

## Società miste e affidamenti in house

GERARDO GUZZO, La sfuggente definizione del requisito del controllo analogo: il caso "CINECA"\*

GERARDO GUZZO

### La sfuggente definizione del requisito del controllo analogo: il caso "CINECA"

**SOMMARIO:** 1. La sentenza del Consiglio di Stato, Sezione VI, n. 2660 del 26 maggio 2015. 2. L'articolo 9, commi 11 *bis*-11 *quater* del DDL n. 1977 di conversione del D.L. n. 78/2015. Riflessioni finali.

#### 1. La [sentenza del Consiglio di Stato, Sezione VI, n. 2660 del 26 maggio 2015](#).

La definizione del concetto di "controllo analogo", a più di sedici anni dalla primitiva codificazione giurisprudenziale rinvenibile nella storica sentenza "Teckal" della Corte di Giustizia [\[1\]](#), ancora oggi rappresenta una sorta di *work in progress*. La conferma arriva da due contraddittorie sentenze del Consiglio di Stato pubblicate a distanza di pochi mesi l'una dall'altra: la prima, la n. 298/2015 [\[2\]](#), della Sezione III, risalente al gennaio 2015, e la seconda, la n. 2660/2015 [\[3\]](#), della Sezione VI, risalente allo scorso maggio 2015.

L'elemento che accomuna i due arresti riguarda lo scrutinio del requisito del "controllo analogo" alla luce della natura *self-executing* dell'articolo 12 della Direttiva n. 24/14/Ue, destinata ad essere recepita nel nostro sistema ordinamentale entro il 16 aprile 2016 [\[4\]](#).

In sostanza, i giudici di Palazzo Spada, con la sentenza n. 298/2015, hanno ritenuto che il particolare dettaglio delle norme contenute nell'articolo 12 della Direttiva n. 2014/24/Ue, dedicato all'*in house providing*, ne giustificasse l'immediata applicazione all'interno degli Stati membri. La soluzione è apparsa sotto diversi aspetti condivisibile. Uno di questi è proprio la difficoltà di trovare dei puntuali e stabili riferimenti normativi in grado di mettere un punto fermo in una materia particolarmente "fluida" qual è quella degli affidamenti *in house*.

A distanza di circa quattro mesi, lo stesso Consiglio di Stato è ritornato sull'argomento ed ha sparigliato nuovamente le carte. L'occasione è stata fornita dall'affidamento diretto, disposto dall'Università della Calabria, dei servizi informatici relativi all'attivazione del sistema U-GOV e ESSE3 della medesima Università, sul presupposto che il rapporto con il Consorzio "CINECA" fosse riconducibile alla figura dell'*in house*.

In quella occasione, il supremo Consesso amministrativo, dopo aver chiarito che "(...) Cineca viene qualificato come *"unico soggetto a livello nazionale"*, non in quanto titolare di un diritto di esclusiva ai sensi dell'art. 19 d.lgs. n. 163 del 2006 (come soggetto cioè a favore del quale è prevista una "riserva" nello svolgimento di una certa attività), ma nel senso che, all'esito del previsto processo di accorpamento, rimane l'unico soggetto esistente sul piano nazionale, in luogo dei tre consorzi prima operanti (...) e che "(...) Deve, quindi, escludersi, tenendo conto della *ratio* della norma e del suo complessivo tenore letterale, che l'espressione *"unico soggetto a livello nazionale"* utilizzata dalla citata disposizione legislativa implichi l'attribuzione a Cineca di un diritto di esclusiva (...)", ha affrontato la questione relativa alla sussistenza dei presupposti dell'*in house*.

Una volta richiamata la corposa giurisprudenza comunitaria formatasi *post* sentenza "Teckal" [\[5\]](#), il Collegio ha esaminato il tema del "controllo analogo congiunto" ricordando come "(...) La partecipazione pubblica totalitaria rappresenta una condizione necessaria, ma non ancora sufficiente, dovendosi ulteriormente verificare la presenza di strumenti di controllo da parte dell'ente pubblico più incisivi rispetto a quelli previsti dal diritto civile a favore del socio totalitario (...)"

In sostanza, hanno chiarito i supremi giudici, “(...) L’amministrazione aggiudicatrice deve, infatti, essere in grado di esercitare un’influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti dell’entità affidataria e il controllo esercitato deve essere effettivo, strutturale e funzionale (v., in tal senso, C. giust. UE, sez. III, sentenza 29 novembre 2012, C-182/11 e C-183/11, *Econord*, punto 27 della motivazione e giurisprudenza ivi citata).

Inoltre, la Corte di giustizia ha riconosciuto che, a determinate condizioni, il “controllo analogo” può essere esercitato congiuntamente da più autorità pubbliche che possiedono in comune l’entità affidataria (v., in tal senso, la sentenza *Econord*, punti da 28 a 31 e giurisprudenza ivi citata). In base alla giurisprudenza da ultimo richiamata, nel caso in cui venga fatto ricorso ad un’entità posseduta in comune da più autorità pubbliche, il “controllo analogo” può essere esercitato congiuntamente da tali autorità, senza che sia indispensabile che detto controllo venga esercitato individualmente da ciascuna di esse (...)” [6].

Nell’affrontare il caso sottoposto, il Consiglio di Stato non ha rinvenuto nel “CINECA” i requisiti posti dalla giurisprudenza comunitaria: 1) la partecipazione pubblica comunitaria; 2) il controllo congiunto e 3) il requisito della prevalenza dell’attività in favore dei soggetti pubblici partecipanti. La partecipazione pubblica totalitaria, in quanto il Consorzio CINECA risulta partecipato da Università private alle quali non può essere accordata una natura pubblicistica, nonostante certa giurisprudenza le abbia assimilate, talvolta, ad enti pubblici “(...) dando rilevanza agli scopi, alla struttura organizzativa e ai poteri amministrativi ritenuti del tutto analoghi a quelli delle Università statali (così testualmente, ad esempio, Cass. Sez. Un., 11 marzo 2004, n. 5054 riferita alla LUISS)”.

Ciononostante, osserva il Collegio, “(...) La nozione di ente pubblico nell’attuale assetto ordinamentale non può, infatti, ritenersi fissa ed immutabile (...)”. Condivisibilmente, quindi, i giudici hanno rilevato che “(...) Occorre, in altri termini, di volta in volta domandarsi quale sia la funzione di un certo istituto, quale sia la *ratio* di un determinato regime “amministrativo” previsto dal legislatore, per poi verificare, tenendo conto delle caratteristiche sostanziali del soggetto della cui natura si controverte, se quella funzione o quella *ratio* richiedono l’inclusione di quell’ente nel campo di applicazione della disciplina pubblicistica (...)”.

In sostanza, nel *casus belli*, l’applicazione delle riportate coordinate alla fattispecie scrutinata escluderebbe la presenza del requisito del “controllo analogo” in quanto la natura privata di talune Università che partecipano il Consorzio costituirebbe un ostacolo insormontabile.

L’assunto è indubbiamente persuasivo, soprattutto lo snodo argomentativo nel quale l’estensore osserva che “(...) la nozione di ente pubblico che viene in rilievo ai fini della verifica del requisito del controllo analogo nell’ambito dell’istituto dell’*in house* sia particolarmente rigorosa e restrittiva, dovendosi escludere la possibilità di equiparare all’ente pubblico qualsiasi soggetto che, a prescindere dai poteri, dai fini e dalla struttura organizzativa, operi grazie a capitali privati. E questo è certamente il caso delle Università private di cui si discorre in questa sede (...)”. Ciò che invece non convince pienamente è il successivo passaggio riguardante proprio la natura *self-executing* dell’articolo 12 della Direttiva n. 2014/24/UE.

A differenza di quanto sostenuto precedentemente dallo stesso Consiglio di Stato con la sentenza n. 298/2015, vale a dire che “(...) 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. (...)”, in questa occasione il supremo organo di giustizia amministrativa ha escluso categoricamente la natura *self-executing* della norma “(...) per la dirimente considerazione che è ancora in corso il termine previsto per la sua attuazione da parte dello Stato (...)”.

L’assunto, in realtà, si scontra con il “contenuto incondizionato e preciso” della norma che mostra una compiutezza tale da farla ritenere *self-executing*; in questo senso in linea anche con quanto sostenuto dalla stessa Corte di cassazione, SS.UU., con sentenza n. 13676 del 25 febbraio 2014, opportunamente richiamata nel corpo della pronuncia del Consiglio di Stato n. 298/2015.

Non convince, dunque, lo snodo argomentativo della sentenza nella parte in cui, da un canto, evidenzia “(...) il

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 (C. giust. 18 dicembre 1997, C-129/96, *Inter-EnvironnementVallonie*), e da un altro, l'imperativo "(...) per il giudice di astenersi da qualsiasi forma di interpretazione o di applicazione del diritto nazionale da cui possa derivare, dopo la scadenza del termine di attuazione, la messa in pericolo del risultato voluto dalla direttiva (C. giust. UE, 15 aprile 2008, C-268/08, *Impact*)". Proprio quest'ultimo passaggio svelerebbe la non assoluta persuasività del ragionamento seguito dai giudici giacché un'interpretazione conforme ai principi fondamentali dell'Unione, come efficacemente ricordato dallo stesso Collegio, ha "(...) **un valore prossimo all'effetto diretto** (...)" dal che ne discende che i principi posti dall'articolo 12 della Direttiva 24/14/Ue, in specie dalla norma che si annida nella lettera c), non avrebbero determinato "(...) il superamento automatico e immediato di una disciplina preesistente di derivazione comunitaria (...)" ma, al limite, ne avrebbero chiarito contenuti e perimetro *de iure condendo*, senza, perciò, "(...) disapplicare la fin qui consolidata giurisprudenza comunitaria sui limiti all'*in house*, dando prevalenza ad una nozione meno restrittiva prevista da una direttiva sopravvenuta ancora in corso di recepimento (...)".

Del resto, una volta recepita la Direttiva n. 24/2014/Ue, non si vede come il Legislatore possa sottrarsi all'obbligo di conformare il diritto interno ai precetti, di contenuto più ampio, enucleati dalla stessa. Diversamente, con specifico riferimento alla lettera c) dell'articolo 12, si assisterebbe alla scelta di una opzione legislativa fortemente lesiva proprio dei principi di libera concorrenza, di parità di trattamento e di divieto di discriminazione e non certo di un'attenuazione del livello della concorrenza rispetto a quello prescritto dall'Ue.

L'assunto, del resto, trova una puntuale conferma proprio nel brano della sentenza della Corte costituzionale, riportato nell'arresto in commento, a tenore del quale "(...) *al legislatore italiano non è vietato adottare una disciplina che preveda regole concorrenziali di applicazione più ampia rispetto a quella richiesta dal diritto comunitario*" (Corte cost. 17 novembre 2010, n. 325; in termini analoghi cfr. anche Corte cost. 20 marzo 2013, n. 46)".

Al contrario, immune da critiche risulta essere la sentenza n. 2660/2015 nella parte in cui stigmatizza la circostanza "(...) 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”* (...)".

La norma, tuttavia, pare fare riferimento a quei casi in cui già esista una legislazione nazionale che escluda forme di partecipazione di capitali privati e non all'esempio italiano che, notoriamente, dopo il referendum abrogativo del 2011 e la successiva pronuncia della Corte costituzionale n. 199/2012 [\[7\]](#), non ha espresso alcuna forma di regolamentazione interna del fenomeno dell'*in house*.

Sul punto, dunque, la sentenza appare parzialmente corretta anche se, come si spiegherà nel paragrafo successivo, il Legislatore, con una tempistica tutta italiana e tenuto conto della rilevanza degli interessi in gioco, ha cercato di correre immediatamente ai ripari.

Ad ogni modo, nel caso scrutinato, come si è avuto di anticipare in precedenza, l'illegittimità dell'affidamento diretto è emersa anche sotto altri rilevanti profili non emendabili neppure per il tramite di un intervento legislativo postumo. Infatti, la posizione di indiscussa primazia riconosciuta al MIUR nell'ambito dell'organizzazione e del funzionamento del "CINECA" rende assolutamente inesistente qualsiasi ipotesi di "controllo analogo congiunto".

Al riguardo, il giudice ha evidenziato come lo statuto del "CINECA" riconosca al MIUR prerogative significativamente più estese rispetto a quelle riconosciute agli altri consorziati.

Correttamente, quindi, il Collegio ha rilevato che "(...) Tale posizione di primazia spettante al MIUR porta ad escludere che la partecipazione paritaria, ancorché con diritto di voto, da parte delle Università consorziate al Consiglio consortile del Cineca sia sufficiente ad assicurare il controllo analogo in forma congiunta (...)".

A questo si aggiunga che l'attività svolta dal CINECA non era (e non è) prevalentemente svolta a favore dei soggetti consorziati, dal che ne discende, per conseguenza, la carenza dell'altro requisito posto dalla giurisprudenza comunitaria: la prevalenza dell'attività svolta nei confronti dei soggetti pubblici partecipanti.

Tale aspetto ha finito per conferire al “CINECA” una evidente vocazione commerciale che impedisce di considerarlo alla stregua di un soggetto *in house*, ovvero di un mero organo delle Amministrazioni consorziate: insomma una sorta di *longa manus*, di appendice, delle stesse.

## 7. L'articolo 9, commi 11 *bis*-11 *quater* del DDL n. 1977 di conversione del D.L. n. 78/2015.

La questione “CINECA”, evidentemente ritenuta di eccezionale rilevanza strategica per il funzionamento delle Università consorziate, è stata recentemente sottoposta all'attenzione dei lavori parlamentari. Infatti, nel DDL n. 1977, di conversione del D.L. n. 78/2015 [8], sono stati inseriti all'articolo 9 ben tre commi, vale a dire i commi da 11 *bis* a 11 *quater* [9], tutti dedicati al Consorzio in parola. Nello specifico, il comma 9 *bis* prevede che: “(...) Fanno parte del Consorzio Interuniversitario CINECA, che opera senza scopo di lucro ed è sottoposto alla vigilanza del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, **persone giuridiche** pubbliche o **private** che svolgono attività nel settore dell'istruzione, dell'università e della ricerca, secondo lo Statuto (...)”.

In questo modo, il Legislatore intende recepire, *expressis verbis*, il portato dell'articolo 12 della Direttiva n. 24/14/Ue secondo il quale le *forme di partecipazione di capitali privati* devono essere *prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati*. Come anticipato nel paragrafo precedente, l'interpretazione del Consiglio di Stato sul punto appare parzialmente condivisibile essendo la norma immediatamente applicabile nel nostro sistema ordinamentale non sussistendo, al riguardo, alcuna regolamentazione di segno contrario.

Il successivo comma 11 *ter*, invece, prevede che: “(...) Il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca e le altre amministrazioni consorziate esercitano, congiuntamente, sul Consorzio Interuniversitario CINECA un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, previo adeguamento, ove necessario, dello Statuto del Consorzio (...)”. In sostanza, alla luce della sentenza n. 2660/2015, il “CINECA” sarebbe costretto a modificare sensibilmente lo statuto per rimuovere la posizione di indiscussa primazia riconosciuta al MIUR nell'ambito dell'organizzazione e del funzionamento dello stesso, pena l'insussistenza del requisito del “controllo analogo congiunto”, così come elaborato dalla giurisprudenza comunitaria.

Il comma 11 *quater*, infine, stabilisce che: “(...) I servizi informativi strumentali al funzionamento dei soggetti facenti parte del sistema dell'istruzione, dell'università e della ricerca possono essere svolti da detti soggetti direttamente, o per il tramite di enti, anche con **personalità giuridica di diritto privato**, costituiti su iniziativa delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 e da queste partecipati, purché siano soddisfatte le seguenti condizioni: a) oltre l'80 per cento delle attività dell'ente è effettuata nello svolgimento dei compiti ad esso affidati dalle amministrazioni controllanti o da altre persone giuridiche controllate dalla stessa; b) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto e che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata»; c) le amministrazioni partecipanti esercitano su tali enti, anche in maniera congiunta, un controllo analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi (...)”.

La norma, se sovrapposta alla sentenza del Consiglio di Stato n. 2660/2015, sembra soltanto abilitare la partecipazione delle Università private alla detenzione di quote nel capitale del “CINECA”, peraltro subordinandola all'assenza di controllo o potere di veto e di influenza dominante sulla persona giuridica controllata (lett. b), ma non supera le altre censure mosse dai magistrati di Palazzo Spada.

Infatti, da quanto si apprende dalla lettura del testo della pronuncia commentata, continuerebbe a mancare il requisito dell'**attività prevalente** non potendosi intendere superato tale *deficit* dalla previsione contenuta nella lettera a) del comma 11 *quater*, se non per il tramite di una modifica dello statuto del Consorzio.

Aspetto non marginale, inoltre, è la esclusione della possibilità di un affidamento diretto ad un Consorzio come il “CINECA” nel quale il MIUR abbia una indiscussa posizione di primazia, tale, cioè, da compromettere la presenza del requisito del “controllo analogo congiunto”, salvo che, anche in questo caso, non venga sensibilmente modificato lo statuto. In conclusione, l'intervento del Legislatore, per come oggi strutturato, non sembra destinato a produrre gli effetti salvifici sperati.

### 3. Riflessioni finali.

La vicenda del “CINECA” rappresenta una sorta di cartina di tornasole dei tempi che viviamo. In sostanza, sulla questione relativa all’applicabilità diretta dell’articolo 12 della Direttiva n. 24/14/Ue si sono registrate ben due pronunce di segno sostanzialmente opposto del Consiglio di Stato, in poco più di quattro mesi, ed un tentativo di “aggiustamento” *ad hoc* del Legislatore. Sul piano eminentemente tecnico-giuridico, entrambe le sentenze del Consiglio di Stato appaiono largamente condivisibili, seppur con significativi distinguo.

Qualche perplessità sussiste riguardo la posizione della Sezione VI in merito alla natura non *self-executing* della norma, non fosse altro perché in Italia, non sussistendo una disciplina ostativa alla partecipazione privata nei casi di affidamento diretto, non vi sarebbe alcun bisogno di un intervento legislativo specifico, trovando già applicazione le coordinate giurisprudenziali europee e, dunque, lo stesso portato dell’articolo 12 avente un grado di valore prossimo all’effetto diretto.

Anzi, sotto altro profilo, proprio la circostanza che in siffatta materia si avverta un ineludibile bisogno di costituire un quadro normativo certo, la natura *self-executing* dell’articolo 12, ed in generale della Direttiva n. 24/14/Ue, si atteggia a vera e propria esigenza legislativa volta a colmare un intollerabile *vacuum*. Quanto all’ennesimo tentativo di intervento *ad hoc* del Legislatore, esso esprime una prassi tutta italiana di intervenire nel cuore dell’estate con delle norme, apparentemente insignificanti, ma funzionali alla tutela di specifici interessi, protetti dall’ombrello dei Trattati europei sempre più spesso evocati a geometria variabile.

Nello specifico, l’emendamento in discorso, così strutturato, risolverà poco o niente se il Consorzio “CINECA” non porrà mano ad una modifica dello statuto rendendolo effettivamente sovrapponibile ai principi comunitari tanto decantati nella norma. L’unico effetto certo sarà quello di rendere ancora più mutevole, a seconda delle eccezionali esigenze di turno, la definizione del concetto di “controllo analogo”, con buona pace dell’invariabilmente offeso principio comunitario della certezza del diritto.

---

[1] Per un approfondimento sull’intera giurisprudenza comunitaria si rinvia a G. GUZZO, “Società miste e affidamenti *in house*”; *Giuffrè Editore*, pagine 1-32.

[2] Per una consultazione integrale del testo si rinvia a [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), n. 1/2015, con commento di G. GUZZO, pag. <http://www.lexitalia.it/a/2015/45568>

[3] Per una consultazione integrale del testo si rinvia a [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), n. 5/2015, pag. <http://www.lexitalia.it/a/2015/54349>

[4] Per un commento sul tema si rinvia a G. GUZZO, “[La Direttiva Ue n. 2014/24/Ue e le nuove regole in materia di affidamenti in house: riflessioni minime e prime interpretazioni](#)”; in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), n. 7-8/2014.

[5] Per un approfondimento sull’intera giurisprudenza comunitaria si rinvia a G. GUZZO, “Società miste e affidamenti *in house*”; *Giuffrè Editore*, pagine 1-32; cit.

[6] Per un commento sulla sentenza della CGE del 29.11.2012, si rinvia a G. GUZZO: “Nota a sentenza della Corte di Giustizia, Sezione III, del 29.11.2012 (C 183/11)”; in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it); n. 12/ 2012, pp. 1-3, pag. [http://www.lexitalia.it/p/12/guzzo\\_corteue.htm](http://www.lexitalia.it/p/12/guzzo_corteue.htm)

[7] Per una consultazione del testo integrale della sentenza si rinvia al sito istituzionale [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

[8] Per una consultazione del testo di legge, recante “Disposizioni urgenti in materia di enti territoriali”, si rinvia al sito istituzionale [www.parlamento.it](http://www.parlamento.it).

[9] Per una consultazione del testo delle norme, si rinvia al sito istituzionale [www.parlamento.it](http://www.parlamento.it).

