

L'ORDINANZA DI REMISSIONE DELLA SETTIMA SEZIONE

# Controllo analogo e attività prevalente, cinque quesiti del Consiglio di Stato alla Corte Ue possono mettere un freno all'in house

13 Apr 2026 ▶ di Giorgio Santilli

*La settima sezione (nella foto il presidente Roberto Chieppa) rimette al giudice Ue questioni che possono ridefinire il perimetro degli affidamenti a soggetti pubblici. Be Smart contro il gigante pubblico Cineca nell'informatizzazione degli Atenei.*



Arriva dalla settima sezione del Consiglio di Stato un'ordinanza che rimette alla Corte di giustizia Ue alcuni aspetti interpretativi di grande importanza dei requisiti soggettivi del controllo analogo e dell'attività prevalente che legittimano l'affidamento senza gara a una società in house. L'ordinanza coglie alcuni aspetti che hanno legittimato finora un'interpretazione estensiva di questi requisiti per chiedere, in sostanza, se non sia più corretta invece un'interpretazione più letterale, formale e restrittiva, come chiede il ricorrente. Se questa interpretazione più restrittiva e letterale fosse accolta dai giudici di Lussemburgo, avremmo come effetto un freno all'in house che, soprattutto in Italia, è dilagante da almeno due decenni.

## **L'era del dominio dell'in house dopo la sentenza Tackal**

L'era del dominio dell'in house negli affidamenti della PA non è cominciata con la storica sentenza Teckal della Corte di giustizia Ue, datata 18 novembre 1999 (C-107/98). Quella sentenza, fissando i tre requisiti soggettivi necessari per dichiarare legittimo un affidamento a un soggetto in house (controllo analogo esercitato da parte dell'ente appaltante, attività prevalente dell'80% svolta dal soggetto appaltatore verso l'ente appaltante e capitale interamente pubblico del soggetto appaltatore) fu interpretata allora come un ragionevole punto di equilibrio.

Fu negli anni successivi che si affermò, in Italia, una tendenza politica e amministrativa - soprattutto a livello locale - che diede inizio all'era dell'in house dominante contro le spinte concorrenziali e liberalizzatrici del decennio precedente.

In Italia si può far coincidere l'avvio di questa era con la decisione clamorosa della giunta Veltroni a Roma, nel 2004, di mandare in soffitta le riforme Tocci-Rutelli del trasporto pubblico locale e, con esse, qualunque ipotesi di gara per l'affidamento del servizio di Tpl, affidando in house per ben sette anni - fino al 2011 - il servizio di autobus e tram alla controllata Trambus, poi riunificata da Alemanno con Atac per seppellire definitivamente la stagione delle riforme.

Da allora, in questi 22 anni, l'in house è andato via via consolidandosi ed è diventato paradigma nelle scelte di moltissime amministrazioni pubbliche, grazie non solo a una forte volontà politica, ma anche a una prassi amministrativa e a una giurisprudenza che hanno interpretato in modo sempre più lassista e opaco i tre paletti della sentenza Tackal, allargando a dismisura il perimetro dei soggetti e delle attività ammessi all'in house.

## **Inversione di marcia?**

Ora qualcosa potrebbe cambiare e potremmo assistere addirittura a un'inversione di rotta. L'ordinanza 2726/2026 della settima sezione del Consiglio di Stato (firmata dal relatore Massimiliano Noccelli e dal presidente Roberto Chieppa che è stato segretario generale dell'Antitrust, oltre che segretario generale della Presidenza del Consiglio) rimette alla Corte di Giustizia europea cinque quesiti interpretativi di aspetti relativi proprio ai criteri del controllo analogo e dell'attività prevalente.

Prima di arrivare ai cinque quesiti e al loro specifico valore giuridico è il caso di

ricordare che questa ordinanza nasce dalla battaglia, iniziata nel 2022, dell'operatore privato Be Smart (che è il secondo operatore nel mercato della informatizzazione delle Università con una quota del 5%), difeso dagli avvocati Isabella Perego, Gian Michele Roberti, Anna Romano e Filippo Arturo Satta, contro gli affidamenti diretti dell'Università Mediterranea di Reggio Calabria in favore del consorzio Cineca, che del mercato dell'informatizzazione delle Università detiene una quota del 90%.

Il gigante Cineca è un consorzio interuniversitario, dotato di personalità giuridica di diritto privato e sottoposto alla vigilanza dei Ministeri dell'Istruzione e dell'Università e della Ricerca. Costituito originariamente da quattro Atenei, successivamente vi hanno aderito sempre più Università, statali e private, e numerosi enti pubblici, in un percorso di continuo ampliamento. Il numero di consorziati è cresciuto di anno in anno e oggi ha raggiunto 118 enti di provenienza eterogenea. Oggi il Consorzio raggruppa 70 Atenei (il 90% del sistema accademico nazionale), 13 enti nazionali di ricerca, 9 Aziende Ospedaliere, 19 Istituzioni AFAM e altri 5 enti di varia natura, oltre che i Ministeri dell'Istruzione e dell'Università e della Ricerca che lo hanno costituito e continuano ad avere una posizione prevalente nella governance (nominano due consiglieri su cinque e scelgono il presidente in una lista di tre definita dall'Assemblea).

Be Smart ha chiesto l'annullamento o la riforma della sentenza del TAR per la Calabria, Sezione di Reggio Calabria, n. 316 del 2 maggio 2024, con la quale è stato dichiarato in parte inammissibile e in parte infondato, con conseguente rigetto, il ricorso proposto da Be Smart contro la delibera del Cda dell'Università Mediterranea

di Reggio Calabria che ha approvato l'affidamento *in house* a Cineca delle "Piattaforme software di Ateneo per la gestione delle segreterie studenti e della programmazione didattica".

L'ordinanza è articolata perché si inserisce in una vicenda processuale complicata da due elementi:

- Il giudizio riguarda un nuovo affidamento a seguito di un precedente affidamento annullato dal giudice amministrativo: quindi c'è un continuo rimando al contenzioso precedente, in cui il Consiglio di Stato non aveva rimesso alla Corte Ue perché aveva comunque annullato l'affidamento, sia pure solo per una parte dei motivi di ricorso (in particolare perché non era stato fatto un confronto fra il prezzo proposto da Cineca e quello che avrebbe potuto proporre Be Smart). Nel nuovo contenzioso invece l'accertamento della natura *in house* dell'affidamento viene considerata risolutiva per cui il Consiglio di Stato ha rimesso alla Corte Ue.
- Nel corso del giudizio di appello, inoltre, il Consiglio di Stato ha disposto una CTU per comprendere in quali percentuali l'attività del Consorzio possa dirsi *in house* (le direttive europee e il codice appalti richiedono minimo l'80%, c.d. attività prevalente). A conclusione del lavoro, il consulente ha rappresentato tre diversi scenari, che portano a conclusioni opposte a seconda delle voci che vengono comprese nel perimetro dell'attività prevalente. Il dubbio riguarda, tra l'altro, alcune voci di fatturato proveniente da soggetti terzi in adempimento di

attività istituzionale del consorzio.

Su richiesta di Be Smart, il Consiglio di Stato ha sospeso il giudizio e rimesso alla Corte cinque questioni. Le prime quattro investono, a diverso titolo, i requisiti di governance che consentono di ritenere sussistente il requisito del controllo analogo congiunto: prerogative da verificare in presenza di un numero molto elevato di partecipanti al Consorzio, dei rapporti tra Assemblea e CdA e altri aspetti specifici. L'ultima questione riguarda invece i criteri per includere una determinata attività nell'attività prevalente rilevante ai fini dell'in-house.

Sintetizziamo le questioni rifacendoci parzialmente al testo dell'ordinanza sui cinque quesiti:

A) Governance

*1) se sia legittimo che un'amministrazione aggiudicatrice, quale l'Università di Reggio Calabria, affidi, senza effettuare una procedura di gara, un contratto di servizi informatici a un consorzio, quale Cineca, partecipato da un numero elevatissimo di soggetti, al momento superiore a cento unità e suscettibile di aumentare ulteriormente;*

*2) se sia legittimo che un'amministrazione aggiudicatrice, quale l'Università di Reggio Calabria, affidi, senza effettuare una procedura di gara, un contratto di servizi*

*informatici a un consorzio, quale Cineca, che presenti le caratteristiche di governance in cui il requisito dell'influenza determinante congiunta:*

*- sia soddisfatto dalla mera possibilità di partecipazione dei rappresentanti dei consorziati alle deliberazioni dell'assemblea consortile, in cui ciascun ente consorziato rappresenta soltanto 1/118 del deliberato che poi determina la volontà di tale organo e non dispone di diritto di veto o altro strumento atto ad impedire e/o condizionare l'adozione di decisioni contrarie ai propri interessi;*

*- e ciò specie in una situazione in cui i meccanismi decisionali dell'assemblea consortile fanno sì che le decisioni fondamentali strategiche siano adottate sulla base di maggioranze di volta in volta variabili;*

*3) se sia legittimo che un'amministrazione aggiudicatrice, quale l'Università di Reggio Calabria, affidi, senza effettuare una procedura di gara, un contratto di servizi informatici a un consorzio, quale Cineca, che presenti le caratteristiche di governance in cui non è previsto alcun meccanismo che garantisca la rappresentanza, almeno cumulativa, di tutti i consorziati nel consiglio di amministrazione, ma soltanto di quelli in posizione di maggioranza, ovvero di coloro che hanno espresso la loro preferenza per la lista di candidati consiglieri risultata vittoriosa;*

*4) se sia legittimo che un'amministrazione aggiudicatrice, quale l'Università di Reggio Calabria, affidi, senza effettuare una procedura di gara, un contratto di servizi*

*informatici a un consorzio, quale Cineca, in cui, anche dopo le modifiche introdotte dalle nuove disposizioni statutarie, l'influenza determinante ed effettiva sulle decisioni ordinarie, straordinarie e strategiche del Consorzio sia attribuita a due soli enti consorziati e, cioè, i Ministeri dell'Istruzione e dell'Università e della Ricerca, anche mediante il controllo esclusivo del consiglio di amministrazione:*

*1) che è l'organo fondamentale di gestione del Consorzio;*

*2) a cui compete la nomina del direttore generale e, dunque, dell'altro organo essenziale per la gestione del Consorzio;*

*3) e che pertanto, unitamente al direttore generale, riveste un ruolo essenziale anche nella formulazione della offerta di servizi tecnici (e, cioè, la tipologia di servizio, la modalità di erogazione e il prezzo) da fornire all'intera platea delle università consorziate.*

#### **B) Attività prevalente**

*5) se alla quota dell'80%, che caratterizza l'attività prevalente, concorrano anche i fatturati rinvenienti da corrispettivi riconosciuti all'ente medesimo nell'ambito di rapporti contrattuali stipulati con soggetti terzi, diversi dalle amministrazioni che esercitano il controllo analogo e in assenza di un espresso compito o affidamento da parte delle stesse; e ciò con riferimento specifico a rapporti quali quelli relativi a progetti finanziati da fondi UE erogati dalla Commissione e dalle sue agenzie*

*esecutive, o da altri soggetti terzi, pubblici o privati, stipulati dall'ente stesso in esito alla partecipazione ad apposite procedure di selezione, in concorrenza con altri soggetti interessati, e senza la partecipazione delle sue amministrazioni controllanti.*