

Il nuovo modello dell' In House Providing alla luce della direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici nell'interpretazione del consiglio di stato (parere sez. II n. 298/15 del 30.01.15).

Autore: Guida Francesco

In: Giurisprudenza commentata

Con parere n. 298/2015 il Consiglio di Stato, sezione Seconda, si esprime in materia di requisiti costitutivi dell' in house providing, alla luce della nuova Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014.

In particolare, il Collegio - alla cui valutazione è stata rimessa la richiesta del MIUR (Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca) volta a vagliare la sussistenza dei presupposti per l'affidamento in house di servizi nel campo dell'informatica per il sistema universitario, a favore del CINECA, Consorzio partecipato dallo stesso MIUR, da sessantanove università e da due Enti pubblici di ricerca - fornisce una rinnovata lettura dei caratteri tipici dell'istituto, secondo le previsioni della richiamata Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014.

In via preliminare ne viene ribadita la natura di modello di organizzazione meramente interno, qualificabile in termini di delegazione interorganica, secondo la ricostruzione classica, già affermata (Cons. Stato, Ad. plen. 3-3-2008, n. 1).

Muovendo dal caso specifico in esame, si procede ad una rivalutazione dei tradizionali elementi costitutivi del modello organizzatorio dell'in house providing, attraverso il quale la PA può, in alternativa rispetto al ricorso al mercato, fornire, o procurarsi, il servizio, dei quali viene fornita una parziale rilettura secondo le previsioni della nuova Direttiva UE:

-
Controllo analogo (a quello operato sui propri servizi interni, da parte dell'Amministrazione committente sulla società attuatrice del servizio);

-
Destinazione prevalente dell'attività svolta dalla società attuatrice a favore dell'Amministrazione committente;

-
Partecipazione pubblica totalitaria della società attuatrice.

In materia di **controllo analogo**, il caso di specie, fornisce una serie di indicatori adeguata, tale da confermarne la sussistenza.

Sono infatti riscontrabili previsioni statutarie che stabiliscono le prerogative del MIUR, alcune delle quali, anche più estese rispetto 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, Consiglio di Amministrazione, Collegio dei revisori dei conti);

-
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,

- il potere attribuito al MIUR di disporre lo scioglimento degli organi consortili, per gravi inadempienze o perdite.

- a termini di legge, poi, al MIUR è riservato il potere di approvare lo Statuto del CINECA e le sue modifiche.

Circa la **destinazione prevalente** dell'attività svolta dalla società attuatrice a favore dell'Amministrazione committente, nel caso di specie, risulta che la quasi totalità del relativo fatturato (circa il 90%) deriva da servizi resi nell'interesse della PA affidante.

Particolarmente interessante è la **rilettura** data al requisito alla luce della Direttiva UE del 26.02.14.

A giudizio del Collegio, il requisito in esame ha ricevuto una dettagliata tipicizzazione. L'art. 12, 1° par., lett. b, infatti, ne dà una compiuta e dettagliata quantificazione nella parte in cui prevede che oltre l'80 % delle attività della persona giuridica controllata siano effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione controllante.

Ancora più in dettaglio, il par. 5 dell'art. 12 stabilisce che "per determinare la percentuale delle attività 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".

Anche relativamente al requisito della **partecipazione pubblica** totalitaria della società attuatrice, notevoli sono le novità introdotte dalla Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014.

Il Collegio dà atto che, nel parere interlocutorio reso sulla questione in valutazione, adottato il 13 febbraio 2013, n. 1168, nel solco della interpretazione già tracciata, si era ritenuto che non fosse compatibile con il modello organizzativo dell'in house la presenza di privati nel capitale sociale o anche la mera previsione statutaria di una futura ed eventuale privatizzazione, incidendo tale circostanza direttamente sul controllo dell'ente pubblico sulla società partecipata (cd. controllo analogo), che ne potrebbe risultare compromesso.

Anche l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), il cui avviso è stato acquisito dal Consiglio di Stato nel corso del procedimento, 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, aveva ritenuto, per la garanzia della sussistenza del controllo analogo, necessaria una partecipazione pubblica totalitaria, escludendo la configurabilità di tale requisito (cd. controllo analogo) in presenza di una compagine societaria composta anche solo parzialmente da capitale privato. L'AGCM, nel proprio avviso sul caso di specie, avendo CINECA incorporato alcuni istituti universitari aventi natura giuridica privata, ha ritenuto carente il requisito della partecipazione pubblica totalitaria. Tale carenza sarebbe ostativa alla legittimità dell'affidamento diretto da parte del MIUR secondo il modello dell'in house", e ciò nonostante il requisito dell'attività prevalente risulti rispettato.

Nello stesso senso, sostanzialmente, anche il parere dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (AVCP, oggi Autorità anticorruzione (ANAC), pure acquisito nell'ambito del procedimento.

Su questo punto, il Consiglio di Stato, a seguito della Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014, opera una **importante revisione dell'interpretazione tradizionale**.

La Direttiva comunitaria, all'art. 12, par. 1 lett. c) ha aggiunto infatti la condizione innovativa (rispetto alla giurisprudenza comunitaria e nazionale), secondo cui nella persona giuridica controllata forme di partecipazione diretta di capitali privati sono compatibili con il modello in house se costituenti forme di partecipazione di capitali privati che :

- non comportano controllo o potere di veto,
- prescritte dalle disposizioni legislative nazionali in conformità dei trattati,
- non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

Alla luce della rinnovata interpretazione il Consiglio di Stato, nel caso valutato, esclude che il Consorzio affidatario del servizio possa risultare controllato da capitale privato, risultando ciò dallo stesso assetto societario, che lo vede stabilmente partecipato al 98% da Pubbliche Amministrazioni, e soltanto in minima parte da persone giuridiche private, certamente prive potere di veto o di condizionamento.

I nuovi canoni interpretativi dettati dal Consiglio di Stato con il parere n. 295/15 assumono portata tanto più rilevante solo a considerare che il Collegio, nello stesso parere reso, ha qualificato la Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 "**self-executing**", contenendo essa disposizioni compiute e di "contenuto incondizionato e preciso", in conformità alle caratteristiche delineate, al fine della suddetta qualificazione, da Cass. SS. UU., sentenza n. 13676 del 25/02/2014.

<https://www.diritto.it/il-nuovo-modello-dell-in-house-providing-alla-luce-della-direttiva-201424ue-sugli-appalti-pubblici-nell-interpretazione-del-consiglio-di-stato-parere-sez-ii-n-29815-del-30-01-15/>