

La Corte di giustizia UE chiarisce che l'attribuzione diretta ad un <ospedale classificato> di un finanziamento finalizzato alla fabbricazione di prodotti da fornire gratuitamente a diverse amministrazioni costituisce un <contratto a titolo oneroso> sottoposto alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici.

**Corte di giustizia dell'Unione europea, sezione VIII, sentenza 18 ottobre 2018, C- 606/17 – IBA Molecular Italy Srl.**

**Contratti pubblici – Nozione europea di <contratti a titolo oneroso> – Finanziamento ad operatore economico per fabbricazione di prodotti da fornire gratuitamente alle p.a. – Applicabilità.**

**Contratti pubblici – Normativa nazionale di equiparazione degli ospedali privati <classificati> a quelli pubblici – Assenza dei requisiti dell'organismo di diritto pubblico e dell'affidamento secondo il modello dell'*in house providing* – sottrazione alla disciplina degli appalti pubblici – Contrasto con la normativa euro-unitaria.**

*L'articolo 1, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, deve essere interpretato nel senso che la nozione di «contratti a titolo oneroso» ricomprende la decisione mediante la quale un'amministrazione aggiudicatrice attribuisce ad un determinato operatore economico direttamente, e dunque senza previo esperimento di una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico, un finanziamento interamente finalizzato alla fabbricazione di prodotti destinati ad essere forniti gratuitamente da detto operatore a diverse amministrazioni, esentate dal pagamento di qualsiasi corrispettivo a favore dell'operatore stesso, ad eccezione del versamento, a titolo di spese di trasporto, di un importo forfettario di EUR 180 per ciascun invio (1).*

*L'articolo 1, paragrafo 2, lettera a), e l'articolo 2 della direttiva 2004/18 devono essere interpretati nel senso che essi ostano ad una normativa nazionale, come quella controversa nel procedimento principale, la quale, equiparando gli ospedali privati «classificati» a quelli pubblici, attraverso il loro inserimento nel sistema della programmazione pubblica sanitaria nazionale, regolata da speciali convenzioni, distinte dagli ordinari rapporti di accreditamento con gli altri soggetti privati partecipanti al sistema di erogazione delle prestazioni sanitarie, li sottrae alla disciplina nazionale e a quella dell'Unione in materia di appalti pubblici, anche nei casi in cui tali soggetti siano incaricati di fabbricare e fornire gratuitamente alle strutture sanitarie pubbliche specifici prodotti necessari per lo svolgimento dell'attività sanitaria, quale corrispettivo per la percezione di un finanziamento pubblico funzionale alla realizzazione e alla fornitura di tali prodotti (2).*

(1-2) I. – Con la sentenza in rassegna (in [www.lamministrativista.it](http://www.lamministrativista.it) con nota di L. DROGHINI, *Le precisazioni della Corte di Giustizia UE sull'onerosità del contratto e sull'affidamento diretto agli ospedali privati "classificati"*) la Ottava Sezione della Corte di giustizia dell'UE – chiamata a pronunciarsi in sede di rinvio pregiudiziale dalla Terza Sezione del Consiglio di Stato con la sentenza non definitiva del 4 ottobre 2017, n. 4631 (in *Foro amm.*, 2017, 1989 [m] e in *Appalti & Contratti*, 2017, fasc. 10, 85 [m], nonché oggetto della News US in data 9 ottobre 2017) – ha ritenuto, da un lato, che rientri nella nozione di <contratti a titolo oneroso> la decisione con cui un'amministrazione aggiudicatrice attribuisce direttamente ad un ospedale <classificato> un finanziamento finalizzato alla fabbricazione di prodotti da fornire gratuitamente a diverse amministrazioni, e, dall'altro lato, che contrasti con la disciplina europea la normativa nazionale che, equiparando gli ospedali privati <classificati> a quelli pubblici, li sottrae alla disciplina nazionale e a quella dell'Unione in materia di appalti pubblici.

La vicenda che ha portato alla sentenza in rassegna può essere così sintetizzata:

- con ricorso al T.a.r. per il Lazio – Roma la società IBA Molecular Italy s.r.l., società specializzata nella produzione di radiofarmaci, impugnava una duplice serie di atti: da un lato, i provvedimenti e gli atti convenzionali con i quali la USLL n. 12 di Venezia e l'Ospedale dell'Angelo di Mestre (soggetti pubblici) avevano affidato direttamente all'Ospedale Classificato Sacro Cuore (soggetto formalmente privato ma da qualificarsi come <ospedale classificato> sulla base di apposita convenzione) la fornitura gratuita di un radiofarmaco, per la durata di tre anni, con il solo costo del trasporto del prodotto a carico delle amministrazioni destinatarie della fornitura; dall'altro lato, i provvedimenti della Regione Veneto (e atti statali connessi) a mezzo dei quali era concesso un finanziamento di funzione di 700.000 euro all'Ospedale Sacro Cuore, espressamente destinato a coprire il costo dell'impegno di fornire gratuitamente a tutte le aziende sanitarie venete interessate il radiofarmaco stesso, dietro rimborso, da parte dei singoli ospedali aderenti, delle sole ulteriori spese di trasporto del prodotto (€ 180 per singolo invio);
- la società ricorrente, nella sua qualità di soggetto operatore economico del mercato di riferimento, faceva valere il suo interesse all'annullamento del contestato affidamento diretto al Sacro Cuore, nonché degli altri provvedimenti regionali e statali connessi, e al conseguente svolgimento di una selezione pubblica del fornitore del prodotto, secondo le regole imposte dalla direttiva n. 18 del 2004 e della disciplina nazionale di cui al codice dei contratti pubblici all'epoca vigente (d.lgs. n. 163/2006);
- con sentenza n. 4772 del 2016 la Sezione Terza *quater* del T.a.r. per il Lazio – Roma respingeva il ricorso affermando, da un lato, che la fornitura in

- contestazione deve ritenersi essenzialmente gratuita, poiché non vi è nesso di diretta corrispettività tra il finanziamento e l'assegnazione dei prodotti ai singoli presidi ospedalieri pubblici, mentre il rimborso dei costi di trasporto, oltre tutto di importo modesto, *“naturaliter*, va accollato al soggetto beneficiario della fornitura gratuita”, e, dall'altro lato, che il rapporto giuridico contestato da IBA riguarda invero una particolare modalità organizzativa del servizio sanitario pubblico, configurandosi come autoproduzione e fornitura non onerosa del radiofarmaco del tutto interna al sistema sanitario pubblico, stante la natura del Sacro Cuore come struttura di natura privata ma già da tempo classificata ex art. 1 della legge n. 132/1968 ed equiparata agli ospedali pubblici;
- interposto appello dalla società IBA Molecular Italy s.r.l., la Terza Sezione del Consiglio di Stato, respinti alcuni motivi di appello aventi esclusiva attinenza alla normativa nazionale, esamina la tematica di rilievo euro-unitario, attinente alla sussistenza nella specie dei presupposti per procedere ad un affidamento diretto, senza lo svolgimento di procedura di evidenza pubblica, del complesso rapporto scaturente dalla combinazione degli atti fatti oggetto di impugnazione;
  - la Terza Sezione del Consiglio di Stato ha quindi sottoposto alla Corte di giustizia UE le seguenti questioni pregiudiziali:
    - a) *“se la disciplina europea in materia di affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture e, segnatamente, gli articoli 1 e 2 della Direttiva 2004/18/CE, comprenda nel proprio ambito applicativo anche le operazioni complesse mediante le quali un'amministrazione pubblica aggiudicatrice intenda attribuire direttamente ad un determinato operatore economico un finanziamento di scopo, interamente finalizzato alla realizzazione di prodotti destinati ad essere forniti gratuitamente, senza ulteriore procedura di gara, a diverse amministrazioni, esentate dal pagamento di un qualsiasi corrispettivo al predetto soggetto fornitore; se, di conseguenza, la citata normativa europea osti ad una disciplina nazionale che consenta l'affidamento diretto di un finanziamento di scopo finalizzato alla realizzazione di prodotti destinati ad essere forniti, senza ulteriore procedura di gara, a diverse amministrazioni, esentate dal pagamento di un qualsiasi corrispettivo al predetto soggetto fornitore”;*
    - b) *“se la disciplina europea in materia di affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture e, segnatamente, gli articoli 1 e 2 della Direttiva 2004/18/CE, e gli artt. 49, 56, 105 ss. del Trattato UE, ostino ad una normativa nazionale che, equiparando gli ospedali privati “classificati” a quelli pubblici, attraverso il loro inserimento nel sistema della programmazione pubblica*

*sanitaria nazionale, regolata da speciali convenzioni, distinte dagli ordinari rapporti di accreditamento con gli altri soggetti privati partecipanti al sistema di erogazione delle prestazioni sanitarie, in assenza dei requisiti per il riconoscimento dell'organismo di diritto pubblico e dei presupposti dell'affidamento diretto, secondo il modello dell'in house providing, li sottrae alla disciplina nazionale ed europea dei contratti pubblici, anche nei casi in cui tali soggetti siano incaricati di realizzare e fornire gratuitamente alle strutture sanitarie pubbliche specifici prodotti necessari per lo svolgimento dell'attività sanitaria, ricevendo contestualmente un finanziamento pubblico funzionale alla realizzazione di tali forniture".*

II. – È opportuno evidenziare, per l'esatto inquadramento delle questioni pregiudiziali rimesse dal Consiglio di Stato alla Corte di giustizia UE, che la prima questione è relativa alla configurabilità, attraverso una considerazione unitaria dei più atti fatti oggetto di impugnazione giurisdizionale, della fattispecie in esame come contratto <a titolo oneroso>, con conseguente applicabilità delle regole di evidenza pubblica proprie degli appalti pubblici; in sintesi:

- c) tale questione è impostata dalla Terza Sezione, stante la normativa applicabile *ratione temporis*, prendendo a riferimento la disciplina europea di cui all'art. 1, par. 2, lett. a) della direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004, a mente del quale *"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"*; a tale previsione corrisponde, nella normativa interna, l'art. 3, comma 6, del d.lgs. n. 163 del 2006, di tenore pressoché analogo (*"gli «appalti pubblici» sono i contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una stazione appaltante o un ente aggiudicatore e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi come definiti dal presente codice"*);
- d) la sopravvenuta disciplina europea di cui alla direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 (estranea alla presente controversia) contiene, all'art. 2, par. 1, n. 5 una definizione non diversa da quella della precedente direttiva del 2004 (*"<appalti pubblici>: 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"*); anche la nozione della disciplina interna di recepimento non è mutata: l'art. 3, comma 1, lett. ii) del d.lgs. n. 50 del

2016 stabilisce che sono “<appalti pubblici>, i contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l’esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti e la prestazione di servizi”; merita tuttavia di essere ulteriormente evidenziato come la disciplina di cui al d.lgs. n. 50 del 2016 contenga, invero, innovative previsioni che interferiscono con il tema generale della onerosità dei contratti, in ispecie l’art. 20, in tema di “opera pubblica realizzata a spese del privato”, nonché l’art. 24, commi 8 – 8 ter, come modificati dal d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, in tema di servizi di architettura e ingegneria (su tali novità maggiori cenni *infra*).

III. – La seconda questione è invece relativa alla possibile inapplicabilità della direttiva n. 2004/18/CE ai rapporti tra amministrazioni pubbliche aggiudicatrici, in presenza di un contratto mirante ad istituire una cooperazione finalizzata al solo adempimento di una funzione di servizio pubblico comune alle due amministrazioni; in sintesi:

- e) la Terza Sezione richiama la disciplina di cui all’art. 5, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016 (secondo cui, a certe condizioni, “un accordo concluso esclusivamente tra due o più amministrazioni aggiudicatrici non rientra nell’applicazione del presente codice”);
- f) la suddetta norma è infatti ritenuta ricognitiva di un quadro normativo e giurisprudenziale già pienamente consolidato, anche alla luce della costante giurisprudenza della Corte del Lussemburgo (e pertanto ritenuta applicabile anche alla presente vicenda contenziosa), giacché per il diritto dell’Unione europea, in presenza di determinati requisiti, evidenziati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, è possibile per due o più pubbliche amministrazioni stipulare, senza prima aver esperito una gara di appalto, un contratto attraverso cui esse instaurino un rapporto di cooperazione;
- g) la Terza Sezione ritiene che, nel presente giudizio, sussistano tutte le tre condizioni indicate dal citato art. 5, comma 6, che rispecchia il diritto dell’Unione europea, residuando tuttavia un punto controverso: cioè la possibilità di applicare concretamente la disposizione in esame anche alle ipotesi in cui l’accordo intercorra tra soggetti pacificamente qualificabili come amministrazioni aggiudicatrici (ULSS e ospedali pubblici), da una parte, e, dall’altro, un Ospedale classificato o equiparato, di cui è controversa la natura giuridica, tanto secondo il diritto nazionale, quanto secondo il diritto dell’Unione europea:

- g1) il T.a.r. nella sentenza appellata ha ritenuto che il Sacro Cuore, in quanto “Ospedale Classificato”, debba essere pienamente equiparato ad una amministrazione pubblica aggiudicatrice, pur essendo pacifico tra le parti che tale soggetto non abbia i requisiti dell’organismo di diritto pubblico, né che esso possa qualificarsi come soggetto operante in regime di *in house providing*;
- g2) la Terza Sezione rileva tuttavia che detta soluzione interpretativa potrebbe porsi in contrasto con la disciplina di rango europeo, che definisce la nozione di amministrazione aggiudicatrice e le figure soggettive sottoposte alla disciplina delle direttive in materia di contratti pubblici secondo parametri più rigorosi, difficilmente compatibili con interpretazioni analogiche od estensive, rendendo necessario un intervento chiarificatore della Corte di giustizia dell’Unione europea.

IV. – Nella sentenza in rassegna la Corte di giustizia UE giunge alla elaborazione delle massime riportate sulla base del seguente percorso argomentativo:

– sulla prima questione:

- h) rilevato che, nella fattispecie di cui al procedimento principale, da un lato, la Regione Veneto e il Sacro Cuore hanno concluso un contratto mediante il quale tale istituto si è impegnato a produrre e a distribuire gratuitamente un farmaco agli ospedali pubblici regionali, dietro corresponsione però, da parte di questi ultimi, a titolo di spese di trasporto, di un importo forfettario di EUR 180 per ciascun invio, e, dall’altro lato, la Regione Veneto versa al Sacro Cuore una sovvenzione di 700.000 euro interamente destinata alla produzione del farmaco suddetto, deve evidenziarsi che non sussiste alcun dubbio riguardo al carattere oneroso di un contratto siffatto;
- i) risulta dal senso giuridico abituale dei termini «a titolo oneroso» che questi ultimi designano un contratto mediante il quale ciascuna delle parti s’impegna ad effettuare una prestazione quale corrispettivo di un’altra prestazione e, nel caso in discussione nel procedimento principale, la valutazione del carattere oneroso del contratto di produzione e di fornitura di un farmaco deve tener conto dell’esistenza del corrispettivo versato al fornitore di tale farmaco mediante una sovvenzione erogata dalla Regione Veneto;

- j) ne consegue che un contratto come quello in discussione nel procedimento principale, mediante il quale un operatore economico si impegna a fabbricare e a fornire un prodotto a diverse amministrazioni quale corrispettivo di un finanziamento interamente finalizzato alla realizzazione di tale obiettivo, rientra nella nozione di contratto «a titolo oneroso», ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2004/18, quand'anche i costi di fabbricazione e di distribuzione del suddetto prodotto non siano interamente compensati dalla sovvenzione di cui sopra ovvero dalle spese di trasporto che possono essere fatturate alle amministrazioni summenzionate;
- sulla seconda questione:
- k) a norma dell'articolo 1, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2004/18, per costituire un appalto pubblico e dunque vedersi applicare la normativa dell'Unione in materia, il contratto concluso a titolo oneroso di cui trattasi deve essere stato stipulato tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici; regola cui, per costante giurisprudenza, si sottraggono due tipi di appalti conclusi da entità pubbliche;
- l) la prima eccezione riguarda il modello del c.d. *in house providing*:
- 11) si tratta dei contratti conclusi tra un'entità pubblica qualificata come «amministrazione aggiudicatrice» e un soggetto giuridicamente distinto dall'entità suddetta, qualora quest'ultima eserciti su tale soggetto un <controllo analogo> a quello che essa esercita sui propri servizi e questo soggetto realizzi la parte essenziale delle proprie attività con l'entità o le entità che la detengono;
  - 12) a questo proposito, è sufficiente constatare come dalle indicazioni del giudice del rinvio risulti che né la Regione Veneto, né le altre amministrazioni aggiudicatrici coinvolte nella presente vicenda esercitino un controllo sul Sacro Cuore analogo a quello che esse esercitano sui propri servizi;
- m) la seconda eccezione riguarda i contratti conclusi a titolo oneroso che istituiscono una cooperazione tra entità pubbliche finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune a queste ultime:
- m1) l'eccezione tuttavia opera a condizione che tali contratti siano stipulati esclusivamente tra entità pubbliche, senza la partecipazione di una parte privata, che nessun operatore

privato sia posto in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti e che la cooperazione istituita da detti contratti sia retta unicamente da considerazioni ed esigenze connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico, dovendo il contratto pubblico in considerazione soddisfare tutti i suddetti criteri;

m2) il primo dei criteri di cui sopra attiene per l'appunto all'esigenza che questa forma di cooperazione sia realizzata tra entità pubbliche; ma occorre constatare che tale criterio non viene manifestamente soddisfatto nel caso di specie: infatti, gli ospedali «classificati», come il Sacro Cuore, costituiscono persone giuridiche la cui gestione resta, sotto il profilo sia del finanziamento e della nomina degli amministratori sia delle regole di funzionamento interno, interamente privata.

V. – Per completezza si segnala quanto segue:

- n) su tutte le questioni affrontate nella sentenza, analizzate in chiave storica attraverso il raffronto fra la vecchia e la nuova disciplina europea e nazionale degli appalti, cfr. R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, Bologna, Zanichelli, 2017, 169 ss. (ambito oggettivo), 186 ss. (organismo di diritto pubblico), 228 ss. (affidamenti *in house*), 299 ss. (accordi di cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori);
- o) sui profili innovativi nel nuovo Codice degli appalti (d.lgs. n. 50 del 2016) in tema di onerosità dei contratti si segnalano:
  - o1) l'art. 20 sulla innovativa figura della "*opera pubblica realizzata a spese del privato*", fattispecie in cui il privato si impegna, a mezzo di specifica convenzione, a realizzare l'opera pubblica "*a sua totale cura e spesa*", con sottrazione alle ordinarie regole di evidenza pubblica e sottoposizione ad assai più circoscritta disciplina (ad es. deve essere rispettato l'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016); su tale istituto si rinvia alla lettura di F. MERUSI, *Una disciplina peculiare (e forse inapplicabile)* in G.F. FERRARI e G. MORBIDELLI; *Codice dei contratti pubblici*, Piacenza, 2017, p. 147;
  - o2) l'art. 24, commi 8, 8 bis e 8 ter d.lgs. n. 50 del 2016, come risultanti dal decreto correttivo (d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56): in particolare viene in considerazione, in primo luogo, il disposto

del nuovo comma 8, che richiama il decreto ministeriale portante *“le tabelle dei corrispettivi commisurati al livello qualitativo delle prestazioni e delle attività di cui al presente articolo”*, aggiungendo, in termini prescrittivi, che *“i predetti corrispettivi sono utilizzati dalle stazioni appaltanti quale criterio o base di riferimento ai fini dell’individuazione dell’importo da porre a base di gara dell’affidamento”*; in secondo luogo assume specifico rilievo il disposto del comma 8 *ter*, a mente del quale *“nei contratti aventi ad oggetto servizi di ingegneria e architettura la stazione appaltante non può prevedere quale corrispettivo forme di sponsorizzazione o di rimborso, ad eccezione dei contratti relativi ai beni culturali, secondo quanto previsto dall’art. 151”*); sul punto cfr. C. FANASCA, *Le novità in tema di progettazione e appalto integrato* in M.A. SANDULLI, M. LIPARI, F. CARDARELLI, *Il correttivo al codice dei contratti pubblici*, Milano, 2017, p. 15 ss.;

p) sulla giurisprudenza europea in materia di contratti a titolo oneroso sottoposti a gara (riferita alla direttiva 2004/18/CE) si segnalano:

p1) Corte di giustizia UE, sez. III, 21 dicembre 2016, C-51/15, Remondis (oggetto della News US in data 3 gennaio 2017), secondo cui *“l’articolo 1, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, deve essere interpretato nel senso che non costituisce un appalto pubblico un accordo concluso tra due enti territoriali, sulla base del quale questi ultimi adottano uno statuto che istituisce un consorzio intercomunale, persona giuridica di diritto pubblico, e trasferisce a tale nuovo ente pubblico talune competenze di cui tali enti erano investiti fino ad allora e che sono ormai proprie di tale consorzio intercomunale”*;

p2) Corte di giustizia UE, sez. IV, 8 dicembre 2016, C -553/15, Undis (oggetto della News in data 14 dicembre 2016, cui si rinvia per ogni riferimento sull’*in house providing*);

p3) Corte di giustizia UE, sez. V, 2 giugno 2016, C- 410/14, Falk Pharma (oggetto della News US in data 6 luglio 2016), secondo cui *“l’art. 1, par. 2, lettera a), della direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di*

*servizi, deve essere interpretato nel senso che non costituisce un appalto pubblico, ai sensi di tale direttiva, un sistema di convenzioni attraverso il quale un ente pubblico intende acquistare beni sul mercato contrattando, per tutto il periodo di validità di tale sistema, con qualsiasi operatore economico che si impegni a fornire i beni in questione a condizioni predefinite, senza operare alcuna scelta tra gli operatori interessati e permettendo a questi di aderire a detto sistema per tutto il periodo di validità dello stesso”;*

p4) Corte giustizia UE, sez. V, 8 maggio 2014, C-15/13, in *Foro it.*, 2015, IV, 40, con nota di CASORIA, secondo cui *“un contratto avente ad oggetto la fornitura di prodotti concluso tra un’università, che è un’amministrazione aggiudicatrice ed è controllata nel settore delle acquisizioni di prodotti e servizi da uno Stato federato tedesco, e un’impresa di diritto privato detenuta dallo Stato federale e dagli Stati federati tedeschi, compreso detto Stato federato, costituisce un appalto pubblico ai sensi della menzionata disposizione e, pertanto, deve essere assoggettato alle norme di aggiudicazione previste dalla direttiva”;*

q) sui contratti <a titolo oneroso> nella giurisprudenza interna cfr.:

q1) T.a.r. per la Calabria – Catanzaro, sez. I, 13 dicembre 2016, n. 2435, relativa alla impugnazione di bando relativo all’affidamento di un incarico professionale a titolo gratuito per la predisposizione del nuovo strumento urbanistico generale del Comune di Catanzaro, che afferma la necessaria “onerosità” e sinallagmaticità delle prestazioni dei contratti di appalto, connotati sia dalla sussistenza di prestazioni a carico di entrambe le parti che dal rapporto di reciproco scambio tra le stesse;

q2) Cons. Stato, sez. V, 3 ottobre 2017, n. 4614 (che ha riformato la sentenza del T.a.r per la Calabria citata) – in *Giur. it.*, 2018, I, 168 con nota di L. MARZANO, *Incarico di progettazione - Affidamento di incarico professionale senza corrispettivo: il potenziale ritorno di immagine per il professionista quale utilità economica apprezzabile in sostituzione del compenso*; in *Federalismi*, 26 settembre 2018, con nota di M. CHIARELLI, *Appalti pubblici di servizi a titolo gratuito: nota a Consiglio di Stato, sez. V, 3 ottobre 2017, n. 4614*; ed in *Nuovo notiziario giur.*, 2018, 250 con nota di R. GIANI, *Contratti pubblici <a titolo oneroso> tra <utilità*

*finanziaria> e <utilità economica>* - che ha affermato il principio secondo cui l'affidamento di servizi a titolo gratuito configura un contratto a titolo oneroso, soggetto alla disciplina del Codice dei contratti pubblici, posto che l'onerosità non necessariamente trova fondamento in un corrispettivo finanziario della prestazione contrattuale, ma può avere analoga ragione anche in un altro genere di utilità, economicamente apprezzabile (quale, ad es. il cd. «ritorno di immagine»); sul tema anche N. DURANTE, *Qualificazione giuridica e rilevanza sociale dell'incarico tecnico-professionale affidato dalla stazione appaltante in assenza di corrispettivo economico*, in *Giustizia amministrativa - Studi e contributi*, 2018, 5;

r) sul tema dei contratti di cooperazione tra entità pubbliche finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune a queste ultime e sottratti all'evidenza pubblica, si vedano, nella giurisprudenza europea:

r1) Corte di giustizia UE, sez. V, 13 giugno 2013, C-386/11 *Piepenbrock*, - in *Urbanistica e appalti*, 2013, 1259, con nota di BARTOLINI - riferito a contratto con il quale, senza instaurare una cooperazione tra gli enti pubblici contraenti al fine di adempiere una funzione di servizio pubblico comune, un ente pubblico conferisce ad un altro il compito di pulizia di taluni edifici a uso uffici, locali amministrativi e istituti scolastici, riservandosi al contempo la facoltà di controllare l'esecuzione di tale compito, dietro pagamento di un corrispettivo che si presuppone corrispondere alle spese comportate dall'espletamento dell'incarico;

r2) Corte di giustizia UE, sez. X, ordinanza 16 maggio 2013, C-564/11 - in *Urbanistica e appalti*, 2013, 1257, con nota di BARTOLINI - secondo cui *“Il diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici osta ad una normativa nazionale che autorizzi la stipulazione, senza previa gara, di un contratto mediante il quale taluni enti pubblici istituiscano tra loro una cooperazione, nel caso in cui - ciò che spetta al giudice del rinvio verificare - un tale contratto non abbia il fine di garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune agli enti medesimi, non sia retto unicamente da considerazioni ed esigenze connesse al perseguimento*

*di obiettivi d'interesse pubblico oppure sia tale da porre un prestatore privato in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti".*

- r3) Corte di giustizia UE, grande sezione, 19 dicembre 2012, C-159/11 in *Sanità pubbl. e privata*, 2013, fasc. 1, 72, con nota di DE ANGELIS; *Giornale dir. amm.*, 2013, 293 (m); *Rass. avv. Stato*, 2012, fasc. 4, 25, con nota di FIENGO; *Urbanistica e appalti*, 2013, 388, con nota di CARANTA; *Giur. it.*, 2013, 1415 (m), con nota di MAZZAMUTO; *Dir. comunitario scambi internaz.*, 2013, 429, con nota di SONCINI;
- r4) Corte di giustizia UE, grande sezione, 9 giugno 2009, C-480/06 *Commissione/Germania*, in *Urbanistica e appalti*, 2009, 1176, con nota di GALLO - relativo al contratto stipulato tra i servizi per la nettezza urbana della città di Amburgo e i quattro Landkreise (circoscrizioni amministrative) limitrofi e destinato ad assicurare la messa in comune del trattamento dei loro rifiuti – secondo cui *"Poiché il diritto comunitario non impone in alcun modo alle autorità pubbliche di ricorrere ad una particolare forma giuridica per assicurare in comune le loro funzioni di servizio pubblico, non contrasta con il trattato l'accordo a titolo oneroso, di durata ventennale, stipulato tra enti locali volto a consentire il trattamento dei rifiuti nell'impianto di uno di essi, con l'obbligo per gli altri di mettere a disposizione le capacità ricettive delle proprie discariche non sfruttate"*;
- r5) Corte di giustizia UE, sez. III, 13 novembre 2008, C-324/07 *Coditel Brabant SA* dove si rinviene per la prima volta l'affermazione secondo cui un'autorità pubblica può adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi e che può farlo altresì in collaborazione con altre autorità pubbliche (v. sentenza *Coditel Brabant*, cit., punti 48 e 49);
- r6) sugli accordi di collaborazione tra pubbliche amministrazioni si veda altresì la determina della Avcp - Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici (ora ANAC) n. 7 del 20 ottobre 2010;
- s) sull'*in house*, nell'ambito di una vasta casistica, nazionale e comunitaria, si segnalano le seguenti recenti pronunce della Corte del Lussemburgo:

- s1) Corte di giustizia UE, sez. V, 19 giugno 2014, C-574/12, *Centro Hospitalar*, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2014, 1373, con nota di FERRARI;
- s2) Corte di giustizia UE, sez. V, 8 maggio 2014, C-15713, *Technische*, in *Foro it.*, 2015, IV, 40, con nota M. CASORIA, ivi ogni ulteriore riferimento di dottrina e giurisprudenza anche relativo alla nuove direttive del 2014;
- s3) Corte di giustizia UE, sez. III, 29 novembre 2012, C-182/ e C-183/11, *Soc. Econord*, in *Urbanistica e appalti*, 2013, 307, con nota di F. LEGGIADRO, che si sofferma in particolare sul requisito del <controllo analogo>;
- t) sulla nozione di organismo di diritto pubblico cfr. T.a.r. per il Lazio – Roma, sez. III, ordinanza 12 luglio 2018, n. 7778, oggetto della News US in data 6 agosto 2018, cui si rinvia per ampi riferimenti di dottrina e giurisprudenza;
- u) sugli affidamenti diretti in materia sanitaria cfr.:
  - u1) T.a.r. per il Veneto, sez. III, ordinanza 18 giugno 2018, n. 643 (oggetto della News US in data 2 luglio 2018, cui si rinvia per ampi riferimenti in materia);
  - u2) Corte di giustizia UE, sez. V, 28 gennaio 2016, C-50/14, *Consorzio artigiano servizio taxi*, in *Foro it.*, 2016, IV, 142, in *Guida al dir.*, 2016, fasc. 9, 104 (m), con nota di CASTELLANETA e in *Riv. trim. appalti*, 2016, 651 (m), secondo cui “*gli art. 49 e 56 Tfu devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, che consente alle autorità locali di attribuire la fornitura di servizi di trasporto sanitario mediante affidamento diretto, in assenza di qualsiasi forma di pubblicità, ad associazioni di volontariato, purché il contesto normativo e convenzionale in cui si svolge l’attività delle associazioni in parola contribuisca effettivamente alla finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio su cui detta disciplina è basata*”;
  - u3) Corte di giustizia UE, sez. V, 11 dicembre 2014, causa C-113/13, *Azienda sanitaria locale n. 5, Spezzino*, in *Foro it.*, 2015, IV, 145, con nota di richiami di PALMIERI e con nota di ALBANESE; in *Urbanistica e appalti*, 2015, 508, con nota di CARANTA; in *Ragiusan*, 2015, fasc. 369, 74; in *Rass. dir. farmaceutico*, 2015, 198; in *Dir. comm. internaz.*, 2015, 809, con nota di GRECO; in

*Quaderni dir. e politica ecclesiastica*, 2015, 554 (m), e in *Public Procurement Law Review*, NA61 - NA66, con nota di MCGOWAN, secondo cui “gli art. 49 e 56 Tfu devono essere interpretati nel senso che non ostano ad una normativa nazionale che, come quella in discussione nel procedimento principale, prevede che la fornitura dei servizi di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza debba essere attribuita in via prioritaria e con affidamento diretto, in mancanza di qualsiasi pubblicità, alle associazioni di volontariato convenzionate, purché l’ambito normativo e convenzionale in cui si svolge l’attività delle associazioni in parola contribuisca effettivamente alla finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio su cui detta disciplina è basata”;

u4) sul tema si veda R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, Bologna, 2017, 594 ss., 724 ss., 1822 ss. secondo la quale “il considerando 28 della direttiva 2014/24 prende espressamente posizione precisando che i servizi di trasporto in ambulanza non rientrano, nel Vocabolario comune sugli appalti, nel novero dei servizi di trasporto terrestre, ma nella classe 8514, che nella nuova direttiva ricade nell’allegato XIV (allegato IX del codice), tra i servizi specifici in c.d. regime alleggerito (ma non del tutto esclusi), che inoltre possono rientrare nell’ambito degli appalti riservati”;

v) sugli ospedali <classificati> cfr.

v1) Cons. Stato, sez. III, 17 dicembre 2015, n. 5729 in *Quaderni dir. e politica ecclesiastica*, 2016, 967, secondo cui “l’equiparazione degli ospedali privati classificati alle strutture pubbliche non li sottrae all’ambito della programmazione regionale, principio che, attraverso varie fasi dell’evoluzione della legislazione sanitaria dell’ultimo ventennio, si è imposto quale strumento imprescindibile di governo del servizio pubblico sanitario, allo scopo di realizzare il contenimento della spesa pubblica e la razionalizzazione del sistema sanitario; ciò in piena coerenza con la garanzia del diritto alla salute come diritto costituzionalmente condizionato dall’attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell’interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie, di cui dispone al momento”;

- v2) T.a.r. per la Puglia – Lecce, sez. II, 16 marzo 2016, n. 483 in *Quaderni dir. e politica ecclesiastica*, 2016, 972, secondo cui l'inserimento degli ospedali gestiti dagli enti ecclesiastici (c.d. ospedali classificati) nel SSN ha un mero rilievo operativo e funzionale e non implica di per sé una assoluta parificazione della loro disciplina a tutti i fini;
- v3) in dottrina, sotto diverso profilo, cfr. G. PELLETTIERI, *Il rapporto di lavoro del personale medico dipendente da ospedali religiosi classificati: quid medium tra privato e pubblico impiego?* in *Dir. lav.*, 1997, II, 499.