

Ufficio Studi CODAU

"Documento redatto con il contributo dei componenti dell'Ufficio Studi e VALIDATO dal Comitato Scientifico del Codau".

Il presente contributo trae spunto dal recente parere ([n. 298/2015](#)) reso dalla seconda sezione del Consiglio di Stato a seguito di una richiesta formulata dal Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca.

La richiesta di parere verteva sulla legittimità dell'affidamento diretto (*in house providing*), quindi in deroga alle norme sull'evidenza pubblica, di contratti pubblici dal Miur al Cineca. L'analisi compiuta dal Consiglio di Stato è stata quindi esclusivamente incentrata sulla compatibilità degli affidamenti diretti alla disciplina nazionale ed europea sulla concorrenza, nei settori dei servizi informatici. Tale compatibilità era stata in passato oggetto di attenzione da parte dell'Autorità giudiziaria ma anche dell'Agcm, dell'Avcp e del Mef e in sintesi:

- 1) nel 2013, l'Agcm aveva negato la possibilità di ravvisare l'*in house providing*, non avendo il Cineca una partecipazione totalitaria pubblica ^[1];
- 2) nel 2014, il TAR della Calabria ([sentenza n. 559/2014](#), già proposta nella rassegna normativa CODAU del mese di aprile 2014) aveva negato la legittimità di un affidamento diretto da parte di un ateneo consorziato al Cineca ^[2], sulla base delle valutazioni espresse dall'Avcp poco tempo prima.

Il quadro cambia con il parere reso a gennaio scorso dal Consiglio di Stato nel quale si riconosce, nei rapporti tra Miur e Cineca, la sussistenza del *in house providing* come descritto dalla nuova direttiva comunitaria in materia di contratti pubblici [2014/24/UE](#) del 26 febbraio 2014, che ha abrogato la direttiva 2004/18/CE, quest'ultima recepita in Italia dal Dlgs. 163/2006, ancora non abrogato né modificato. Il Consiglio di Stato ha, infatti, ritenuto che tale nuova direttiva, sebbene ancora non recepita dall'ordinamento italiano, sia *self-executing* e dunque già applicabile alla questione Miur-Cineca oggetto di interesse.

Pertanto, ai fini dell'esclusione dei contratti dall'applicazione della suddetta direttiva sui contratti pubblici e della conseguente ammissibilità dell'affidamento diretto *in house*, l'amministrazione aggiudicatrice deve svolgere sull'ente (pubblico o privato) controllato:

- un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi interni;
- che più dell'80% delle prestazioni dell'ente controllato siano effettuate a favore dell'amministrazione aggiudicatrice o di un altro controllato dalla prima ^[3];
- infine, che l'ente che riceve l'affidamento dall'amministrazione aggiudicatrice non sia controllato da capitale privato, a meno che non si tratti di partecipazione di controllo o di blocco secondo le disposizioni nazionali; e che in ogni caso tale partecipazione non determini influenza dominante (la percentuale dell'80% richiama la stessa quota dettata, per i settori speciali, dagli artt. 218 del dlgs.163/06 e 23 Dir. 17/ 2004).

A proposito del **controllo analogo**, esso può essere:

a) singolare, nel qual caso si ritiene che un'amministrazione aggiudicatrice eserciti su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata;

b) congiunto con altre amministrazioni aggiudicatrici, nel qual caso si ritiene che più amministrazioni esercitino un controllo analogo quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

- gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti;
- tali amministrazioni aggiudicatrici sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica;
- la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici controllanti.

Il Consiglio di Stato, analizzando con attenzione lo Statuto del Cineca ha quindi riconosciuto la sussistenza di tutte le suddette condizioni per *l'in house providing*.

In via conclusiva, può essere utile riportare uno spunto critico proposto dalla dottrina^[4] secondo cui l'effettiva percentuale di attività svolte a favore dei consorziati andrebbe accertata con strumenti probatori più penetranti, rispetto alla mera analisi statutaria, non propri di un procedimento consultivo.

[1] Quanto al controllo analogo è necessario che la partecipazione pubblica sia totalitaria – essendo la sussistenza di tale requisito esclusa in presenza di una compagine societaria composta anche da capitale privato – e che vi siano strumenti di controllo da parte dell'ente affidante più incisivi di quelli tipici del diritto civile, che possano consentire allo stesso ente di esercitare una influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni rilevanti della società.

Per quanto riguarda il requisito dell'attività prevalente, è necessario che *“la società aggiudicataria svolga la parte più importante della propria attività con gli enti pubblici che la controllano”* il che si verifica quando *“l'affidatario non fornisca i suoi servizi a soggetti diversi dall'ente controllante”*.

Alla luce di tali considerazioni, è evidente, ad avviso dell'Autorità, che *“la nuova configurazione del consorzio Cineca – avendo incorporato, a seguito della fusione dello scorso luglio, alcuni istituti universitari aventi natura giuridica privata (tra cui, ad esempio, l'Università Commerciale Luigi Bocconi e lo IULM – risulta (...) ostativo alla sussistenza del requisito della partecipazione pubblica totalitaria e pertanto alla legittimità di un affidamento diretto da parte del MIUR secondo il modello dell'in house”*, benché il requisito dell'attività prevalente risulti rispettato.

[2] *“Considerato che l'Università della Calabria, nell'affidare senza gara i propri servizi informatici al consorzio interuniversitario CINECA, non ha adeguatamente motivato circa il possesso, da parte di quest'ultimo, dei requisiti tipici dell'in house providing, anche alla luce del recente parere dell'AVCP 27.8.2013 n. AS1075, reso su quesito del MIUR in data 9.7.2013, secondo cui “la nuova configurazione del consorzio CINECA – avendo incorporato, a seguito della fusione dello scorso luglio, alcuni istituti universitari aventi natura giuridica privata (tra cui, ad esempio, l'Università commerciale Luigi Bocconi e lo I.U.L.M. – risulta... ostativo alla sussistenza del requisito della partecipazione pubblica totalitaria e pertanto alla legittimità di un affidamento diretto da parte del MIUR secondo il modello dell'in house”*, benché risulti rispettato il requisito dell'attività prevalente;”.

[3] 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»*

[4] Per un'analisi critica della vicenda, cfr. G. Carullo in *“Luci ed ombre sulla legittimità dell'affidamento in house al CINECA”*, su www.giustamm.it, 2/2015.