**Ricorso al mercato**

**e affidamento *in house***

**nel diritto universitario**[[1]](#footnote-2)\*

Sommario: 1. Come una saga: gli attori. – 2. La contesa. – 3. Nel 2015: il contrasto interno al Consiglio di Stato e la posizione rigorosa della VI sezione. – 4. Le norme c.d. salva-Cine­ca: un nulla di fatto? – 5. Provvista di servizi universitari, aiuti di Stato, *in house*. – 6. L’*intra moenia* «all’italiana» come resistita finzione per diritto legislativo.

1. Come una saga: gli attori

Il tema dell’*in house* [[2]](#footnote-3), se ci limitiamo allo spazio giuridico dell’Università, è sopra tutto di diritto giurisprudenziale [[3]](#footnote-4). Dove assume, nel concreto, i tratti di una contesa «binaria», per oggetto e soggetti. Da una parte c’è colui che agisce per aprire al mercato i servizi affidati invece *intra moenia*, negando che il beneficiario abbia i requisiti per sfuggire alle regole dell’evidenza pubblica. Dall’altra, ovviamente, si pone il *provider*, fermo nel sostenere la tesi contraria.

Deuteragonisti necessari (altri se ne aggiungeranno in corso di rappresentazione) sono il MIUR (oggi sdoppiato in base al d.l. n. 1/2020) e le Università che s’avvalgono di quel *provider*.

La durata (e la durezza) di questo scontro [[4]](#footnote-5) sta sottoponendo a un’interessan­te prova di tenuta gli istituti proconcorrenziali unionali e interni: coinvolgendo tutte e tre le Magistrature italiane (amministrativa, contabile e ordinaria) e ora anche la Commissione europea – Direzione generale della concorrenza.

Resta da dire, qui in apertura, dell’apporto dato al settore dal diritto legislativo (interno). Come vedremo, è ben poco, ma non è poco significativo. Si tratta di un emendamento all’art. 9, d.l. 19 giugno 2015, n. 78 (c.d. decreto enti locali), inserito in sede di conversione (di cui alla legge 6 agosto 2015, n. 125) [[5]](#footnote-6).

Poiché – come ho detto – il tema si sviluppa lungo la dorsale evolutiva di questa contesa specifica, ho pensato che sia preferibile affrontarlo a mo’ di una saga. Ne seguiremo l’origine, i punti notevoli, lo stato attuale della situazione. Che è ancora, lo preciso subito, assai lontana dall’esito finale.

2. La contesa

Poiché non versiamo in un caso di ὀνομαστὶ κωμῳδεῖν, è il momento di identificare il protagonista. Si tratta del Cineca, un consorzio interuniversitario di diritto privato soggetto alla vigilanza del M(I)UR.

Costituito sul finire degli scorsi anni Sessanta da alcuni nostri atenei, ha ricevuto nel tempo l’adesione di un numero crescente di Università – si noti: anche *private* – sino ad annoverare fra i propri consorziati la grande maggioranza delle accademie italiane e anche il MIUR, per i quali progetta e fornisce servizi informatici gestionali.

Da tempo le Università consorziate utilizzano i servizi del Cineca mediante affidamenti diretti, poiché ritengono che quel consorzio sia un loro organismo *in house*.

Inoltre, per la stessa ragione il MIUR ha negli anni scorsi emanato decreti di finanziamento al Cineca a fronte dei servizi informatici strumentali che quel consorzio mette a disposizione dello stesso Ministero e del sistema universitario [[6]](#footnote-7). Nel 2020, invece, il M(I)UR non ha adottato un provvedimento erogativo unilaterale, ma ha stipulato una convenzione per «l’affidamento diretto da parte del MI al Consorzio Interuniversitario CINECA, quale soggetto *in house* del Ministero dell’Istruzione […] e del Ministero dell’Università e della Ricerca […] della fornitura di servizi informatici (ICT) necessari all’espletamento dei procedimenti amministrativi di competenza dei ministeri» [[7]](#footnote-8). La convenzione è stata poi approvata con decreto dipartimentale del Ministero [[8]](#footnote-9) anche sull’espresso presupposto che il citato d.l. n. 78/2015 abbia «normativamente strutturato il rapporto intersoggettivo tra il Cineca e i suoi consorziati in termini di *in house providing*».

I punti di contrasto – e quindi di elaborazione da parte del diritto giurisprudenziale [[9]](#footnote-10) – sono due, fra loro intrecciati.

Il primo è quello che sembra delinearsi sin dall’inizio: se il Cineca sia o meno un organismo *in house*; e dunque – astraendo dal caso concreto – quali siano le condizioni per qualificare in tal modo una figura soggettiva per poi ritenerla legittima affidataria diretta di servizi da parte degli enti che abbiano su di essa un potere di controllo.

Secondo punto: se l’erogazione di contributi pubblici al Cineca (e quindi, di nuovo in astratto, a entità similari) configuri o meno un vieto aiuto di Stato [[10]](#footnote-11); ma questo è un profilo che a noi interessa solo indirettamente.

3. Nel 2015: il contrasto interno al Consiglio di Stato e la posizione rigorosa della VI sezione

Appena un cenno, per iniziare, agli elementi costitutivi del rapporto *in house* [[11]](#footnote-12). Il requisito c.d. strutturale: il controllo analogo [[12]](#footnote-13), anche congiunto, pluripartecipato o frazionato [[13]](#footnote-14) (come nel nostro caso); il requisito c.d. funzionale: lo svolgimento della parte più importante dell’attività con la p.A. affidante (una o più) [[14]](#footnote-15); la partecipazione pubblica totalitaria (con le limitate eccezioni consentite dalle direttive UE del 2014) [[15]](#footnote-16).

Questo, almeno, *era* il modello che pareva assestato: anzi, per usare le parole del Consiglio di Stato, era la «nozione di *in house* di matrice comunitaria (elaborata da una giurisprudenza pietrificata, tanto da costituire diritto vivente)» [[16]](#footnote-17).

La quiete cessa a partire dal 2014, quando arrivano le nuove direttive in materia di appalti (2014/24/UE), settori speciali (2014/25/UE) e concessioni (2014/23/UE), con le quali l’*in house* conosce la sua prima regolazione di diritto positivo.

Tre norme parallele – rispettivamente gli artt. 12 (appalti), 28 (settori speciali) e 17 (concessioni) – attenuano, fra l’altro, il requisito della partecipazione totalitaria.

L’art. 12 cit., lett. c), consente infatti l’*in house* pur in difetto della partecipazione pubblica totalitaria qualora vi siano «forme di partecipazione di capitali privati, che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un’in­fluenza determinante sulla persona giuridica controllata».

La direttiva 2014/24/UE apre quindi l’*in house* al capitale privato [[17]](#footnote-18) subordinandone tuttavia l’ingresso a tre condizioni cumulative: a) i titolari delle relative quote non abbiano un potere di controllo o di veto sull’attività dell’entità partecipata; b) l’ingresso del capitale privato sia *imposto* [[18]](#footnote-19) da leggi interne compatibili con i Trattati; c) quei titolari non vi esercitino un’influenza determinante.

Questo il quadro regolativo – nel 2014 la recezione che porterà al codice degli appalti non è ancora avvenuta – quando inizia il conflitto giurisdizionale di cui dicevo in apertura.

Il primo fronte risulterebbe in Calabria, dove l’Università affida servizi informatici senza gara al Cineca, ritenendolo organismo *in house*. Accade una pri­ma volta nel 2013 (quindi prima delle direttive 2014). Ma il TAR territoriale annulla subito l’affidamento con sentenza in forma semplificata. Quel Giudice richiama l’allora fresco parere dell’AVCP 27 agosto 2013, n. AS1075, reso proprio su quesito del MIUR, «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 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 risulti rispettato il requisito dell’attività prevalente» [[19]](#footnote-20).

Motivo dell’annullamento è quindi la presenza nel Cineca di Università private, entrate a seguito dell’accorpamento di tre consorzi interuniversitari previsto dall’art. 7, comma 42-*bis*, d.l. n. 95/2012 [[20]](#footnote-21).

L’Università calabrese reitera però l’affidamento senza gara al Cineca. Ne segue un secondo annullamento, sempre con sentenza in forma semplificata [[21]](#footnote-22).

Questa volta il TAR territoriale evidenzia un duplice motivo impediente l’af­fidamento *intra moenia*. Oltre a quanto rilevato nella prima decisione, il Giudice sottolinea che «nella specie, non risulta che le Università consorziate abbiano particolari poteri di controllo sul Consorzio, come si desume dal fatto che lo Statuto riconosce unicamente il diritto a prender parte alle sedute del Consiglio consortile tramite un proprio rappresentante». Il principio di diritto è qui esposto in modo chiaro: «gli enti collettivamente controllanti non devono configurarsi come meri beneficiari delle prestazioni dell’ente controllato, bensì devono tutti porsi nei confronti di quest’ultimo nello stesso modo in cui una amministrazione si pone nei riguardi dei propri plessi organizzatori interni».

Mentre queste due pronunce denotano una certa asciuttezza anche argomentativa, il diritto giurisprudenziale successivo si aprirà invece a raggiera, affrontando una pluralità di tematiche che – nell’esaminare i profili generali dell’*in house* – suscitano inevitabilmente l’attenzione della letteratura.

È il Consiglio di Stato a prendere adesso la parola. Subito dividendosi, però, fra l’orientamento della II sezione (reso quindi in sede consultiva) e quello *opposto* – di pochi mesi successivo – della VI sezione.

Si tratta di precedenti assai noti, per cui è sufficiente richiamarne i punti salienti.

Vediamo il primo [[22]](#footnote-23).

Investita da un quesito del MIUR circa la riconducibilità del rapporto col Cineca allo schema dell’*in house*, la II sezione del Consiglio di Stato disattende gli avvisi contrari dell’AGCM e dell’AVCP e conclude favorevolmente in modo categorico, fondando sull’art. 12 della direttiva n. 24, *sebbene all’epoca non fosse stata ancora recepita* [[23]](#footnote-24): «la posizione del CINECA nei confronti del Ministero, delle Università e degli Enti pubblici di ricerca suoi consorziati corrisponde perfettamente alla fattispecie cui la direttiva cit. ricollega l’esclusione dalla propria disciplina, anche per i profili di cui finora si era dubitato. Infatti, oltre a soddisfare i requisiti già visti del controllo analogo e dell’attività prevalente da svolgere a favore delle amministrazioni consorziate, 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 cc., 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».

Seguiamone in sintesi i passaggi argomentativi attraverso la critica serrata che invece le muove la pronuncia di segno opposto cui accennavo sopra [[24]](#footnote-25). La quale perviene a quel convincimento antipodale ricostruendo dapprima tutti «i tratti essenziali dell’istituto dell’*in house*, come risultanti dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale» e affermando poi che nel caso Cineca non ricorre *nessuno* dei tre requisiti: partecipazione totalitaria, controllo analogo, attività prevalente.

Lo spazio maggiore è riservato all’analisi del primo requisito. È qui – nel rilevare in senso ostativo la presenza nella compagine consortile anche di Università *private* – che s’incontra un’importante affermazione del Consiglio di Stato: «l’ordinamento si è ormai orientato verso una nozione funzionale e cangiante di ente pubblico. Si ammette ormai senza difficoltà che uno stesso soggetto possa avere la natura di ente pubblico a certi fini e rispetto a certi istituti, e possa, invece, non averla ad altri fini, conservando rispetto ad altri istituti regimi normativi di natura privatistica». Per cui – prosegue quel Giudice – «la circostanza che talvolta le Università private siano state ritenute enti pubblici dalla giurisprudenza (e trattate come tali ai fini della giurisdizione sulle controversie in materia di impiego o della giurisdizione della Corte dei conti) non è di per sé sufficiente per ritenere che lo siano sempre. Non è di per sé sufficiente per ritenere che lo siano, per quanto più interessa in questa sede, anche quando si tratta di verificare la condizione, rilevante per configurare un rapporto *in house*, della partecipazione pubblica totalitaria» [[25]](#footnote-26).

Mi avvalgo delle parole di Margherita Ramajoli: «si assiste al superamento delle certezze derivanti dalle tranquillizzanti letture dicotomiche di pubblico e privato. Una volta […] la linea di demarcazione tra pubblico e privato era stata resa fluida da quella zona grigia costituita dal concetto di corpo morale, ora invece dalla nuova zona grigia rappresentata dalla nozione «cangiante» di ente pubblico» [[26]](#footnote-27).

La critica al citato parere della II sezione s’incontra a questo punto, dove la sentenza esclude l’applicabilità diretta – cioè *ante receptionem* – dell’art. 12, lett. c), direttiva n. 24: «le regole sull’*in house*, di cui si fa applicazione nel presente giudizio, che potenzialmente potrebbero contrastare con le previsioni della nuova direttiva, sono, infatti, regole già esistenti nell’ordinamento nazionale (non introdotte *ex novo* dal legislatore nazionale in violazione del dovere di *standstill*) e sono, inoltre, regole che trovano la loro fonte proprio nell’ordinamento del­l’Unione Europea, avendo esse origine dalla sopra richiamata giurisprudenza della Corte di Giustizia che nel corso degli anni ha fissato rigorosi limiti alla operatività dell’*in house*. Non si può, quindi, ritenere che la mera pubblicazione della direttiva determini, prima che sia scaduto il termine per il suo recepimento, il superamento automatico e immediato di una disciplina preesistente di derivazione comunitaria» [[27]](#footnote-28).

Ma secondo la VI sezione è anche (se non sopra tutto) l’ordinamento interno a precludere una relazione *intra moenia* in caso di entità partecipata non totalitaria: «l’*in house* di derivazione comunitaria rappresenta, comunque, una deroga alla regola della concorrenza. Trattandosi di istituto «eccezionale», di esso il legislatore nazionale può, ma non deve, avvalersi, 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» [[28]](#footnote-29).

A chiudere completamente ogni spazio in punto di (deroga al requisito della) totalitarietà arriva l’ultima osservazione del Collegio. L’art. 12, lett. c), richiede, come visto, che la «forme di partecipazione di capitali privati» siano «prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati» [[29]](#footnote-30): ma l’art. 7, comma 42-*bis*, d.l. n. 95/2012 cit. ha solo e semplicemente previsto un accorpamento di consorzi interuniversitari preesistenti, donde l’ingresso nel Cineca di alcune Università private (Milano-Bocconi, Milano-Cattolica del Sacro Cuore, Milano-IULM). Ne deriva – conclude la VI sezione – che «la partecipazione al Cineca di soggetti 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)».

La mancanza di totalitarietà (o di legittime deroghe a quel requisito) sarebbe sufficiente per il *de profundis*. Tuttavia la sezione – lo abbiam pure detto – va oltre, ed espone (sebbene in modo più succinto) le ragioni per cui difettano anche gli altri due presupposti per il ricorso all’*in house* da parte dell’Università calabrese.

Manca il controllo analogo, poiché esso – se congiunto o frazionato – non è configurabile in caso di «mera partecipazione formale al capitale e agli organi direttivi dell’ente *in house*» [[30]](#footnote-31). E la configurabilità in concreto di un controllo siffatto da parte delle Università consorziate è preclusa – precisa la sentenza – anche dall’egemonia statutariamente riconosciuta al MIUR nell’organizzazione e nel funzionamento del Cineca [[31]](#footnote-32).

Difetta, infine, l’attività prevalente. Torna qui il dialogo dissensuale col parere n. 298/2015 cit.: «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. Né in senso contrario è utile il richiamo ai principi recentemente affermati dalla Corte di Giustizia nella sent. 18 dicembre 2014, causa C-568/13, (valorizzati, invece, nel già citato parere reso da Cons. Stato, sez. II, 30 gennaio 2015, cit.), che non si occupa specificamente dell’*in house*, limitandosi ad affermare il principio secondo cui la natura di ente pubblico economico non è di per sé una ragione ostativa alla partecipazione a procedura di evidenza pubblica».

4. Le norme c.d. salva-Cineca: un nulla di fatto?

In virtù della sua completezza e puntualità di argomentazioni la sent. n. 2660/2015 smantella il sistema Cineca [[32]](#footnote-33). Ma lo salva un provvidenziale, quanto «immediato soccorso prestato dal legislatore» [[33]](#footnote-34).

Avviene in Senato. Si tratta della proposta di modifica n. 9.31 al d.d.l. AS 1977 (sfociato nella legge 6 agosto 2015, n. 125 cit.) di conversione del d.l. n. 78/2015, al cui art. 9 sono aggiunti i commi 11-*bis*, 11-*ter* e 11-*quater* [[34]](#footnote-35). Ne ho accennato in apertura.

In breve. In base al primo di questi tre commi possono far parte del Cineca «persone giuridiche pubbliche o *private* che svolgono attività nel settore dell’i­struzione, dell’Università e della ricerca, secondo quanto previsto dallo statuto del Consorzio medesimo». La norma anticipa quindi *ad hoc* il recepimento del­l’art. 12, lett. c), direttiva n. 24, cit. A sua volta, il comma 11-*quater* offre un criterio un po’ meno incerto per identificare il requisito della prevalenza, ora e­spressamente rapportato a un parametro *quantitativo*: oltre l’80 per cento delle attività dell’ente dev’essere svolto per compiti a esso affidati dall’amministrazio­ne controllante o da altre persone giuridiche controllate dalla stessa. L’interven­to legislativo appare meno incisivo, infine, circa il controllo analogo: il comma 11-*ter* cit. rimandandone la strutturazione a un mutamento statutario, «ove necessario»: cioè – si è precisato in dottrina – «che doti gli enti consorziati di poteri non solo «idonei», ma altresì «proporzionati» all’esercizio di un controllo analogo» [[35]](#footnote-36).

In sintesi. La legge salva-Cineca non qualifica direttamente quel consorzio come *in house*. Supera forse il requisito della totalitarietà, ma lascia abbastanza irrisolti i problemi con riferimento agli altri due requisiti: l’attività prevalente e il controllo analogo.

I commi citati, quindi, lasciano inalterata la necessità di verificare l’esistenza nel nostro caso dei requisiti *in house* [[36]](#footnote-37).

Che il requisito della totalitarietà non possa ritenersi accantonato pur dopo l’art. 9, comma 11-*bis*, legge n. 125/2015, lo dimostra l’orientamento giurisprudenziale successivo.

Scende in campo questa volta l’AGCM, la quale impugna due delibere del 2016 con cui l’Università di Firenze aveva affidato al Cineca – senza gara – taluni servizi informatici.

Il TAR Toscana accoglie il ricorso [[37]](#footnote-38): ritenendo, anzi, che non sia applicabile *nessuno* dei tre commi in esame. Neppure il comma 11-*bis*, poiché la «disposizione va interpretata alla luce dell’art. 12 della direttiva 2014/24/UE (in questo senso anche l’art. 5, c. 1, lett. c), d.lgs. 50/2016), nella parte in cui circoscrive detta partecipazione alla condizione che ai privati non sia consentito un «controllo o potere di veto» e che «non esercitino un’influenza determinante sulla persona giuridica controllata». Dette condizioni non sono ottemperate nel caso di specie considerando che le Università private consorziate partecipano a CINECA in forma *paritaria* con quelle pubbliche, circostanza quest’ultima che consente di escludere la possibilità che detto controllo analogo sia esercitato *solo* dalle Università e dalle rimanenti Amministrazioni che partecipano al consorzio» [[38]](#footnote-39).

Come si vede, il TAR Toscana si pone nella scia di Cons. Stato n. 2660/2015 cit., aggiungendo un elemento ulteriore per sostenere che l’art. 12, direttiva n. 24, cit. è inapplicabile; il dissenso del diritto giurisdizionale rispetto alle conclusioni del parere n. 298/2015 cit. è divenuto profondo. Ed è anzi rimarcato dal Consiglio di Stato nella sentenza reiettiva dell’appello proposto dall’ateneo fiorentino [[39]](#footnote-40): la quale, nel richiamare sempre – e adesivamente – il proprio precedente n. 2660/2015, non manca di sottolineare che esso si era posto «in consapevole dissenso» da quel parere 298/2015.

5. Provvista di servizi universitari, aiuti di Stato, in house

Il fronte si allarga. Alla contesa sulla configurabilità del Cineca come figura *in house* s’aggiunge – lo avevo detto in apertura – quella sulla natura dei contributi finanziari che il MIUR eroga al consorzio per il funzionamento dei servizi messi a disposizione del Ministero stesso e del sistema universitario. Sono aiuti di Stato adottati in violazione delle disposizioni del TFUE?

La risposta del TAR Lazio – la sentenza scorre per decine di pagine – è affermativa [[40]](#footnote-41).

Ai nostri fini conta sopra tutto un’affermazione: «anche se fosse effettivamente comprovato che Cineca è un’entità *in house* del MIUR – e al riguardo, non può se non richiamarsi quanto disposto con l’art. 9 del d.l. n. 78/2015, come modificato dalla legge di conversione 6 agosto 2015, n. 125 con l’introdu­zione dei commi 11-*bis*, 11-*ter* e 11-*quater* – tuttavia, la predetta circostanza non escluderebbe in alcun modo che il Cineca possa essere, comunque, considerato beneficiario di aiuti di Stato, ai sensi dell’art. 107 TFUE, come, peraltro, dimostra la prassi europea e il relativo progetto di Comunicazione sulla nozione di aiuto».

Molto più succinta, ma non meno netta è la sentenza [[41]](#footnote-42) del Consiglio di Stato che respinge l’appello del Cineca.

Premesso che «anche alle società *in house* si applicano, nella misura in cui rientrano nella definizione di impresa, le regole *antitrust* e sugli aiuti di Stato», il Giudice d’appello ritiene che il comma 11-*quater* cit. [[42]](#footnote-43) «consente, solo in astratto, ai soggetti facenti parte del sistema dell’istruzione, dell’università e della ricerca di acquistare i servizi informativi strumentali da organismi *in house providing*. Occorrerà, infatti, non solo verificare di volta in volta la sussistenza in concreto dei requisiti per l’affidamento diretto, ma anche osservare l’onere motivazionale previsto dall’art. 192, comma 2 […]». In ogni caso – precisa il Collegio – «il privilegio anticompetitivo non necessariamente si realizza introducendo limiti e condizioni alla partecipazione delle imprese concorrenti, ma anche garantendo all’impresa una partecipazione protetta al mercato cui appartiene, consentendogli l’acquisizione sicura di commesse il cui provento sia in grado di coprire, se non tutte, la maggior parte delle spese generali; la natura *in house* di un soggetto non annulla, infatti, la possibilità di confronto concorrenziale dello stesso con altri operatori del settore, avendo quest’ultima la possibilità di prestare i propri servizi anche a terzi, sia pure per una percentuale residua della propria attività, inferiore al 20%». Infine, un dubbio molto importante per noi: se cioè «l’intervento del legislatore abbia effettivamente risolto tutte le problematiche evidenziate dal Consiglio di Stato».

Ma il Cineca – soggiunge ancora la sentenza – all’epoca del decreto gravato non era comunque un *in house provider*, come statuito dalle pronunce n. 2660/2015 e 2583/2018 (ivi richiamate).

I due profili – configurabilità di un aiuto di stato illegale ed esistenza di una relazione *in house* – tornano poi a intrecciarsi in occasione del nuovo episodio contenzioso, che concerne l’erogazione di fondi al Cineca prevista nel FFO 2018 [[43]](#footnote-44).

Questa volta però il TAR Lazio [[44]](#footnote-45) esclude che vi sia un aiuto di Stato non solo per il supercalcolo [[45]](#footnote-46), ma anche per la parte relativa agli importi appostati a titolo di servizi da rendere al Ministero.

La sentenza incrocia – sebbene in termini non pienamente esplicitati [[46]](#footnote-47) – la questione che ci interessa: dopo aver ritenuto che nella nostra vicenda esiste una relazione *intra moenia*, il Tribunale sembra domandarsi se essaprecluda *ex se* il delinearsi di un aiuto di Stato.

Tralascio quindi l’esame del *ductus* motivazionale relativo agli aiuti di Stato.

Quanto all’*in house*, la pronuncia si orienta – con qualche dubbio – in senso affermativo: «alla luce delle modifiche normative e statutarie *medio tempore* intervenute appaiono sussistere adeguati elementi probatori, *in termini probabilistici*, per qualificare l’ente come *in house*, con riferimento ai requisiti del «controllo analogo congiunto», dell’«attività prevalente» e della «totale partecipazio­ne pubblica»» [[47]](#footnote-48).

Proprio per la sua valenza ricostruttiva generale, è bene esaminare partitamente le ragioni addotte dal TAR per arrivare a questa conclusione.

Liberiamoci subito del terzo requisito. Dalla sentenza si desume infatti che il Cineca non annovera più al suo interno Università private, quindi risulta *ratione temporis* [[48]](#footnote-49) partecipato solo da enti pubblici [[49]](#footnote-50).

Vediamo il secondo, il controllo analogo.

Per il TAR «le modifiche statutarie sembrano aver consentito a tutti i consorziati di avere *pari influenza dominante* sulla gestione del Consorzio *seppur in relazione alla relativa partecipazione* [[50]](#footnote-51)»: il riferimento esplicito è all’assemblea consortile, ritenuta l’organo con «funzioni di indirizzo strategico e di controllo nei confronti degli altri organi consortili». Né – prosegue quel Giudice – il controllo analogo frazionato sarebbe incompatibile con la «permanenza di alcuni poteri di incidenza del MIUR, quale quello relativo alla revoca dell’amministra­tore, esercitabile comunque sulla base dei presupposti descritti nello statuto e previa attivazione da parte dei soci».

Non nascondo alcune perplessità, che nascono anzitutto da quell’inciso che ho riportato più sopra: «seppur in relazione alla relativa partecipazione». In altre parole, il Tribunale desume l’esistenza di una «pari influenza dominante» in capo a ognuno dei consorziati dal dato per cui ognuno di essi partecipa all’as­semblea, *ancorché nei limiti frazionali della quota riconducibile a quella partecipazione*. Alle corte. Poiché i soggetti consorziati già all’epoca erano (verosimilmente) alcune decine, appare arduo ritenere che ognuno di essi – titolare di un frantume di capacità decisionale – potesse (e possa oggi) [[51]](#footnote-52) far efficacemente valere la propria volontà in caso di dissenso rispetto alla deliberazione che l’assemblea intende adottare. Si tratta di un assetto che mi appare distante dal concetto di controllo analogo, il quale implica invece la possibilità di influenzare in modo determinante le scelte gestorie, così come può fare un’Amministrazione pubblica nei confronti dei propri plessi organizzativi interni. Un potere che è cioè più penetrante rispetto a quello inerente alle ordinarie facoltà del socio, per cui l’ente consorziato dovrebbe essere messo nella condizione di opporsi efficacemente all’assunzione di scelte collidenti con i suoi interessi [[52]](#footnote-53).

Certo, in casi come il nostro diviene *prima facie* difficile conseguire questo risultato, cioè disegnare un assetto in linea con gli obiettivi di controllo appena visti. Ma come ci ricorda Cons. Stato, 3 marzo 2020, n. 1564, «è pur vero che il Consiglio di Stato ha sottolineato come una partecipazione «pulviscolare» sia in principio inidonea a consentire ai singoli soggetti pubblici partecipanti di incidere effettivamente sulle decisioni strategiche della società, cioè di realizzare una reale interferenza sul conseguimento del c.d. fine pubblico di impresa in presenza di interessi potenzialmente contrastanti, e tuttavia ha al contempo chiarito che i soci pubblici ben possono sopperire a detta debolezza stipulando patti parasociali al fine di realizzare un coordinamento tra loro, in modo da assicurare il «*loro controllo sulle decisioni più rilevanti riguardanti la vita e l’attività della società partecipata*» (si veda Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 2019, n. 578)».

Resta poco chiaro, inoltre, un altro aspetto: se cioè «le funzioni [assembleari] di indirizzo strategico e di controllo nei confronti degli organi consortili», valorizzate dal TAR Lazio per ritenere il controllo analogo congiunto, assicurino in concreto il governo del consorzio. Né dalla sentenza si desume se lo statuto garantisca forme anche indirette di presenza dei consorziati negli organi collegiali di gestione diretta (per esempio mediante elezione dei relativi com­ponenti) [[53]](#footnote-54).

Secondo l’art. 5, comma 5, lett. a), cod. contr. – in recezione dell’art. 12, comma 3, della direttiva n. 24, cit. – v’è infatti controllo congiunto a condizione che gli organi decisionali della persona giuridica controllata siano composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti: singoli soggetti potendo rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti.

Nell’organo decisionale, in somma, ogni consorziato dev’essere *rappresentato*; il che equivale a pretendere un sistema che ne assicuri la presenza mediata, prescindendo dalla sua posizione maggioritaria o meno in seno a quel collegio: v’è controllo congiunto solo se anche la minoranza vi ha voce.

Circa il requisito dell’attività prevalente, poi, la sentenza non offre spunti di commento, sul punto limitandosi ad affermare che esso «appare adeguatamente dimostrato dal Cineca e dalla documentazione depositata, mentre parte ricorrente non ha fornito adeguati elementi istruttori per ritenere il superamento della percentuale prescritta dalla norma» [[54]](#footnote-55).

Non resta che attendere la pronuncia del Consiglio di Stato [[55]](#footnote-56).

6. L’intra moenia «all’italiana» come resistita finzione per diritto legislativo

La saga è arrivata sin qui.

C’è spazio per una considerazione generale di chiusura, ovviamente provvisoria.

In punto di provvista dei servizi necessari, il diritto universitario vivente trae alimento principale dalle vicende che ho sin qui ricordato. Le quali mi sembrano emblematiche poiché riproducono in ambito settoriale una tensione ordinamentale – ma politica anzitutto – che resta irrisolta: la collocazione dell’*in house* nello scenario europeo e interno.

La traiettoria è nota. Intriso di diffidenza più o meno dichiarata, l’atteggia­mento delle alte Corti è stato contrastato dal diritto positivo a partire dalle direttive del 2014.

La «fiducia» che le norme unionali hanno accordato all’istituto sconta forse il solito problema del dover esse atterrare in paesi con diversità non solo di cultura giuridica, ma anche – e ancor prima – di senso diffuso della *res publica*.

Non mi sembra infatti casuale che la giurisprudenza della Corte di Giustizia sul tema qui esaminato si sia formata con riferimento a molte questioni italiane: sintomo di una particolare pressione – la Consulta parla di abuso, come dirò [[56]](#footnote-57) – cui l*’intra moenia* è da noi assoggettato.

Il confronto con il disegno dell’*in house* che emerge da quelle direttive, così come la recezione delle stesse, è connotata da una nostra tendenza a forzarne i limiti, ad allargarne le maglie sino a snaturarne la sostanza e la ragion d’essere.

Possiamo davvero riferirci oggi a questa figura definendola – senza peccare di ipocrisia – «delegazione interorganica»? O non dovremmo invece prendere atto di un progressivo allontanamento dallo schema originale, di cui si vanno sempre più perdendo i tratti strutturali?

Viene il dubbio (una prosa del malumore) che l’*in house* delle direttive sia stato coniato guardando a culture, civiltà e moralità pubbliche diverse dalla nostra.

Lo slabbramento progressivo dei suoi confini a opera del nostro legislatore mi sembra confermarlo: non saprei come leggere diversamente, per esempio, il citato art. 16, comma 3-*bis*, T.U. in materia di società a partecipazione pubblica. Legittimare il superamento del limite di fatturato al ricorrere di condizioni affatto evanescenti quali il conseguimento di economie di scala o di non meglio definiti «altri recuperi di efficienza sul complesso dell’attività principale della società», a mio avviso significa – lo ribadisco – recidere gli ultimi esili fili che collegano l’ente «controllante» al suo (presunto) organo domestico.

Ecco perché fatico a comprendere coloro che – *in Italia* – continuano ad affermare l’equiordinazione dell’*intra moenia* rispetto all’*outsourcing*.

Tesi contrastata per fortuna dalla Consulta, che ha letteralmente salvato l’ob­bligo aggravato di motivazione di cui all’art. 192, comma 2, cod. contr. [[57]](#footnote-58): passato indenne anche dal vaglio di compatibilità unionale, allorché la Corte di Giustizia ha recentemente ribadito – pur tenendo conto del principio di libera amministrazione – il carattere subordinato dell’*in house* [[58]](#footnote-59).

Tesi, in somma, condivisibile solo se stessimo parlando di un rapporto assimilabile davvero a quello esistente fra una Pubblica Amministrazione e i «propri servizi» [[59]](#footnote-60), come recita l’ingenuo o troppo ottimista art. 12 della direttiva n. 24. E non – come troppo spesso accade nella realtà – di una bimba che vorrebbe tenere al guinzaglio un cagnone tante volte più grande di lei.

**Pier Luigi Portaluri**

Ordinario di Diritto amministrativo

Pubblico 1° marzo 2022

nel Dipartimento di Scienze Giuridiche -

Università del Salento

Finito di stampare nel mese di febbraio 2022nella Stampatre s.r.l. di Torino

Via Bologna, 220

1. \*Estratto da A. Marra e M. Ramajoli (a cura di), *Università e anticorruzione*, Torino, Giappichelli, 2022 e destinato agli *Scritti in onore di Giuseppe Franco Ferrari*. Ringrazio molto i curatori e l’editore per averne consentito la pubblicazione qui. [↑](#footnote-ref-2)
2. Sul quale la panoramica di G.F. Ferrari, *Le nuove direttive appalti e la disciplina dell’*in house providing, relazione al convegno dell’università di Milano-Bocconi del 14 maggio 2015 su *Le nuove Direttive appalti e il loro recepimento*, in http://www.osservatorioappalti.unitn.it/viewFile.do?
id=1434726164229&dataId=8088&filename=Testo.pdf. [↑](#footnote-ref-3)
3. A. Marra, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *Il diritto delle università nella giurisprudenza a dieci anni dalla legge n. 240/2010*, Torino, 2020, p. 1 ss.: «non vi è profilo ormai, in ambito universitario, che non venga deciso, in ultima istanza, in sede giurisdizionale, segno inequivocabile che l’intero sistema si trova in una situazione patologica e di tensione permanente» (p. 2). E ancora: «il processo davanti al giudice è sempre il terminale di un conflitto che ha radici altrove e quindi occorre chiedersi quali siano le cause profonde di esso. […] il sistema universitario sta via via perdendo i caratteri di un sistema e sempre più assumendo i tratti di un «mercato» nel quale i soggetti che in esso operano si trovano in costante competizione tra loro sia per ciò che concerne l’attrattività degli studenti sia per l’ottenimento dei finanziamenti statali o derivanti dalle attività di ricerca su commissione» (p. 7 s.). [↑](#footnote-ref-4)
4. Su cui è utile consultare M. Lavatelli, *L’università e il ricorso alle forme privatistiche*, in A. Marra (a cura di), *Il diritto delle università nella giurisprudenza*, cit., p. 133 ss., spec. p. 147 ss. [↑](#footnote-ref-5)
5. V. più avanti. [↑](#footnote-ref-6)
6. Cfr. la vicenda decisa da Cons. Stato, sez. VI, 22 ottobre 2018, n. 6009, relativa al finanziamento per l’anno 2015. [↑](#footnote-ref-7)
7. Stipulata il 9 luglio 2020, è oggi leggibile all’indirizzo https://www.miur.gov.it/documents/
20182/2432359/convenzione-signed.pdf/2d2f3bf1-93e9-4e4b-3b29-5fa3965d0c8b?version=1.0&t
=1600161540023. L’atto concerne il periodo 1° gennaio 2020 – 31 dicembre 2022 e prevede un importo massimo complessivo di circa 48 milioni di euro (inclusa l’Iva). [↑](#footnote-ref-8)
8. Il decreto approvativo della convenzione, datato 21 luglio 2020, si può adesso consultare integralmente all’indirizzohttps://www.miur.gov.it/documents/20182/2432359/m\_pi.AOODPPR.
REGISTRO+DECRETI+DIPARTIMENTALI%28R%29.0000038.21-07-2020.pdf/33bef31f-3720-
19c7-dc6c-03d9fcd5c04f?version=1.0&t=1600161540549. [↑](#footnote-ref-9)
9. Anche la letteratura ha offerto contributi di rilievo: strada facendo ne incontreremo alcuni. [↑](#footnote-ref-10)
10. Con nota C(2021) 1270 del 1° marzo 2021 la Commissione europea ha informato il nostro paese della sua decisione di avviare il procedimento di cui all’art. 108, par. 2, TFUE, avendo essa ritenuto «in via provvisoria che le misure a favore del Cineca equivalgano a una concessione di aiuti di Stato da parte dell’Italia ai sensi dell’articolo 107, paragrafo 1, del TFUE. La Commissione nutre dubbi riguardo alla compatibilità dell’aiuto di Stato con il mercato interno». [↑](#footnote-ref-11)
11. Stabiliti dalla Corte di Giustizia nei casi *Teckal*, *Stadt* *Halle* ed *Econord*. [↑](#footnote-ref-12)
12. Regolato oggi dall’art. 5, comma 1, lett. a), cod. contr. e dall’art. 2, comma 1, lett. c), T.U. in materia di società a partecipazione pubblica.

Qui posso solo ricordare le Linee guida ANAC n. 7/2017 e – chiusasi nel marzo di quest’anno 2021 – la consultazione pubblica *online* indetta sempre dall’Autorità anticorruzione sulle Linee guida recanti «Indicazioni in materia di affidamenti *in house* di contratti aventi ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza ai sensi dell’articolo 192, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e s.m.i.». [↑](#footnote-ref-13)
13. Di cui all’art. 2, comma 1, lett. d), T.U. in materia di società a partecipazione pubblica e all’art. 5, comma 5, cod. contr.; le modalità articolative del controllo frazionato sono indicate dal successivo art. 16, comma 2, il quale alla lett. c) prevede la possibilità di concludere patti parasociali. [↑](#footnote-ref-14)
14. Art. 5, comma 1, lett. b), cod. contr. e art. 16, comma 3, T.U. in materia di società a partecipazione pubblica. Da ricordare, per la sua capacità potenzialmente eversiva, il successivo comma 3-*bis*, secondo cui «La produzione ulteriore rispetto al limite di fatturato di cui al comma 3, che può essere rivolta anche a finalità diverse, è consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell’attività principale della società»: a me pare una porta spalancata per legittimare la vocazione commerciale dell’orga­nismo *intra moenia*. Poiché la norma non trova copertura nelle direttive del 2014, direi che si va sempre più configurando l’*in house* all’italiana, cioè fittizio. V. anche A. Sinatra, *Commento al­l’art. 5*,in R. Garofoli-G. Ferrari (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Molfetta, 2017, p. 219 ss., spec. p. 229. [↑](#footnote-ref-15)
15. Eccezioni confermate dall’art. 5, comma 1, lett. c), cod. contr. nonché dall’art. 16, comma 1, T.U. in materia di società a partecipazione pubblica. [↑](#footnote-ref-16)
16. Cons. Stato, sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660. [↑](#footnote-ref-17)
17. Ma come osserva G.F. Ferrari, *Le nuove direttive appalti*, cit., «la totale partecipazione pubblica costituisce la regola aurea dell’*in house*, anche se non più assistita dai connotati di imprescindibilità che le erano stati assegnati dalla giurisprudenza ormai consolidata». Non a caso C. Contessa, *Il nuovo* in house providing, in R. Garofoli-G. Ferrari (a cura di), *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, Molfetta, 2017, p. 1211 ss., spec. p. 1225, giunge a dubitare circa la conformità con i Trattati dello stesso art. 12, direttiva n. 24 cit. «per la parte in cui esclude dal­l’ambito di applicazione della normativa uniforme in materia di appalti e concessioni questo tipo di affidamenti diretti, disposto – in ultima analisi – in favore di società che non sembrano presentare i genuini requisiti di una delegazione interorganica». [↑](#footnote-ref-18)
18. Il «*prescritte* dalle disposizioni legislative nazionali» della direttiva è stato frainteso dall’art. 5, comma 1, lett. c) cod. contr., che usa invece la parola «previste», in tal modo tradendo il senso e la *ratio* dell’art. 12 in esame: il quale apre l’*in house* ai privati solo quando vi sia una precisa norma di legge interna che ciò *costringa* a fare. Esemplare invece per chiarezza precettiva il testo tedesco dell’art. 12: «durch nationale gesetzliche Bestimmungen *vorgeschrieben* sind». L’art. 16, comma 1, T.U. in materia di società a partecipazione pubblica adopera infatti il più corretto lemma «prescritta».

A. Donato, *Affidamenti* in house *e partecipazione pubblica totalitaria: lo strano caso del CINECA*, in *Foro amm.*, 2016, p. 503 ss., spec. p. 512, richiama esattamente il considerandon. 32 della direttiva n. 24 cit. il quale, «dopo aver chiarito che, in generale, l’esenzione dall’applicazione delle procedure previste dalla direttiva per i soggetti in house degli enti affidanti non dovrebbe estendersi alle situazioni in cui vi sia partecipazione diretta di un soggetto privato al capitale della società controllata, per evitare di offrire a tale soggetto un indebito vantaggio rispetto ai suoi concorrenti, precisa che vi sono ipotesi – eccezionali, dunque – in cui tale restrizione non dovrebbe valere, e ne chiarisce la portata: «*tuttavia, date le particolari caratteristiche degli organismi pubblici con partecipazione obbligatoria, quali le organizzazioni responsabili della gestione o dell’esercizio di taluni servizi pubblici, ciò non dovrebbe valere nei casi in cui la partecipazione di determinati operatori economici privati al capitale della persona giuridica controllata è resa obbligatoria da una disposizione legislativa nazionale in conformità dei trattati*», sempre a condizione che si tratti di una partecipazione che non comporta controllo o potere di veto e che non conferisca un’influenza determinante sulle decisioni del soggetto affidatario. Pertanto, l’ipotesi derogatoria contemplata dalla direttiva riguarda solo ed esclusivamente i particolari casi in cui la partecipazione di determinati operatori economici privati al capitale del soggetto affidatario sia «*resa obbligatoria*» da una disposizione legislativa nazionale, ovviamente conforme ai Trattati». [↑](#footnote-ref-19)
19. TAR Calabria, sez. II, 4 aprile 2014, n. 559 (non appellata). [↑](#footnote-ref-20)
20. L’art. 7, comma 42-*bis*, d.l. n. 95/2012, prevede infatti che: «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». [↑](#footnote-ref-21)
21. TAR Calabria, sez. II, 11 luglio 2014, n. 1186. [↑](#footnote-ref-22)
22. Cons. Stato, sez. II, 30 gennaio 2015, n. 298, su cui cfr. V. Brigante, *La crisi della soggettività nel diritto amministrativo: l’*in house providing *alla luce del parere del Consiglio di Stato n. 298/2015*, in lexitalia.it, 2015. [↑](#footnote-ref-23)
23. Orientamento condiviso in linea di principio da A. Bartolini, *Prime pronunce giurisprudenziali sull’*in house *nella Dir. 2014/24/UE – il caso Cineca*, in *Giur.it.*, 2015, c. 1977 ss., spec. c. 1982: «il diritto scritto, in forza del principio di legalità e della *rule of law* che compenetra il diritto europeo, costituisce – sebbene non sia entrato ancora in vigore – una sicura base di riferimento, per la creazione del diritto pretorio e deve essere necessariamente tenuto in considerazione. Il diritto scritto, anche se non ancora entrato in vigore, costituisce un criterio ermeneutico imprescindibile per il giudice, essendo quest’ultimo tenuto ad applicare la «legge». Ecco perché correttamente si è sostenuto che la direttiva costituisce, nell’ambito che in questa sede ci occupa, una sorta di interpretazione autentica: il diritto scritto, laddove non ancora efficace, costituisce, difatti, un criterio ermeneutico imprescindibile, quando il giudice sia chiamato ad applicare il proprio diritto pretorio». [↑](#footnote-ref-24)
24. Cons. Stato, sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660. È la sentenza che rigetta l’appello proposto dal Cineca avverso TAR Calabria n. 1186/2014, cit. [↑](#footnote-ref-25)
25. Coerente la conclusione sul punto: «In quest’ottica si spiega perché la giurisprudenza comunitaria abbia richiesto come condizione necessaria la partecipazione pubblica totalitaria. La Corte di giustizia ha motivato l’incompatibilità di qualsiasi partecipazione anche minoritaria di un’impresa privata sulla base di due considerazioni principali: a) qualsiasi investimento di capitale privato in un’impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi di natura differente rispetto a quelli di interesse pubblico; b) l’attribuzione diretta di un appalto pubblico ad un soggetto partecipato anche in minima parte da privati pregiudicherebbe l’obietti­vo di una concorrenza libera nella misura in cui offrirebbe ad un’impresa privata presente nel capitale dell’ente beneficiario dell’affidamento un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti. […] Alla luce di queste considerazioni deve allora ritenersi 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». [↑](#footnote-ref-26)
26. M. Ramajoli, *Sulla natura giuridica delle Università libere*, in A. Marra (a cura di), *Il diritto delle università nella giurisprudenza*, cit., p. 111 ss., spec. p. 122. [↑](#footnote-ref-27)
27. E ancora: «Ritenere da subito possibili forme di partecipazione di capitali privati significherebbe, pertanto, 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. Non si tratterebbe, quindi, di interpretare il diritto nazionale in maniera conforme al diritto eurounitario sopravvenuto, ma, al contrario, di disapplicare o correggere l’interpretazione fornita dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, per assicurarne la conformità alla direttiva sopravvenuta, la quale, però, (non essendo scaduto il termine di recepimento) non è ancora cogente all’interno degli ordinamenti nazionali». [↑](#footnote-ref-28)
28. La sentenza in esame richiama qui la Consulta: «La Corte costituzionale, infatti, nell’affer­mare la legittimità costituzionale della disciplina nazionale che in materia di servizi pubblici locali prevedeva limiti all’utilizzo dell’*in house* ulteriori rispetto a quelli enucleati dalla giurisprudenza comunitaria, ha testualmente affermato che «è innegabile l’esistenza di un ‘margine di apprezzamento’ del legislatore nazionale rispetto a princípi di tutela, minimi ed indefettibili, stabiliti dal­l’ordinamento comunitario con riguardo ad un valore ritenuto meritevole di specifica protezione, quale la tutela della concorrenza ‘nel’ mercato e ‘per’ il mercato. Ne deriva, in particolare, che 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)». [↑](#footnote-ref-29)
29. Questione, pur decisiva, non affrontata dal parere n. 298/2015 cit.

Anche A. Bartolini, *Prime pronunce giurisprudenziali*, cit., c. 1987 s., nota infatti «la mancanza di una espressa valutazione da parte del Consiglio di Stato sulla presenza o meno di una prescrizione legislativa che legittimi la presenza delle università private in CINECA», per cui «il parere in commento risulta carente sotto questo profilo di fondamentale importanza, non preoccupandosi di analizzare tale aspetto». [↑](#footnote-ref-30)
30. «Infatti, l’eventualità – prosegue quel Giudice – che un’amministrazione aggiudicatrice abbia, nell’ambito di un’entità affidataria posseduta in comune, una posizione inidonea a garantirle la benché minima possibilità di partecipare al controllo di tale entità aprirebbe la strada ad un’e­lusione dell’applicazione delle norme del diritto dell’Unione in materia di appalti pubblici o di concessioni di servizi, dal momento che una presenza puramente formale nella compagine di tale entità o in un organo comune incaricato della direzione della stessa dispenserebbe detta amministrazione aggiudicatrice dall’obbligo di avviare una procedura di gara d’appalto secondo le norme del­l’Unione, nonostante essa non prenda parte in alcun modo all’esercizio del «controllo analogo» sul­l’entità in questione (v., in tal senso, sentenza del 21 luglio 2005, *Coname*, C-231/03, punto 24)». [↑](#footnote-ref-31)
31. La sentenza: «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. Ciò anche in considerazione del fatto che, per un verso, partecipando in posizione paritaria, ciascuna università conta per una quota pari a circa 1/72 (e dunque per poco più dell’1%) e che, comunque, le delibere di maggiore importanza, non possono essere assunte, nell’ambito dello stesso Consiglio consortile, senza il consenso del MIUR».

Una precisazione. Il parere n. 298/2015 cit. si occupa solo del controllo analogo esercitato dal MIUR sul Cineca, e lo considera esistente. Invece la sent. n. 2660/2015 affronta la stessa questione, ma traguardata nel prisma del rapporto fra l’università della Calabria e il Cineca: pervenendo a esiti negativi in base sia alla inconsistenza di un potere di controllo riferibile all’ateneo calabrese, sia alla presenza dominante del MIUR. In altri termini, il parere *de quo*, nella misura in cui enfatizza lo spessore dei poteri del MIUR di ingerenza nella gestione del Cineca, esclude (implicitamente) la natura *congiunta* del controllo con riferimento alle università consorziate. Ha quindi buon gioco la sent. n. 2660/2015 nel fondare (anche) sull’egemonia del MIUR la conclusione negativa circa l’esistenza di un rapporto *in house* fra il consorzio e l’università calabrese. Sul punto v. M. Pizzi, *Affidamenti* in house, in A.M. Sandulli-R. De Nictolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. I, Milano, p. 743 ss., spec. p. 835. [↑](#footnote-ref-32)
32. Dice più o meno così A. Sau, *Dubbi e certezze sulla natura* in house providing *del Cineca*, in *Munus*, 2015, p. 465 ss., spec. p. 469. [↑](#footnote-ref-33)
33. Sempre A. Sau, *ibidem.* [↑](#footnote-ref-34)
34. Eccoli:

«11-*bis*. 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 quanto previsto dallo statuto del Consorzio medesimo.

11-*ter*. 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 medesimo.

11-*quater*. 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 amministrazioni pubbliche di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, e da queste partecipati, purché siano soddisfatte le se­guenti condizioni:

a) oltre l’80 per cento delle attività dell’ente è effettuato nello svolgimento dei compiti ad esso affidati dall’amministrazione controllante 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». [↑](#footnote-ref-35)
35. A. Sau, *Dubbi e certezze*, cit., p. 482. [↑](#footnote-ref-36)
36. V. Zeno-Zencovich, *Università e disciplina degli appalti. Concorrenza, servizi* «in house» *e prospettive evolutive*, in *Munus*, 2015, p. 456 ss., spec. p. 464: «*ope legis*, il Cineca è stato trasformato, nelle intenzioni del legislatore, in organismo *in-house*. Resta da vedere, in concreto, se, in questo modo, taluni servizi siano stati (legittimamente) sottratti al mercato e se la norma possa ritenersi attributiva di diritti speciali ed esclusivi compatibili con il diritto comunitario».

M. Nunziata, *Gli affidamenti al CINECA tra concorrenza e* inhouse-providing*: ulteriori sviluppi pro-concorrenziali dello scenario universitario*, in *Foro amm*., 2015, p. 2134, ritiene invece che l’«impasse interpretativo» generato dal contrasto fra questi due orientamenti del Consiglio di Stato «dovrebbe aver trovato componimento in sede legislativa».

Più aperto G. Zarro, *Il Consiglio di Stato e le «mobili frontiere» dell’ente pubblico*, in *Munus*, 2015, p. 489 ss., spec. p. 501, nt. 17: «oltre a sanare un’interpretazione eccessivamente restrittiva qual era quella offerta dalla sent. n. 2660 del 25 maggio 2015, della VI sezione del CDS, si è voluto trasformare in una disposizione di legge dello Stato, il contenuto delle direttive comunitarie dianzi richiamate. Pertanto, la *ratio* giustificativa di quello che appare un intervento, per così dire, *ad personam* – si potrebbe parlare di una *lex in privatos lata* (in gergo, di disposizione di legge fotografia) – risulta riconducibile alla necessità di aderire all’impostazione della sezione consultiva del Cds, la quale a sua volta si era basata sull’art. 12 della Direttiva 2014/24/UE». [↑](#footnote-ref-37)
37. TAR Toscana, sez. I, 7 dicembre 2017, n. 1521. [↑](#footnote-ref-38)
38. Ho aggiunto i corsivi. «Nemmeno è dirimente – continua la sentenza – il riferimento al d.lgs. [*sic*: n.d.r.] 125/2015 in considerazione del fatto che il comma 11-*ter* del d.l. n. 78/2015 prevede la necessità di un’effettiva vigenza delle modifiche statutarie e, ciò, al fine di consentire al Ministero dell’istruzione, dell’università e della ricerca e le altre amministrazioni consorziate di esercitare un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, circostanza che come si è evidenziato non sussiste nel caso di specie».

Quanto al comma 11-*quater*, ad avviso del TAR Toscana «non sussiste nemmeno il requisito dell’attività prevalentemente svolta a favore dei soggetti consorziati, in ragione del fatto che è accertato che CINECA svolge (o svolgeva), direttamente o tramite società controllate, un’attività imprenditoriale, quest’ultima peraltro oggetto di espressa abrogazione nell’ambito delle successive modifiche statutarie». [↑](#footnote-ref-39)
39. Cons. Stato, sez. VI, 30 aprile 2018, n. 2583. [↑](#footnote-ref-40)
40. TAR Lazio, sez. III-*bis*, 27 febbraio 2017, n. 2922.

Nel 2015 il MIUR aveva stanziato a favore dei consorzi interuniversitari, a valere sul FFO, un importo complessivo di € 36.600.000: assegnandone € 29.700.000 al Cineca, di cui € 11.000.000 per i servizi di c.d. supercalcolo (cioè di supporto, mediante il calcolo ad alte prestazioni, delle attività di ricerca della comunità scientifica) e € 18.700.000 – come detto nel testo – per i servizi al Ministero e al sistema universitario. Il primo contributo non è stato ritenuto dal TAR un aiuto illegale di Stato. [↑](#footnote-ref-41)
41. Cons. Stato, sez. VI, 22 ottobre 2018, n. 6009. [↑](#footnote-ref-42)
42. Peraltro non applicabile *ratione temporis*, precisa quel Giudice. [↑](#footnote-ref-43)
43. € 13.000.000 per il supercalcolo e € 14.000.000 per servizi al MIUR. [↑](#footnote-ref-44)
44. TAR Lazio, sez. III-*bis*, 13 agosto 2019, n. 10528. [↑](#footnote-ref-45)
45. Come già nella precedente sentenza TAR Lazio n. 2922/2017, cit. [↑](#footnote-ref-46)
46. La sentenza non afferma infatti *chiaramente* che se vi è un rapporto *in house* non può esserci aiuto di Stato, ma sembra solo adombrarlo. Dopo aver premesso che «l’eventuale violazione del procedimento ad evidenza pubblica [è] tema estraneo al presente giudizio», si sostiene che «l’eroga­zione, in quanto oggetto di *in house*, potrebbe essere considerata neutra ai fini del criterio di finanziamento per mezzo di risorse statali di cui all’art. 107, par. 1, TFUE e ai fini dell’alterità del suo beneficiario»; e ancora: «si ribadisce, in ogni caso e ai limitati fini del presente giudizio, che la questione della natura *in house* o meno del Cineca non incide sulla configurabilità dell’aiuto, ma eventualmente sulla legittimità dell’affidamento diretto». [↑](#footnote-ref-47)
47. Ho aggiunto il corsivo. [↑](#footnote-ref-48)
48. Anche oggi, mentre scrivo queste righe (luglio 2021), nel sito internet ufficiale del Cineca si legge (all’indirizzo <https://www.cineca.it/index.php/chi-siamo/il-consorzio#elenco>) che esso è «formato da 98 Enti pubblici», di cui 69 sono università italiane: nell’elenco che è ivi riportato non compaiono Milano – Bocconi, Milano – Cattolica del Sacro Cuore, Milano – IULM. Vi compaiono poi – oltre ai due Ministeri sdoppiati: istruzione; università e ricerca – «27 istituzioni pubbliche nazionali [10 Enti di ricerca, 5 Aziende ospedaliere universitarie – IRRCS, 10 istituzioni AFAM, 1 Agenzia, 1 Parco archeologico]». [↑](#footnote-ref-49)
49. Il TAR aggiunge – mi parrebbe un pleonasmo – che «le clausole statutarie non appaiono prevedere strumenti di agevole modifica della compagine statutaria finalizzati a introdurre soggetti di natura privata al suo interno». [↑](#footnote-ref-50)
50. Il corsivo è mio. [↑](#footnote-ref-51)
51. Il sito ufficiale del Cineca indica a oggi 98 enti pubblici consorziati: di cui, oltre ai due Ministeri rivenienti dallo sdoppiamento del MIUR, 69 università italiane. [↑](#footnote-ref-52)
52. V. il punto 62 della Comunicazione consolidata 2008/C 95/01 della Commissione sui criteri di competenza giurisdizionale a norma del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (in *GUUE* C 95/1 del 16 aprile 2008): «Si ha controllo congiunto quando due o più imprese o persone hanno la possibilità di esercitare un’influenza determinante sull’attività di un’altra impresa. In questo contesto per influenza determinante si intende normalmente il potere di impedire decisioni che determinano l’indirizzo strategico degli affari dell’impresa. A differenza del controllo esclusivo, che conferisce ad un determinato azionista il potere di determinare le decisioni strategiche dell’impresa, il controllo congiunto è caratterizzato dalla possibilità che si verifichi una situazione di stallo per effetto del potere di due o più soggetti di respingere le decisioni strategiche proposte. Ne consegue che gli azionisti interessati devono concordare una linea d’azione comune per determinare l’indirizzo dell’attività dell’impresa comune e che sono costretti a cooperare».

Il problema è comunque strutturale, genetico: il controllo congiunto segna per definizione un allontanamento dallo schema rigidamente dominicale che connota il modello classico, dove il rapporto corre fra un soggetto controllante e uno controllato.

Lo evidenzia bene V. Brigante, *La crisi della soggettività*, cit., p. 9: «il controllo analogo esercitato in maniera congiunta sembra smarrire le peculiarità del controllo analogo «tradizionale». Il controllo analogo viene configurato in termini più intensi rispetto ai consueti controlli societari, traducendosi in un potere assoluto di direzione, coordinamento e supervisione dell’attività, che mal si concilia con un controllo esercitato in maniera congiunta da diverse pubblica amministrazioni. La frammentazione soggettiva del potere di controllo, causata e legittimata ontologicamente dalla disgiunta titolarità delle quote partecipative, è suscettibile di far smarrire al controllo stesso il carattere di dominio e la assimilabilità dello stesso ai poteri che ogni amministrazione detiene nei confronti dei propri uffici». [↑](#footnote-ref-53)
53. Il tema delle diverse modalità di governazione dell’entità *in house* in caso di controllo frazionato è trattato da Cons. Stato, sez. III, 27 aprile 2015, n. 2154. Confermando la sentenza di prime cure, quel Giudice ha richiamato adesivamente la giurisprudenza comunitaria, secondo cui nel caso di pluripartecipazione è necessario «che il singolo socio possa vantare una posizione più che simbolica, idonea, per quanto minoritaria, a garantirgli una possibilità effettiva di partecipazione alla gestione dell’organismo del quale è parte; sicché, una presenza puramente formale nella compagine partecipata o in un organo comune incaricato della direzione della stessa, non risulterebbe sufficiente». Ancora – e sempre rifacendosi testualmente alla pronuncia appellata – ha affermato che «la prassi conosce svariati meccanismi, fondati ora sulla nomina diretta e concorrente di singoli rappresentanti (uno per ogni socio) in seno al consiglio di amministrazione della società; ora sulla partecipazione mediata agli organi direttivi attraverso la nomina da parte dell’assemblea di consiglieri riservati ai soci di minoranza. Valida alternativa è offerta dagli strumenti di carattere parasociale, che operano attraverso la predisposizione di organismi di controllo, costituiti dai rappresentanti di ciascun ente locale, muniti di penetranti poteri di verifica preventiva sulla gestione dell’attività». Ancora, Palazzo Spada ha precisato che «il controllo deve essere esercitato non solo in forma propulsiva ma anche attraverso l’esercizio – in chiave preventiva – di poteri inibitori»; e che «le decisioni strategiche e più importanti dovrebbero essere sottoposte all’approvazione della totalità degli enti pubblici soci; in caso contrario, neppure i soci pubblici di maggioranza hanno effettivo potere di orientare le scelte determinanti della società». [↑](#footnote-ref-54)
54. Trattandosi peraltro di fatti concernenti solo l’entità *in house*, c’è in generale da chiedersi quale sia in questi casi – in base al principio di vicinanza – l’ampiezza (ragionevolmente nulla, o comunque assai ridotta) dell’onere probatorio gravante su chi deduce il superamento di quella percentuale legale massima. [↑](#footnote-ref-55)
55. La sentenza è stata infatti appellata e il giudizio di secondo grado è a oggi pendente. [↑](#footnote-ref-56)
56. *Infra*, nt. 56. [↑](#footnote-ref-57)
57. Corte cost., 27 maggio 2020, n. 100: «L’obbligo di motivazione sulle ragioni del mancato ricorso al mercato imposto dall’art. 192, comma 2, del codice dei contratti pubblici, che risponde agli interessi costituzionalmente tutelati della trasparenza amministrativa e della tutela della concorrenza, non è dunque in contrasto con il criterio previsto dall’art. 1 comma 1, lettera a), della legge delega n. 11 del 2016. Nemmeno sussiste la violazione dell’art. 1, comma 1, lettera eee), della medesima legge delega, che impone, per quanto qui rileva, di garantire «adeguati livelli di pubblicità e trasparenza delle procedure anche per gli appalti pubblici e i contratti di concessione tra enti nel­l’ambito del settore pubblico, cosiddetti affidamenti *in house*, prevedendo, anche per questi enti, l’obbligo di pubblicazione di tutti gli atti connessi all’affidamento, assicurando, anche nelle forme di aggiudicazione diretta, la valutazione sulla congruità economica delle offerte, avuto riguardo all’oggetto e al valore della prestazione». Va evidenziato anzitutto che il criterio direttivo trova il suo epicentro non tanto nel generico obbligo di adeguata pubblicità e trasparenza – che, in quanto principio fondamentale dell’azione amministrativa (art. 97 Cost. e art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241, recante «Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi»), non richiede una conferma nelle normative di settore – quanto nel suo essere riferito, in particolare, agli affidamenti diretti, segno di una specifica attenzione a questo istituto già da parte del legislatore delegante. È dunque alla stregua di questo dato che occorre valutare la scelta del legislatore delegato di imporre, per tali casi, un onere di motivazione circa il mancato ricorso al mercato. […] *La norma delegata, in effetti, è espressione di una linea restrittiva del ricorso all’affidamento diretto che è costante nel nostro ordinamento da oltre dieci anni, e che costituisce la risposta all’abuso di tale istituto da parte delle amministrazioni nazionali e locali* […]» (ho aggiunto il corsivo).

G.F. Ferrari, *Commento all’art. 192*, in G.F. Ferrari-G. Morbidelli (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, 2017, Milano, 2017, p. 192 ss., spec. p. 193, osservava infatti che «la disciplina introdotta dall’art. 192 non trova corrispondenza nelle direttive europee del 2014 e conferma la tendenziale linea restrittiva in materia di *in house providing*, che ha caratterizzato la normativa nazionale nel corso degli ultimi dieci anni, sulla scia delle critiche per cui il ricorso all’autoprodu­zione avrebbe l’effetto di pregiudicare la concorrenza, sottraendo ad essa importanti settori di mercato». [↑](#footnote-ref-58)
58. Corte Giust., ord. 6 febbraio 2020, C-89/19 a C-91/19: «[…] la libertà degli Stati membri di scegliere il modo di prestazione di servizi mediante il quale le amministrazioni aggiudicatrici provvederanno alle proprie esigenze li autorizza a subordinare la conclusione di un’operazione interna all’impossibilità di indire una gara d’appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell’am­ministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all’operazione interna. Occorre quindi rispondere alla prima questione dichiarando che l’articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che non osta a una normativa nazionale che subordina la conclusione di un’operazione interna, denominata anche «contratto *in house*», all’impossibilità di procedere all’aggiudicazione di un appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell’amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all’operazione interna». Si noti: la Corte si è qui pronunciata con ordinanza ai sensi dell’art. 99 reg. proc. Come quell’istanza ha infatti specificato, «quando la risposta a una questione pregiudiziale può essere chiaramente desunta dalla giurisprudenza o quando la risposta a tale questione non dà adito a nessun ragionevole dubbio, la Corte, su proposta del giudice relatore, sentito l’avvocato generale, può statuire in qualsiasi momento con ordinanza motivata. Tale disposizione deve essere applicata nelle cause in esame».

Anche Cons. Stato, sez. VI, 15 luglio 2021, n. 5351 ha affermato che l’*intra moenia* occupa una «posizione subalterna rispetto allo svolgimento della gara»; e che «tale orientamento, invero, si pone in linea con le pronunce con cui la Corte costituzionale ha riconosciuto alla legge di poter prevedere «*limitazioni dell’affidamento diretto più estese di quelle comunitarie*» (sent. 17 novembre 2010, n. 325), dal momento che l’affidamento in regime di delegazione interorganica costituisce «*un’eccezione rispetto alla regola generale dell’affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica*» (sentenza 20 marzo 2013, n. 46)». [↑](#footnote-ref-59)
59. Riascoltiamo il testo tedesco per aver contezza di quanto forte e avvincente dovrebbe essere quel legame: «wie über seine eigenen Dienststellen». [↑](#footnote-ref-60)