 e 47 di tale sentenza.

37 — I Landkreise, o circondari rurali, costituiscono unità amministrative in Germania che raggruppano diversi comuni localizzati nella stessa regione geografica.

38 — V. paragrafo 69 delle conclusioni dell'avvocato generale Trstenjak, nella causa Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce ea., cit.

39 — V. punti 34 e 35 di tale sentenza.

40 — Analogamente, del resto, all'approccio adottato dalla Corte per la definizione della nozione di amministrazione aggiudicatrice e di organismo di diritto pubblico ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 9, secondo comma, della direttiva 2004/18. V. , al riguardo, sentenze del 13 dicembre 2007, Bayerischer Rundfunk ea. (C-337/06, Racc. pag. I-11173, punto 37), e del 10 aprile 2008, Ing. Aigner (C-393/06, Racc. pag. I-2339, punto 37).

41 — A tale riguardo osservo, per inciso, che, secondo la giurisprudenza, il carattere di diritto privato di un ente non costituisce un criterio atto ad escludere la sua qualificazione quale organismo di diritto pubblico e, quindi, di amministrazione aggiudicatrice [v. sentenze della Corte del 15 maggio 2003, Commissione/Spagna (C-214/00, Racc. pag. I-4667, punto 55), e del 16 ottobre 2003, Commissione/Spagna (C-283/00, Racc. pag. I-11697, punto 74), concernenti la direttiva del Consiglio 93/37/CEE, del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (GU L 199, pag. 54), la quale conteneva, nel suo articolo 1, lettera b), una definizione della nozione di «organismo pubblico» identica a quella contenuta nella direttiva 2004/18]. Occorre piuttosto verificare, ciò che spetta al giudice del rinvio, se, alla luce della giurisprudenza pertinente, tale organismo soddisfi o meno le tre condizioni cumulative previste dall'articolo 1, paragrafo 9, secondo comma, della direttiva 2004/18, essendo invece indifferente a tal fine la forma di costituzione degli organismi interessati. V. sentenza Commissione/Spagna, cit. (C-214/00, punto 54).

42 — V., per analogia, sentenza ANAV, cit., punto 30.

57. In secondo luogo, il giudice del rinvio ritiene che la seconda condizione prevista dalla giurisprudenza, ossia che la cooperazione sia finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune ai due enti pubblici, non sia soddisfatta nel caso di specie in quanto, benché gli articoli 2 e 3 dello statuto dello HIS prevedano che il suo oggetto sociale consista nel fornire assistenza agli istituti di insegnamento superiore e, pertanto, tale ente persegua fini di interesse generale, la sua funzione non potrebbe tuttavia essere assimilata a una vera e propria missione di servizio pubblico di cui esso sarebbe incaricato.

58. Non condivido l'approccio, che sembra essere configurato dal giudice del rinvio, secondo cui, affinché la funzione di servizio pubblico possa essere riconosciuta come comune agli enti pubblici che partecipano alla cooperazione, è assolutamente necessario che l'*esecuzione* di tale funzione debba essere propria a ciascuno di essi.

59. In effetti, se è necessario che la cooperazione sia diretta allo svolgimento di una funzione pubblica *comune*, e non è, pertanto, sufficiente che l'obbligo legale di svolgere le funzioni pubbliche in questione incomba su una sola delle autorità pubbliche coinvolte, mentre l'altra si limiti ad un ruolo di mero ausiliare dell'adempimento di tale funzione mediante l'assunzione in appalto dell'esecuzione di detta funzione altrui⁴³, ritengo tuttavia che possa configurarsi una cooperazione finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune anche qualora esista una *complementarità specifica* tra le funzioni di servizio pubblico svolte dagli enti pubblici interessati e la cooperazione riguardi esattamente tali funzioni specificamente complementari. Tuttavia, la nozione di complementarità non può costituire la porta di ingresso nel regime delle eccezioni per cooperazioni riguardanti attività che presentino un qualunque tipo di connessione. Non è infatti, a mio avviso, sufficiente una mera e semplice complementarità tra le funzioni di servizio pubblico. È necessario che tale complementarità sia specifica nel senso che essa riguardi, con riferimento a tutti gli enti pubblici interessati, specificamente la funzione oggetto della cooperazione, come, ad esempio, mi sembra essere il caso per la funzione d'insegnamento e di ricerca nella causa principale.

60. Infatti, in tale prospettiva risulta dalle informazioni presenti nel fascicolo che la funzione specifica che svolge lo HIS, società a capitale integralmente pubblico, è quella di fornire assistenza agli istituti pubblici d'insegnamento superiore per assicurare l'esecuzione razionale ed economicamente efficace della loro missione d'insegnamento superiore. Orbene, tale funzione mi sembra essere in una relazione di complementarità specifica con quella d'insegnamento e di ricerca svolta dalle università tale da poter configurare, a condizione che tutte le altre condizioni siano soddisfatte, una cooperazione rientrante nell'eccezione giurisprudenziale sulla cooperazione tra enti pubblici. A tale riguardo aggiungo che, a mio avviso, riveste carattere tutt'altro che secondario nell'analisi la circostanza che lo svolgimento di detta funzione sia espressione di una volontà del legislatore costituzionale tedesco il quale ha previsto, nel suo articolo 91c, paragrafo 1, forme di cooperazione tra la federazione e i Länder nella creazione e nella gestione dei sistemi informatici necessari alla realizzazione dei loro compiti.

61. Una volta analizzati i dubbi espressi dal giudice del rinvio, occorre ancora occuparsi di una questione sollevata dalla Commissione. Detta istituzione ha, infatti, affermato all'udienza che l'applicazione dell'eccezione in questione al caso di specie sarebbe esclusa, in quanto una cooperazione tra enti pubblici riguardante attività rientranti in una missione di servizio pubblico non potrebbe svolgersi nel quadro di un contratto che prevede la prestazione di servizi forniti in cambio di una remunerazione.

43 — V., in tal senso, il paragrafo 75 delle conclusioni dell'avvocato generale Trstenjak, nella causa Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a. cit..

62. Al riguardo rilevo preliminarmente che la Corte, nella sentenza *Commissione/Germania*, citata, ha già stabilito che il diritto dell'Unione non impone in alcun modo alle autorità pubbliche di ricorrere ad una particolare forma giuridica per assicurare in comune le loro funzioni di servizio pubblico⁴⁴. In tale caso, del resto, la cooperazione tra la città di Amburgo e i Landkreise aveva assunto proprio la forma contrattuale.

63. Tuttavia, occorre altresì notare che, in tale sentenza, la Corte aveva rilevato che la fornitura dei servizi in questione, ossia lo smaltimento dei rifiuti, dava luogo al pagamento di un prezzo unicamente nei confronti del gestore dell'impianto di smaltimento, controparte contrattuale della città di Amburgo, mentre la cooperazione vera e propria posta in essere dal contratto tra le amministrazioni implicate, ossia i servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo e i Landkreise, non dava luogo a movimenti finanziari tra di essi⁴⁵.

64. Mi chiedo pertanto se, per l'applicabilità dell'eccezione in questione all'accordo che istituisce la cooperazione, sia necessario che tale accordo non comporti movimenti finanziari tra gli enti pubblici interessati.

65. Al riguardo rilevo però che, nella sentenza *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a.*, citata, in cui la Corte ha ripreso in modo più puntuale e sistematico, sulla base della precedente sentenza *Commissione/Germania*, i cinque requisiti cumulativi che devono sussistere affinché l'accordo in questione possa beneficiare dell'eccezione all'applicazione delle norme dell'Unione in materia di appalti, essa non ha fatto riferimento ad alcun criterio di tal genere. Desumo da tale silenzio che la Corte non abbia inteso prevedere, come criterio necessario per l'applicazione dell'eccezione in causa, la totale assenza di movimenti finanziari tra gli enti che costituiscono la cooperazione.

66. Tuttavia, ritengo comunque intrinseco alla configurazione di un'eccezione del genere che i pagamenti previsti da un ente per lo svolgimento di un determinato servizio a favore di un altro ente nell'ambito della loro cooperazione non possano essere pari al prezzo di mercato, ma debbano essere orientati sui costi e sugli esborsi finanziari effettivamente sostenuti per la fornitura del servizio, ciò che mi porta a nutrire dubbi sulla compatibilità con tale esigenza di un'eventuale previsione di un pagamento a titolo forfettario delle spese sostenute per fornire il servizio.

67. Spetterà in ogni caso al giudice del rinvio effettuare le verifiche necessarie al riguardo, nonché in merito alla sussistenza di tutti gli altri requisiti previsti dalla giurisprudenza per l'applicabilità dell'eccezione prevista per la cooperazione tra enti pubblici.

B – *Sulla seconda questione pregiudiziale*

68. Con la sua seconda questione pregiudiziale, posta alla Corte in caso di risposta affermativa alla prima questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se il controllo analogo richiesto dalla giurisprudenza *Teckal* debba essere esercitato sull'intera attività del soggetto aggiudicatario oppure se sia sufficiente che tale controllo sia limitato al settore degli acquisti.

69. Rilevo preliminarmente che, alla luce delle considerazioni effettuate nel quadro dell'analisi della prima questione pregiudiziale, nel caso in cui la Corte dovesse seguire l'approccio da me proposto, non sarebbe necessario rispondere a questa domanda, in quanto l'applicabilità dell'eccezione in house sarebbe in ogni caso esclusa nella causa pendente dinanzi al giudice del rinvio. È quindi solo per completezza che effettuo le seguenti considerazioni sulla seconda questione pregiudiziale.

44 — V. punto 47 di tale sentenza, cit.

45 — V. punto 43 della sentenza *Commissione/Germania*, cit.

70. Ho già ricordato al precedente paragrafo 34 i caratteri essenziali del controllo analogo quali delineati dalla giurisprudenza. Ai precedenti paragrafi da 39 a 41 ho invece ricordato la ratio che sta alla base del riconoscimento dell'eccezione in house, la quale spiega anche il senso del requisito stesso del controllo analogo.

71. Si desume, a mio avviso, da tali considerazioni e, particolarmente, dalla necessità che il controllo sia strutturale e funzionale che, in linea di principio, tale controllo deve estendersi all'integralità dell'attività del soggetto aggiudicatario e non può essere limitato al solo segmento degli appalti. L'ente «in house» deve, infatti, nella sostanza, agire come un organo dell'amministrazione e quest'ultima deve esercitare un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni importanti del soggetto da essa controllato⁴⁶.

72. Tuttavia, occorre ricordare che la Corte ha già avuto modo di chiarire che, se la giurisprudenza impone che il controllo esercitato sul soggetto aggiudicatario da un'autorità aggiudicatrice sia analogo a quello che la medesima autorità esercita sui propri servizi, essa non impone tuttavia che il controllo esercitato sul soggetto aggiudicatario debba essere identico in ogni elemento a quello esercitato sui servizi⁴⁷.

73. Al riguardo occorre rilevare che l'autonomia di cui godono le università in materia di insegnamento e di ricerca è espressione della libertà di insegnamento e di ricerca, principio espresso non solo a livello costituzionale nell'articolo 5, paragrafo 3, della Costituzione tedesca, ma anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la quale, nel suo articolo 13, dispone che la ricerca scientifica è libera e che la libertà accademica deve essere rispettata. In tale prospettiva ritengo pertanto che non possa essere imposto, affinché enti quali le università possano beneficiare dell'eccezione in house, che venga esercitato un controllo su di esse che si estende anche all'attività didattica e di ricerca, in quanto l'autonomia delle università rispetto a tali attività è espressione di valori di natura costituzionale comuni agli ordinamenti giuridici degli Stati membri e sanciti nella Carta.

74. Del resto, al riguardo si può anche rilevare che la Corte ha già avuto modo di occuparsi, nella sua giurisprudenza, della peculiarità delle istituzioni universitarie rispetto alla normativa in materia di appalti⁴⁸.

75. Risulta da quanto precede che, se la Corte dovesse ritenere necessario rispondere anche alla seconda questione pregiudiziale posta dal giudice del rinvio, la risposta dovrebbe, a mio avviso, essere nel senso che il controllo analogo deve estendersi all'integralità dell'attività del soggetto aggiudicatario, fatte salve le prerogative di insegnamento e di ricerca proprie alle università.

V – Conclusioni

76. In base alle considerazioni che precedono, propongo alla Corte di rispondere al primo quesito pregiudiziale formulato dallo Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg nei seguenti termini:

Un contratto avente ad oggetto la prestazione di servizi con riferimento ai quali il soggetto beneficiario di tali servizi, il quale costituisce un'amministrazione aggiudicatrice ai sensi della direttiva 2004/18, non esercita un controllo sul soggetto che li fornisce analogo a quello esercitato sui propri servizi, ma entrambi sono sottoposti al controllo di una medesima istituzione, la quale può essere qualificata come amministrazione aggiudicatrice ai sensi della citata direttiva e in cui tanto il beneficiario dei servizi quanto il soggetto fornitore dei servizi realizzano la parte più importante della loro attività a favore della istituzione che li controlla, costituisce un appalto nella misura in cui esso è un contratto

46 — V. giurisprudenza citata alla nota 21 e sentenza *Sea*, cit., punto 65.

47 — V., in tal senso, sentenza *Coditel Brabant*, cit., punto 46.

48 — V., sentenza *CoNISMa*, cit., punti 48, 49 e 51, e *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce* ea., cit., punto 27.

stipulato per iscritto tra l'amministrazione aggiudicatrice beneficiaria dei servizi e l'operatore economico che li fornisce, ove detto contratto abbia ad oggetto una prestazione che sia qualificabile come prestazione di servizi ai sensi della citata direttiva.

Un tale contratto può beneficiare di un'eccezione all'applicazione delle procedure di aggiudicazione pubblica previste dalle norme dell'Unione in materia di appalti solo nel caso in cui l'amministrazione controllante eserciti un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi in via esclusiva sia sul soggetto beneficiario dei servizi sia sul soggetto che li fornisce, ed entrambi realizzino la parte più importante della loro attività a favore di tale amministrazione controllante, oppure nel caso in cui tale contratto soddisfi tutti i requisiti previsti per l'applicazione dell'eccezione della cooperazione tra enti pubblici.