

29 LUGLIO 2015

L'in house providing nelle direttive
appalti 2014: norme incondizionate e
limiti dell'interpretazione conforme

di Sergio Foà

Professore associato di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Torino

e Davide Greco

Cultore della materia in Diritto amministrativo
Università degli Studi di Torino



L'*in house providing* nelle direttive appalti 2014: norme incondizionate e limiti dell'interpretazione conforme*

di Sergio Foà

Professore associato di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Torino

e Davide Greco

Cultore della materia in Diritto amministrativo
Università degli Studi di Torino

Sommario : **1.** Gli affidamenti *in house* quali “moduli in deroga” alla disciplina degli appalti - **2.** Il nuovo *in house* nelle direttive appalti e concessioni 2014 – **3.** Le prime applicazioni nazionali tra norme incondizionate e limiti dell'interpretazione conforme - **3.1.** L'interpretazione in via consultiva: le norme incondizionate – **3.2.** L'interpretazione in sede giurisdizionale e il recepimento necessario.

1. Gli affidamenti *in house* quali “moduli in deroga” alla disciplina degli appalti.

Un modulo in deroga alle procedure di affidamento dei contratti pubblici riguarda la cooperazione istituzionalizzata/verticale, *in house*, ossia la cooperazione tramite persone giuridiche distinte¹.

Le nuove direttive dell'Unione europea chiariscono che gli appalti pubblici aggiudicati a persone giuridiche controllate non dovrebbero essere assoggettati all'applicazione delle procedure di gara qualora l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, a condizione che la persona giuridica controllata svolga più dell'80% delle proprie attività nell'esecuzione di compiti a essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice che esercita il controllo o da altre persone giuridiche

* Articolo sottoposto a referaggio. Il lavoro è frutto di riflessione congiunta; S. Foà ha redatto i paragrafi 1 e 3.1; D. Greco ha redatto i paragrafi 2 e 3.2.

¹ R. CAVALLO PERIN, *Il modulo “derogatorio”: in autoproduzione o in house providing*, in H. BONURA - M. CASSANO, *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, Torino, 2011, 119 ss.



controllate da tale amministrazione aggiudicatrice, a prescindere dal beneficiario dell'esecuzione dell'appalto².

L'esenzione dalle procedure di gara non dovrebbe estendersi alle situazioni in cui vi sia partecipazione diretta di un operatore economico privato al capitale della persona giuridica controllata poiché, in tali circostanze, l'aggiudicazione di un appalto pubblico senza una procedura competitiva offrirebbe all'operatore economico privato che detiene una partecipazione nel capitale della persona giuridica controllata un indebito vantaggio rispetto ai suoi concorrenti³.

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, 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 della persona giuridica controllata⁴.

² Considerando (32) e art. 12 (Appalti pubblici tra enti nell'ambito del settore pubblico) direttiva 2014/24/UE settori ordinari. Ovviamente l'oggetto sociale deve rendere effettivo il controllo analogo: cfr., in Italia, Corte costituzionale, sentenza 28 maggio 2014, n. 141, che ha accolto la questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117, co. 1, Cost., relativa ad una legge regionale istitutiva di una società finanziaria regionale con oggetto sociale che consentiva, oltre alla generica attuazione di programmi regionali, ogni altra attività idonea a tale scopo, con la possibilità di acquisire partecipazioni in altre società e di operare a supporto delle PMI. Cfr. anche Corte cost., sentenze n. 199 del 2012 e n. 325 del 2010.

³ Corte di Giustizia UE, Sez. V, 19 giugno 2014, causa C-574/12, *Centro Hospitalar de Setúbal EPE: Qualora l'aggiudicatario di un appalto pubblico sia un'associazione di pubblica utilità senza scopo di lucro che, al momento dell'affidamento di tale appalto, comprende tra i suoi membri non solo enti che fanno parte del settore pubblico, ma anche istituzioni caritative private che svolgono attività senza scopo di lucro, la condizione relativa al «controllo analogo», dettata dalla giurisprudenza della Corte affinché l'affidamento di un appalto pubblico possa essere considerato come un'operazione «in house» non è soddisfatta e pertanto la direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2014, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, è applicabile.*

⁴ Art. 12, par. 1, lett. c) direttiva 2014/24/UE settori ordinari. Per una prima applicazione in Italia, Corte dei conti, Sez. reg. contr. Liguria, parere 15 aprile 2014, n. 24, che ritiene "importante novità rispetto agli orientamenti giurisprudenziali consolidati (...) la previsione di un terzo elemento necessario per la definizione del rapporto interorganico, quale l'assenza nella persona giuridica controllata di partecipazioni dirette 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". Nel caso di specie, il giudice contabile ha rimesso al Comune richiedente la valutazione in ordine alla sussistenza di tali condizioni, riconoscendo in caso positivo la possibilità di procedere all'affidamento alla società strumentale del servizio di accertamento e riscossione dei tributi locali. Sulla portata dei requisiti che devono sussistere affinché un'amministrazione aggiudicatrice possa avvalersi dell'eccezione per i cosiddetti affidamenti «in house», cfr. le Conclusioni dell'Avvocato Generale P. Mengozzi, 27 febbraio 2014 in causa C-574/12: "L'eccezione all'applicabilità delle norme dell'Unione in materia di appalti prevista per gli affidamenti "in house" non può

Si dovrebbe inoltre chiarire che l'unico elemento determinante è la partecipazione privata diretta al capitale della persona giuridica controllata. Perciò, in caso di partecipazione di capitali privati nell'amministrazione aggiudicatrice controllante o nelle amministrazioni aggiudicatrici controllanti, ciò non preclude l'aggiudicazione di appalti pubblici alla persona giuridica controllata, senza applicare le procedure previste dalla presente direttiva in quanto tali partecipazioni non incidono negativamente sulla concorrenza tra operatori economici privati.

Il requisito del controllo analogo esercitato da un'amministrazione aggiudicatrice su una persona giuridica come quello esercitato sui propri servizi ricorre 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.

Il controllo congiunto sull'organismo *in house*, da tempo ammesso dalla giurisprudenza europea⁵, si verifica quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni⁶:

- 1) gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti;
- 2) tali amministrazioni aggiudicatrici sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica;

trovare applicazione qualora il soggetto aggiudicatario cui l'amministrazione aggiudicatrice intende affidare direttamente l'appalto senza procedure di aggiudicazione pubblica sia un ente di diritto privato tra i cui membri vi siano, ancorché in misura minoritaria, soggetti portatori di interessi privati. In tale caso, l'esistenza di disposizioni nello statuto del soggetto aggiudicatario che attribuiscono particolari poteri di controllo o di tutela ai suoi restanti membri pubblici o al membro del governo competente non permettono di configurare l'esistenza di un controllo analogo su tale soggetto che possa giustificare l'applicazione dell'eccezione "in house". La dimensione importante e la struttura complessa di un ente possono costituire elementi indiziari che, nell'ambito di una valutazione complessiva di tutte le circostanze del caso concreto, possono contribuire a giungere alla conclusione che tale ente gode di un margine di autonomia tale da escludere la sussistenza del controllo analogo. L'eccezione "in house" non può essere applicata qualora un soggetto aggiudicatario possa, conformemente al suo statuto, prestare servizi in regime di concorrenza in favore di enti pubblici non associati e di privati fino ad una quota che rappresenta il 20% del suo fatturato globale annuale accertato nell'esercizio precedente".

⁵ Corte di Giustizia UE, sentenza 13 novembre 2008, causa C-324/07, *Coditel Brabant*: "Occorre quindi riconoscere che, nel caso in cui varie autorità pubbliche detengano un ente concessionario cui affidano l'adempimento di una delle loro missioni di servizio pubblico, il controllo che dette autorità pubbliche esercitano sull'ente in parola può venire da loro esercitato congiuntamente" (punto 50). A commento, R. CARANTA, *La Corte di giustizia chiarisce i limiti dell'in house pubblico*, in *Giur. it.*, 2009, 1254 ss.; R. MORZENTI PELLEGRINI, *Società affidatarie dirette di servizi pubblici locali e controllo "analogo" esercitato in maniera congiunta e differenziata attraverso strutture decisionali "extra-codicistiche"*, in *Foro amm. CdS*, 2009, 2246 ss.; R. CAVALLO PERIN – D. CASALINI, *Control over In-house Providing Organisations*, in *Public Procurement Law Review*, Issue 5, 2009, 227 ss.

⁶ Art. 12, par. 3, direttiva 2014/24/UE settori ordinari.



3) la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici controllanti.

Anche la giurisprudenza nazionale ha chiarito che il requisito del controllo analogo deve essere verificato secondo un criterio sintetico e non atomistico, sicché è sufficiente che la “signoria della mano pubblica” sull’ente affidatario, purché effettiva e reale, sia esercitata dagli enti partecipanti nella loro totalità, senza che necessiti una verifica della posizione dominante di ogni singolo ente⁷. Peraltro, pur non richiedendosi che ciascun partecipante detenga da solo un potere di controllo individuale, nondimeno si esige che il controllo esercitato sull’entità partecipata non si fondi soltanto sulla posizione dominante dell’autorità pubblica che detiene una partecipazione di maggioranza del capitale sociale. È necessario, infatti, che anche 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 sufficiente⁸.

La giurisprudenza europea sottolinea la necessità che detto controllo analogo si espliciti sotto forma di partecipazione sia al capitale, sia agli organi direttivi dell’organismo controllato⁹.

La Corte di Giustizia non specifica tuttavia attraverso quali sistemi operativi debba estrinsecarsi la presenza di ciascun socio negli organi direttivi e con quale modalità concreta quest’ultimo debba concorrere al controllo analogo. La prassi conosce svariati meccanismi, fondati sulla nomina diretta e concorrente di singoli rappresentanti (uno per ogni socio) in seno al consiglio di amministrazione della società, o sulla partecipazione mediata agli organi direttivi attraverso la nomina da parte dell’assemblea di consiglieri riservati ai soci di minoranza. L’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 ordinaria e straordinaria del soggetto *in house*, tali da rendere

⁷ Cons. Stato, sez. V, 26 agosto 2009, n. 5082; 30 aprile 2009, n. 2675; 9 marzo 2009, n. 1365; 24 settembre 2010, n. 7092; 8 marzo 2011, n. 1447.

⁸ Cfr. T.a.r. Abruzzo, L’Aquila, Sez. I, 10 luglio 2014, n. 596.

⁹ Corte di Giustizia UE, Sez. III, 29 novembre 2012, cause C-182/11e C-183/11, *Econord*, secondo cui “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”.



l'organo amministrativo privo di apprezzabile autonomia rispetto alle direttive delle amministrazioni partecipanti¹⁰.

In materia di società *in house* detenute congiuntamente da più enti pubblici, la giurisprudenza interna sottolinea la necessità che il relativo consiglio di amministrazione non abbia rilevanti poteri gestionali di carattere autonomo, e che l'ente pubblico affidante (la totalità dei soci pubblici) eserciti, pur se con moduli fondati su base statutaria, poteri di ingerenza e di condizionamento superiori a quelli tipici del diritto societario e caratterizzati da un margine di rilevante autonomia della governance rispetto alla maggioranza azionaria. Risulta a ciò indispensabile che le decisioni strategiche e più importanti siano sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante o, in caso di *in house* frazionato, all'approvazione della totalità degli enti pubblici soci¹¹.

2. Il nuovo *in house* nelle direttive appalti e concessioni 2014.

L'*in house providing* è stato positivizzato in tutte e tre le direttive (si tratta dell'articolo 12 della direttiva 2014/24/UE – settori classici –, dell'articolo 17 della direttiva 2014/23/UE – concessioni e dell'articolo 28 della direttiva 2014/25/UE – settori speciali –) con un testo identico che prevede alcune rilevanti novità rispetto alla giurisprudenza consolidata della Corte di Giustizia¹².

La positivizzazione dell'*in house providing* è già di per sé una rilevante novità nel panorama europeo, infatti già al momento di emanare le precedenti direttive del 2004 si era proposto di regolamentare l'istituto, ma l'idea era stata abbandonata¹³.

Il processo di scrittura della disciplina dell'*in house* è stato complesso, sintesi di un contrasto tra l'idea originaria della Commissione¹⁴, che voleva recepire la giurisprudenza della Corte di

¹⁰ In via ricostruttiva, da ultimo, T.a.r. Piemonte, sez. I, 16 giugno 2014, n. 1069.

¹¹ Cons. St., sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514; id., sez. V, 24 settembre 2010, n. 7092; 11 agosto 2010, n. 5620; 8 marzo 2011, n. 1447.

¹² S. FOÀ, *I soggetti partecipanti alle gare*, in C.E. GALLO (a cura di), *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014*, Torino 2014, 43 ss.; C. VOLPE, *L'affidamento "in house": situazione attuale e proposte per una disciplina specifica*, relazione svolta nel convegno nazionale di studi su "Le nuove direttive appalti e concessioni: recepimento, elementi critici e opportunità anche alla luce delle recenti novità normative", organizzato dalla Cattedra di diritto amministrativo del Dipartimento di giurisprudenza dell'Università degli studi di Roma "Tor Vergata", Roma, 27 - 28 ottobre 2014.

¹³ In particolare, nel corso di esame della proposta di direttiva 2004/18/CE (settori *classici*) era stato proposto l'inserimento – in seguito respinto – di un articolo 18-bis, rubricato "Appalti aggiudicati a entità costituite da amministrazioni aggiudicatrici", cui era demandato, appunto, il compito di codificare e disciplinare l'istituto dell'affidamento in regime di delegazione interorganica.



Giustizia circa i requisiti dell'*in house*, e l'opposizione di alcuni Stati membri, tra i quali in particolare la Francia, che volevano espandere le possibilità di utilizzo dell'*in house* innovando il diritto vivente. Il testo definitivo è, quindi, frutto di un compromesso che presenta alcune rilevanti innovazioni, seppur con una certa cautela, manifesta nella stessa terminologia.

La previsione di cui all'art. 12 della direttiva 2014/24/UE che disciplina l'*in house* nei settori classici può essere assunta a paradigma anche per l'*in house* nell'ambito delle concessioni e dei settori speciali, vista l'identità dei testi normativi specifici.

Lo stesso art. 12, cit. non tratta esclusivamente dell'*in house providing*, ma di tutti i casi di c.d. cooperazione pubblico-pubblico, sia verticale o istituzionalizzata, sia orizzontale. Vi sono contenute, quindi, tutti i c.d. “moduli in deroga” all'evidenza pubblica, perché l'amministrazione aggiudicatrice decide di non esternalizzare il lavoro, servizio o fornitura, ma di delegarlo ad una sua *longa manus* (*in house*) oppure di svolgerlo in cooperazione con un'altra amministrazione aggiudicatrice per soli interessi pubblici e senza alcun corrispettivo (cooperazione pubblico-pubblico orizzontale).

Il vero e proprio *in house providing* è disciplinato all'art. 12 paragrafi 1,2,3 e 5, mentre il paragrafo 4 è dedicato al c.d. partenariato pubblico-pubblico orizzontale.

Al paragrafo 1 è disciplinato il c.d. *in house “classico”*, ove un'amministrazione aggiudicatrice affida direttamente un contratto ad una società sottoposta al suo controllo analogo e che svolga l'attività prevalente a suo favore.

La disposizione è disciplinata secondo lo schema dei c.d. “requisiti Teckal” (secondo la ormai storica sentenza del 1999), ma con alcune rilevanti novità.

Innanzitutto è richiesto il controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi dell'amministrazione aggiudicatrice sulla persona giuridica controllata. Si specifica, in conformità al diritto vivente, che il controllo analogo si ha “*qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata*”. Viene precisato che “*tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice*”. Si tratterebbe del c.d. *in house “a cascata”* nel quale l'amministrazione A esercita un controllo analogo sull'amministrazione B e questa esercita a propria volta un controllo analogo sull'organismo *in house* C: in questo caso viene ammesso anche l'affidamento diretto dall'amministrazione A all'organismo *in house* C, pure se, formalmente, non sussiste una relazione diretta fra i due soggetti.

14 Si veda sul punto la proposta originaria di cui al documento della Commissione europea COM 2011(896) def del 20 dicembre 2011.



Sempre in tema di controllo analogo, sono previste altre variazioni alla struttura classica, in particolare il paragrafo 3 riconosce la legittimità, conformemente a quanto già fatto dalla Corte di Giustizia¹⁵, del c.d. *in house* “*frazionato*” o “*pluripartecipato*”. In aggiunta a quanto già affermato dalla giurisprudenza, il paragrafo 2 riconosce la legittimità dell'*in house* c.d. “*verticale invertito*” o “*capovolto*” e dell'*in house* “*orizzontale*”. L'*in house* “*verticale invertito*” si ha quando il soggetto controllato, essendo a sua volta amministrazione aggiudicatrice, affida un contratto al soggetto controllante senza procedura di evidenza pubblica. Si verifica una sorta di bidirezionalità dell'*in house*. La giustificazione a tale possibilità di affidamento diretto si troverebbe nel fatto che, essendo la controllata un'appendice dell'amministrazione aggiudicatrice al quale viene affidato direttamente il contratto, si può ritenere che ci si trovi comunque in una mera forma di delegazione interorganica, benché opposta a quella tradizionale.

L'*in house* “*orizzontale*” implica, invece, l'esistenza di tre soggetti. Un soggetto A aggiudica un appalto o una concessione a un soggetto B, e sia A che B sono controllati da un altro soggetto C. Non vi è quindi alcuna relazione diretta tra A e B, ma entrambi sono in relazione di *in house* con il soggetto C, che controlla sia A che B. In tale ipotesi, la giustificazione alla possibilità di affidare direttamente il contratto ad un soggetto che non è controllato dall'affidante starebbe nel fatto che la persona giuridica affidante e affidataria sono entrambe controllate secondi i criteri Teckal da un terzo soggetto. Indirettamente, quindi, si può affermare che anche tra di loro si forma una sorta di rapporto di delegazione interorganica, benché di natura derivata.

Quanto al requisito dell'attività prevalente, superando i precedenti contrasti giurisprudenziali, è stabilito un preciso limite percentuale per definire l'attività minima che la controllata deve svolgere a favore della controllante. In particolare, il paragrafo 1, lett. b) stabilisce che, perché ricorra il requisito dell'attività prevalente, la società controllata deve svolgere oltre l'80% delle proprie attività in esecuzione dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone controllate dall'amministrazione aggiudicatrice.

Quanto al requisito della totale partecipazione pubblica al capitale della controllata, è prevista una rilevante novità, frutto di un compromesso tra la previsione originaria della Commissione e la volontà di alcuni Stati membri; infatti è ammessa, a determinate condizioni, una minima partecipazione di capitali privati. In particolare, il paragrafo 1, lett. c), dispone che di regola “*nella persona giuridica controllata non vi [sia] 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*

15 C. giust. CE, 11 maggio 2006, C-340/04, società Carbotermo e Consorzio Alisei c. Comune di Busto Arsizio



legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata”.

Tale disposizione si pone maggiormente in contrasto con l'*acquis* giurisprudenziale precedente, se non addirittura con gli stessi Trattati, permettendo un affidamento diretto a una società che, seppur minimamente, potrebbe essere definita mista. Il legislatore europeo mostra la consapevolezza della sua “fuga in avanti” rispetto al diritto vivente e subordina pertanto la possibilità ad alcune condizioni:

1. le forme di partecipazione private devono essere obbligatorie ai sensi dalle disposizioni legislative degli Stati membri;
2. devono essere conformi ai Trattati;
3. non devono comportare il controllo della persona giuridica o il potere di veto;
4. non devono esercitare un'influenza dominante sulla persona giuridica controllata.

La novella ha immediatamente sollevato dubbi sulla volontà del legislatore, se intesa a configurare un modello atipico di società miste per le quali è possibile l'affidamento diretto (ipotesi che contrasterebbe con i Trattati), oppure diretta a permettere ad alcuni Stati membri di riconoscere l'affidamento *in house* a società controllate, con capitale quasi totalmente pubblico, se non per percentuali veramente residuali, imposte dalla legge nazionale (ipotesi più ragionevole). Ulteriori questioni discendono dalla omessa previsione di un limite percentuale a tale partecipazione, basandosi solo su criteri aperti (quali l'assenza di controllo, di potere di veto e di influenza dominante sulla persona giuridica controllata) che permettono un'interpretazione elastica e rischiano di creare difformità nei vari Stati membri.

Dubbi nascono anche dal doppio limite secondo cui le forme di partecipazione di capitali privati devono essere “*prescritte dalle disposizioni legislative nazionali*” e essere “*conformi ai Trattati*”. Quanto alla prima condizione, non è chiaro se con tale inciso il legislatore europeo abbia voluto limitare tale possibilità ai soli casi in cui la partecipazione di capitali sia imposta dalle legislazioni nazionali in conformità con i Trattati, oppure se abbia lasciato agli Stati membri la scelta di permettere o meno tale partecipazione, rendendo possibile, quindi, anche eventualmente che uno Stato membro vieti del tutto tale possibilità, oppure lo Stato sia obbligato a permettere tale partecipazione, ma possa decidere solamente in quali forme debba avvenire.

Un possibile aiuto per comprendere la *ratio legis* può giungere dalla lettura del considerando n. 32 per i settori ordinari e del n. 46 per le concessioni.



L'esenzione dal procedimento di evidenza pubblica *“non dovrebbe estendersi alle situazioni in cui vi sia partecipazione diretta di un operatore economico privato al capitale della persona giuridica controllata poiché, in tali circostanze, l'aggiudicazione di un appalto pubblico senza una procedura competitiva offrirebbe all'operatore economico privato che detiene una partecipazione nel capitale della persona giuridica controllata un indebito vantaggio rispetto ai suoi concorrenti. 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, 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 della persona giuridica controllata.*

La lettura dei considerando chiarisce che il vocabolo “prescritte”, di cui all'art. 12, par. 1, lett c. della direttiva, va inteso nel senso di “imposte”, pertanto le direttive non hanno voluto permettere che a una società mista possa essere affidato direttamente un contratto pubblico; ma, in considerazione del fatto che le discipline di alcuni Stati membri impongono una partecipazione di capitali privati, purché ciò avvenga nei limiti dei Trattati, ha concesso che sia eccezionalmente possibile l'affidamento diretto, purché il partecipante privato non abbia potere di veto, controllo e influenza dominante sulla controllata. La conferma di tale esegesi si trova nel testo del considerando in lingua inglese che parla di “*compulsory membership*”, che tradotto in italiano significa partecipazione obbligatoria e anche nel testo dell'articolo 12, paragrafo 1, lett c) che parla di partecipazioni “*required by national legislative provisions*” (richieste dalle previsioni legislative nazionali).

L'obbligo tautologico di conformità ai Trattati ammonisce circa rischi di confusione tra società *in house* con minima partecipazione privata e società miste (e quindi tra partenariato pubblico-pubblico e partenariato pubblico-privato), permettendo l'affidamento diretto di contratti pubblici a società miste, in evidente violazione dei Trattati e di tutti i principi di concorrenza.

L'interpretazione sistematica dell'art. 12, par.1, lett. c) permette di affermare che l'affidamento *in house* a persone giuridiche con partecipazione privata è legittimo solamente se le partecipazioni private sono imposte dalla legge, legge che deve essere conforme ai Trattati, e se tale partecipazione non permette un controllo, un potere di veto o un'influenza dominante sulla controllata.

I citati considerando specificano peraltro che *“l'unico elemento determinante è la partecipazione privata diretta al capitale della persona giuridica controllata. Perciò, in caso di partecipazione di capitali privati nell'amministrazione aggiudicatrice controllante o nelle amministrazioni aggiudicatrici controllanti, ciò non preclude*



l'aggiudicazione di appalti pubblici alla persona giuridica controllata, senza applicare le procedure previste dalla presente direttiva in quanto tali partecipazioni non incidono negativamente sulla concorrenza tra operatori economici privati.” La previsione desta alcune perplessità¹⁶ perché anche la partecipazione di capitali privati all'amministrazione aggiudicatrice controllante rende difficile configurare l'affidamento diretto come una mera delegazione interorganica; appare altresì discutibile l'affermazione fatta nel considerando secondo cui tali partecipazioni non inciderebbero negativamente sulla concorrenza tra operatori economici privati. In ogni caso, qualora l'amministrazione aggiudicatrice controllante sia partecipata da capitali privati, non sarà possibile l'affidamento *in house* “*verticale invertito*” se non nei casi in cui la partecipazione rientri nei limiti di cui all'art. 12, par. 1, lett. c).

Si è già ipotizzato l'intervento della Corte di Giustizia per valutare la legittimità di tale previsione rispetto ai Trattati¹⁷, rispetto al rischio di abusi correlati alla partecipazione, anche se minima, di capitali privati alla società *in house*, pur evitando che essa abbia il controllo o il potere di veto, in assenza di un preciso limite percentuale a tale partecipazione. Tramite un'interpretazione estensiva di tale norma si potrebbe, infatti, permettere a persone giuridiche a partecipazione privata, la cui differenza con le società miste diverrebbe difficilmente afferrabile, di divenire affidatari diretti di appalti e concessioni da parte di amministrazioni aggiudicatrici, potendo poi gli stessi agire sul mercato aperto in concorrenza con soggetti che non godono di tale agevolazione, con conseguente lesione dei principi di concorrenza. Il possibile danno alla concorrenza può essere ancora aumentato dal combinato disposto della possibilità di minima partecipazione di capitali privati, con la possibilità per la società *in house* di svolgere fino a poco meno del 20% della propria attività non a favore dell'amministrazione aggiudicatrice controllante, ma di soggetti terzi. L'insieme di tali due norme potrebbe, quindi, in teoria condurre a un effettiva violazione dei principi di libera concorrenza alla base dei Trattati europei e alla formazione di un istituto quale la nuova società *in house* non molto dissimile da una società partecipata, con il rischio di sovrapposizione tra partenariato pubblico-privato e partenariato pubblico-pubblico.

L'attività interpretativa della Corte di Giustizia potrebbe fronteggiare adeguatamente il rischio prospettato.

16 Di diverso avviso C. VOLPE, cit.

17 Ci si riferisce a C. CONTESSA, *L'in house providing quindici anni dopo: cosa cambia con le nuove direttive*, in C. CONTESSA e D. CROCCO, *Appalti e concessioni. Le nuove direttive europee*, editore DEI, 2015.



3. Le prime applicazioni nazionali tra norme incondizionate e limiti dell'interpretazione conforme

La seconda sezione del Consiglio di Stato in via consultiva¹⁸ e da ultimo la sesta sezione giurisdizionale¹⁹ hanno esaminato l'incidenza delle disposizioni delle nuove direttive europee sugli affidamenti contrattuali antecedenti il recepimento del legislatore italiano (che dovrà avvenire entro aprile 2016)²⁰. I giudici amministrativi hanno raggiunto sul punto conclusioni diametralmente opposte. La seconda sezione consultiva ritiene legittimo l'affidamento diretto, nonostante una minima partecipazione di capitali privati al CINECA, facendo leva sulla diretta applicabilità dell'art. 12 della nuova direttiva appalti che alla lettera c) permetterebbe tale possibilità. Al contrario, la sesta sezione giurisdizionale esclude che la direttiva sia *self executing* in attesa del recepimento e che comunque il legislatore mantenga un margine discrezionale, potendo quindi escludere l'affidamento *in house* a soggetti con minima partecipazione privata.

Il caso controverso riguarda la legittimità dell'affidamento diretto di appalti di servizi informatici da parte dei consorziati (MIUR, Università, Enti di ricerca) al consorzio CINECA. La questione è stata risolta in maniera opposta dal Consiglio di Stato in sede consultiva e in sede giurisdizionale. In sede consultiva, il Consiglio di Stato è stato investito dal Ministero dell'istruzione, dell'università e dalla ricerca (MIUR)²¹ a pronunciarsi sulla legittimità dell'affidamento diretto di prestazioni di servizi nel campo dell'informatica, per il sistema universitario, della ricerca e scolastico, da parte del MIUR al CINECA Consorzio Interuniversitario.

In sede giurisdizionale è stato chiamato a pronunciarsi, invece, su appello del CINECA²², sulla legittimità dell'affidamento diretto di un appalto di servizi da parte dell'Università degli Studi di Reggio Calabria a favore del CINECA, alla cui compagine societaria l'Università partecipa.

Dalla lettura dei due provvedimenti emerge come le due sezioni del Consiglio di Stato abbiano valutato in maniera sostanzialmente opposta la sussistenza dei c.d. "requisiti Teckal" nei casi sottoposti al loro scrutinio²³.

18 Cons. Stato, sez. II, parere 30 gennaio 2015, n. 298.

19 Cons. Stato, sez. VI, sentenza 26 maggio 2015, n. 2660.

20 C. giust. UE, 15 aprile 2008, C-268/08, *Impact*, che afferma il dovere per il giudice nazionale di astenersi da un'interpretazione del diritto nazionale che possa, successivamente al recepimento, mettere in pericolo il risultato voluto dalla direttiva

21 Consiglio di Stato, sez. II, parere 30 gennaio 2015, n. 298. Cfr. la relazione n. A00UF GAB n. 27144/PF del 28 dicembre 2012 del MIUR con la quale è stato richiesto il parere.

22 Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 26 maggio 2015, n. 2660, appello proposto contro T.A.R. Calabria-Catanzaro, sez. II, n. 1186/2014.

3.1. L'interpretazione in sede consultiva: le norme incondizionate.

Inizialmente anche la seconda sezione sembrava contraria o quantomeno dubbiosa sulla legittimità dell'affidamento *in house* da parte del MIUR a favore del CINECA; infatti, con parere interlocutorio del 13 febbraio 2013, n. 1168, la Sezione consultiva evidenziava come per diritto vivente *“una società partecipata da un ente pubblico, per poter essere investita direttamente dalla gestione di un compito, non debba presentare la presenza di privati al capitale sociale o anche la mera previsione statutaria di una futura ed eventuale privatizzazione, né 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”*²⁴. Il Consiglio di Stato riteneva necessario acquisire chiarimenti circa l'esatta natura e la portata dei servizi informatici da affidarsi in via diretta, acquisendo inoltre gli avvisi di vari enti pubblici.

Tra il parere interlocutorio del febbraio 2013 e quello definitivo del gennaio 2015, erano state pubblicate le nuove direttive concessioni e appalti. In particolare, nel caso di specie, l'affidamento sarebbe stato qualificabile come appalto di servizi (non una concessione, non dovendo sopportare il CINECA alcun rischio di domanda o di gestione, ed ottenendo il corrispettivo direttamente dal MIUR), espressamente regolato dalla direttiva appalti 24/2014. I termini di recepimento della Direttiva però non sono ancora scaduti e quindi le sue previsioni non sarebbero *self executing*²⁵. Il Consiglio di Stato in funzione consultiva, inaspettatamente, da un lato ne adombra l'efficacia diretta, ma in ogni caso afferma che anche se non già applicabile, *“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.”*.

L'affermazione è problematica: la giurisprudenza antecedente è univoca nell'affermare che l'efficacia diretta delle direttive è possibile solo allo scadere del termine, anche volendo ammettere che sia possibile applicare direttamente le direttive prima dello scadere del termine di recepimento, è necessario che la norma abbia natura incondizionata, non residuando discrezionalità alcuna in capo allo Stato membro²⁶. La specificità e il dettaglio delle disposizioni

23 In particolare, a parte il contrasto sulle nuove direttive (di cui si dirà in seguito), secondo la II sezione sussistono tutti i requisiti Teckal per permettere un affidamento diretto tra MIUR e CINECA, invece secondo la VI mancherebbe sia il controllo analogo dell'Università nei confronti di CINECA, sia l'attività prevalente.

24 In tal senso *ex multis* la citata decisione della Corte di Giustizia Parking Brixen.

25 Sul punto si veda la pronuncia del T.a.r. Friuli Venezia Giulia, Sez. I, n. 629/2014, di parere opposto del Consiglio di Stato, ove si afferma l'illegittimità di un affidamento diretto a una società con una minima partecipazione privata sul presupposto che le nuove direttive appalti/concessioni non possano essere *self executing* prima dello scadere del termine di recepimento.

26 A partire da Corte di Giustizia, sent. *Faccini-Dori*, C-91/92.

stabilite dalla direttiva non possono essere affermati in generale per tutta la direttiva, ma devono essere verificati per ogni singola disposizione. Nel caso in cui una norma non sia incondizionata, la sua diretta applicabilità, a maggior ragione se prima dello scadere del termine di recepimento, può portare al concreto rischio che lo Stato membro in sede di recepimento assuma una decisione tra quelle permesse dalla direttiva, diversa da quella compiuta dal giudice che erroneamente abbia ritenuto la norma incondizionata.

Non pare curarsi di tale rischio il Consiglio di Stato in funzione consultiva. La seconda sezione, infatti, ritiene la direttiva appalti 2014, ed in particolare l'art. 12 che stabilisce i requisiti del nuovo *in house*, talmente precisi e dettagliati da non lasciare alcun margine di apprezzamento al legislatore.

È criticabile asserire il contenuto incondizionato e preciso della direttiva sul punto. Se è vero che in generale la direttiva appalti 2014 contiene una disciplina dettagliata, per contro sulla possibilità della minima partecipazione privata, per la novità rispetto alla giurisprudenza antecedente e la discussione in sede di emanazione, la direttiva lascia rilevante margine discrezionale agli Stati membri.

La previsione dell'art. 12, par. 1, lett c., cit. pone come eccezionale la partecipazione di capitali privati, purché:

1. la partecipazione di capitali privati non sia tale da determinare situazioni di controllo o poteri di veto in favore degli stessi soci privati, consentendo loro di esercitare un'influenza determinante sulla società;
2. tale partecipazione sia imposta da espresse disposizioni di legge e non si ponga in contrasto con gli obiettivi comuni dei Trattati.

La direttiva prevede che la minima partecipazione dei privati sia possibile, solo se imposta da disposizioni legislative nazionali, conformi ai Trattati.

Così, nel caso di specie, ad oggi non è prescritta dalla legge italiana l'obbligatoria partecipazione di capitali privati al CINECA, pertanto sembra essere impossibile l'affidamento *in house* a società con partecipazione privata. Né vi sono elementi per ritenere che ciò sarà certamente possibile in futuro. Si può affermare, quindi, che nella sua decisione il Consiglio di Stato abbia audacemente anticipato gli effettive delle direttive, interpretando l'inciso "*prescritte dalle disposizioni legislative nazionali?*" come un generico richiamo al fatto che tali forme di partecipazione debbano essere previste obbligatoriamente dal legislatore nazionale in sede di recepimento e non tenendo in dovuto conto quanto scritto dal considerando 32 della direttiva che chiarisce, invece, che l'affidamento *in house* a società con partecipazione privata non è obbligatorio per gli Stati membri,

ma, al contrario, è possibile solo se le forme di partecipazione sono imposte dalla legge nazionale. Stante la tradizionale ostilità del nostro legislatore nazionale al modello *in house*²⁷ e anche alle partecipate, non è da escludere che in sede di recepimento decida di impedire la possibilità di minime forme di partecipazione di privati al modello *in house*.

3.2. L'interpretazione in sede giurisdizionale e il recepimento necessario.

Tale rilievo induce il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale a escludere, al contrario, la diretta applicabilità delle direttive. Ai punti 22 e seguenti della sentenza la sesta sezione, ponendosi consapevolmente in contrasto con il parere espresso dalla sezione seconda, esclude la rilevanza delle nuove direttive per risolvere il caso di specie. Conformemente al diritto vivente, esclude l'efficacia *self executing* delle direttive non ancora scadute, possibilità adombrata invece dalla sezione consultiva nel citato parere. Inoltre, afferma, contrariamente al parere, come esse non possano avere neanche un'efficacia vincolante di interpretazione conforme, ma pongano solamente in capo al giudice nazionale il dovere di evitare un'interpretazione che possa essere pregiudizievole per i risultati che la direttiva vuole conseguire.

Secondo la sesta sezione nel caso di specie *“la fattispecie in esame si colloca al di fuori dell'ambito di questa limitata rilevanza giuridica “negativa” che eccezionalmente può essere riconosciuta alla direttiva prima della scadenza del termine di recepimento: 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.*

Una volta esclusa l'efficacia negativa delle direttive, ne viene esclusa quella positiva o di interpretazione conforme da parte del giudice nazionale²⁸. In sintesi la sezione sesta esclude,

²⁷ Previsto dall'art 113 TUEL a condizioni ancora più restrittive di quelle poste dalla giurisprudenza comunitaria

²⁸ Secondo il collegio *“nel caso di specie, invero, non risultano sussistenti i presupposti per la c.d. interpretazione conforme o per il divieto di interpretazione difforme, secondo quanto già esposto. A venire in rilievo non è, infatti, una norma nazionale “ambigua” o “plurivoca”, suscettibile di più interpretazioni, di cui almeno una conforme al contenuto di una direttiva comunitaria sopravvenuta. Viene al contrario in rilievo una nozione di in house di matrice comunitaria (elaborata da una giurisprudenza pietrificata, tanto da costituire diritto vivente) che è univoca nell'escludere la compatibilità dell'istituto con la partecipazione di soggetti privati. Ritenere da subito possibili forme di partecipazione di capitali privati significherebbe,*

conformemente alla giurisprudenza antecedente, l'efficacia diretta delle direttive e la sussistenza dell'obbligo d'interpretazione conforme prima dello scadere del termine di recepimento. Inoltre, esclude nel caso di specie anche la possibilità della minima efficacia "negativa" che impone al giudice nazionale di interpretare la legge nazionale in modo da non vanificare lo scopo perseguito dalle direttive, in quanto la legge nazionale è antecedente alle direttive, nonché di diretta derivazione comunitaria e non può essere superata semplicemente in via interpretativa.

Altre due ragioni osterebbero alla diretta applicabilità, anche qualora si ritenesse la nuova direttiva *self executing* oppure qualora fosse scaduto il termine di recepimento:

1. la possibilità per il legislatore di derogare a quanto previsto dalle direttive, prevedendo requisiti più stringenti per legittimare l'affidamento *in house*;
2. la necessaria previsione da parte della legge nazionale della partecipazione dei capitali privati.

Delle due obiezioni, la prima appare discutibile, e fondata sul noto pregiudizio della giurisprudenza domestica e del nostro legislatore nei confronti dell'*in house*, considerandolo eccezionale perché in possibile contrasto con i principi comunitari. Questa eccezionalità, benché affermata anche dalla Corte Costituzionale quando ha riconosciuto la legittimità di una legge nazionale che preveda requisiti più stringenti di quelli comunitari per ammettere l'*in house* nei servizi pubblici²⁹, invero, non trova riscontro nella giurisprudenza UE. Al contrario, la giurisprudenza sovranazionale chiarisce come l'Ordinamento comunitario non pone alcun limite alla libertà per le Amministrazioni di optare per un modello gestionale di autoproduzione, piuttosto che su un modello di esternalizzazione. In tal senso, dopo alcune pronunce della sezione semplice³⁰, si è espressa nel 2009 la Grande Sezione della Corte, affermando che "un'autorità pubblica può adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi e [può] farlo altresì in collaborazione con altre autorità pubbliche"³¹.

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 UE 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.

29 Corte cost. 17 novembre 2010, n. 325; analogamente anche Corte cost. 20 marzo 2013, n. 46.

30 C. giust., 6 aprile 2006, in causa C-410/04 (ANAV); C. giust., 13 novembre 2008, in causa C-324/07 (Coditel Brabant).

31 C. giust., Grande Sezione, 9 giugno 2009, in causa C-480/06.



Tale eccezionalità, già negata dalla Corte di Giustizia, in ogni caso si fonda sul diritto europeo antecedente alle nuove direttive, in cui non era positivizzato l'istituto dell'*in house*. Ora che esso è espressamente previsto dal legislatore UE, appare difficile che il legislatore nazionale in sede di recepimento possa legittimamente prevedere requisiti più restrittivi di quelli precisi posti dalla direttiva. Sul punto appare chiaro il considerando numero 5 della direttiva settori ordinari, secondo cui “è opportuno rammentare che nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva”. Unica discrezionalità residua in capo al legislatore, come visto, attiene alla possibilità di prevedere l'*in house* a minima partecipazione privata, in attuazione dell'art. 12, par.1, lett. c), cit.

Più convincente appare la seconda ragione, ostativa all'affidamento *in house* a società con una minima partecipazione privata, che può trovare un riscontro nel dato testuale della direttiva e nel considerando 32. Come si è visto, dalla lettura del considerando si comprende come la partecipazione dei capitali privati non deve solamente essere prevista da una legge nazionale, ma addirittura imposta perché l'affidamento possa essere legittimo.

De iure condito non esiste alcuna previsione legislativa che imponga al CINECA di essere partecipato da capitali privati³², come affermato dalla sesta sezione, secondo cui tale previsione legislativa, precedente alle direttive, pertanto emanata da un legislatore ignaro di quanto le stesse avrebbero disposto, non avesse intenzione di permettere la costituzione di una società *in house* a minima partecipazione privata che nel quadro previgente (invero anche vigente fino al recepimento delle direttive) sarebbe stata illegittima.

Negando la diretta applicabilità delle direttive 2014, i Giudici amministrativi ritengono illegittima la possibilità dell'affidamento diretto a una società a minima partecipazione privata.

Il fatto che la Commissione abbia ribadito che tale minima partecipazione dei privati alla società *in house* debba essere conforme ai Trattati, evidenzia il carattere eventuale, oltre che eccezionale, di tale possibilità. La clausola di salvaguardia potrebbe salvare la previsione da censure di legittimità della Corte di Giustizia, ma pare mostrare una consapevolezza nella forzatura della previsione rispetto ai Trattati e alla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

³² non può, a tal fine, ritenersi sufficiente il già citato art. 7, comma 42-bis, d.l. n. 95 del 2012, che, prevedendo l'accorpamento dei preesistenti consorzi interuniversitari Cineca, Cilea e Caspur, ha, di fatto, determinato l'ingresso nel Cineca di alcuni soggetti privati (Milano Bocconi, Milano Cattolica del Sacro Cuore, Milano IULM). La partecipazione al Cineca di oggetti 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) del Cineca con in Consorzi Cilea e Caspur”.



A difesa della legittimità della disposizione depone la lettera della norma e del considerando 32, che testimoniano la consapevolezza del legislatore europeo circa il possibile attrito con i Trattati e non abbia perciò inteso introdurre un nuovo tipo di società mista (nel qual caso appunto sarebbe ineludibile l'obbligo dell'evidenza pubblica), ma un *in house* che, ove imposto dagli Stati membri, possa avere una partecipazione privata veramente residuale e ininfluente.

In attesa di comprendere le scelte del legislatore italiano e soprattutto della giurisprudenza della Corte di Giustizia (che potrebbe, se non addirittura sancire l'illegittimità del nuovo *in house* nella parte in cui prevede la possibilità di una minima partecipazione privata, perlomeno meglio delimitarne i limiti applicativi) la decisione del Consiglio di Stato, sebbene in funzione consultiva, appare discutibile sul piano delle fonti. La direttiva non appare incondizionata sul punto della minima partecipazione di capitali privati alla controllata, subordinando tale possibilità ad un'espressa imposizione della legge nazionale conforme ai Trattati. Mancando a oggi tale disposizione, né potendo dire se vi sarà, è impossibile verificarne la legittimità con i Trattati ed è anche impossibile ammettere tale nuova ipotesi di affidamento *in house*. Sarebbe stato più prudente rilasciare un parere negativo circa la possibilità di affidamento diretto *rebus sic stantibus* da parte del MIUR a favore del CINECA (data la partecipazione al capitale sociale di soggetti privati), prospettando però la possibilità *de iure condendo* che, in seguito al recepimento delle direttive appalti e concessioni 2014, l'affidamento diretto possa risultare legittimo.

Il contrasto interpretativo sorto ancor prima del recepimento delle direttive da parte del legislatore nazionale impone al nuovo Codice dei contratti pubblici di chiarire la nozione di partecipazione privata ininfluente, prevenendo o alleggerendo il ruolo di “soccorso interpretativo” della Corte di Giustizia.