

APPALTI PUBBLICI (in house providing - direttive nn. 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE)

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI, sentenza 26 maggio 2015, n. 2660.

Con la sentenza che si segnala la Sesta Sezione del Consiglio di Stato ha annullato l'affidamento *in house* disposto dall'Università della Calabria in favore del CINECA dei servizi informatici relativi all'attivazione del sistema U-GOV e ESSE3. Per chi abbia seguito le vicende relative al CINECA degli ultimi mesi, l'esito del giudizio non potrà che determinare un qualche pur minimo stupore. È infatti solo dello scorso 30 gennaio 2015 il parere n. 298 della Seconda Sezione reso in risposta al quesito sottoposto dal Ministero dell'istruzione dell'Università e della Ricerca e che aveva ritenuto legittimo l'affidamento da parte di quest'ultimo mediante *in house providing* al CINECA di servizi nel campo dell'informatica.

La corrispondenza delle fattispecie esaminate, l'una in sede consultiva, l'altra in sede giurisdizionale, sembrerebbe quasi perfetta, specie ove si consideri che il committente era in entrambi i casi un soggetto la cui natura pubblica non era in discussione. Ciononostante, le soluzioni cui sono pervenute la Seconda e la Sesta Sezione appaiono agli antipodi non solo per il risultato che hanno determinato, ma soprattutto per l'*iter* logico argomentativo che ne ha costituito il fondamento.

Tra i vari punti problematici dell'affidamento al CINECA, un primo elemento di interesse riguarda la partecipazione dei privati al Consorzio. Rigettando sul punto le difese del CINECA, la Sesta Sezione, come del resto anche la Seconda, ha ritenuto che «*al consorzio CINECA partecipano, infatti, anche Università private,*

come, ad esempio, l'Università commerciale Bocconi di Milano, l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano e lo I.U.L.M.» (p. 16).

Data la consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia che da tempo ha chiarito che la partecipazione di privati impedisce la sussistenza in capo al socio pubblico del requisito del controllo analogo [cfr., per tutte, causa C-26/03, *Stadt Halle*], sia nel parere della Seconda Sezione che nella sentenza che si segnala si è dovuto verificare la legittimità di siffatta partecipazione. E sul punto le due decisioni hanno raggiunto soluzioni radicalmente differenti.

Punto di partenza degli opposti ragionamenti è stata la questione circa il valore, per il caso esaminato, delle disposizioni delle nuove Direttive in materia di procedure ad evidenza pubblica, il cui termine di trasposizione è stato fissato nel 18 aprile 2016 [Direttive nn. 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE].

I Giudici della Sesta Sezione hanno infatti — condivisibilmente — ritenuto che «*deve escludersi che la nuova direttiva, nonostante il suo contenuto in alcune parti dettagliato, possa ritenersi self-executing per la dirimente considerazione che è ancora in corso il termine previsto per la sua attuazione da parte dello Stato*» (p. 24). Senonché, nel fare ciò i Giudici di Palazzo Spada hanno altresì dato espressamente atto che «*la giurisprudenza comunitaria riconosce una forma di rilevanza giuridica alla direttiva anche prima che sia scaduto il termine per il suo recepimento*», ma hanno nondimeno escluso *tout court* una qualsiasi rilevanza delle nuove direttive.

Quanto all'effetto *self-executing* delle nuove norme, vale anzitutto liberare il campo da un facile equivoco. Pur se le due Sezioni hanno certamente mostrato una diversa prospettiva sul punto, non è questo passaggio delle rispettive motivazioni che ha portato a diverse conclusioni nella sentenza che si segnala e nel parere reso lo scorso gennaio. In sede consultiva, infatti, la Seconda Sezione, pur affermando che la nuova norma che ha codificato l'*in house providing* «*appare di carattere sufficientemente dettagliato tale da presentare pochi dubbi per la sua concreta attuazione*», si era limitata ad affermare che «*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*» (p. 7). Il che, dunque, non appare frutto di un'interpretazione conforme, ma solo di una lettura sistematica delle disposizioni nazionali ed europee.

Si deve dunque anzitutto sottolineare che è su tale ultimo aspetto, e non sul carattere *self-executing*, che le due Sezioni risultano in aperto contrasto. La Sesta sezione, come si è detto, nel dare atto che la giurisprudenza della Corte di giustizia tiene conto delle direttive il cui termine di recepimento non è ancora scaduto, ha ritenuto di non poter riconoscere alcun valore interpretativo alle nuove norme in quanto siffatto valore interpretativo sarebbe dotato «*di una rilevanza giuridica certamente minore rispetto al c.d. effetto diretto che si traduce semplicemente, in nome del principio di leale collaborazione, in un dovere di standstill, ovvero nel dovere per il legislatore di astenersi dall'adottare, nel periodo intercorrente tra la pubblicazione della direttiva nella GUUE e il termine assegnato per il suo recepimento, qualsiasi misura che possa compromettere il conseguimento del risultato prescritto*» (p. 24).

La Sesta Sezione ha inoltre sottolineato che la facoltà di prevedere la partecipazione di capitale privato nell'ambito dell'eccezione che permette l'affidamento diretto mediante *in house* è lasciata comunque alla libera discrezionalità degli Stati membri, «*risultando, pertanto, certamente legittima la scelta di configurare sul piano del diritto interno la possibilità di ricorrere all'istituto in termini più restrittivi rispetto*

a quelli consentiti (ma non imposti) dal diritto dell'Unione europea » (p. 27) (in termini cfr. Cons. Stato, Sez. III, 7 maggio 2015, n. 2291).

Poste tali premesse il Consiglio di Stato ha comunque analizzato i requisiti posti dalle nuove Direttive, onde fugare ogni dubbio circa l'eventuale compatibilità del vigente quadro normativo nazionale con quanto eccezionalmente ammesso dalle stesse. È così ha rilevato che « *in forza dell'art. 12 della nuova direttiva appalti, le "forme di partecipazione di capitali privati" devono essere "prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati" » (p. 28). A tale ultimo proposito i Giudici di Palazzo Spada hanno osservato che le disposizioni di cui all'art. 7, comma 42 bis del d.l. n. 95/2012 non possono ritenersi sufficienti ad integrare le prescrizioni di cui al citato articolo 12 della nuova direttiva appalti, considerato che « *la partecipazione al CINECA di oggetti privati non è, dunque, oggetto di esplicita prescrizione legislativa, ma è solo una conseguenza di fatto prodotta dalla fusione per incorporazione (questa sì oggetto di espressa previsione legislativa) del CINECA con in Consorzi Cilea e Caspur» e che « anche a rinvenire in tale disposizione la prescrizione legislativa richiesta dalle nuove direttive, difficilmente risulterebbe rispettata la condizione di compatibilità con i trattati, che sembra richiedere il rispetto dei principi di necessità (rispetto al perseguimento di motivi imperativi di interesse generale), proporzionalità e trasparenza » (p. 28).**

Sul punto molto meno precisa era stata invece la statuizione della Seconda Sezione che non aveva affatto individuato alcuna norma asseritamente idonea a legittimare la partecipazione dei privati, limitandosi a statuire che « *nella specie non può ammettersi che il Consorzio possa mai risultare, per qualsiasi evenienza, controllato da capitale privato, tanto meno in posizione di influenza dominante ai sensi dell'art. 2359 c.c., essendo ciò viceversa radicalmente escluso dallo stesso assetto consortile, che vede il Consorzio stabilmente partecipato al 98% da pubbliche amministrazioni, e soltanto in minima parte da persone giuridiche private, che oltretutto non hanno certamente potere di veto o di condizionamento alcuno, ma che svolgono a loro volta un pubblico servizio nel settore dell'istruzione superiore e/o della ricerca scientifica » (p. 7).*

Ad abundantiam, la Sesta sezione ha poi ulteriormente chiarito che « *nel caso di specie risultano carenti anche gli ulteriori presupposti richiesti dalla giurisprudenza comunitaria » (p. 30), sia in rapporto all'esistenza di strumenti idonei ad assicurare l'esercizio di poteri di controllo analogo, sia in relazione al requisito della prevalenza delle attività.*

Quanto al primo requisito, il Collegio ha ritenuto che « *la sussistenza in concreto di un controllo analogo da parte delle Università consorziate è escluso dalla posizione di indiscussa primazia riconosciuta al MIUR nell'ambito dell'organizzazione e del funzionamento del CINECA. Si fa riferimento, in particolare, delle previsioni statutarie che stabiliscono le prerogative del MIUR, significativamente più estese rispetto a quelle riconosciute agli altri consorziati ma: la presenza di un rappresentante del MIUR in tutti gli organi direttivi del CINECA (il Consiglio consortile - art. 7, co. 1, lett. b; il Consiglio di Amministrazione - art. 11, co. 1, lett. d; il Collegio dei revisori dei conti - art. 13, co. 1); la possibilità di assumere le più importanti deliberazioni del Consiglio consortile solo con il voto favorevole del rappresentante del MIUR, che, pertanto, dispone di una sorta di diritto di veto (art. 7, co. 5 e art. 8, co. 1, lett. l); il potere attribuito al MIUR di disporre lo scioglimento degli organi consortili, per gravi inadempienze o perdite (art. 20). A termini di legge, al MIUR è, poi, riservato il potere*

di approvare lo Statuto del CINECA (art. 61, r.d. 31.8.1933, n. 1592), nonché le sue modifiche» (p. 32).

Sul punto appare certamente interessante notare quanto viceversa ritenuto dalla Seconda Sezione. Posto che in sede giurisdizionale l'Amministrazione resistente era l'Università della Calabria, mentre in sede consultiva il soggetto proponente il quesito era il MIUR, la prospettiva con cui è stata analizzata la questione del controllo analogo risulta diametralmente opposta: si legge, infatti, nel parere del 30 gennaio che sussisterebbe il requisito in parola in capo al Ministero proprio per le stesse ragioni che hanno portato, invece, la Sesta Sezione a negarlo in capo all'Università: ossia in ragione « *delle previsioni statutarie che stabiliscono le prerogative del MIUR, alcune delle quali, anche sostanzialmente più estese rispetto non solo a quelle riconosciute agli altri consorziati ma, soprattutto, a quelle richieste quali requisiti dell'“in house providing”*: la presenza di un rappresentante del MIUR in tutti gli organi direttivi del CINECA (il Consiglio consortile — art. 7, co. 1, lett. b; il Consiglio di Amministrazione - art. 11, co. 1, lett. d; il Collegio dei revisori dei conti - art. 13, co. 1); la possibilità di assumere le più importanti deliberazioni del Consiglio consortile solo con il voto favorevole del rappresentante del MIUR, che, pertanto, dispone di una sorta di diritto di veto (art. 7, co. 5 e art. 8, co. 1, lett. 1); il potere attribuito al MIUR di disporre lo scioglimento degli organi consortili, per gravi inadempienze o perdite (art. 20). A termini di legge, al MIUR è, poi, riservato il potere di approvare lo Statuto del CINECA (art. 61, r.d. 31.8.1933, n. 1592), nonché le sue modifiche» (p. 1).

Quanto invece al requisito della prevalenza delle attività, la Sesta Sezione ha rilevato che « *risulta dagli atti (e non è stato, peraltro, specificamente contestato dall'appellante) che il CINECA svolge, direttamente o tramite società controllate, una parte rilevante della propria attività a favore di soggetti non consorziati, pubblici e privati, sia in Italia che all'estero. Lo svolgimento di attività imprenditoriale verso l'esterno attribuisce al CINECA una vocazione commerciale che impedisce di considerarlo alla stregua di un soggetto in house, ovvero di un mero organo delle Amministrazioni consorziate» (p. 33).*

Anche qui le conclusioni della Sesta Sezione divergono in maniera sostanziale da quelle della Seconda, ed ancora in ragione anche della diversa rilevanza attribuita alle nuove Direttive. Oltre a valorizzare le astratte previsioni dello statuto del CINECA, in sede consultiva il Consiglio di Stato aveva, infatti, altresì affermato che « *il dato della “prevalenza” dell'attività trova ormai, come meglio chiarito nei nn. che seguono, una compiuta e dettagliata quantificazione nell'art. 12 della Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 secondo cui “oltre l'80% delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice» (p. 5).*

In conclusione, si conferma l'aperto contrasto che ha caratterizzato la decisione della Sesta Sezione rispetto al parere fornito lo scorso gennaio dalla Seconda. Non resta dunque che attendere le future evoluzioni della vicenda, anche per conoscere quali saranno le sorti del CINECA e delle funzioni ad esso sino ad oggi demandate.

GHERARDO CARULLO