

APPALTI: Contratti della P.A. - Appalti di servizi - Affidamento in house - Condizioni e/o presupposti - Individuazione.

Tar Lombardia - Milano, Sez. IV, 12 giugno 2023, n. 1441

“[...] Viene infatti in rilievo, nella controversia decidenda, l’istituto dell’affidamento in house di servizi da parte di pubbliche amministrazioni, quale modalità di gestione alternativa all’esternalizzazione, nella quale i servizi pubblici vengono affidati a un soggetto che, sia pur formalmente distinto dall’amministrazione agente e avente di regola forma societaria, è nella sostanza a essa riconducibile, poiché la P.A. vi esercita un controllo analogo a quello posto in essere sui propri servizi interni. Proprio in virtù di questa sostanziale coincidenza soggettiva, l’affidamento prescinde dall’espletamento di procedure concorsuali di selezione del contraente [...]”.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l’atto di costituzione in giudizio dell’Università degli Studi Milano Bicocca;

Visti gli artt. 35, co. 1, e 85, co. 9, cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 17 maggio 2023 la dott.ssa Katuscia Papi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso introduttivo del presente giudizio Selexi S.r.l., aggiudicataria (in virtù del provvedimento Prot. 11703 del 17 febbraio 2020) della gara indetta dall’Università degli Studi Milano Bicocca per la gestione del servizio di lettura ottica schede e dei servizi connessi, contestava l’intervenuto affidamento diretto disposto dall’Ateneo, nello stesso periodo di vigenza del contratto sottoscritto dalla ricorrente con l’Università in data 24 febbraio 2020, di alcuni servizi asseritamente oggetto del medesimo contratto, in favore del Consorzio CISIA, individuato dalla P.A. quale soggetto *in house* ai sensi dell’art. 5 D. Lgs. 50/2016.

In particolare, la Selexi S.r.l. lamentava la sostanziale illegittima riduzione, a beneficio del consorzio, dell’oggetto dell’affidamento disposto dalla resistente in proprio favore (motivo 1); e contestava la sussistenza dei presupposti per l’affidamento diretto a CISIA, rispetto al quale l’Università, detenendo

una partecipazione pulviscolare, non potrebbe esercitare il controllo analogo necessario alla configurabilità dell'istituto dell'*in house providing* (motivo 2).

2. L'Università Milano Bicocca si costituiva in giudizio instando per la reiezione del ricorso e, in sede preliminare, sollevando eccezione d'inammissibilità parziale dello stesso, per carenza di giurisdizione del giudice amministrativo sulla prima censura. L'Avvocatura erariale citava, a sostegno delle proprie tesi difensive, le sentenze di questa Sezione n. 1502/2020 e n. 1982/2020.

3. In effetti, con le succitate pronunce nn. 1502/2020 e 1982/2020 la Sezione, esprimendosi su una precedente controversia (*n. R.G. 1105/2020*) insorta tra le medesime parti dell'odierno giudizio, avente ad oggetto lo stesso affidamento alla società odierna ricorrente (*provvedimento dell'Università n. 11703 del 17 febbraio 2020*), lo stesso contratto stipulato tra Bicocca e Selexi S.r.l. il 24 febbraio 2020, identiche censure (*sebbene dedotte con riferimento a test on line eseguiti in diversi corsi di studio rispetto a quelli oggetto della presente causa*), aveva dichiarato l'inammissibilità per difetto di giurisdizione del primo motivo di gravame, ritenendolo ricompreso nella sfera di cognizione del giudice ordinario, e l'inammissibilità per difetto di interesse del secondo motivo di ricorso.

4. Le suddette pronunce (TAR Milano nn. 1502/2020 e 1982/2020), *medio tempore* appellate da Selexi S.r.l., nel corso del presente giudizio venivano integralmente confermate dal Consiglio di Stato con sentenza n. 7272 del 29 ottobre 2021.

A seguito dell'intervenuta proposizione del ricorso per cassazione avverso quest'ultima sentenza del Consiglio di Stato, all'udienza del 4 febbraio 2022 Selexi S.r.l. chiedeva la cancellazione della presente causa dal ruolo, che veniva disposta dal Collegio con ordinanza n. 296/2022.

La Corte Suprema di Cassazione decideva l'impugnativa proposta da Selexi S.r.l. con ordinanza delle Sezioni Unite Civili n. 116 del 4 gennaio 2023, che confermava la giurisdizione del giudice ordinario sul primo motivo dell'originario ricorso n. 1105/2020 proposto dalla stessa Selexi S.r.l. dinanzi a questo TAR (*pienamente corrispondente al primo motivo della presente causa*), e dichiarava inammissibile l'impugnazione relativamente al secondo motivo, in quanto non attinente alla giurisdizione.

5. Attesa la pronuncia delle Sezioni Unite, la parte ricorrente chiedeva fissarsi udienza di discussione, in vista della quale, con memoria del 28 aprile 2023, Selexi S.r.l. dava atto di aver già riassunto la precedente causa (originario ricorso n. 1105/2020 proposto dinanzi al TAR Milano) presso il Tribunale Civile di Milano. La società attrice chiedeva pertanto che questo Tribunale amministrativo declinasse la propria giurisdizione, in favore del giudice ordinario, anche con riferimento all'odierno giudizio.

6. All'udienza pubblica del 17 maggio 2023 la causa era trattenuta in decisione.

7. Si esamina, prioritariamente, la questione afferente alla giurisdizione.

7.1. Con riferimento al primo motivo di gravame, nel quale si controverte dell'estensione dell'oggetto del contratto stipulato tra Selexi S.r.l. e l'Università di Milano Bicocca, e dell'eventuale violazione da

parte dell'Ateneo di presunti diritti di esclusiva in favore dell'odierna ricorrente, il Collegio riafferma quanto già esposto nelle sentenze n. 1502/2020 e n. 1982/2020, confermate dal Consiglio di Stato e dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. Deve pertanto escludersi, sul punto, la giurisdizione del giudice amministrativo, e affermarsi quella del giudice ordinario: «6.1. La giurisdizione del G.A., come stabilito dall'art. 103 della Costituzione, sussiste sulle controversie che hanno per oggetto interessi legittimi (criterio della causa petendi) e, in alcune materie individuate dalla legge, anche sui diritti soggettivi (criterio della giurisdizione esclusiva). 6.2. Nel caso di specie, non si ricade in ambito assoggettato alla giurisdizione esclusiva del TAR. Invero, ai sensi dell'art. 133 comma 1 lettera 'e' c.p.a. la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle procedure di selezione del contraente della p.a. sussiste sugli atti prodromici alla stipula del contratto, con estensione alla dichiarazione di inefficacia del negozio in caso di annullamento dell'aggiudicazione. Non vi è invece la cognizione esclusiva del G.A. per le controversie afferenti all'esecuzione o all'interpretazione del contratto, o scaturenti da eventuali inadempimenti delle parti. Dopo la sottoscrizione del contratto, la procedura selettiva è conclusa, e l'atto negoziale regola in via esclusiva i rapporti tra l'Amministrazione e il soggetto aggiudicatario. Orbene, le doglianze proposte da Selexi [...] riguardano, nella sostanza, l'estensione dell'oggetto del contratto. La ricorrente sostiene infatti che il negozio vincolerebbe l'Amministrazione all'affidamento in proprio favore anche di servizi ulteriori rispetto a quelli oggetto della comunicazione del 22 maggio 2020, circostanza negata invece dall'Università. La controversia si appunta, evidentemente, sulla ricostruzione ermeneutica della portata del negozio; la stessa si pone dunque a valle della stipula e, conseguentemente, non è coperta dalla giurisdizione esclusiva del G.A. 6.3. Rientrandosi nell'ambito applicativo dell'ordinario criterio di riparto della giurisdizione, fondato sulla causa petendi, occorre stabilire se la situazione giuridica fatta valere in giudizio dalla ricorrente abbia la natura del diritto soggettivo (con conseguente giurisdizione del G.O.) o dell'interesse legittimo (dal che deriverebbe la conoscibilità della causa da parte del G.A.). La relativa valutazione andrà effettuata non già sulla base della prospettazione difensiva della parte che agisce in giudizio, bensì alla luce dell'effettiva consistenza della situazione giuridica soggettiva azionata. Non è dunque di per sé risolutiva, nella presente fattispecie, la circostanza che la Selexi abbia impostato l'atto introduttivo in termini di impugnazione di due atti amministrativi (comunicazione del 22 maggio e diniego all'autotutela del 19 giugno). Risulta invece decisiva la constatazione che le pretese della società nei confronti dell'Università si appuntano sull'asserita ricomprensione dei servizi di lettura ottica (e connessi) di tutti i test di ammissione (non solo delle prove relative ai corsi di laurea elencati nella nota del 22 maggio) in quelli commissionati dalla p.a. a Selexi mediante il contratto sottoscritto tra le parti, e sulla portata esclusiva dell'indicato affidamento alla ricorrente. Nella sostanza, Selexi lamenta la violazione del proprio diritto a essere incaricata dell'esecuzione di tutti i servizi sopra menzionati, prestazione alla quale la p.a. si sarebbe

obbligata mediante il contratto, il quale costituisce l'esito finale e assorbente della procedura selettiva del contraente. Orbene, ove l'atto negoziale dovesse essere interpretato in termini favorevoli all'impostazione della ricorrente (sussistenza di un'esclusiva nell'affidamento dei servizi ulteriori rispetto a quelli oggetto della nota del 22 maggio 2020), l'Università avrebbe posto in essere un inadempimento contrattuale, violando il diritto di credito della società all'esatta osservanza, da parte dell'Amministrazione, del vincolo negoziale assunto. La situazione giuridica fatta valere in giudizio è dunque da ricondursi al diritto soggettivo all'esatta esecuzione del contratto, vantato dalla società ricorrente nei confronti della p.a. La causa rientra, pertanto, nella cognizione del giudice ordinario» (TAR Lombardia, Milano, IV, 3 agosto 2020 n. 1502; cfr: Consiglio di Stato, VI, 29 ottobre 2021 n. 7272); «Invero, correttamente i giudici amministrativi hanno ritenuto che la pretesa azionata concerneva essenzialmente l'estensione dell'oggetto del contratto tra Selexi e l'Amministrazione, assumendo l'attrice che il negozio inter partes vincolerebbe l'Università anche all'affidamento in proprio favore di servizi ulteriori. Il tutto alla luce del consolidato principio secondo cui "con riferimento all'attività negoziale della P.A., devono ritenersi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo tutte le controversie che attengono alla fase preliminare, antecedente e prodromica al contratto, inerenti alla formazione della volontà e alla scelta del contraente privato in base alle regole della cd. evidenza pubblica, mentre appartengono alla giurisdizione ordinaria quelle che radicano le loro ragioni nella serie negoziale successiva, che va dalla stipulazione del contratto fino alle vicende del suo adempimento, e riguardano la disciplina dei rapporti scaturenti dal contratto, senza che l'asse della giurisdizione sia spostata dall'adozione, nel corso del rapporto contrattuale, di determinazioni della parte pubblica in attuazione di sopravvenienze normative, che comunque si collocano nell'alveo di un rapporto ormai paritetico" (Cass. Sez. Un. 2144/2018; Cass. Sez. Un. 9149/2017; Cass. Sez. Un.11366/2016; Cass. Sez. Un.14188/2015)» (Corte Suprema di Cassazione, Sezioni Unite Civili, ordinanza n. 116 del 4 gennaio 2023).

7.2. Relativamente alla seconda delle censure proposte da Selexi nel presente ricorso, volta a contestare la legittimità dell'affidamento *in house* posto in essere dall'Università resistente in favore del consorzio CISIA, sussiste invece la cognizione del TAR adito, risultando la domanda ricompresa nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133 comma 1 lettera 'e' n. 1 c.p.a. La questione deve dunque essere esaminata *funditus*.

8. Con riferimento al secondo motivo di gravame, il Collegio ritiene di poter superare la dubbia configurabilità di un interesse a ricorrere attuale in capo a Selexi S.r.l., stante la palese infondatezza nel merito della censura.

8.1. Come già acclarato dal Consiglio di Stato nella pronuncia n. 7272/2021, in termini che il Collegio pienamente condivide ed ha già fatto propri in precedenti occasioni (TAR Lombardia, Milano, IV, 3

novembre 2022 n. 2437; cfr: Consiglio di Stato, IV, 4 aprile 2023 n. 3494), sussistono nella presente fattispecie tutti i requisiti per potersi disporre l'affidamento diretto del servizio in favore del Consorzio CISIA, ai sensi dell'art. 5 D. Lgs. 50/2016.

Viene infatti in rilievo, nella controversia decidenda, l'istituto dell'affidamento *in house* di servizi da parte di pubbliche amministrazioni, quale modalità di gestione alternativa all'esternalizzazione, nella quale i servizi pubblici vengono affidati a un soggetto che, sia pur formalmente distinto dall'amministrazione agente e avente di regola forma societaria, è nella sostanza a essa riconducibile, poiché la P.A. vi esercita un controllo analogo a quello posto in essere sui propri servizi interni. Proprio in virtù di questa sostanziale coincidenza soggettiva, l'affidamento prescinde dall'espletamento di procedure concorsuali di selezione del contraente (Corte di Giustizia UE, V, 18 novembre 1999 n. 107 – sentenza Teckal).

Dopo una prima affermazione giurisprudenziale dell'istituto, ad oggi lo stesso è disciplinato dall'art. 12 della Direttiva n. 24/2014, recepito nell'ordinamento italiano mediante l'art. 5 del D. Lgs. 50/2016.

In particolare, per quanto qui interessa, l'art. 5 del Codice dei contratti pubblici stabilisce che: «1. *Una concessione o un appalto pubblico, nei settori ordinari o speciali, aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato, non rientra nell'ambito di applicazione del presente codice quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi; b) oltre l'80 per cento delle attività della persona giuridica controllata è effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore di cui trattasi; c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati le quali non comportano controllo o potere di veto previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata. 2. Un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore esercita su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi ai sensi del comma 1, lettera a), qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata. [...]*».

8.2. Nella presente controversia, il requisito di cui alla lettera 'a' della riportata norma viene posto in contestazione dalla società ricorrente.

Orbene, il controllo analogo, come descritto al comma 1, lettera 'a', del citato art. 5 D. Lgs. 50/2016, ricorre quando il soggetto affidante (nella fattispecie: Università Milano Bicocca) possa esercitare sull'affidatario (CISIA) un controllo equiparabile a quello posto in essere sui propri servizi, e cioè, come

specificato al successivo comma 2 del citato art. 5, quando esso eserciti un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative del soggetto affidatario.

Nel caso di specie, posto che l'esiguità della partecipazione dell'Università Bicocca in CISIA non consentirebbe all'Ateneo, in modo individuale, l'esercizio del controllo sul consorzio nei termini sopra descritti, viene in rilievo l'ulteriore fattispecie del controllo analogo congiunto, nella quale il soggetto affidante esercita il controllo sull'affidatario congiuntamente ad altre pubbliche amministrazioni.

Detta figura è disciplinata nell'ordinamento interno dall'art. 5 commi 4 e 5 D. Lgs. 50/2016, che stabiliscono quanto segue: «4. Un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore può aggiudicare un appalto pubblico o una concessione senza applicare il presente codice qualora ricorrano le condizioni di cui al comma 1, anche in caso di controllo congiunto. 5. Le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori esercitano su una persona giuridica un controllo congiunto quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti; b) tali amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica; c) la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori controllanti. [...]».

L'ipotesi del controllo analogo congiunto richiede dunque, a sua volta, la sussistenza dei tre requisiti individuati al riportato comma 5, rispettivamente alle lettere 'a', 'b' e 'c'.

8.3. Come già precisato dal Consiglio di Stato, tutti i suddetti elementi devono ritenersi sussistenti nel rapporto tra l'Università Milano Bicocca e il CISIA, in quanto: «Nel caso di specie, il controllo analogo è, appunto, affidato all'assemblea, la cui previsione è legittima per quanto sopra argomentato. Tutto ciò precisato, si osserva che gli elementi sub a) e c) sono soddisfatti nel caso di CISIA. In particolare, l'azionariato del Consorzio è in completa mano pubblica (artt. 4 dello Statuto) e i soci che in essa partecipano hanno perciò titolo a partecipare all'assemblea dei soci per il controllo congiunto previsto dallo statuto. Né CISIA, visti i compiti statutari, può perseguire interessi contrari a quelle delle università consorziate. Anche il requisito sub b) risulta integrato nel caso di specie. L'art. 1-bis prevede che il Consorzio, nell'interesse degli Enti Consorziati ed in esecuzione o comunque in conformità alle decisioni di affidamento o di incarico provenienti da tali Enti, rappresenta lo strumento organizzativo comune per lo svolgimento delle attività indicate nell'art. 3, in conformità al modello in house providing stabilito dall'ordinamento interno e dall'Unione Europea. Le modalità di esercizio del controllo analogo congiunto sono disciplinate mediante il sistema di indirizzo e controllo attuato attraverso gli

organi statutari. Attraverso la partecipazione all'assemblea le università associate concorrono ai sensi dell'art. 8 dello Statuto: all'esercizio delle funzioni di indirizzo strategico e di controllo nei confronti degli organi consortili, anche ai fini del controllo analogo congiunto; alla nomina e alla revoca dell'organo amministrativo; all'approvazione degli indirizzi strategici relativi alla gestione del consorzio e dei servizi da questa svolti, degli atti più importanti del consorzio; all'approvazione del Bilancio Preventivo unitamente agli indirizzi generali e alle linee programmatiche relative alle attività del Consorzio ivi incluse le previsioni di fabbisogno di personale o di conferimento di incarichi dirigenziali; alla verifica dello stato di attuazione degli indirizzi generali e delle linee programmatiche e l'approvazione del Bilancio Consuntivo; alla nomina e la revoca del Presidente, del Vice Presidente, dei componenti il Consiglio Direttivo, il Consiglio Scientifico e il Collegio dei Revisori dei Conti; al trasferimento della sede, salvo quanto specificato alla lettera m) dell'art. 10; alle modificazioni dell'atto costitutivo; alla decisione di compiere operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale o una rilevante modificazione dei diritti dei Consorziati; alla ratifica dei recessi; alla nomina e la revoca dei Liquidatori e i criteri di svolgimento della liquidazione; all'approvazione dei regolamenti di funzionamento del Consorzio e di attuazione dello Statuto. Sul punto non possono essere condivisi gli assunti dell'appellante, secondo cui tale organismo non sarebbe titolare di poteri vincolanti nei confronti del consiglio direttivo. Tale rilievo si infrange contro il potere dell'assemblea dei soci di nomina e revoca dei componenti di quest'ultimo e le ulteriori attribuzioni spettanti all'organo assembleare in base allo statuto, poc'anzi richiamate, che già di per sé pongono le amministrazioni pubbliche partecipanti nella condizione di esercitare il controllo analogo tipico dell'in house providing pluripartecipato. Dal complesso di tali previsioni emerge l'esistenza di meccanismi tipici tali da assicurare ai soci pubblici, collettivamente considerati, un'influenza determinante e un controllo effettivo sulla gestione dell'ente partecipato, attraverso poteri di condizionamento sull'operato del management in grado di conformare l'azione di quest'ultimo agli interessi pubblici di cui il singolo ente pubblico partecipante è portatore. Tali poteri si esplicano sia in generale rispetto al complesso delle attività statutariamente demandate alla società, sia in relazione allo specifico servizio prestato per l'università partecipante» (Consiglio di Stato, VI, 29 ottobre 2021 n. 7272).

Stante la riconducibilità del rapporto tra l'Università e CISIA al controllo analogo in forma congiunta, sussiste nella fattispecie la qualificabilità della controinteressata quale soggetto *in house*, come tale legittimato, per quanto sopra esposto, a conseguire affidamenti diretti dall'Amministrazione resistente. Del resto, in sede amministrativa anche ANAC, ai sensi dell'art. 192 D. Lgs. 50/2016, iscriveva CISIA tra i soggetti *in house* (Consiglio di Stato, n. 7272/2021 cit.).

L'operato dell'Amministrazione, sotto i profili qui considerati, va dunque esente da vizi, con conseguente infondatezza del secondo motivo di gravame.

9. In definitiva, il ricorso:

– rispetto al primo motivo articolato va dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione, essendo le relative domande ricomprese nella sfera di cognizione del giudice civile ordinario; si applica, per la prosecuzione del giudizio dinanzi al giudice munito di *potestas iudicandi*, l'art. 11 c.p.a.;

– con riferimento al secondo motivo va invece respinto, siccome infondato.

10. Le spese del giudizio vengono compensate tra le parti, in ragione della parziale definizione in rito della controversia.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in virtù delle considerazioni esposte in motivazione, in parte lo respinge e, in parte, lo dichiara inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, individuando quale giudice munito di giurisdizione quello ordinario, avanti al quale il processo potrà, *in parte qua*, proseguire.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 17 maggio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente

Antonio De Vita, Consigliere

Katiuscia Papi, Primo Referendario, Estensore

IL SEGRETARIO