

Luci ed ombre sulla legittimità dell'affidamento *in house* al CINECA

GHERARDO CARULLO

bozza del contributo in Giustamm.it, 2015, 02

1 Il caso

Il caso affrontato dalla seconda Sezione del Consiglio di Stato con il parere dello scorso 30 gennaio 2015, n. 298, rappresenta una di quelle fattispecie – che peraltro dall'analisi della giurisprudenza nazionale ed europea appaiono piuttosto minoritarie – in cui un affidamento *in house* è stato ritenuto legittimo. Si tratta di un parere reso in sede consultiva in relazione ad un quesito posto dal Ministero dell'istruzione dell'università e della ricerca (MIUR) in ordine alla legittimità dell'affidamento disposto da quest'ultimo in via diretta al CINECA di alcuni servizi nel campo dell'informatica.

Il caso è di particolare interesse, in quanto i Giudici di Palazzo Spada non si sono limitati a richiamare i principi già enucleati dalla giurisprudenza europea¹, ma hanno vagliato la compatibilità dell'affidamento diretto anche alla luce della nuova Direttiva in materia di procedure ad evidenza pubblica nei settori ordinari². Il che non era affatto scontato, posto che il termine di recepimento è fissato al 18 aprile 2016³. Il Collegio ha espressamente affermato che la normativa con cui è stata codificata l'eccezione dell'*in house* «appare di carattere sufficientemente dettagliato tale da presentare pochi dubbi per la sua concreta attuazione. Non vi è dubbio quindi che nel caso in esame, se non vi è addirittura un'applicazione immediata del tipo “self-executing”, non può in ogni caso non tenersi conto di quanto disposto dal legislatore europeo, secondo una dettagliata disciplina in materia, introdotta per la prima volta con diritto scritto e destinata a regolare a brevissimo la concorrenza nei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nell'U.E.»⁴.

¹ A partire dalla ben nota sentenza della Corte di giustizia del 18 novembre 1999, nella causa C-107/98, *Teckal*, e giurisprudenza successiva. Data la notorietà dei presupposti (“controllo analogo” e “prevalenza delle attività”) per gli affidamenti *in house*, già oggetto di ampi ed approfonditi studi, si rimanda per tutti a D.-U. GALETTA, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali ed in house providing nella recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1, 2007, p. 17 ss.

² Si allude alla Direttiva n. 24/2014/UE, facente parte del pacchetto di riforma della normativa europea sulle procedure ad evidenza pubblica comprensivo anche delle ulteriori Direttive nn. 23/2014/UE e 25/2014/UE.

³ Il che vale per tutte e tre le Direttive menzionate alla nota precedente, cfr. artt. rispettivamente 51, 90 e 106 delle Direttive nn. 23, 24 e 25 del 2014. Sul carattere *self executing* delle Direttive europee in generale, si veda per tutti D.-U. GALETTA, *Le fonti del diritto amministrativo europeo*, in M.P. CHITI (a cura di), *Diritto Amministrativo Europeo*, Milano, 2013, pp. 93, 121–122 ed *ibid.*, *Impatto del diritto UE sul sistema delle fonti del Diritto Amministrativo*, in D.-U. GALETTA (a cura di), *Diritto Amministrativo nell'Unione Europea*, Torino, 2014, pp. 10–11. Cfr. anche R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, II Ed., Torino, 2010, p. 476.

⁴ Cfr. p. 7 del parere in commento.

Il che da un punto di vista metodologico è certamente condivisibile⁵ e conforme alla stessa giurisprudenza del Consiglio di Stato sull'importanza interpretativa che la nuova normativa (sia pure non ancora in vigore) può avere per le fattispecie pregresse⁶. Cionondimeno, il parere non rimuove ogni dubbio in ordine a due aspetti dell'affidamento: il divieto di apertura del capitale sociale ai privati e la necessaria prevalenza delle attività in favore dell'Amministrazione controllante.

Giova dunque brevemente richiamare alcuni elementi salienti della vicenda.

Come noto, il CINECA è un Consorzio Interuniversitario senza scopo di lucro formato da 70 Università italiane, 4 Enti di Ricerca Nazionali e il MIUR. Come si afferma nel parere in commento, il Consorzio risulta «*stabilmente partecipato al 98% da pubbliche amministrazioni, e soltanto in minima parte da persone giuridiche private*»⁷. In merito al requisito del “controllo analogo”, «*il MIUR precisa di disporre, in base alle previsioni statutarie, di poteri di controllo analogo sul CINECA, da esercitare in via congiunta con gli altri consorziati secondo il principio maggioritario*»⁸. In rapporto, invece, al requisito della prevalenza delle attività, «*il Ministero richiedente osserva come alcuni degli scopi statutarî più rilevanti assegnatigli sin dall'origine siano espressivi di un'ampia missione di servizio pubblico caratterizzata non solo dalla stretta erogazione di prestazioni per gli enti consorziati, ma anche dalla fornitura di servizi e di trasferimento di tecnologia verso l'esterno*»⁹.

In relazione a tale ultimo aspetto appare interessante sottolineare che l'Amministrazione afferma che «*le prestazioni rese a terzi in attuazione di questa missione di servizio pubblico ... rientrano ... nella parte più importante dell'attività comunque svolta nell'interesse degli enti*

⁵ Chi scrive aveva infatti adottato lo stesso approccio nella relazione tenuta al seminario di studio sul tema «*Integrazione europea, servizi pubblici e diritti fondamentali*» organizzato dalla cattedra Jean Monnet del Prof. Emilio Castorina su «*Servizi pubblici, diritti fondamentali e costituzionalismo europeo*» tenuto a Catania, presso il Dipartimento di Giurisprudenza (Villa Cerami) il 31 gennaio 2014, su cui si permetta di rinviare alla rielaborazione scritta *Prime riflessioni in merito alle “nuove” eccezioni relative agli «appalti e le concessioni tra enti nell'ambito del settore pubblico», alla luce della “vecchia” giurisprudenza sull'in house*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 3-4, 2014, p. 823 ss. ed anche al successivo approfondimento su alcuni degli aspetti innovativi delle nuove disposizioni *Riflessioni su alcune aperture del legislatore europeo in tema di in house, anche in prospettiva dei corrispondenti limiti nazionali per le società strumentali*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 5, 2014, p. 991 ss..

⁶ Cfr. Consiglio di Stato, Ad. Plen., 30 luglio 2014, n. 16. *Contra*, cfr. l'Avvocato Generale Paolo Mengozzi, conclusioni presentate il 27 febbraio 2014 nella causa C-574/12, *Centro Hospitalar de Setúbal e SUCH*, secondo cui le nuove norme riflettono una scelta del legislatore che modifica lo stato del diritto solo nel futuro e, pertanto, «*ciò non gioca ..., a mio avviso, alcun ruolo nell'interpretazione del diritto quale vigente allo stato attuale*».

⁷ Cfr. p. 7 del parere in commento. Sul punto si legge più specificamente che «*la nuova configurazione del Consorzio CINECA*» è il risultato dell'incorporazione tramite fusione di «*alcuni istituti universitari aventi natura giuridica privata (tra cui, ad esempio, l'Università Commerciale Luigi Bocconi e lo IULM[!])*» (p. 3.3 del parere in commento).

⁸ Cfr. p. 1 del parere in commento.

⁹ *Ibidem*.

consorziati, poiché rappresentano sempre il frutto di “decisioni di affidamento” al CINECA di attività rientranti nei compiti istituzionali dei soggetti affidanti»¹⁰.

Data per presupposta l'ammissibilità di quello che il Consiglio di Stato definisce “*in house frazionato*”, i punti più problematici sui quali si concentra il parere sono quelli della partecipazione minoritaria di soggetti privati e della prevalenza delle attività. Il che, dunque, suggerisce in questa sede di approfondire separatamente i due temi per qualche breve precisazione. Si tralasceranno, invece, gli ulteriori aspetti affrontati, ed agilmente risolti, dal Consiglio di Stato, specie in relazione ai poteri concretamente esercitati sul CINECA e sulla possibilità per un'entità *in house* di svolgere attività d'impresa (entro i limiti dei requisiti degli affidamenti internalizzati)¹¹.

2 La partecipazione di privati non ostativa all'affidamento *in house*

Chi si sia occupato, anche solo incidentalmente, di affidamenti *in house* sa bene con quale rigore la giurisprudenza europea abbia da tempo escluso l'ammissibilità di un affidamento *in house* laddove l'entità sia partecipata da soggetti privati.

Fin dalla nota sentenza *Stadt Halle*, la Corte di Giustizia ha affermato che la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche un'Amministrazione pubblica esclude in ogni caso che quest'ultima possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi¹². Il che vale in egual modo anche laddove il capitale sociale sia aperto, anche solo potenzialmente, alla futura partecipazione privata¹³.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Su tale aspetto cfr. la sentenza della Corte di giustizia – richiamata pure dal Collegio – del 18 dicembre 2014, nella causa C-568/13.

¹² Corte di Giustizia, 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle*, punto 49. Sul punto diversa posizione aveva invece espresso l'Avvocato Generale Christine Stix-Hackl nelle proprie conclusioni presentate in data 23 settembre 2004, in cui aveva espressamente ritenuto che «*in linea di principio, il coinvolgimento di imprese private non comporta alcun pregiudizio*» (punto 70). Sul punto si è commentato che, di conseguenza, «*la problematica dell'individuazione in capo al socio amministrazione pubblica di concreti poteri di «controllo» analogo è subordinato all'elemento teologico degli obbiettivi perseguiti*», F. ROSSI, *Gli affidamenti (quasi) in house: la partecipazione pubblica totalitaria come elemento essenziale. Problemi e quesiti*, in *Serv. pubb. e app.*, 2, 2005, par. 4.

¹³ Sentenza del 6 aprile 2006, in causa C-410/04, *ANAV*, punti 30-33. Anche nella sentenza del 21 luglio 2005, nella causa C-231/03, *Coname*, la Corte di Giustizia ha espressamente affermato che l'apertura della Società «*al capitale privato, [...] impedisce di considerarla come una struttura di gestione «interna» di un servizio pubblico nell'ambito dei comuni che ne fanno parte*» (punto 26). Posto che la possibilità di subentro da parte dei privati è condizione immediatamente verificabile al momento dell'affidamento attraverso la disamina delle previsioni regolanti la fattispecie concreta, e non rappresenta, pertanto, una valutazione speculativa sull'assetto societario futuro, quanto piuttosto un'analisi delle concrete possibilità di apertura al capitale privato, tale soluzione non pare smentire la regola secondo cui «*occorre in generale esaminare l'eventuale obbligo per l'autorità aggiudicatrice di procedere ad una gara d'appalto alla luce delle condizioni esistenti alla data dell'aggiudicazione*», Corte di Giustizia, 10 novembre 2005, nella causa C-29/04, *Commissione / Austria*, punto 38. Senza comunque contare che, secondo detta pronuncia, in determinate situazioni è pur sempre possibile prendere «*in considerazione avvenimenti successivamente intervenuti*» (*ibid.*).

E che si tratti di posizione non soggetta a facili eccezioni è certamente avvalorato dal fatto che tale rigida preclusione è stata di recente confermata anche in rapporto ad un'associazione di pubblica utilità senza scopo di lucro¹⁴.

La *ratio* del divieto è che l'investimento privato risponderebbe a logiche privatistiche, tese alla massimizzazione del profitto ed atte perciò a porsi in potenziale e permanente conflitto con le ragioni pubblicistiche, di norma collegate ad obiettivi di interesse pubblico, che dovrebbero viceversa essere sottese alle decisioni della società *in house*¹⁵.

Com'è facile immaginare, un così rigido approccio non è restato esente da critiche. Si è argomentato che la presenza di un privato, pur introducendo un elemento di differenziazione nel capitale sociale, per ciò solo non può sovvertire la normale formazione della volontà sociale, comunque pur sempre corrispondente a quella della maggioranza¹⁶.

In linea con tale nota critica, si registra peraltro un precedente, a quanto consta del tutto isolato¹⁷, in cui la Corte ha assunto un atteggiamento assai più cauto. Ma va detto che, in tal caso, si trattava di un ricorso *ex art. 226 CE* (ora 258 TFUE), con ogni conseguenza quanto all'onere della prova in ordine agli elementi costitutivi dell'inadempimento (che resta a carico della Commissione)¹⁸.

In tale occasione fu ritenuto legittimo l'affidamento *in house* di servizi informatici a favore di una società il cui capitale sociale era al contempo partecipato da due «*organismi di diritto privato*» ed il cui capitale sociale era comunque aperto ai privati. E si noti che, anche nel caso qui in esame, ricorrono esattamente tutti i suddetti elementi (servizi informatici, organismi di diritto privato e apertura del capitale). Vale dunque la pena ricordare che, in tale occasione, i Giudici europei ritennero di non dover mettere in discussione la sussistenza del requisito del controllo

¹⁴ Cfr. la recente sentenza della Corte di giustizia, del 19 giugno 2014, nella causa C-574/12, *Centro Hospitalar de Setúbal e SUCH*, punto 44.

¹⁵ Sentenza *Stadt Halle*, cit., punto 50. In dottrina F. ASTONE, *La nuova funzione degli statuti nelle società «in house»*, in *Amministrare*, 3, 2011, p. 332, ha in proposito rilevato come nell'*in house* lo scopo lucrativo è sostituito «*dallo svolgimento di determinate fasi del processo produttivo-erogativo dei rispettivi enti*».

¹⁶ In tal senso C.E. GALLO, *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici: il quadro comunitario e nazionale nella più recente giurisprudenza*, in *Dir. Amm.*, 2, 2005, par. 8. L'Autore aveva in particolare affermato che «*d'altro canto, se così non fosse, le strutture societarie non potrebbero funzionare in quanto, comunque, la presenza di un soggetto in minoranza non potrebbe garantire l'affermarsi della volontà della maggioranza*».

¹⁷ Tant'è che in dottrina si è citata tale sentenza proprio per sottolineare come a volte l'altalenare della giurisprudenza europea si traduca in un «*moltiplicatore di incertezze, piuttosto che un parametro di riferimento saldo e chiaro*», cfr. F. FRACCHIA, *Ordinamento comunitario, mercato e contratti della Pubblica Amministrazione*, Napoli, 2010, p. 72.

¹⁸ In tali ricorsi l'onere della prova incombe infatti sulla Commissione, in quanto «*per giurisprudenza costante, nell'ambito di un procedimento del genere, la Commissione ha l'obbligo di dimostrare l'esistenza dell'inadempimento contestato. Essa è infatti tenuta a fornire alla Corte tutti gli elementi necessari alla verifica, da parte di quest'ultima, dell'esistenza di tale inadempimento, senza potersi basare su alcuna presunzione* (v. sentenza 14 giugno 2007, causa C-342/05, *Commissione/Finlandia*, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 23 e giurisprudenza ivi citata)», cfr. Corte di giustizia, sentenza del 4 ottobre 2007, nel procedimento C-179/06, *Commissione / Italia*, p. 37.

analogo in quanto la Commissione non allegò elementi idonei a confutare le difese dello Stato italiano sul punto. In particolare la Corte, da un lato, ritenne incontestata la tesi secondo cui detti «*organismi di diritto privato*» avessero in realtà natura pubblica, dall'altro rilevò che la Commissione non era stata in grado di dimostrare che partecipassero altri privati al capitale sociale¹⁹.

In tale contesto le nuove disposizioni europee hanno chiarito che, in determinate circostanze, può ritenersi ininfluenza la presenza di privati nel capitale sociale, nei limiti in cui «*tali partecipazioni non incidono negativamente sulla concorrenza tra operatori economici privati*»²⁰. Il legislatore europeo ha infatti ammesso la presenza di privati al ricorrere di tre stringenti e cumulative condizioni: che non sia comunque riconosciuto alcun «*controllo o potere di veto*»; che tali partecipazioni siano «*prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati*»; e che sia esclusa la possibilità di esercitare «*un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata*» dall'Amministrazione²¹.

A fronte di tale contesto, la soluzione al quesito sottoposto dal MIUR non era certo univoca.

Una più rigida interpretazione del quadro giurisprudenziale e normativo avrebbe certamente portato a disconoscere in radice ogni possibilità di apertura ai privati. Il che avrebbe comportato la negazione della natura *in house* del CINECA e, così, l'illegittimità dell'affidamento diretto a quest'ultimo.

Senonché, tanto il precedente della Corte di giustizia poc'anzi menzionato, quanto le nuove Direttive, hanno offerto al Consiglio di Stato due diverse (ed alternative) vie al fine di legittimare l'affidamento diretto al CINECA, pur in presenza di «*organismi privati*».

In primo luogo si presentava la (dubbia) possibilità di basare la decisione su motivi analoghi a quelli posti a fondamento della pronuncia della Corte di giustizia di cui si è detto. Seguendo questo primo approccio il Collegio avrebbe potuto omettere un'espressa valutazione dell'incidenza

¹⁹ In parziale distonia rispetto all'indirizzo accolto nelle altre pronunce, infatti, la Corte di Giustizia, con la sentenza del 17 luglio 2008, nella causa C-371/05, *Commissione / Italia*, ha ritenuto che: «*Ne risulta che il suddetto comune aveva la facoltà di incidere in modo determinante tanto sugli obiettivi strategici quanto sulle decisioni importanti dell'ASI tramite la nomina dei membri degli organi direttivi di tale società e di un funzionario comunale incaricato di orientare e controllare l'operato di quest'ultima. Tale facoltà è sufficiente a dimostrare l'esistenza di un potere di controllo strutturale e funzionale ... così da soddisfare la prima condizione stabilita dalla Corte al punto 50 della citata sentenza Teckal. ... Per quanto riguarda il secondo argomento esposto dalla Commissione, si deve rilevare che la possibilità per i privati di partecipare al capitale della società aggiudicataria, in considerazione in particolare della forma societaria di quest'ultima, non è sufficiente, in assenza di una loro effettiva partecipazione al momento della stipula di una convenzione come quella di cui trattasi nella presente causa, per concludere che la prima condizione, relativa al controllo dell'autorità pubblica, non sia soddisfatta. Infatti, per ragioni di certezza del diritto, l'eventuale obbligo per l'amministrazione aggiudicatrice di procedere ad una gara d'appalto dev'essere valutato, in via di principio, alla luce delle condizioni esistenti alla data dell'aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi*», punti 26 e 29.

²⁰ Cfr. considerando 32, paragrafo 2, della Direttiva 24/2014/UE.

²¹ Cfr. art. 12, paragrafo 1, lett. c, della Direttiva 24/2014/UE.

dei soci aventi formale natura privata, concludendo che, in base alle informazioni fornite dall'Amministrazione richiedente, gli stessi apparivano connotati da sufficienti elementi pubblicistici tali da non pregiudicare la guida sostanzialmente pubblica del CINECA²².

La soluzione richiamata tuttavia, oltre che discutibile, sarebbe stata piuttosto precaria. Si sarebbero dovute, infatti, ignorare le disposizioni delle nuove Direttive ai sensi delle quali la partecipazione dei privati è subordinata alla sussistenza di tre precisi requisiti cumulativi. Ma, poiché la stessa giurisprudenza del Consiglio di Stato impone di ritenere che le nuove norme abbiano carattere interpretativo anche per il pregresso, è naturale che i tre requisiti debbano essere rispettati sin d'ora.

Appare dunque senz'altro condivisibile l'approccio seguito dal Consiglio di Stato che, come si è detto, per legittimare l'affidamento al CINECA ha preferito valorizzare la portata interpretativa delle nuove disposizioni.

Nel fare ciò, tuttavia, i Giudici di Palazzo Spada si sono limitati ad accertare che i soggetti privati partecipanti al 2% il CINECA «*non hanno certamente potere di veto o di condizionamento alcuno*»²³. Con tale affermazione, tuttavia, il Collegio sembra essersi dimenticato dell'ulteriore requisito per cui, ai sensi delle nuove norme, le «*forme di partecipazione di capitali privati*» devono essere «*prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati*».

Sul punto la pronuncia in commento difetta una precisa motivazione.

Né certo basta a superare tale omissione il fatto che il Collegio abbia rilevato che i privati non sono «*in posizione di influenza dominante ai sensi dell'art. 2359 cc.*». Un tale carattere della partecipazione privata avrebbe, delle due, sicuramente escluso la natura *in house* del CINECA, ma non è certo altrettanto valido l'opposto. L'influenza dominante privata *ex art. 2359 c.c.* può, al massimo, rappresentare solo un primo essenziale fattore da valutare, onde eventualmente escludere agevolmente il carattere *in house* di un soggetto. Ma una volta che si sia esclusa la sussistenza di tale influenza dominante *ex art. 2359 c.c.*, laddove il capitale sia partecipato da privati resta la necessità di verificare l'effettiva sussistenza dei tre requisiti cumulativi previsti dalle nuove Direttive.

L'omissione stupisce peraltro ancor più ove si pensi che, a ben vedere, nella specie anche il requisito dell'imposizione legislativa della partecipazione privata avrebbe potuto essere ritenuto comunque soddisfatto. L'attuale composizione del CINECA è, infatti, il risultato dell'accorpamento dei preesistenti consorzi interuniversitari Cineca, Cilea e Caspur operata dal MIUR in attuazione di

²² Il parere infatti non affronta esaurientemente il tema della sostanziale natura pubblica o privata dei soci del CINECA, limitandosi ad affermare che gli stessi «*svolgono a loro volta un pubblico servizio nel settore dell'istruzione superiore e/o della ricerca scientifica*» (cfr. p. 7 del parere in commento).

²³ Cfr. punto 7 del parere in commento.

quanto previsto dall'art. 4, comma 42 *bis*, del d.l. n. 95/2012²⁴. E, poiché l'atto di accorpamento del CINECA trova una solida e precisa base normativa in suddetta previsione, il requisito della Direttiva parrebbe rispettato. Sembra infatti preferibile ritenere che, laddove le norme europee richiedono che la partecipazione privata sia prevista dalla «*legislazione nazionale*», le stesse ammettano anche la previsione per il tramite di atti secondari attuativi od esecutivi, in linea con quanto da tempo previsto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia con riguardo agli atti idonei a rappresentare un atto di trasposizione dotato di requisiti di sufficiente certezza e stabilità²⁵.

Se pur si può, dunque, certamente ritenere che tale sia stata l'implicita posizione del Collegio – come chi scrive ritiene più plausibile – l'omissione lascia comunque spazio a qualche dubbio e meglio sarebbe stato che il Collegio si esprimesse chiaramente sul punto: sull'idoneità, cioè, di atti normativi di rango secondario di integrare utilmente il requisito europeo.

Non solo. Anche laddove si dia per scontato che norme regolamentari di rango secondario possano utilmente soddisfare il requisito europeo²⁶, la normativa nazionale appare comunque carente sotto due ulteriori profili, di per sé idonei a porre seri dubbi sulla legittimità dell'attuale assetto.

In primo luogo, non è dato comprendere se nella composizione attuale del CINECA siano presenti tutti gli istituti universitari privati, o se l'accorpamento abbia riguardato solo una parte di essi. In quest'ultimo caso si profilerebbe sicuramente un problema di disparità di trattamento e si potrebbe addirittura insinuare il dubbio che si tratti di un possibile aiuto di Stato: a favore dei consorziati ovvero degli enti non consorziati, a seconda dei vantaggi conseguiti dalla partecipazione al CINECA ovvero dei maggior oneri da questa derivanti²⁷. Come ben noto, infatti, anche il mero trasferimento di risorse e mezzi può costituire una misura incompatibile con l'articolo 107, paragrafo 1, TFUE²⁸.

²⁴ Ai sensi del quale «*Il Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca promuove un processo di accorpamento dei consorzi interuniversitari Cineca, Cilea e Caspur al fine di razionalizzare la spesa per il funzionamento degli stessi attraverso la costituzione di un unico soggetto a livello nazionale con il compito di assicurare l'adeguato supporto, in termini di innovazione e offerta di servizi, alle esigenze del Ministero, del sistema universitario, del settore ricerca e del settore istruzione. Dall'attuazione del presente comma non devono derivare nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica*».

²⁵ Tale non è, ad esempio, una mera prassi amministrativa o una circolare amministrativa in quanto atti idonei a fornire quelle garanzie di certezza e di pubblicità necessarie all'efficace attuazione della direttiva. Così ad es. la sentenza della Corte di giustizia del 17 maggio 2001, nella causa C-159/99, *Commissione c. Italia*.

²⁶ Come chi scrive aveva suggerito nel già citato contributo *Riflessioni su alcune aperture del legislatore europeo in tema di in house*, cit., p. 1014.

²⁷ In questo secondo caso l'aiuto sarebbe dunque a favore di quegli istituti non consorziati che risulterebbero di fatto esentati dai maggiori oneri derivanti dalla partecipazione al CINECA.

²⁸ Sul punto cfr. la sentenza della Corte di giustizia in data 1 luglio 2008, nelle cause riunite C-341/06 e C-342/06, *Chronopost e La Poste c. UFEX e altri*, p. 123, ove si legge che «*fra i vantaggi indiretti che producono gli stessi effetti delle sovvenzioni, si deve rilevare che è ivi ricompresa la fornitura di beni o di servizi a condizioni di favore (v., in tal senso, in particolare, sentenza 20 novembre 2003, causa C-126/01, GEMO, Racc. pag. I-13769, punti 28 e 29)*».

In secondo luogo, il vero nodo problematico è che la norma legislativa non prevede affatto alcunché *pro futuro*. Non viene, infatti, in alcun modo disciplinata l'eventuale partecipazione al CINECA di istituti universitari di nuova creazione. E poiché, per quanto appena si è detto, sarebbe difficilmente giustificabile una qualsiasi disparità di trattamento, si deve senz'altro ritenere che, per legittimare la partecipazione degli enti privati al consorzio, si dovrebbe prevedere per via legislativa la partecipazione obbligatoria allo stesso di tutti gli enti universitari (pubblici o privati).

Ma fintanto che una simile norma non sia prevista, l'attuale composizione del CINECA non appare esente da ulteriori criticità, pur se non espressamente affrontate dal Consiglio di Stato nella pronuncia in esame.

3 La prevalenza delle attività

Anche in relazione al secondo fondamentale presupposto dell'*in house*, affermato a partire dalla citata sentenza *Teckal*, il Consiglio di Stato si affida a quanto previsto dalle nuove Direttive, onde fugare ogni dubbio circa il significato da attribuire alla "*prevalenza delle attività*"²⁹.

Come noto, il dibattito dottrinale nazionale si era sviluppato in particolar modo sul significato da attribuire al concetto di "*prevalenza delle prestazioni*"³⁰. Neanche l'intervento della Corte di giustizia era riuscito a sedare ogni dubbio, posto che, tra un criterio di tipo oggettivo e predeterminato, ed uno più flessibile rispetto alle circostanze concrete, i Giudici lussemburghesi preferirono la seconda opzione, affermando la necessità di prendere in esame tutte le circostanze del caso, sia qualitative che quantitative³¹.

Sul punto l'intervento del legislatore è stato decisivo. Le nuove Direttive hanno dato un taglio netto ai precedenti dubbi interpretativi circa il criterio da utilizzare (se quantitativo o qualitativo), chiarendo che per ritenere integrato il requisito della prevalenza è necessario che *«oltre*

²⁹ Si legge infatti già nella citata sentenza *Teckal* che al fine di qualificare un'entità giuridicamente distinta dall'Amministrazione affidante come *in house*, è necessario che «questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano» (punto 50).

³⁰ Interessante interpretazione è quella secondo cui, in assenza di specifiche indicazioni legislative, la prevalenza andrebbe identificata nel 80% del fatturato, in analogia alla definizione di affidamento diretto ad imprese collegate di cui all'articolo 13 della Direttiva (poi articolo 23, paragrafo 3, Direttiva 2004/17/CE), in tal senso G. CAIA, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Giustizia-amministrativa.it*, 2004, par. 5.3 e S. COLOMBARI, *Delegazione interorganica ovvero in house providing nei servizi pubblici locali*, in *Foro amm. CdS*, 4, 2004, par. 7. Si è anche proposto di non valutare l'intero fatturato globalmente inteso, ma scomporlo in relazione alle singole attività, al fine di evitare i c.d. sussidi incrociati, pur tuttavia concludendo che prendere in considerazione cumulativamente il fatturato globale risulta il criterio interpretativo di più agevole applicazione, R. CAVALLO PERIN, D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. Amm.*, 1, 2006, par. 4. A. DI GIOVANNI, *L'attuale regime delle società in house providing*, in *Riv. Amm. App.*, 3, 2006, p. 237, sottolinea che devono considerarsi solo le attività concretamente poste in essere, e non tutte quelle astrattamente previste dalla legge o dallo statuto.

³¹ Cfr. la già citata sentenza in data 11 maggio 2006, nella causa C-340/04, *Carbotermo e Consorzio Alisei*, punti 60 e ss.; conclusione peraltro criticata dalla Dottrina, secondo cui il criterio qualitativo si rivelava «equivoco», cfr. G. CORSO, FARES, *Crepuscolo dell'«in house»?*, in *Foro it.*, I, 2009, par. 4.

l'80 % delle attività della persona giuridica controllata [siano] effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice»³².

Accogliendo il criterio fissato dalle nuove norme, come ha inteso fare il Consiglio di Stato nel caso in esame, il nodo interpretativo da sciogliere al fine di risolvere il quesito di cui al parere in commento si sposta così sul significato da attribuire all'espressione «*compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice*»

In proposito giova ancora richiamare la tesi del Ministero secondo cui le prestazioni rese a favore di terzi non inciderebbero negativamente sul requisito della prevalenza delle prestazioni in quanto «*rappresentano sempre il frutto di "decisioni di affidamento" al CINECA di attività rientranti nei compiti istituzionali dei soggetti affidanti*»³³. E sul punto aggiunge il Ministero che, «*secondo i dati forniti dal Consorzio in questione, ... la quasi totalità del relativo fatturato (circa il 90%, in attesa che le nuove direttive europee in preparazione formalizzino una tale soglia minima necessaria) deriva da servizi resi nell'interesse dei consorziati nel senso anzidetto*»³⁴. Tale ultima precisazione, se ai fini della soluzione del quesito può dirsi assorbente essendo ampiamente soddisfattiva del limite dell'80%, non supera invece i dubbi sollevati dalla tesi proposta dal MIUR.

Può essere dunque utile ricordare, al riguardo, quanto già affermato dalla Corte di giustizia. Al fine di integrare il requisito della prevalenza, è necessario che l'attività di una società pluripartecipata sia limitata al territorio degli enti controllanti e che sia esercitata fondamentalmente a beneficio di questi ultimi³⁵, ovvero, nel caso di servizi rivolti all'utenza, che gli stessi si rivolgano ai cittadini-utenti dell'Amministrazione controllante³⁶.

Il che, traducendo il principio dalla prospettiva economica a quella amministrativa, equivale a dire che, laddove l'entità *in house* sia controllata da un ente territoriale, questa deve operare prevalentemente nei limiti di competenza territoriale e materiale dello stesso. Viceversa, laddove

³² Cfr. art. 12, paragrafo 1, lett. b, della Direttiva 24/2014/UE.

³³ Cfr. p. 1 del parere in commento.

³⁴ In proposito si ricorderà che nelle prime versioni delle nuove Direttive la soglia oggi fissata all'80% era stata inizialmente indicata nel 90% delle attività.

³⁵ Cfr. sentenza del 10 settembre 2009, nella causa C-573/07, *SEA*, punto 90. In tal senso anche l'Avvocato Generale Juliane Kokott, nelle conclusioni presentate il 1° marzo 2005, nella causa C-458/03, *Parking Brixen*, punto 84, al fine di verificare la sussistenza del requisito della prevalenza delle attività aveva sottolineato la necessità di valutare attentamente «*il raggio di azione territoriale*» di un'entità controllata da un ente locale.

³⁶ In merito, invece, alla circostanza che l'attività possa rivolgersi indifferentemente a favore dell'Amministrazione, o dei suoi cittadini-utenti, nella sentenza in data 11 maggio 2006, nella causa C-340/04, *Carbotermo*, punti 65 e 66, la Corte di giustizia ha chiarito, che «*il fatturato determinante è rappresentato da quello che l'impresa ... realizza in virtù delle decisioni di affidamento adottate dall'ente locale controllante, compreso quello ottenuto con gli utenti in attuazione di tali decisioni. [66] Infatti, le attività di un'impresa aggiudicataria da prendere in considerazione sono tutte quelle che quest'ultima realizza nell'ambito di un affidamento effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice, indipendentemente dal fatto che il destinatario sia la stessa amministrazione aggiudicatrice o l'utente delle prestazioni*».

l'ente controllante abbia rilievo nazionale, come nel caso del MIUR, sussisterà comunque il limite di competenza materiale di quest'ultimo.

Partendo da tale ricostruzione, appare dunque condivisibile l'affermazione che i «*compiti ... affidati dall'amministrazione*»³⁷ debbano rientrare «*nei compiti istituzionali dei soggetti affidanti*»³⁸, ma con un'ulteriore precisazione. Onde non svuotare di fatto il limite della prevalenza delle attività, occorre sottolineare che i terzi non possono essere altri soggetti a loro volta svolgenti attività sul mercato, ma solo «*l'utente delle prestazioni*»³⁹. Se così non fosse si consentirebbe, di fatto, ad un'entità *in house* di un'Amministrazione nazionale di operare liberamente sul mercato in ogni ambito coperto dalle competenze dell'Ente di appartenenza. Il che, tuttavia, appare a dir poco contraddittorio con un modello di gestione – quale quello dell'affidamento *in house* – volto meramente a consentire l'internalizzazione delle attività.

Non solo. Se si consentisse l'esecuzione a favore di qualsiasi terzo, purché le attività svolte rientrino «*nei compiti istituzionali dei soggetti affidanti*», il criterio della prevalenza finirebbe con l'essere un mero duplicato del controllo analogo. La natura di attività “*affidata dall'amministrazione controllante*” sarebbe infatti integrata ogni qual volta l'affidamento fosse espressione della volontà dell'Amministrazione controllante. Ma questo è un dato che dovrebbe comunque essere connaturato al controllo analogo, posto che esso richiede che l'Ente sia in grado di esercitare «*un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata*»⁴⁰. Il che comprende certamente anche le scelte su quali attività svolgere.

Sicché, se pur nel presente caso può ritenersi soddisfatto il requisito in forza di quanto dichiarato dal MIUR circa le percentuali di attività rese a favore dei consorziati, deve comunque sottolinearsi che una lettura come quella proposta dal Ministero risulta assai dubbia.

Sul punto, dunque, si può senz'altro condividere l'approccio del Consiglio di Stato che, lungi dall'accogliere, anche solo implicitamente, una lettura ampia del requisito delle nuove Direttive ha preferito ancorare il criterio della prevalenza alle attività svolte dal Consorzio a favore degli enti controllanti. Si legge nel parere che, nella specie, lo Statuto «*attribuisce carattere di eccezionalità e “marginalità” alle prestazioni rese dal Consorzio a favore di soggetti esterni al Consorzio, da ritenersi ammissibili solo quando funzionali al miglior perseguimento degli scopi consortili*»⁴¹.

³⁷ Come recita la nuova disciplina europea.

³⁸ Come sostenuto dal MIUR.

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ Cfr. art. 12, paragrafo 1, secondo periodo, Direttiva 24/2014/UE.

⁴¹ Cfr. p. 5 del parere in commento.

L'unico aspetto dubbio che permane sul punto è dato dal fatto che tale affermazione è stata fondata sulla mera lettera dello statuto, che non necessariamente risponde alle attività in concreto esercitate. In proposito v'è solo l'affermazione del MIUR a comprovare l'effettiva percentuale di attività svolte a favore dei consorziati. E trattandosi di procedimento non contenzioso non stupisce che nella specie non sia stato svolto alcun più approfondito accertamento in fatto. Non si può dunque che aggiungere che, di norma, l'accertamento della prevalenza richiederebbe ben più approfonditi esami, svolti caso per caso sulla base di precisi e circostanziati elementi di fatto debitamente provati⁴².

4 Riflessioni conclusive

Si era detto in apertura che il caso sottoposto all'esame del Consiglio di Stato rappresenta una di quelle fattispecie – minoritarie nella casistica – in cui si è ritenuto legittimo un affidamento *in house*. Ebbene, da un'analisi dei presupposti fattuali e giuridici sulla base dei quali si è pervenuti a tale conclusione, la soluzione adottata appare sostanzialmente condivisibile. Sicché l'interesse suscitato dal parere in commento, più che da un'analisi critica delle motivazioni poste a sostegno dei risultati raggiunti dal Collegio, appare determinato dalle modalità attraverso cui detto risultato è stato raggiunto.

I ripetuti richiami alle nuove norme europee, pur non formalmente ancora cogenti nell'ordinamento nazionale, hanno permesso di avere un primo riscontro sulle modalità con cui il Consiglio di Stato intende porsi nell'interpretazione delle novelle europee. E, se pur è certamente facile immaginare che sul punto avrà la possibilità di tornare tanto la giurisprudenza nazionale, quanto soprattutto la Corte di giustizia, gli elementi ricavabili dalla pronuncia in esame di particolare interesse per gli interpreti sono indubbiamente più di uno.

Ciò che è certo, ad ogni modo, è che il caso esaminato dal Consiglio di Stato verte su di un affidamento diretto già disposto da tempo dal MIUR, sicché il parere non può che avere carattere ricognitivo della situazione in essere. Ciò comporta precise conseguenze in ordine al regime giuridico applicabile al CINECA. Il che non è certo cosa di poco conto, come ben può testimoniare il dibattito che si creò in merito alle modalità di assunzione nelle società pubbliche (*in house*)⁴³.

⁴² Sulla necessità di verificare caso per caso la sussistenza dei requisiti dell'*in house*, cfr. *ex multis* Consiglio di Stato, Sez. V, 09 marzo 2009, n. 1365.

⁴³ In dottrina si è infatti da più parti condivisibilmente affermato che l'*in house* ha rappresentato uno strumento di elusione, tra le altre, delle disposizioni in tema di reclutamento del personale, cfr. G. CORSO, FARES, *Crepuscolo dell'«in house»?*, in *Foro it.*, I, 2009, para. 6, secondo cui l'*in house* sarebbe utilizzato «per aggirare i vincoli in tema di reclutamento di personale» e «come rifugio per politici trombati e incubatrici per giovani aspiranti a far parte di quella classe». Quale strumento di elusione del «concorso pubblico» cfr. anche D. MARRAMA, *Società miste e in house providing al vaglio della plenaria*, in *www.giustamm.it*, 2008, para. 2. Come noto, per le società totalmente pubbliche gestrici di servizi pubblici locali, il problema fu risolto una volta per tutte dal legislatore con

Certo non si può nascondere la sensazione che la soluzione data dal Consiglio di Stato al quesito posto dal MIUR sia stata anche determinata dalla volontà di salvare il modello di gestione in essere predisposti in considerazione «*delle prestazioni di altissimo rilievo tecnologico che il Consorzio svolge nell'ambito della ricerca universitaria, senza le quali quest'ultima non potrebbe svolgersi con la dovuta efficienza e modernità, oggi più che mai richieste dal progresso scientifico e dal quotidiano confronto con le analoghe istituzioni degli altri paesi*»⁴⁴.

Ma, a ben vedere, è forse proprio questo uno degli aspetti meno condivisibili dal parere. Sono infatti ben note le inefficienze che connotano i servizi resi dal CINECA, di cui è recente testimonianza quanto affermato dallo stesso MIUR che ha rilevato un «*grave errore materiale commesso dal Cineca*» nella predisposizione delle prove per l'accesso alle scuole di specializzazione di medicina⁴⁵. Sicché l'affidamento *in house*, piuttosto che in rapporto ai presupposti richiesti per l'affidamento diretto, appare assai meno solido sotto i profili dell'efficienza ed efficacia, se non anche economicità, dello stesso.

Il che non ci si può esimere dal rilevare, in chiusura, che questo rappresenta un forte elemento di dubbio sulla congruità dello strumento scelto dall'Amministrazione per assolvere ai propri compiti istituzionali. Specie ove si consideri che le eventuali responsabilità del MIUR per i danni cagionati a terzi in conseguenza dalle inefficienze del CINECA non potranno che riverberarsi, direttamente od indirettamente, sul patrimonio pubblico. Il che ha inevitabili ricadute in ordine alla responsabilità erariale di cui i responsabili – da individuare a seconda di come si voglia interpretare il riparto di giurisdizione contabile negli affidamenti *in house* – potranno essere chiamati a rispondere. Ma sul punto si deve necessariamente arretrare ogni ulteriore approfondimento, dato il limitato obiettivo del presente breve contributo.

l'articolo 18 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, che estese a queste l'applicabilità dei principi concorsuali in materia di reclutamento del personale, peraltro prevedendo principi del tutto analoghi per quelle a partecipazione non totalitaria.

⁴⁴ Cfr. p. 5 del parere in commento.

⁴⁵ Cfr. comunicato stampa del MIUR in data 3 novembre 2014.