

UFFICIO STUDI CODAU

"Documento redatto con il contributo dei componenti dell'Ufficio Studi e VALIDATO dal Comitato Scientifico del Codau".

La vicenda del Consorzio Cineca tra ricorsi e “rimandi”. Forse la parola definitiva?

Il fatto

La complessa vicenda relativa al Consorzio Cineca¹ si è recentemente arricchita dell'ennesimo capitolo scritto dal Consiglio di Stato che, con la sentenza 22 ottobre 2018, ha confermato la pronuncia del TAR Lazio 27 febbraio 2017 n. 2922 e, per l'effetto, ha dichiarato illegittimo il contributo relativo alle attività connesse al funzionamento dei servizi informatici messi a disposizione del MIUR e del sistema universitario, condannando il Cineca a restituire l'importo di € 18,7 milioni di euro erogati nel 2015 dal Miur tramite il Fondo di finanziamento ordinario.

Si ricorda che nel 2015 il governo aveva inserito nell'art. 9 del D.L. cd. “enti locali” n. 78 del 2015, convertito con modificazioni dalla L. 6 agosto 2015 n. 125, i commi da 11-bis a 11-quater² che, di fatto, neutralizzavano gli effetti della precedente sentenza del Consiglio di Stato n. 2660 del 26 maggio 2015 e individuavano il CINECA quale organismo in house secondo modalità e termini indicati nella normativa stessa..

Dalla pronuncia del TAR Lazio 27 febbraio 2017 n. 2922 alla sentenza del Consiglio di Stato 22 ottobre 2018 n.6009.

La sentenza in commento non fa che ripercorrere e confermare le ragioni giuridiche del giudice di prime cure che nel 2017³ accoglieva, seppur parzialmente, il ricorso proposto dalla società Be Smart, principale concorrente del Cineca, per l'annullamento del Decreto del MIUR n. 335 del 8 giugno 2015⁴ nella parte in cui assegnava al Cineca un contributo di € 11.000.000,00 per il supercalcolo e di € 18.700.000,00 per il "funzionamento dei servizi messi a disposizione del MIUR e del sistema universitario". Secondo il ricorrente le risorse pubbliche messe a disposizione di Cineca con l'atto

¹ Il Consorzio Interuniversitario Cineca è un consorzio interuniversitario senza scopo di lucro, dotato di personalità giuridica di diritto privato, ed è sottoposto alla vigilanza del M.I.U.R. Il Cineca è stato originariamente costituito, ai sensi degli artt. 60 e 61 del Regio Decreto 31 agosto 1933, n. 1592, in data 14 luglio 1967, dai Rettori delle Università di Bologna, Padova, Firenze e dell'istituto universitario di economia e commercio e di lingue e letterature straniere di Venezia, quale Consorzio interuniversitario per la gestione del centro di calcolo elettronico dell'Italia Nord-Orientale, ed è stato successivamente riconosciuto con il d.P.R. 13 ottobre 1969, n. 1106. Di seguito, sono entrate a fare parte del suddetto Consorzio ulteriori Università italiane, anche private, e alcuni enti statali di ricerca. Nel 2006 ha aderito al Consorzio anche il MIUR.

Si ringrazia per il contributo alla stesura del commento le dott.sse Ciccarelli Alessandra e Caprodossi Claudia, Università di Camerino

² Che statuiscono che il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca e le altre amministrazioni consorziate esercitano, congiuntamente, sul Consorzio Interuniversitario CINECA un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, previo adeguamento ove necessario, dello Statuto del Consorzio medesimo e che i servizi informativi strumentali al funzionamento dei soggetti facenti parte del sistema dell'istruzione, dell'università e della ricerca possono essere svolti da detti soggetti direttamente, o per il tramite di enti, anche con personalità giuridica di diritto privato, costituiti su iniziativa delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, e da queste partecipati, purché siano soddisfatte le puntuali condizioni ivi previste.

³ Tar Lazio, 27 febbraio 2017 n. 2922.

⁴ Tale provvedimento recava i criteri di ripartizione del Fondo di Finanziamento Ordinario (cd. F.F.O.)

impugnato sarebbero “manifestamente sovrabbondanti rispetto alle esigenze di finanziamento di attività "non economiche" e si configurerebbero, pertanto, come un tipico aiuto al funzionamento al Cineca come impresa, elargito dallo Stato in violazione delle norme procedurali e sostanziali sugli aiuti di Stato, di cui agli artt. 107 e 108 T.F.U.E. e alla relativa prassi applicativa e, segnatamente, alla Disciplina degli aiuti di Stato a favore di ricerca, sviluppo e innovazione”.

Il Tar accoglieva parzialmente il ricorso condannando il Cineca alla restituzione dei 18.700.000,00 da considerare aiuto di Stato illegittimo in base al par. 1 dell'art. 107 del TFUE in ragione della mancata notifica ai sensi del par. 3 dell'art. 108 dello stesso Trattato.

Il Consiglio di Stato perviene oggi alle stesse conclusioni del Tar confermando la condanna alla restituzione della suddetta somma e ripercorre alcune questioni già esaminate in precedenti pronunce come quella della natura giuridica del Cineca che indubbiamente ha riflessi sulla legittimità dell'erogazione degli aiuti di stato, stante la legislazione vigente all'epoca.

Il Consorzio Cineca, seppur partecipato dal MIUR, da 67 atenei e 9 enti di ricerca nazionali non poteva "all'epoca" essere assimilato alla figura dell'*in house providing* così come delineato dalla Corte di Giustizia UE nella famosa sentenza 18 novembre 1999, C-107/98. Secondo la sentenza *Teckal*, infatti, l'affidamento diretto, ovvero senza gara e senza ricorso a procedure di evidenza pubblica di appalti e concessioni, era consentito nei casi in cui l'organismo affidatario, ancorché dotato di autonoma personalità giuridica, potesse essere equiparato a un "ufficio interno" dell'amministrazione affidante⁵; ciò avviene solo là dove sia configurabile il c.d. "controllo analogo"⁶ e nei casi in cui la società svolga la "parte più importante della propria attività" con l'amministrazione o le amministrazioni affidanti. È pertanto consentito ad un'amministrazione aggiudicatrice dello stato avvalersi di un ente esterno per compiti relativi alla realizzazione di opere pubbliche o alla gestione dei servizi pubblici, ma tale ente deve presentare, in ogni caso, caratteristiche tali da poter essere considerato quale *longa manus* dell'amministrazione stessa. Il soggetto *in house*, infatti, nonostante la formale distinta personalità giuridica, ha nella sostanza un rapporto di immedesimazione con l'Amministrazione affidante, essendo equiparabile ad un suo organo o ad un suo ufficio interno privo di sostanziale autonomia decisionale⁷.

Ciò non ricorre all'epoca di instaurazione del contenzioso nel caso del Consorzio Cineca che, utilizzando le parole del Consiglio di Stato, "svolge, direttamente o tramite società controllate, una parte rilevante della propria attività in favore di soggetti non consorziati, pubblici o privati, sia in Italia che all'estero, autorizzata in ciò da specifiche norme dello Statuto". Secondo i giudici di Palazzo Spada, pertanto, lo svolgimento di attività imprenditoriale verso l'esterno attribuisce al Cineca una "vocazione commerciale che impedisce di considerarlo alla stregua di un soggetto *in house*, ovvero di un mero organo delle Amministrazioni consorziate"⁸.

Per tale ragione il Consiglio di Stato rileva che la prassi adottata dalle Università di acquisire da Cineca la fornitura di software gestionali e dei sistemi di assistenza in assenza di qualunque forma di confronto concorrenziale non era in linea con i principi di tutela della concorrenza e del libero mercato visto che nei rapporti tra le università consorziate e il Cineca non sono configurabili "gli stringenti

⁵ In tal caso, infatti, non vi sarebbe un rapporto di alterità sostanziale, ma solo formale, sicché non si tratterebbe, nella sostanza, di un effettivo "ricorso al mercato" ("*outsourcing*"), bensì di una forma di "autoproduzione" o comunque di erogazione di servizi pubblici "direttamente" ad opera dell'amministrazione, attraverso strumenti "propri" ("*in house providing*"). La Corte di Giustizia UE ha chiarito che il requisito del c.d. controllo analogo richiede la necessaria partecipazione pubblica totalitaria, posto che la partecipazione, pur minoritaria, di soggetti privati al capitale di una società, alla quale partecipi anche l'Amministrazione aggiudicatrice, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla medesima un controllo analogo a quello che essa svolge sui propri servizi (cfr. C. giust. UE 11 gennaio 2005, C-26/03; C. giust. UE 21 luglio 2005, C-231/03; C. giust. UE, sez. I, 18 gennaio 2007, C-225/05).

⁶ Che si verifica nella situazione, di fatto e di diritto, in cui l'ente sia in grado di esercitare sulla società un controllo analogo a quello che lo stesso ente esercita sui propri "servizi interni".

⁷ Con l'entrata in vigore delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE il legislatore italiano ha recepito la disciplina dell'*in house providing* nelle disposizioni di cui agli articoli 5 (che definisce le tipologie di *in house providing* possibili e ne precisa i requisiti) e 192 (il quale prevede l'istituzione di uno specifico registro a cura di ANAC nel quale debbano essere iscritte le stazioni appaltanti che si avvalgono di affidamento *in house*) del D. Lgs. 50/2016.

⁸ Già nel 2015 il Consiglio di Stato si era espresso negli stessi termini nella sentenza n. 2660 del 26 maggio 2015

requisiti di legittimità cui la giurisprudenza comunitaria subordina il richiamo alla figura dell' "in house providing"⁹. Oltretutto, secondo il Consiglio di Stato, la natura di società in house non esclude le regole antitrust e quelle sugli aiuti di stato (secondo quanto previsto dagli artt. 5, comma 2, e 21 del d. lgs. 175 del 2016).

Quanto sopra risulta adesso superato dalle modifiche statutarie introdotte in attuazione del D.L. 78/2015 sopra citato e del recente pronunciamento dell'ANAC che ha provveduto ad iscrivere il CINECA nell'elenco delle società in house (art.192 Decr.lgs 50/2016).

La nozione di “aiuto di stato” ed il ruolo del giudice nazionale.

Le ampie motivazioni del Consiglio di Stato che confermano la sentenza del TAR Lazio trovano fondate ragioni nella disciplina degli aiuti di stato¹⁰ ed il particolare dall'art. 107 comma n. 1, sottolineando che gli aiuti di Stato, resi in qualsiasi forma, sono incompatibili nella misura in cui incidono sugli scambi tra gli Stati membri, favoriscono talune imprese e produzioni, falsino o minaccino la concorrenza. L'intervento statale può tuttavia essere legittimo qualora corrisponda ad esigenze di potenziamento della capacità creativa, tecnologica ed organizzativa della società economica. Alle deroghe contenute nei commi 2 e 3 dell'art. 107 TFUE si aggiunge l'art. 3 del Regolamento UE n. 1407/2013¹¹, laddove gli aiuti da parte degli Stati possono essere concessi in regime de minimis, non eccedendo la somma di euro 200.000 per tre esercizi finanziari consecutivi oltre alle ulteriori esclusioni indicate dalla Commissione per determinate attività delle università e degli organismi di ricerca¹². Il giudice del Consiglio di Stato, contrariamente a quanto sostenuto dal Consorzio Cineca e dal Miur, conferma la presenza all'interno della fattispecie in esame di tutti gli elementi necessari al fine di valutare la misura agevolativa dello Stato: l'impresa, l'imputabilità della misura allo Stato, il finanziamento tramite risorse statali, il conferimento di un vantaggio, la selettività della misura ed i suoi effetti sulla concorrenza e sugli scambi tra gli Stati membri. Per parlare di aiuti di Stato, occorre verificare che il vantaggio venga attribuito a soggetti qualificabili come imprese in relazione all'attività specifica economica che viene svolta in concreto e indipendentemente dal fatto che la stessa entità non persegua scopi di lucro¹³. La misura deve necessariamente essere imputata allo Stato ed il finanziamento della misura deve avvenire tramite risorse pubbliche escludendo tuttavia quando lo Stato agisce “esercitando potere di imperio” o quando gli enti pubblici agiscono in veste di pubblica autorità. Gli aiuti concessi devono conferire un vantaggio economico direttamente connesso all'onerosità del provvedimento a carico del soggetto pubblico. Tale beneficio non potrebbe

⁹ La presenza di enti privati all'interno del Consorzio, infatti, escluderebbe il requisito del “controllo analogo” all'epoca dei fatti. Il Consiglio di Stato si era già pronunciato in tal modo nella sentenza 26 maggio 2015, n. 2660.

¹⁰ Sezione II del Titolo VII del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea contenente “*Norme comuni sulla concorrenza, sulla fiscalità e sul ravvicinamento delle legislazioni*”

¹¹ Art. 3 Reg. 1407/2013 “*1. Le misure di aiuto che soddisfano le condizioni di cui al presente regolamento sono considerate misure che non rispettano tutti i criteri di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del Trattato e pertanto sono esenti dall'obbligo di notifica di cui all'art. 108, paragrafo 3 del trattato. 2. L'importo complessivo degli aiuti “de minimis” concessi da uno Stato membro ad un'impresa unica non può superare 200.000 euro nell'arco di tre esercizi finanziari*”.

¹² Ulteriori esclusioni operano in relazione a determinate attività svolte da università e organismi di ricerca così come delineato nella “Comunicazione” della Commissione il 19 luglio 2016: a) attività di formazione volta a rendere le risorse umane più ampie e meglio qualificate; b) le attività di ricerca e sviluppo svolte in maniera indipendente e finalizzate ad incrementare il sapere e migliorare la comprensione, e in particolare le attività di ricerca e sviluppo svolte in collaborazione; c) la diffusione dei risultati della ricerca.

¹³ Numerose pronunce confermano che gli enti senza scopo di lucro possono essere presenti sul mercato offrendo beni e servizi (Sentenza FFSA, in C-244/94: *un ente che, senza perseguire scopo di lucro, gestisce un regime di assicurazione per la vecchiaia destinato ad integrare un regime di base obbligatorio, istituito per legge a titolo facoltativo, e che opera, nel rispetto delle norme stabilite dalle autorità amministrative, in particolare per quanto riguarda le condizioni di adesione, i contributi e le prestazioni, secondo il principio della capitalizzazione è un'impresa ai sensi degli artt. 85 e seguenti del Trattato. Infatti, un ente del genere, anche se non persegue uno scopo di lucro e il regime da esso gestito comporta alcuni elementi ispirati al principio della solidarietà, che hanno una portata limitata e non sono paragonabili a quelli che caratterizzano i regimi previdenziali obbligatori, esercita un'attività economica in concorrenza con le società di assicurazione sulla vita*).

essere prodotto in condizioni normali di mercato, ossia in assenza di intervento dello Stato¹⁴. Il vantaggio, espresso anche in termini di raffronto tra la situazione finanziaria precedente e successiva alla misura agevolativa, può esprimersi in qualsiasi forma, anche nella compensazione di un costo derivante da un obbligo legale. Il criterio della selettività della misura è contenuto nell'art. 107 del TFUE all'interno del quale si rinviene la seguente locuzione "favorendo talune imprese o talune produzioni". Secondo il Consiglio di Stato è proprio il criterio della selettività (territoriale o materiale) che permette di distinguere le misure di politica economica da quella degli aiuti di Stato che derivano da discrezionalità pubblica anche se le scelte sono fondate su parametri oggettivi. Nel caso specifico, la misura finanziaria di euro 18.700.000, concessa con il decreto n. 335 dell'8 giugno 2015, è una misura ad hoc ed ha carattere individuale essendo lo stesso Consorzio Cineca, unico e solo destinatario.

Il Consiglio di Stato conferma la sentenza del giudice di prime cure, ritenendo legittimo il contributo di euro 11.000.000 assegnato al Cineca dal citato decreto n. 335/2015 per il finanziamento del supercalcolo. Il Consiglio di Stato ha pertanto respinto le censure incidentali mosse da Be Smart Srl: tale finanziamento non può configurarsi come aiuto di stato in quanto non sussiste il requisito dell'attività economica. L'attività del supercalcolo da parte del Cineca rientra nelle nozioni di organismo di ricerca e di infrastruttura di ricerca¹⁵ connesse indissolubilmente all'interesse pubblico, strategico per il trasferimento delle conoscenze e delle tecnologie di avanguardia essenziali per la crescita del Paese.

In merito al ruolo del giudice nazionale nella valutazione della compatibilità degli aiuti di stato, il Consiglio di Stato ritiene infondata la censura con la quale si lamenta che il giudice di prima cure si sia sostituito alla Commissione senza tener conto dell'esposto proposto da Be Smart alla stessa Commissione UE. Il Consiglio di Stato argomenta l'infondatezza sottolineando come il giudice nazionale non abbia alcuna competenza in ordine alla valutazione della compatibilità degli aiuti ma, tuttavia, i giudici nazionali sono coinvolti negli adempimenti qualora lo Stato concedente non abbia rispettato la clausola di sospensione oppure l'esecuzione delle decisioni di recupero o dato seguito alle domande di risarcimento dei danni causate da aiuti illegali. L'art. 108 del TFUE precisa infatti che la Commissione procede con gli Stati membri all'esame permanente dei regimi di aiuti esistenti seppur con ruoli essenziali ma distinti¹⁶. Nel caso specifico il giudice di prime cure non ha esorbitato dai limiti della giurisdizione esclusiva ma si è limitato a verificare la riconducibilità della misura agevolativa in contestazione nella fattispecie astratta degli aiuti di stato e che lo Stato stesso non ha rispettato gli adempimenti e le procedure finalizzate alla verifica spettante alla Commissione europea. Non è stato violato neppure il principio di leale collaborazione, in quanto ha provveduto ad ottemperare all'obbligo di salvaguardia dei diritti degli amministrati in caso di violazione della previa notifica. Il Consiglio di Stato ricorda che il giudice di prime cure ha la possibilità, e non l'obbligo, di chiedere alla Corte di Giustizia di pronunciarsi in via pregiudiziale sulla questione ai sensi dell'art.

¹⁴Sentenza Vent de Colère, in C-262/12: punto 25[...]*fondi alimentati mediante contributi obbligatori imposti dalla legislazione dello Stato membro, gestiti e ripartiti conformemente a tale legislazione possono essere considerati risorse statali, ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE, anche qualora siano amministrati da enti distinti dagli organi statali[...]*

¹⁵ Organismo di ricerca: entità (ad esempio università o istituti di ricerca, agenzie incaricate del trasferimento delle conoscenze, intermediari dell'innovazione, entità collaborative reali o virtuali orientate alla ricerca), indipendentemente dallo status giuridico (costituito secondo il diritto privato o pubblico) o fonte di finanziamento, la cui finalità principale consiste nello svolgere in maniera indipendente attività di ricerca fondamentale, di ricerca industriale o di sviluppo sperimentale o nel garantire un'ampia diffusione dei risultati di tali attività mediante l'insegnamento, la pubblicazione o il trasferimento di conoscenze). Infrastruttura di ricerca: impianti, risorse e relativi servizi utilizzati dalla comunità scientifica per compiere ricerche nei rispettivi settori (ivi compresi impianti o complessi di strumenti scientifici, risorse basate sulla conoscenza quali collezioni, archivi o informazioni scientifiche strutturate e le infrastrutture basate sulle tecnologie abilitanti dell'informazione e della comunicazione).

¹⁶ Pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea: C368/04 *Trasalpine Olleitung in Österreich*, punto 37; C-261/01 e C-262/01, *Van Calster e Cleeren* punto 74, *SFEI* e altri punto 41.

267¹⁷ del TFUE per assicurare l'uniformità dell'interpretazione del diritto dell'Unione europea negli Stati membri. Il giudice nazionale ha l'obbligo di disapplicare all'occorrenza e di sua propria iniziativa, qualsiasi disposizione nazionale contraria o su qualsiasi questione inerente l'interpretazione del Trattato¹⁸.

L'Ufficio Studi ha ritenuto per completezza e perché ha seguito costantemente le vicende di riportare la sentenza in oggetto che appare con riferimento alla natura "in house" del Cineca adesso superata dall'iscrizione nell'elenco delle società in House da parte dell'Anac in data 20 dicembre 2018 anche alla luce delle modifiche statutarie disposte dal CINECA in ottemperanza del D.L. 78/2015. Non sussistono pertanto più dubbi sulle modalità di affidamento senza gara degli ordini da parte dei vari Atenei al Cineca ricordando per completezza che non è indispensabile dotarsi per ogni gara di un CIG.

Al riguardo di detti affidamenti si evidenzia comunque la necessità del rispetto dell'art.192, comma 2 del D.lgs 50/2016 il quale stabilisce che "ai fini dell'affidamento in house di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche".

E' utile qui segnalare che il Consiglio di Stato, Sez. V, con ordinanza n. 138/2019, ha sottoposto alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea il seguente quesito interpretativo: "se il diritto dell'Unione europea (e segnatamente il principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche e il principio di sostanziale equivalenza fra le diverse modalità di affidamento e di gestione dei servizi di interesse delle amministrazioni pubbliche) osti a una normativa nazionale (come quella dell' art. 192, comma 2, del Codice dei contratti pubblici, decreto legislativo n. 50 del 2016) il quale colloca gli affidamenti in house su un piano subordinato ed eccezionale rispetto agli affidamenti tramite gara di appalto: i) consentendo tali affidamenti soltanto in caso di dimostrato fallimento del mercato rilevante, nonché ii) imponendo comunque all'amministrazione che intenda operare un affidamento in regime di delegazione interorganica di fornire una specifica motivazione circa i benefici per la collettività connessi a tale forma di affidamento".

Sull'argomento aspettiamo quindi eventuali sviluppi utili per successivi approfondimenti.

17 Art. 267 del TFUE: *La Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale: a) sull'interpretazione dei trattati; b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione.*

Quando una questione del genere è sollevata dinanzi ad un organo giurisdizionale di uno degli Stati membri, tale organo giurisdizionale può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione.

Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale organo giurisdizionale è tenuto a rivolgersi alla Corte.

Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale e riguardante una persona in stato di detenzione, la Corte statuisce il più rapidamente possibile.

18 Non sussiste l'obbligo del giudice se: a) la questione di interpretazione di norme comunitarie non è pertinente al giudizio; b) la questione è materialmente identica ad altra già decisa dalla Corte o comunque precedente risolve il punto di diritto controverso; c) la corretta applicazione del diritto comunitario può imporsi con tale evidenza da non lasciar adito a nessun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione.