

N. 05241/2013 REG.PROV.COLL.

N. 01090/2007 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 1090 del 2007, proposto da:

Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze, in persona del Direttore Generale *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Paolo Stolzi, con domicilio eletto presso Roberto Ciociola in Roma, via Bertoloni, 37;

contro

Data Medica Service S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Tiziano Ugoccioni e Guido Francesco Romanelli, con domicilio eletto presso il secondo di essi in Roma, via Cosseria, 5;

nei confronti di

Regione Lombardia, in persona del Presidente *pro tempore*, non costituita nel presente giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - MILANO: sezione I n. 2840/2006, resa tra le parti, concernente la gara pubblica per servizio triennale elaborazione dati per la valutazione esterna sulla qualità, con fornitura di materiale di controllo

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Vista l'ordinanza n. 1383/2007 con la quale è stata respinta la domanda cautelare;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 giugno 2013 il Cons. Hadrian Simonetti, uditi per le parti gli avvocati Stolzi e Romanelli.

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

1. L'Azienda ospedaliera universitaria di Careggi, al cui interno all'epoca dei fatti operava il Centro Regionale di riferimento per la sicurezza e la qualità in laboratorio, odierna appellante, partecipò alla gara bandita nel 2005 dalla Regione Lombardia, ai sensi del d.lgs. 157/1995, per l'aggiudicazione, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del servizio triennale di elaborazione dati per la valutazione esterna sulla qualità dei farmaci, risultando all'esito prima classificata, soprattutto grazie al forte ribasso offerto, in misura pari al 59%.

2. La seconda classificata, Data Medical service s.r.l. impugnò l'aggiudicazione, lamentando la mancata esclusione dell'aggiudicataria, sul presupposto che un ente pubblico non potesse partecipare ad una gara pubblica e, comunque, sul rilievo che la sua offerta economica fosse anomala, data l'entità del ribasso proposto.

3. Il Tar accolse il primo motivo, ritenendo che, come confermato dal combinato disposto degli artt. 19 e 34 del Codice dei contratti (quantunque non applicabile *ratione temporis*), vi fosse per gli enti pubblici un vero e proprio divieto di

partecipare alle gare pubbliche, essendo loro consentito, in presenza di determinate condizioni, solamente l'affidamento in via diretta.

4. Con il presente appello è impugnata la sentenza, deducendone l'erroneità sulla base di un'interpretazione estensiva della nozione di operatore economico, tale da ricomprendere anche gli enti pubblici economici e, quindi, anche le aziende sanitarie e quelle ospedaliere che a tale categoria sono ricondotte.

4.1. Si è costituita la Data Medical Service replicando con articolata memoria, con cui ha anche riproposto i numerosi motivi assorbiti in primo grado, recanti ulteriori cause di esclusione dell'appellante, con essi denunciandosi, tra l'altro, che l'Ospedale non avrebbe consegnato i campioni richiesti e che avrebbe offerto un ribasso "spropositato", approfittando della propria natura di ente pubblico.

4.2. Respinta la domanda cautelare con ordinanza del 16.3.2007, in vista dell'udienza pubblica le difese hanno depositato nuove memorie, rappresentando anche il fatto che, nelle more del giudizio, l'appalto, di durata triennale, sia stato interamente eseguito.

5. Osserva preliminarmente il Collegio come, a distanza di alcuni anni dai fatti di causa e dopo che il contratto ha avuto integrale esecuzione, l'appellante non abbia più interesse alla tutela in forma specifica, ovvero all'aggiudicazione e all'esecuzione dell'appalto. Ciò non toglie che residua, nel caso in esame, un interesse "morale" rafforzato, preordinato ad un accertamento sulla possibilità per l'Azienda ospedaliera di partecipare alle gare, e un interesse, giuridico in senso stretto, al risarcimento dei danni derivati dalla mancata aggiudicazione della procedura a suo tempo bandita.

6. Ciò posto, la prima questione da esaminare è se esista o meno un divieto di partecipare alle gare nei confronti di un'azienda ospedaliera universitaria; questione che si iscrive all'interno di una tematica più generale che coinvolge l'individuazione dei soggetti ammessi a partecipare alle procedure di affidamento e

quindi l'esatta delimitazione della nozione comunitaria di operatore economico e la possibilità di ricompredervi anche enti pubblici, economici e non.

6.1. Deve muoversi da una ulteriore premessa, che è qui utile precisare, circa la natura delle aziende ospedaliere universitarie nel quadro del processo di aziendalizzazione che, nell'esperienza italiana degli ultimi venti anni, ha coinvolto le unità sanitarie locali e gli altri soggetti erogatori di prestazioni sanitarie.

Questo processo, avviato con il d.lgs. 502/1992 e ulteriormente sviluppato con il d.lgs. 229/1999, ha condotto alla trasformazione delle preesistenti unità sanitarie locali - in origine amministrazioni operanti a livello comunale - in aziende dotate di personalità giuridica e autonomia imprenditoriale; al riconoscimento alle stesse di autonomia organizzativa, patrimoniale, contabile, di gestione e tecnica (art. 3, co. 1 bis, d.lgs. 502/1992); alla previsione esplicita che la loro attività deve essere improntata a criteri di efficacia, efficienza ed economicità, nel rispetto del vincolo di bilancio, attraverso l'equilibrio di costi e ricavi, compresi i trasferimenti di risorse finanziarie, nonché nella capacità di agire di regola mediante atti di diritto privato.

6.2. Si ritiene pertanto che, sempre nell'esperienza italiana, il processo di aziendalizzazione delle unità sanitarie locali - tra le altre cose preordinato, almeno nelle intenzioni, a ridurre l'influenza della politica sulla sanità - sia stato contrassegnato sia dalla progressiva autonomia del soggetto erogatore dei servizi sanitari rispetto all'ente territoriale di riferimento; sia dall'introduzione di strumenti privatistici nella gestione aziendale. Con la conseguenza che le unità sanitarie locali hanno perso, quanto meno sul piano formale, il carattere di organo di un diverso ente (prima il comune e poi la regione), acquisendo una propria soggettività giuridica con un'autonomia che, alla luce del citato art. 3, co. 1 bis del d.lgs. 502/1992, induce parte della dottrina e giurisprudenza nazionali a qualificare le Aziende sanitarie, comprese quelle ospedaliere, come enti pubblici economici, sulla falsariga del modello generale rappresentato dall'azienda speciale degli enti locali

(v. TAR Catanzaro, II, n. 37/2001 confermata in appello dalla V Sez. del Consiglio di Stato con decisione n. 2609/2001).

La natura pubblica di tali soggetti non appare discutibile ove si considerino una serie di indici quali: la doverosità del loro fine istituzionale, che è quello di fornire prestazioni sanitarie ed assistenziali; il sistema di finanziamento, sul quale a breve si tornerà; la circostanza che l'attività non ha prevalentemente finalità lucrativa ma è rivolta allo svolgimento ed alla realizzazione della propria finalità istituzionale; infine la titolarità di poteri amministrativi in senso stretto, in particolare di tipo ispettivo e sanzionatorio.

Proprio sulla base di questi indici altra parte della dottrina, enfatizzando i limiti e i condizionamenti di cui "soffre" l'autonomia delle aziende sanitarie, preferisce inquadrarle invece come enti pubblici strumentali della regione ovvero come enti pubblici ad istituzione necessaria.

6.3. In effetti, al di là delle questioni terminologiche, il processo di "aziendalizzazione" convive con un penetrante potere di controllo esercitato dalla Regioni sull'attività delle Asl, potere che si manifesta non solo al momento della nomina (e della revoca) del Direttore generale, organo di vertice cui spetta la direzione manageriale dell'ente, ma anche, se non soprattutto, in sede di programmazione, tanto degli obiettivi e dei piani quanto delle risorse finanziarie e della loro attribuzione alle singole aziende.

Con particolare riferimento a quest'ultimo profilo, è bene specificare come, in Italia, il servizio sanitario nazionale, sino al 1998, fosse finanziato dallo Stato con le entrate derivanti dalla fiscalità generale e come, a partire dal d.lgs. 56/2000, il principale livello di governo competente (quello regionale) sia divenuto anche il principale responsabile del finanziamento dei servizi sanitari; e come le Regioni, cui quindi spetta garantire i mezzi per l'erogazione dell'assistenza sanitaria, utilizzino tre canali di finanziamento: entrate proprie (aventi natura tributaria o

extratributaria), quote di compartecipazione al gettito di tributi erariali (compartecipazione IVA, addizionale IRPEF) e (eventualmente) contributi perequativi ai sensi dell'art. 119, comma II e III, Cost.

Non senza aggiungere come, soprattutto per far fronte ad esigenze di contenimento e riduzione della spesa e per far fronte a disavanzi finanziari divenuti nel tempo intollerabili, nel corso dell'ultimo decennio siano andati accentuandosi i tratti autoritativi del sistema sanitario, modificando sensibilmente l'impostazione originaria del 1992.

6.4. L'ispirazione di fondo del modello delineato in origine con la riforma del 1992 si basava infatti, dal lato dell'offerta, su una sostanziale parità tra istituzioni pubbliche e private nella erogazione competitiva delle prestazioni agli assistiti, e, dal lato della domanda, sulla libertà di scelta riservata all'utente di rivolgersi alla struttura di fiducia per la fruizione dell'assistenza.

Sin dal principio si è tuttavia previsto un controllo sul volume complessivo della domanda, devolvendo appunto alla programmazione sanitaria la fissazione tra l'altro dei livelli uniformi di assistenza sanitaria (fatta salva la potestà delle regioni di prevedere livelli superiori con il proprio autofinanziamento) e l'elaborazione di protocolli diagnostici e terapeutici, ai quali i medici di base sono tenuti ad attenersi, nella prescrizione delle prestazioni. Per quanto riguarda il costo delle medesime, sono predeterminate le tariffe in base alle quali sono pagate, in un regime di sostanziale monopolio, le prestazioni a carico del servizio sanitario.

Non meno intensi i controlli dal lato dell'offerta, per quanto riguarda la fissazione e la verifica degli "standards" qualitativi minimi, il regime di accreditamento delle strutture private (che ha richiesto tempi di attuazione più lunghi del previsto e che si è tradotto in valutazioni che non di rado comportano margini di discrezionalità tecnica, accentuando il momento autoritativo della vicenda), la liquidazione delle

spese basata (anche per le istituzioni pubbliche) sulla remunerazione delle prestazioni effettivamente erogate.

6.5. In conclusione si deve ritenere che, in Italia, la riforma sanitaria abbia sì introdotto elementi di concorrenzialità nella gestione dei relativi servizi, superando il regime di rigido monopolio pubblico, ma senza con questo instaurare un regime puro di mercato. Il sistema misto pubblico-privato costituisce, piuttosto, uno strumento correttivo correlato alla introduzione di meccanismi di gestione orientati all'efficienza ed alla programmazione delle procedure di erogazione delle prestazioni. Si reputa che persistano, infatti, stringenti ragioni di tipo economico che giustificano la sottrazione dei servizi sanitari alle forze del libero mercato, venendo in questione tipologie di “beni” che per le loro particolari caratteristiche non consentono un'allocazione efficiente delle risorse disponibili nell'ambito di un contesto economico di tipo concorrenziale, ma generano, piuttosto, rilevanti casi di “fallimento del mercato” (v. Tar Lombardia, Milano, III, n. 1891/2010).

6.6. Se questa è una prima conclusione, e se la natura di ente pubblico (economico) può essere estesa anche alle aziende ospedaliere, comprese quelle universitarie (v. art. 4 d.lgs. 502/1992), appare non agevole (continuare ad) affermare, come si legge nella sentenza di primo grado oggetto di impugnazione, l'esistenza di un divieto categorico, quasi ontologico, di partecipare alle gare pubbliche nella veste di “semplici” concorrenti.

6.7. Si deve richiamare, infatti, la giurisprudenza della Corte di Giustizia (v., in particolare, sentenza 23.12.2009, in causa C-305/08) cui, peraltro sempre in epoca successiva alla pubblicazione della sentenza qui appellata, sono seguite aperture maggiori, anche sul piano interno, da parte sia dell'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici (Determinazione n. 7/2010) sia soprattutto dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio, con la sentenza n. 10/2011 (ma v., già in precedenza, Cons. St., VI, n. 3897/2009, a proposito delle fondazioni, e V, n. 4327/2003).

La Corte di Giustizia, ribadendo quanto già affermato in alcuni precedenti, ha ritenuto che è ammesso a presentare un'offerta o a candidarsi qualsiasi soggetto o ente che, considerati i requisiti indicati in un bando di gara, si reputi idoneo a garantire l'esecuzione dell'appalto, in modo diretto oppure facendo ricorso al subappalto, indipendentemente dal fatto di essere un soggetto di diritto privato o di diritto pubblico e di essere attivo sul mercato in modo sistematico oppure soltanto occasionale, o, ancora, dal fatto di essere sovvenzionato tramite fondi pubblici o meno. L'effettiva capacità di detto ente di soddisfare i requisiti posti dal bando di gara deve essere valutata durante una fase ulteriore della procedura, in applicazione dei criteri previsti agli articoli 44-52 della direttiva 2004/18 (cfr. sentenze 18 dicembre 2007, causa C-357/06, 12 luglio 2001, causa C-399/98, 7 dicembre 2000, causa C-94/99).

La Corte, richiamando poi l'articolo 4, n. 1, della direttiva 2004/18/CE, ha ulteriormente precisato che gli Stati membri possono decidere liberamente se autorizzare o meno determinati soggetti - quali, nel caso allora in esame, le università e gli istituti di ricerca - non aventi finalità di lucro, ma volti principalmente alla didattica e alla ricerca, ad operare sul mercato in funzione della compatibilità di tali attività con i fini istituzionali e statutari che sono chiamati a perseguire; e che, una volta concessa, l'autorizzazione, non si può escludere gli enti in questione dalla partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. Per poi concludere, alla luce dell'attuale disciplina legislativa, che “la direttiva 2004/18 deve essere interpretata nel senso che essa osta all'interpretazione di una normativa nazionale come quella di cui trattasi nella causa principale che vieti a soggetti che, come le università e gli istituti di ricerca, non perseguono un preminente scopo di lucro di partecipare a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, benché siffatti soggetti siano autorizzati dal diritto nazionale ad offrire sul mercato i servizi oggetto dell'appalto considerato”.

6.8. Si deve quindi prendere atto di come, su fondamentale impulso del Giudice europeo, il novero dei soggetti ammessi a partecipare a pubbliche gare sia stato ampliato anche dal giudice nazionale, che ha evidenziato come l'elencazione di cui all'art. 34 del Codice dei contratti -peraltro oggetto, in risposta della lettera di costituzione in mora della Commissione del 30.1.2008, di una modifica significativa ad opera dell'art. 1, co. 1 lett. g) del d.lgs. 152/2008, che vi ha aggiunto la lettera f-bis) - non può considerarsi tassativa. Tale conclusione trova conforto anche in altre norme del codice dei contratti che definiscono la figura dell'imprenditore o fornitore o prestatore di servizi nell'ambito degli appalti pubblici (art. 3, commi 19 e 20) e, prima ancora, nell'art. 1, par. 8, della direttiva 2004/18/CE dove si chiarisce che il termine "operatore economico" comprende l'imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi, e designa "una persona fisica o giuridica o un ente pubblico o un raggruppamento di tali persone e/o enti che offra sul mercato, rispettivamente, la realizzazione di lavori e/o opere, prodotti o servizi".

6.9. In questo modo il principio di massima partecipazione alle gare si coniuga con (e si serve di) una regola di libertà negoziale dei tipi e di neutralità delle forme, nell'esercizio dell'attività economica, che può ritenersi da tempo consolidata nell'esperienza giuridica positiva (di molti) degli stati membri, come dimostra ad esempio la vicenda storica delle fondazioni di impresa, e come sul piano interno testimonia di recente il riconoscimento da parte del legislatore italiano della categoria dell'impresa sociale (d.lgs. 155/2006).

7. Tutto questo dovrebbe condurre alla conclusione che il divieto in linea generale non ha più ragion d'essere. Il che non equivale però ad una indiscriminata ammissione.

8. Due sono i limiti, sinora individuati dalla giurisprudenza europea e nazionale:

a) che l'attività posta a gara sia strumentale al conseguimento delle finalità istituzionali dell'ente pubblico;

b) che non vi sia una previsione normativa specifica che vieti tale attività, in particolare in ragione del possibile effetto distorsivo sulla concorrenza.

8.1. Quanto al primo profilo, si deve ribadire innanzi tutto l'autonomia imprenditoriale delle aziende sanitarie, eredi nell'esperienza italiana del modello organizzativo dell'azienda autonoma (organi-impresa), ed il fatto che pongono in essere principalmente (anche se, come già veduto, non esclusivamente) atti di diritto privato ed erogano prestazioni materiali, per quanto specialistiche. Per poi sottolineare come le aziende ospedaliere, tanto più quelle universitarie, svolgano anche rilevanti funzioni di didattica e ricerca, finalità istituzionali rispetto alle quali è possibile affermare che il servizio oggetto della gara in questione – l'elaborazione di dati - si ponesse in un rapporto di strumentalità.

8.2. Quanto al secondo profilo, invece, ferma restando l'intangibilità in via di principio della libertà di iniziativa economica privata degli enti pubblici (che nell'ordinamento interno è desumibile principalmente dall'art. 11 c.c.), tanto più di quelli economici, non può essere taciuta la tendenza generale emergente nel diritto italiano volta ad “evitare che – per riprendere le autorevoli parole del Giudice delle leggi - soggetti dotati di privilegi operino in mercati concorrenziali” (v. Corte Costituzionale, sent. n. 326/2008 e, da ultimo, n. 229/2013).

8.3. Di questa tendenza, affermata peraltro in epoca successiva all'indizione della gara in oggetto e declinata essenzialmente con riferimento alle società commerciali partecipate, in tutto o in parte, da enti pubblici, gli esempi più noti sono dati dall'art. 13, d.l. n. 223/2006, dall'art. 113, co. 6, d.lgs. 267/2000 e dall'art. 23-bis, co. 9, d.l. n. 112/2008, le ultime due disposizioni, in materia di servizi pubblici locali, peraltro abrogate e quindi non più in vigore.

8.4. Nel dettaglio la prima delle disposizioni richiamate prevede che le società, a capitale interamente pubblico o miste, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti, in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti affidanti, non possono svolgere prestazioni favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare alle società di altri enti.

La *ratio* della norma è quella - attraverso un vincolo di esclusività nell'oggetto sociale ed un divieto di attività extraterritoriale - di evitare che tali soggetti possano turbare il libero gioco della concorrenza, grazie alle asimmetrie informative e ai legami con l'ente pubblico di cui beneficiano.

8.5. Non è agevole, né privo di conseguenze, stabilire se una simile norma debba intendersi come derogatoria di un principio generale di segno opposto, nel senso della libertà contrattuale; o sia invece espressione di una regola più ampia, a tutela della concorrenza e della parità di trattamento.

La difficoltà di una risposta è acuita anche dalla vicenda storica che ha interessato le disposizioni richiamate in materia di servizi pubblici locali, travolte dal referendum abrogativo del 2011, la cui ammissibilità era stata affermata dalla Corte costituzionale, peraltro, proprio sul presupposto che questi limiti ulteriori non fossero comunitariamente imposti ma fossero una scelta essenzialmente di natura endogena volta a rafforzare gli standard europei, anticipando assetti più avanzati (v. sentenza n. 24/2011 che richiama la n. 325/2010).

8.6. Nel caso qui in esame, c'è da chiedersi se un'azienda ospedaliera, finanziata e controllata dalla Regione Toscana e parte integrante e necessaria del suo servizio sanitario, possa partecipare a gare indette da un diverso ente, in una diversa regione, ed in tale sede, approfittando verosimilmente della propria rendita di

posizione, offrire un prezzo notevolmente più basso di quello offerto dagli altri partecipanti.

8.7. La questione ha una rilevanza più generale che prescinde il solo caso dell'azienda sanitaria o ospedaliera, dal momento che la progressiva estensione del novero dei soggetti ammessi a partecipare alle gare – ad esempio in favore delle organizzazioni no profit, che beneficiano di un regime fiscale tendenzialmente più favorevole (v. Cons. St., sez. III, n. 5882/2012) – porta con sé il rischio che la competizione sia caratterizzata, sempre di più, da una evidente disomogeneità tra i concorrenti.

Il tema è destinato a diventare ineludibile, a seguito dei limiti, divenuti più rigorosi, posti a carico dei soggetti pubblici (o privati no profit) che intendano ricorrere allo strumento degli accordi e/o delle convenzioni in alternativa alla via maestra delle procedure di aggiudicazione (Corte di Giustizia 19.12.2012, C-159/11). Infatti, quanto più si riduce l'ambito di operatività degli accordi tra soggetti pubblici e si riconosca invece la necessità di aggiudicare mediante gara pubblica veri e propri appalti, tanto più spesso è destinato a porsi il problema della parità di trattamento tra concorrenti disomogenei: da un lato quelli che devono stare sul mercato, dall'altro quelli che possono contare anche su finanziamenti pubblici, più o meno garantiti, ovvero su affidamenti diretti, e che quindi beneficiano di una sorta di “doppio binario”.

8.8. Il superamento dei vecchi divieti di partecipazione alle gare, ove risulti definitivamente confermato, rende probabilmente improcrastinabile, per prevenire ogni possibile abuso sul lato opposto, l'accrescimento dei controlli e la ricerca di meccanismi correttivi volti a riequilibrare le disomogeneità di partenza tra i diversi operatori.

9. Sulla base di quanto sinora considerato, la Sezione ritiene necessario conoscere se l'art. 1 della direttiva 18.6.1992, n. 92/50/CEE, applicabile *ratione temporis* e che

coordina(va) le procedure di aggiudicazione degli appalti di servizi (cui corrisponde nella sostanza il più volte citato art. 1, par. 8 della direttiva 18/2004), laddove definisce “i prestatore di servizi” come “le persone fisiche o giuridiche, inclusi gli enti pubblici che forniscono servizi”, debba ricomprendere anche le aziende ospedaliere del tipo dell’odierna appellante.

9.2. Il punto di vista del Collegio, nella soluzione da dare alla prima questione pregiudiziale, che viene espresso ai sensi del par. 23 delle Istruzioni della Corte di Giustizia 160/01 del 2011, è che l’orientamento giurisprudenziale che è andata emergendo dalle disposizioni appena citate sia ostativo ad una norma interna, quale al tempo l’art. 3 del d.lgs. 157/1992 di recepimento della direttiva 50/1992 (ed oggi l’art. 34 del d.lgs. 163/2006 recante il Codice dei contratti pubblici), che fosse letta nel senso di escludere, a priori, l’azienda ospedaliera dalla possibilità di partecipare alle gare.

Con la precisazione che, ove un simile divieto potesse essere desunto in via interpretativa dall’assetto organizzativo del sistema sanitario nazionale o per analogia da norme relative ad altri soggetti di natura pubblica, si porrebbe pur sempre il problema di valutare la compatibilità di tale divieto con la disposizione della direttiva appena richiamata.

9.3. Ciò premesso si formula il seguente quesito:

“Dica la Corte di Giustizia se l’art. 1 della direttiva 50/1992, letta anche alla luce del successivo art. 1 par. 8 della direttiva 18/2004, ostano ad una normativa interna che fosse interpretata nel senso di escludere l’odierna appellante, in quanto azienda ospedaliera avente natura di ente pubblico economico, dalla partecipazione alle gare”.

10. Ove questa prima questione pregiudiziale sia risolta dalla Corte di Giustizia nel senso di negare qualunque aprioristica esclusione dalla partecipazione alla gare pubbliche, dovrà esaminarsi la compatibilità con i principi del Trattato di una gara,

quale quella svoltasi nel caso qui in esame, nella quale partecipino soggetti disomogenei – da un lato soggetti privati che operano in un regime di concorrenza; dall'altro un ente ospedaliero che beneficia stabilmente di finanziamenti pubblici e che è affidatario diretto del servizio pubblico sanitario - e tale disomogeneità permetta ad uno di loro di formulare un'offerta economica manifestamente più bassa quale, all'apparenza, nessun soggetto privato avrebbe mai potuto presentare.

10.1. Il punto di vista del Collegio, nella soluzione da dare a questa seconda questione pregiudiziale, che viene espresso ai sensi del par. 23 delle Istruzioni della Corte di Giustizia 160/01 del 2011, è che il diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici – in particolare, i principi generali di libera concorrenza, non discriminazione e proporzionalità – osti ad una normativa nazionale che permetta ad un soggetto, del tipo dell'azienda ospedaliera appellante, che beneficia stabilmente di risorse pubbliche e che è affidataria in via diretta di un servizio pubblico, di lucrare da tale situazione un vantaggio competitivo determinante nel confronto concorrenziale con altri operatori economici, come dimostra l'entità del ribasso offerto.

10.2. Con la precisazione che difficilmente tale disomogeneità potrebbe trovare il suo correttivo in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta, essendo probabile che il modello organizzativo che è proprio dell'azienda ospedaliera, con i vantaggi che assicura nell'organizzazione dei fattori produttivi, le permetta di sostenere un simile ribasso.

10.3. Ciò premesso si formula il seguente quesito:

“Dica la Corte di Giustizia se il diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici – in particolare, i principi generali di libera concorrenza, non discriminazione, proporzionalità – osti ad una normativa nazionale che permetta ad un soggetto, del tipo dell'azienda ospedaliera appellante, che beneficia stabilmente di risorse pubbliche e che è affidataria in via diretta del servizio pubblico sanitario, di lucrare

da tale situazione un vantaggio competitivo determinante nel confronto concorrenziale con altri operatori economici - come dimostra l'entità del ribasso offerto - senza che siano previste al contempo misure correttive volte ad evitare un simile effetto distorsivo della concorrenza ”.

11. In conclusione, alla luce di quanto esposto, si rimettono all'esame della Corte di Giustizia dell'Unione europea le due questioni pregiudiziali sopra esposte ai punti 9.3. e 10.3.

12. Ai sensi della «nota informativa riguardante la proposizione di domande di pronuncia pregiudiziale da parte dei giudici nazionali» 2011/C 160/01 in G.U.C.E. 28 maggio 2011, vanno trasmessi alla cancelleria della Corte mediante plico raccomandato in copia gli atti dei giudizi, di primo e di secondo grado, comprensivi della presente ordinanza.

13. Il presente giudizio viene sospeso nelle more della definizione del procedimento pregiudiziale, e ogni ulteriore decisione, anche in ordine alle spese, è riservata alla pronuncia definitiva.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), non definitivamente pronunciando sui ricorsi riuniti in epigrafe, dispone:

- 1) a cura della Segreteria, la trasmissione degli atti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nei sensi e con le modalità di cui in motivazione, e con copia degli atti ivi indicati;
- 2) la sospensione del presente giudizio;
- 3) riserva all'esito ogni ulteriore statuizione in rito, in merito e in ordine alle spese.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 giugno 2013 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Hadrian Simonetti, Consigliere, Estensore

Silvestro Maria Russo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/10/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)