



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

## Consiglio di Stato

Sezione Seconda

Adunanza di Sezione del 22 ottobre 2014 e del 17 dicembre 2014

### **NUMERO AFFARE 00018/2013**

#### OGGETTO:

Ministero dell'istruzione dell'università e della ricerca, Dipartimento per la programmazione e la gestione delle risorse umane, finanziarie e strumentali.

Quesito in materia di affidamento in via diretta al CINECA, da parte del MIUR, di servizi nel campo dell'informatica, concernenti il sistema universitario, della ricerca e scolastico.

#### **LA SEZIONE**

Vista la relazione n. A00UF GAB n. 27144/PF del 28 dicembre 2012, con la quale il Ministero dell'istruzione dell'università e della ricerca, Dipartimento per la programmazione e la gestione delle risorse umane, finanziarie e strumentali ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull'affare consultivo in oggetto;

Visto il parere interlocutorio adottato dalla Sezione del 13 febbraio 2013, n. 1168;

Esaminati gli atti e udito il relatore, presidente Sergio Santoro;

#### PREMESSO:

1. Il quesito ha ad oggetto la possibilità di affidamento “in house” di prestazioni

di servizio nel campo dell'informatica per il sistema universitario, della ricerca e scolastico, da parte del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca in via diretta al CINECA Consorzio Interuniversitario.

Il CINECA, in cui sono consorziati, oltre al Ministero richiedente, sessantanove università e due Enti pubblici di ricerca, essenzialmente realizza sistemi gestionali e servizi a sostegno delle università e del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca.

Per perseguire tale obiettivo, l'Amministrazione, preliminarmente, osserva come sia un dato pacifico, in giurisprudenza e dottrina, che l'organismo "in house" di un'amministrazione pubblica corrisponda alla figura che, seppur soggettivamente distinta, presenti caratteristiche tali da poterla qualificare come "derivazione" o *longa manus* di quest'ultima, ossia come figura incaricata di una gestione in qualche modo riconducibile allo stesso ente affidante o a sue articolazioni, secondo un modello di organizzazione meramente interno, qualificabile in termini di delegazione interorganica (Cons. Stato, Ad. plen. 3-3-2008, n. 1).

Evidenzia, quindi, l'Amministrazione che, prima della verifica delle due note condizioni di ammissibilità degli affidamenti diretti "in house" (controllo analogo e svolgimento della parte più consistente dell'attività), la sussistenza di una relazione c.d. "in house" tra una pubblica amministrazione ed un organismo partecipato possa essere affermata solo allorché il secondo sia stabilmente investito della capacità di svolgere le prestazioni che la prima intenda affidargli, dovendosi trattare di un organismo istituzionalmente qualificato come forma organizzativa interna per lo svolgimento delle attività che la p.a. si proponga di attuare per il suo tramite.

Nel caso di specie, l'Amministrazione richiedente ritiene che il CINECA, partecipato dal MIUR, da Università e da Enti pubblici di ricerca, sebbene svolga la propria attività di servizio eminentemente nel settore dell'istruzione superiore e della ricerca scientifica, possa essere considerato istituzionalmente titolare della capacità di operare su incarico dello stesso Ministero anche nell'interesse del settore scolastico.

Ciò, secondo l'Amministrazione, alla luce del nuovo Statuto consortile del CINECA, approvato con D.M. 19 giugno 2012, in base al quale tale Consorzio, non avente scopo di lucro e sottoposto alla vigilanza del MIUR, che opera nell'esclusivo interesse degli Enti consorziati ed in esecuzione o comunque in conformità alle decisioni di affidamento o di incarico provenienti da tali Enti, cui è tenuto a dare esecuzione, rappresenta lo strumento organizzativo specializzato, appositamente costituito ed operante per lo svolgimento delle attività, anche con carattere di impresa, indicate nell'art.3 (artt.1, commi 2 e 3; 3, comma 2). Un organismo, cioè, a mezzo del quale i consorziati realizzano loro compiti di produzione di servizi ad alta potenzialità ed efficienza e di trasferimento applicativo di tecnologie per lo sviluppo e l'eccellenza del sistema nazionale dell'istruzione superiore e della ricerca, perseguendo a tal fine gli scopi indicati al comma 1 dell'articolo 3 del predetto Statuto, nei confronti sia degli Enti consorziati sia dei terzi, ma sempre nell'interesse degli Enti consorziati, tra i quali l'elaborazione, la predisposizione e la gestione, nell'interesse del sistema nazionale dell'istruzione, dell'università e della ricerca, di appositi sistemi informatici, nel quadro del contributo annuale erogato dal MIUR al CINECA stesso, correlato alle attività poste in essere dal Consorzio (lett. f), che richiama l'art. 16, co. 1, lett. b).

Da tali disposizioni statutarie, a parere dell'Amministrazione richiedente, discende la fondatezza della qualificazione del CINECA quale strumento organizzativo cui il MIUR, in veste di consorziato, può stabilmente ricorrere per l'elaborazione di sistemi informatici anche a vantaggio del mondo dell'istruzione non universitaria.

Evidenza, altresì, il Ministero richiedente che la legittimazione del CINECA ad operare per il MIUR trova il proprio presupposto anche a livello legislativo. In particolare, l'art. 7, comma 42-bis, del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135, attribuisce al Consorzio derivante dal processo di accorpamento dei consorzi interuniversitari CINECA, CILEA e CASPUR, 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. Tale accorpamento, precisa l'Amministrazione, è già in atto, nella fase preliminare in cui il CINECA ha assunto in affitto le aziende del CASPUR e del CILEA, al fine di anticipare la loro incorporazione, programmata entro il 30/06/2013, potendosi, quindi, affermare che già allo stato attuale il CINECA risulta il soggetto istituzionalmente deputato ad agire, in virtù della citata previsione di legge, a supporto delle esigenze di innovazione informatica dei settori dell'istruzione, dell'università, della ricerca.

In ragione di quanto esposto, in merito alla condizione della preposizione istituzionale del CINECA ad agire per conto del MIUR, deriverebbe, secondo l'Amministrazione, la sussistenza delle due condizioni di ammissibilità degli affidamenti "in house" dal MIUR al Consorzio: controllo analogo e parte più importante dell'attività svolta.

Quanto al "controllo analogo", il MIUR precisa di disporre, in base alle previsioni statutarie, di poteri di controllo analogo sul CINECA, da esercitare in via congiunta con gli altri consorziati secondo il principio maggioritario (a seconda dei casi, maggioranza semplice, assoluta o qualificata), così come ritenuto ammissibile in base a pronunce di questo Consiglio (vedi n. 8970/2009, n. 7092/2010 e n. 1447/2011) e non da ultimo della Corte di giustizia europea - che, anche di recente (C. Giust. UE, 29 novembre 2012, in cause riunite C-182/11 e C-183/11, Econord) ha avuto modo di dichiarare che "quando più autorità pubbliche, nella loro veste di amministrazioni aggiudicatrici, istituiscono in comune un'entità incaricata di adempiere compiti di servizio pubblico ad esse spettanti, oppure quando un'autorità pubblica aderisce ad un'entità siffatta, la condizione enunciata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, secondo cui tali autorità per essere dispensate dal loro obbligo di avviare una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico, in conformità alle norme del diritto dell'Unione, debbono esercitare congiuntamente sull'entità in questione un controllo analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi, è

soddisfatta qualora ciascuna delle autorità stesse partecipi sia al capitale sia agli organi direttivi dell'entità suddetta”.

Si tratta, in particolare, delle previsioni statutarie che stabiliscono le prerogative del MIUR, alcune delle quali, anche sostanzialmente più estese rispetto non solo a quelle riconosciute agli altri consorziati ma, soprattutto, a quelle richieste quali requisiti dell'“in house providing”: la presenza di un rappresentante del MIUR in tutti gli organi direttivi del CINECA (il Consiglio consortile — art. 7, co. 1, lett. b; il Consiglio di Amministrazione — art. 11, co. 1, lett. d; il Collegio dei revisori dei conti — art. 13, co. 1); la possibilità di assumere le più importanti deliberazioni del Consiglio consortile solo con il voto favorevole del rappresentante del MIUR, che, pertanto, dispone di una sorta di diritto di veto (art. 7, co. 5 e art. 8, co. 1, lett. l); il potere attribuito al MIUR di disporre lo scioglimento degli organi consortili, per gravi inadempienze o perdite (art. 20).

A termini di legge, al MIUR è, poi, riservato il potere di approvare lo Statuto del CINECA (art. 61, RD 31/08/1933, n. 1592), nonché le sue modifiche.

Con riferimento all'ulteriore tema della verifica degli elementi atti ad accertare la condizione dello svolgimento, da parte del CINECA, della “parte più importante dell'attività” nell'interesse dei consorziati, il Ministero richiedente osserva come alcuni degli scopi statutari più rilevanti assegnatigli sin dall'origine siano espressivi di un'ampia missione di servizio pubblico caratterizzata non solo dalla stretta erogazione di prestazioni per gli enti consorziati, ma anche dalla fornitura di servizi e di trasferimento di tecnologia verso l'esterno, in favore del complessivo sistema nazionale della ricerca, anche applicata (lett. a), b), c) ed e), dell'articolo 3, comma 1, in particolare, il servizio di calcolo scientifico), ai fini del perseguimento di obiettivi di interesse degli enti consorziati nel settore della ricerca scientifica applicata alle tecnologie informatiche.

Anche le prestazioni rese a terzi in attuazione di questa missione di servizio pubblico, prosegue l'Amministrazione, rientrano, quindi, nella parte più importante dell'attività comunque svolta nell'interesse degli enti consorziati, poiché rappresentano sempre il frutto di “decisioni di affidamento” al CINECA

di attività rientranti nei compiti istituzionali dei soggetti affidanti (cfr. art. 3, co. 1, dello Statuto CINECA, cit.). A tale proposito, viene citata la sentenza C. Giust. CE, 11 maggio 2006, in causa 0-340/04, Carbotermo, punti 65-67, secondo cui per individuare la parte più importante dell'attività svolta nell'interesse dei soggetti pubblici partecipanti, il "fatturato determinante" dell'entità partecipata è tutto quello che essa comunque realizza in attuazione e nell'ambito delle "decisioni di affidamento" assunte dai predetti soggetti pubblici, compreso quello ottenuto dai terzi utenti delle prestazioni fornite in forza di tali decisioni di affidamento, precisando, altresì, secondo i dati forniti dal Consorzio in questione, che la quasi totalità del relativo fatturato (circa il 90%, in attesa che le nuove direttive europee in preparazione formalizzino una tale soglia minima necessaria) deriva da servizi resi nell'interesse dei consorziati nel senso anzidetto.

Conclude il MIUR chiedendo, in definitiva, a questo Consiglio l'espressione del parere in merito al quesito come in inizio indicato.

2. Con il parere interlocutorio citato nelle premesse questa Sezione ha osservato che, a partire dalla celebre sentenza Teckal (Corte di giustizia U.E. 18 novembre 1999 - causa C-107/98), le pronunce del giudice comunitario e dei giudici nazionali intervenute hanno via via aggiunto ulteriori momenti di regolazione interpretativa delle condizioni di legittima applicazione in ambito pubblicistico del modello della società "in house", giungendo ad ammettere anche il c.d. "in house frazionato", nondimeno fissando in maniera sempre più restrittiva rigorose condizioni per il ricorso ad un istituto che resta sempre un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario; con la conseguenza di elaborare un elenco di indici identificativi da utilizzare per verificare la legittimità del ricorso all'"in house providing" rappresentanti elementi strutturali e/o funzionali di una figura soggettiva, richiamati a volte in positivo, per certificarne i presupposti fondanti, e a volte in negativo, per escludere la sussistenza dei necessari requisiti.

Se, quindi, tra i requisiti dell'istituto in questione sono senz'altro da annoverare quelli indicati dal Ministero istante (totale partecipazione pubblica, controllo analogo, anche congiunto nel caso di affidamento "in house" in favore di società

partecipata da più enti pubblici, prevalenza dell'attività con l'ente affidante), questa Sezione evidenziava come una società partecipata da un ente pubblico, per poter essere investita direttamente della gestione di un compito, non debba presentare alcuni caratteri, tra i quali la presenza di privati al capitale sociale o anche la mera previsione statutaria di una futura ed eventuale privatizzazione; la presenza di previsioni statutarie che permetterebbero alla società di acquisire una vocazione commerciale tale da rendere precario il controllo da parte dell'ente pubblico (ad esempio, la possibilità di ampliare l'oggetto sociale; l'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali; l'espansione territoriale dell'attività della società a tutta l'Italia e all'estero, cfr. Corte di Giustizia sentenze 13 ottobre 2005, causa C-458/03 - Parking Brixen GmbH (affidamento della gestione di parcheggi); 10 novembre 2005, causa C-29/04 - Commissione c/Austria (smaltimento dei rifiuti della città di Mödling); Corte Costituzionale n. 439/2008).

In relazione a quest'ultima osservazione, la Sezione ha rilevato che, all'articolo 3, comma 3, del nuovo Statuto del CINECA, quest'ultimo, oltre a svolgere le attività ivi indicate “anche con carattere di impresa” (art. 1, co. 2), “per conseguire i propri fini istituzionali ... può acquisire partecipazioni in società di capitali o altri consorzi ovvero demandare a soggetti terzi l'esercizio di parte delle attività affidategli pur mantenendone la titolarità nei confronti dei committenti”.

Tanto premesso, la Sezione, con la pronuncia interlocutoria cit., ha ritenuto opportuno acquisire chiarimenti circa l'esatta natura e la portata dei predetti servizi informatici da affidarsi in via diretta, acquisendo inoltre gli avvisi dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, del Ministero dell'economia e delle finanze, dell'Agenzia per l'Italia Digitale (AgID, già DigitPA), nonché del Garante per la protezione dei dati personali, per quanto concerne, in questo caso, le interferenze con la materia del trattamento dei dati personali.

3. Gli avvisi richiesti sono stati tutti puntualmente acquisiti.

3.1 Il Garante per la protezione dei dati personali ha ritenuto opportuno evidenziare il ruolo svolto dal CINECA sotto il profilo della protezione dei dati personali, quale responsabile del trattamento dei dati ai sensi dell'art. 29 del Codice (cfr. provvedimento del 14-2-2013).

3.2 L'Agenzia per l'Italia digitale (AgID) ha suggerito che l'Amministrazione richieda, in ordine all'eventuale convenzione sui compiti attribuiti al Consorzio, un parere di congruità tecnico-economica (ex art.3, comma 3, del D. Lgs. n.177/2009), come già avvenuto.

3.3 L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), nel ribadire l'orientamento della giurisprudenza, secondo cui l'affidamento in house può essere ammesso al ricorrere dei due requisiti del controllo analogo e dell'attività prevalente, ha ritenuto che, perché ricorra il controllo analogo, sia necessaria una partecipazione pubblica totalitaria e che al contrario la sussistenza di tale requisito debba escludersi in presenza di una compagine societaria composta anche solo parzialmente da capitale privato – e che vi siano strumenti di controllo da parte dell'ente affidante più incisivi di quelli tipici del diritto civile, che possano consentire allo stesso ente di esercitare una influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni rilevanti della società. Per quanto riguarda il requisito dell'attività prevalente, è necessario che “la società aggiudicataria svolga la parte più importante della propria attività con gli enti pubblici che la controllano” il che si verifica quando “l'affidatario non fornisca i suoi servizi a soggetti diversi dall'ente controllante”. Ad avviso dell'Autorità, “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 (...) ostativa 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”, e ciò nonostante il requisito dell'attività prevalente risulti rispettato.

3.4 L'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici (AVCP), oggi Autorità



Nazionale Anticorruzione (ANAC), ha invece ritenuto che la configurazione statutaria del CINECA non sia pienamente conforme ai requisiti caratteristici del modello in house, soprattutto per le previsioni statutarie secondo cui tale Consorzio svolge le attività indicate "anche con carattere di impresa" (art. 1, comma 2, dello Statuto) e che lo stesso, per conseguire i fini istituzionali, "può acquisire partecipazioni in società di capitali o altri consorzi ovvero demandare a soggetti terzi l'esercizio di parte delle attività affidategli pur mantenendone la titolarità nei confronti dei committenti" (art. 3, comma 3, dello Statuto).

3.5 Il Ministero dell'Economia e delle Finanze (MEF), sentito il Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato, ha viceversa rappresentato di non ravvisare ragioni ostative all'affidamento diretto dei servizi informatici in favore del Consorzio CINECA, ritenendo che nella specie sussista il requisito del controllo analogo, esercitato sul Consorzio da parte del medesimo Ministero, e ciò per effetto sia della partecipazione di quest'ultimo al capitale e agli organi direttivi dell'ente, sia dell'attribuzione di talune specifiche prerogative, tra le quali il potere di approvare eventuali modifiche allo Statuto del CINECA e il diritto di veto sulle più importanti deliberazioni del Consiglio consortile. In relazione, poi, al requisito dello svolgimento dell'attività prevalente nei confronti dei soggetti pubblici consorziati, il MEF osserva che la previsione di cui all'articolo 3, comma 4, del citato Statuto vale a limitare lo svolgimento di prestazioni da parte del Consorzio nei confronti di soggetti diversi dagli Enti consorziati, attraverso l'esplicito richiamo alle condizioni previste dai commi precedenti dell'articolo medesimo, che, da un lato, vincolano il CINECA al perseguimento degli scopi istituzionali "nei confronti sia degli Enti consorziati sia dei terzi, ma sempre nell'interesse degli Enti consorziati " e, dall'altro, impongono allo stesso di svolgere la propria attività in esecuzione delle "decisioni di affidamento o di incarico provenienti dagli Enti consorziati" (art.3, commi 1 e 2). Anche con riferimento agli ulteriori caratteri richiamati da questa Sezione nella citata pronuncia interlocutoria, cui sarebbe condizionata la giuridica ammissibilità dell'affidamento in house – quale l'assenza di "previsioni statutarie che

permetterebbero all'organismo di acquisire una vocazione commerciale tale da rendere precario il controllo da parte dell'ente pubblico ” - il Ministero ritiene che le clausole dello Statuto del Consorzio CINECA, in particolare l'articolo 3, comma 3, non appaiono in linea di massima idonee a pregiudicare l'effettività del controllo spettante in via congiunta ai consorziati. Osserva, infatti, il MEF che la possibilità, ivi prevista, di “acquisire partecipazioni in società di capitali o altri consorzi ovvero demandare a soggetti terzi l'esercizio di parte delle attività affidategli pur mantenendone la titolarità nei confronti dei committenti”, appare espressamente subordinata al conseguimento dei fini istituzionali elencati al comma 1 del medesimo art. 3 ed all'esclusivo perseguimento dell'interesse proprio degli Enti pubblici consorziati. Tale limite risulta, peraltro, rafforzato dalla previsione di carattere generale contenuta nel comma 2 dell'art. 1 dello statuto, in virtù della quale “Nell'esclusivo interesse degli Enti consorziati ed in esecuzione o comunque in conformità alle decisioni di affidamento o di incarico provenienti da tali Enti, il Consorzio rappresenta lo strumento organizzativo specializzato, appositamente costituito ed operante per lo svolgimento delle attività, anche con carattere di impresa, indicate nell'articolo 3”, nonché dalla disposizione di cui al successivo comma 3, secondo cui “Il Consorzio non ha scopo di lucro. Ciò nondimeno, premesse le superiori considerazioni di ordine generale, il MEF ritiene che la legittimità dell'affidamento secondo il modello dell'in house providing, cui il MIUR intenderebbe procedere nei confronti del CINECA, appare - così come rilevato da questa Sezione - necessariamente subordinata ad un'esatta definizione “della natura e portata dei predetti servizi informatici da affidarsi in via diretta”, e ciò in relazione alla tutela a livello costituzionale sia nell'ordinamento nazionale che comunitario, della libera concorrenza, nel mercato dei servizi di cui trattasi.

#### CONSIDERATO:

4. Gli avvisi delle Autorità indipendenti e del Ministero dell'Economia, acquisiti a seguito della pronuncia interlocutoria citata nelle premesse, sostanzialmente riconoscono tutti concordemente la sussistenza, nella fattispecie, di due dei

requisiti richiesti per poter ammettere l'affidamento diretto in house al Consorzio CINECA di cui trattasi.

Non vi è alcun dubbio, infatti, anche ad avviso della Sezione, che nella specie sussista il requisito del controllo analogo, esercitato sul Consorzio da parte del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, e ciò per effetto sia della partecipazione di quest'ultimo al capitale e agli organi direttivi dell'ente, sia dell'attribuzione di talune specifiche prerogative, tra le quali il potere di approvare eventuali modifiche allo Statuto del CINECA e il diritto di veto sulle più importanti deliberazioni del Consiglio consortile.

Più in particolare, va sottolineato che lo statuto del Consorzio prevede alcuni poteri tipici del rapporto di vigilanza ministeriale sugli enti partecipati, quali in primo luogo lo scioglimento degli organi consortili previsto all'art 20, disposto dal Ministro dell'Istruzione, anche a tutela degli interessi degli enti consorziati, per i gravi motivi ivi elencati, nominando uno o più commissari straordinari. Altri indici, in tal senso, sono la nomina ministeriale di tutti i componenti del collegio dei revisori e di una parte di quelli degli organi collegiali, con la necessaria partecipazione, in quest'ultimo caso, trattandosi di ente associativo, di tutte le università (delle quali 67 su 69 sono pubbliche) e degli enti pubblici di ricerca consorziati.

5. Quanto al requisito dello svolgimento dell'attività prevalente nei confronti dei soggetti pubblici consorziati va rilevato innanzitutto, come anche giustamente osservato dal MEF, che il Consorzio non ha scopo di lucro, come stabilito nel terzo comma dell'art. 1 dello Statuto, e che i compiti previsti dall'art. 3 seguente possono riassumersi nell'esclusivo svolgimento di prestazioni da parte del Consorzio a favore degli Enti consorziati.

Va inoltre evidenziata la funzione di necessaria strumentalità delle prestazioni di altissimo rilievo tecnologico che il Consorzio svolge nell'ambito della ricerca universitaria, senza le quali quest'ultima non potrebbe svolgersi con la dovuta efficienza e modernità, oggi più che mai richieste dal progresso scientifico e dal quotidiano confronto con le analoghe istituzioni degli altri paesi. Il quarto

comma dell'art.3 dello Statuto cit., del resto, attribuisce carattere di eccezionalità e “marginalità” alle prestazioni rese dal Consorzio a favore di soggetti esterni al Consorzio, da ritenersi ammissibili solo quando funzionali al miglior perseguimento degli scopi consortili ed in ogni caso da contabilizzare separatamente nel bilancio consortile.

Né può tacersi infine che il dato della “prevalenza” dell'attività trova ormai, come meglio chiarito nei nn. che seguono, una compiuta e dettagliata quantificazione nell'art.12 della Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 secondo cui “oltre l'80 % delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice” (art.12 cit., 1° par., lett.b). Ancora più in dettaglio, il par. 5 dell'art.12 ult.cit. stabilisce che “per determinare la percentuale delle attività di cui al paragrafo 1, primo comma, lettera b), al paragrafo 3, primo comma, lettera b), e al paragrafo 4, lettera c), si prende in considerazione il fatturato totale medio, o una idonea misura alternativa basata sull'attività, quali i costi sostenuti dalla persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice in questione nei campi dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto”, ponendo quindi disposizioni di compiutezza tale da farle ritenere “self-executing”, avendo indubbiamente “contenuto incondizionato e preciso” (così Cass. SS.UU., sentenza n.13676 del 25/02/2014).

6. Corollario del precedente rilievo, è quello formulato dalle Autorità indipendenti con riferimento alle “previsioni statutarie che permetterebbero all'organismo di acquisire una vocazione commerciale tale da rendere precario il controllo da parte dell'ente pubblico” (art. 3, comma 3 dello Statuto).

Su questo rilievo vi è divergenza tra gli avvisi, da un lato delle Autorità indipendenti, e dall'altro del Ministero dell'economia, secondo la sintesi che se n'è data nelle premesse.

Sul punto la Sezione ritiene condivisibili le conclusioni del Ministero dell'economia, secondo cui tale previsione in linea di massima non potrebbe

pregiudicare l'effettività del controllo spettante in via congiunta ai consorziati.

Va innanzitutto rilevato al riguardo che la possibilità, prevista nello Statuto, di “acquisire partecipazioni in società di capitali o altri consorzi ovvero demandare a soggetti terzi l'esercizio di parte delle attività affidategli pur mantenendone la titolarità nei confronti dei committenti”, è subordinata al conseguimento dei fini istituzionali elencati al comma 1 del medesimo art. 3 ed all'esclusivo perseguimento dell'interesse degli Enti pubblici consorziati. Il successivo quarto comma dell'art.3 cit. inoltre attribuisce carattere di eccezionalità e “marginalità” alle prestazioni rese dal Consorzio a favore di soggetti esterni al Consorzio, da ritenersi ammissibili solo quando funzionali al miglior perseguimento degli scopi consortili.

A tale proposito va ricordata la disciplina recentemente introdotta in materia dall'art.12 della Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014, che abroga la direttiva 2004/18/CE, e che oltretutto è entrata in vigore successivamente agli avvisi del MEF e delle AA.II. citt.

Com'è noto, prima di tale novella, l'istituto in questione aveva ricevuto una disciplina esclusivamente giurisprudenziale, di cui si è dato cenno nelle premesse e di cui appunto gli avvisi citati avevano tenuto principalmente conto.

L'art. 12 cit., viceversa, nel definire in rubrica la materia come quella afferente gli “appalti pubblici tra enti nell'ambito del settore pubblico”, ha in parte recepito tale giurisprudenza, ma in una parte rilevante ai fini della soluzione del quesito proposto, ha profondamente innovato, definendo in modo parzialmente diverso le condizioni di esclusione dalla direttiva medesima. L'art. 12 cit., infatti, nel confermare che, nel caso di “in house providing” escluso dalla direttiva, “l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi” (art.12 cit., 1° par., lett.a), ha aggiunto una precisa definizione in ordine all'ulteriore requisito della cosiddetta “parte più importante dell'attività svolta”, secondo cui “oltre l'80 % delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice

controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice" (art.12 cit., 1° par., lett.b). Ed alla successiva lett.c) ha aggiunto la condizione ulteriore e parzialmente innovativa (rispetto alla giurisprudenza comunitaria e nazionale), secondo cui "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, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata". Ha poi aggiunto nell'ultima parte del primo paragrafo cit., a maggiore definizione della nozione comunitaria di "controllo analogo", che "si ritiene che un'amministrazione aggiudicatrice eserciti su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi ai sensi della lettera a) qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice". Quindi l'art. 12, paragrafo 1 cit. richiede che, ai fini dell'esclusione dei contratti tra soggetti pubblici dall'applicazione della direttiva, l'amministrazione aggiudicatrice debba svolgere sull'altro ente pubblico "un controllo analogo a quello che esercita sui propri dipartimenti/servizi"; inoltre che più dell'80% delle prestazioni dell'altro ente pubblico siano effettuate a favore dell'amministrazione aggiudicatrice o di un altro ente pubblico controllato dalla prima; infine che l'altro ente pubblico che riceve l'affidamento dall'amministrazione aggiudicatrice non sia controllato da capitale privato, a meno che non si tratti di partecipazione di controllo o di blocco secondo le disposizioni nazionali; e che in ogni caso tale partecipazione non determini influenza dominante (la percentuale dell'80% richiama la stessa quota dettata, per i settori speciali, dagli artt. 218 del dlgs.163/06 e 23 Dir. 17/2004).

7. Com'è noto, la direttiva 2014/24 non è stata ancora recepita, essendo ancora in corso il termine relativo per l'incombente, e tuttavia essa appare di carattere

sufficientemente dettagliato tale da presentare pochi dubbi per la sua concreta attuazione.

Non vi è dubbio quindi che nel caso in esame, se non vi è addirittura un'applicazione immediata del tipo "self-executing", non può in ogni caso non tenersi conto di quanto disposto dal legislatore europeo, secondo una dettagliata disciplina in materia, introdotta per la prima volta con diritto scritto e destinata a regolare a brevissimo la concorrenza nei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nell'U.E.

Ebbene, 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.

La possibilità di partecipare a società di capitali o ad altri consorzi o di affidare a terzi l'esercizio di parte delle attività di competenza, è certamente ispirata dal lodevole intento di attuare sinergie quanto mai opportune nelle attività istituzionali del Consorzio, e non appare in alcun modo idonea ad alterare il carattere pubblicistico delle attività consortili, che oltretutto si realizzano dichiaratamente "senza fini di lucro" (art.1, comma 3° dello Statuto). Ed è appena il caso di ricordare che tutte le attività che il consorzio non intende svolgere direttamente con le proprie strutture, debbono essere affidate all'esterno

attraverso procedimenti di evidenza pubblica.

8. Il modello accolto è, sostanzialmente, quello, oggi codificato, della cooperazione pubblico-pubblico istituzionalizzata di tipo verticale (“in house” secondo il par. 1 dell’art.12 cit.), creato nella giurisprudenza comunitaria, con taluni caratteri però di quello della cooperazione pubblico-pubblico non istituzionalizzata di tipo orizzontale di cui all’art. 12 cit., paragrafo 4.

Ed ancora, la possibilità del Consorzio di svolgere talune attività “anche con carattere di impresa”, non è affatto ostativa all’affidamento “in house”, anche alla stregua di quanto recentissimamente affermato dalla Corte di giustizia U.E. (Quinta Sezione) con la sentenza del 18 dicembre 2014, causa C-568/13 (“l’articolo 1, lettera c), della direttiva 92/50 osta a una normativa nazionale che escluda un’azienda ospedaliera pubblica, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, dalla partecipazione alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, a causa della sua natura di ente pubblico economico, se e nei limiti in cui tale azienda è autorizzata a operare sul mercato conformemente ai suoi obiettivi istituzionali e statutari”, salva la possibilità, in tale ipotesi, di esclusione dell’offerta ritenuta anomala in presenza “di un finanziamento pubblico di cui detta azienda beneficia”).

Deve pertanto definitivamente disattendersi anche il rilievo secondo cui l’attività d’impresa eventualmente svolta dal Consorzio dovrebbe condurre a negarne la funzione di strumento operativo dell’amministrazione, senza che ciò possa essere di ostacolo all’affidamento.

P.Q.M.

Nei termini su esposti è il parere richiesto.

IL PRESIDENTE ED ESTENSORE  
Sergio Santoro



# IL SEGRETARIO

Marisa Allega