

Affidamenti in house, ok se c'è l'interesse generale

L'esclusione dall'obbligo di gara per una società affidataria in house dipende dalle finalità perseguite (di interesse generale e non commerciali o industriali) e dal nesso funzionale delle attività rispetto alla società controllante; il fatto che operi in concorrenza e non per interessi generali deve essere valutato in concreto. E' quanto ha chiarito la Corte di giustizia europea in una importante sentenza pronunciata il 5 ottobre scorso (causa C-567/15) che analizza la disciplina in materia di «organismo di diritto pubblico» partendo da una fattispecie concreta insorta nella vigenza della direttiva 2004/18 che, sul punto, contiene peraltro una disciplina analoga a quella della 2014/24, trasfusa nel codice dei contratti pubblici all'articolo 3, comma 1, lettera d).

La questione oggetto di giudizio riguardava una società commerciale lituana (Vldr) costituita nel 2003 il cui oggetto sociale consiste nella fabbricazione e nella manutenzione di locomotive, vagoni nonché macchine motrici elettriche e veicoli a motore. La società è una controllata della società ferroviaria statale lituana (suo socio unico) che era, all'epoca dei fatti, il principale cliente della Vldr, i cui ordini rappresentavano circa il 90% del fatturato di tale società. Si trattava quindi di accertare se una società (come la Vldr) che, da un lato, è detenuta interamente da un'amministrazione aggiudicatrice la cui attività consiste nel soddisfare esigenze di interesse generale e che, dall'altro, effettua sia operazioni per tale amministrazione aggiudicatrice sia operazioni sul mercato concorrenziale, potesse essere qualificata come organismo di diritto pubblico.

I giudici, preso atto che l'attività della società controllante (prestazione dei servizi pubblici di trasporto di passeggeri) depono per la sua attrazione nella categoria degli organismi di diritto pubblico e, pertanto, operante come amministrazione aggiudicatrice, analizzano la natura giuridica della controllata Vldr. A tale riguardo, accertato che il controllo è al 100%, la sentenza verifica se sussista anche il secondo elemento, cioè che sia un organismo istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale. Anche su questo punto la Corte evidenzia che effettivamente «le esigenze del cui soddisfacimento la Vldr è stata investita costituiscono una condizione necessaria per l'esercizio delle attività di interesse generale di tale società controllante».

Il fatto poi che in futuro possa operare sul mercato, in concorrenza con altri operatori (quindi con uno scopo di lucro e subendo le perdite collegate all'esercizio di dette attività), è elemento non sufficiente per escludere la natura di amministrazione aggiudicatrice della società.

Per i giudici «l'esistenza di una concorrenza articolata non consentirebbe, di per sé, di concludere per la mancanza di un'esigenza di interesse generale avente carattere non industriale o commerciale». Va verificato in concreto se la società «si lasci guidare da considerazioni diverse da quelle economiche» ed è irrilevante il fatto che il valore delle operazioni interne possa in futuro rappresentare meno del 90%, o una parte non essenziale, del fatturato totale della società.