Affidamento in house a Cineca: Alcune riflessioni

La recente sentenza del Consiglio di Stato (Sez VI n. 2660/2015) che ha statuito l'illegittimità dell'affidamento diretto a Cineca dei servizi informatici da parte di un ateneo ci spinge a fare alcune riflessioni sul futuro del consorzio e sui suoi rapporti con i consorziati.

Omettendo di affrontare l'argomento della configurabilità o meno di un diritto di esclusiva di Cineca, che si baserebbe sulla previsione da parte della legge 95/2012 dell'accorpamento di tre precedenti consorzi, argomento avanzato da Cineca in sede processuale e respinto dal Consiglio di Stato sulla base di una interpretazione letterale e logico-sistematica della norma, è interessante invece testare la resistenza degli argomenti utilizzati dal Consiglio di Stato per negare anche che nella specie ricorresse un caso di affidamento *in house,* alla luce della nuova normativa europea in materia di appalti (direttiva 2014/24/UE) in corso di recepimento nel nostro paese e del parere del Consiglio di Stato, sez. II, n. 298 del 30 gennaio 2015, con cui si è statuito la legittimità dell'ipotesi di affidamento *in house* a Cineca di servizi informatici relativi al sistema scolastico da parte del MIUR, con conclusioni del tutto opposte rispetto a quelle raggiunte nel nuovo pronunciamento del supremo giudice amministrativo.

La diversità delle due situazioni concrete distintamente giunte all'esame del Consiglio, fatta eccezione, come si vedrà, per il cosiddetto controllo congiunto, di per sé non ha alcun impatto sulle argomentazioni utilizzate dal Consiglio per ammettere l'una volta, e negare, pochi mesi dopo, la sussistenza dei requisiti per l'affidamento *in house* a Cineca.

In altri termini il fatto che il parere di gennaio sia stato richiesto dal MIUR relativamente ad un affidamento *in house* da parte dello stesso Ministero, mentre la sentenza di maggio riguarda l'affidamento *in house* disposto da un ateneo, non ha alcun rilievo né sulla questione della possibile presenza o meno di privati nella compagine sociale, né sullo svolgimento di attività prevalente nei confronti della amministrazioni aggiudicatrici; a ciò fa eccezione, come detto, il requisito del controllo analogo, dal particolare punto di vista della configurabilità del controllo analogo in forma congiunta in capo a ciascuno degli atenei consorziati, dal momento che nel parere di gennaio la verifica dell'esercizio di poteri di controllo analogo era riferita non ad un ateneo, ma direttamente al MIUR, e dunque Il consiglio ha messo in evidenza i "superpoteri" conferiti al MIUR dallo Statuto di Cineca, viceversa, nella sentenza di maggio il Consiglio fa discendere la mancanza del requisito del controllo analogo riferito ad un ateneo, facendo riferimento a quei medesimi poteri, che configurandosi come supposti poteri di controllo esclusivo del MIUR, escluderebbero con riferimento agli atenei la configurabilità del controllo congiunto. Sul punto specifico quindi le due pronunce potrebbero essere considerate anche come rafforzative l'una dell'altra.

Le regole deducibili dalla giurisprudenza CEG e nazionale la loro applicazione al caso di specie

I requisiti tradizionalmente ricavabili dalla giurisprudenza comunitaria e da quella nazionale per definire legittimo un affidamento in house sono:

- Controllo analogo: ovverosia il fatto che la pubblica amministrazione che affida deve esercitare sul soggetto aggiudicatario un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. Si deve trattare di una influenza determinante sugli obiettivi strategici e le scelte importanti anche se è ammessa la possibilità di un controllo in forma congiunta da parte di più amministrazioni;
- Partecipazione pubblica totalitaria;
- Il soggetto affidatario in house deve svolgere la propria attività in misura prevalente nei confronti della o delle amministrazioni pubbliche che lo controllano.

Con particolare riferimento alla situazione di Cineca e volendone in astratto misurare la rispondenza a tali requisiti (come ha fatto il Consiglio di Stato nella sentenza di maggio):

Controllo analogo in forma congiunta

Una corretta interpretazione dello Statuto di Cineca consente di affermare che è configurabile l'esercizio in forma congiunta del controllo da parte degli atenei consorziati per come esso è configurato dalla giurisprudenza della CEG.

I consorziati, infatti, sono tutti rappresentati direttamente nel Consiglio Consortile, organo che delibera le scelte più importanti del consorzio, elegge nel suo seno Presidente, Vicepresidente, Consiglio di Amministrazione e Direttore.

Dunque si può affermare che congiuntamente i consorziati esercitano tutti in misura partitaria un'influenza determinante sulle scelte del consorzio. E' vero che la configurazione di poteri di veto del MIUR su una serie importante di decisioni spettanti al Consiglio Consortile, anche alla luce dei pronunciamenti del Consiglio di Stato, appare in astratto poter incidere sulle modalità di esplicazione del controllo congiunto, ma non fino ad arrivare ad escluderlo. Intanto ai fini di affermare l'esistenza di un controllo analogo in forma congiunta, id est, della influenza determinante che ciascun consorziato esercita sia pure in forma congiunta sulle scelte dell'ente, dovrebbe valere la considerazione di fondo per cui se in seno ad un organo decisionale si conferisce una sorta di potere di veto ad uno degli enti partecipanti, questo non permette, è vero, di assumere decisioni contro la volontà di tale ente, ma, nel contempo, non consente a tale ente di assumere decisioni senza il consenso anche della maggioranza degli altri, e dunque in definitiva non consente di affermare che tali soggetti non esplicano un'influenza determinate sulle scelte importanti.

Oltre a questo si sottolinea che già oggi alcune decisioni importanti sono sottratte al potere di veto [(sulle decisioni di straordinaria amministrazione (punto g), sulla fissazione i contributi di ammissione dei nuovi consorziati e le tariffe d'uso (punto i), su qualsiasi argomento posto all'ordine del giorno dal Presidente (punto j) sulla verifica dello stato di attuazione degli obiettivi e della programmazione delle attività, con poteri di controllo, di ispezione e di accesso agli atti e alle informazioni (punto k)], e che in prospettiva si potrebbe ritenere opportuno di intervenire sull'attuale Statuto per modificare ulteriormente, diminuendole, le prerogative del MIUR nel Consiglio Consortile.

Fatta eccezione, in dubbio, per i poteri di veto del MIUR nel consiglio Consortile, le restanti prerogative attribuite al MIUR dallo Statuto di Cineca non sembrano invece impedire in alcun modo la configurabilità del controllo congiunto poiché non hanno a che vedere con la possibilità per i consorziati di esercitare congiuntamente un'influenza dominante sulle scelte importanti della vita del consorzio. Ciò vale per la presenza di un rappresentante del Miur nel Consiglio di Amministrazione (peraltro senza alcun potere di veto), tenuto conto da una parte dei poteri meramente esecutivi di questo organo e dall'altra del fatto che gli altri quattro membri sono eletti dal Consiglio Consortile nel suo seno, e vale per il potere straordinario del Miur di sciogliere in caso di gravi irregolarità o di perdita superiore al 30% per il secondo esercizio consecutivo, gli organi consortili e nominare un commissario straordinario, poiché esso si configura tipicamente come un potere di intervento in ipotesi gravemente patologiche della vita sociale, che non impedisce di affermare che sulle scelte determinanti del consorzio tutti i consorziati esercitano un controllo in forma congiunta.

Partecipazione pubblica totalitaria

Su questo specifico requisito, rafforzato internamente da una disposizione di legge, peraltro non citata dal Consiglio nella sentenza di maggio, sull'affidamento di servizi strumentali da parte delle pubbliche amministrazioni (art. 4, comma 8 del d.l. 95/2012 *"A decorrere dal 1 gennaio 2014 l'affidamento diretto può avvenire solo a favore di società a capitale interamente pubblico nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria"*), il Consiglio di Stato ha in primis basato il suo pronunciamento di maggio sostenendo che la presenza di università private consorziate è di per sé incompatibile con l'affidamento in house a Cineca.

Premesso che Cineca non si configura solo come una cosiddetta società strumentale dal momento che i sistemi informatici che essa predispone sono almeno in parte diretti anche ai cittadini e agli utenti del sistema universitario e della ricerca e che, pertanto, secondo questa interpretazione, essa potrebbe sottarsi all'operatività di quanto ad oggi disposto dal DL 95/2012, per superare le obiezioni del Consiglio di Stato in materia di partecipazione delle università private, o si sostiene l'argomento di considerare le università private come equiparate a quelle pubbliche anche a questi fini, come altre volte è stato fatto dal legislatore e dalla giurisprudenza oppure si deve di necessità ricorrere, come ha fatto il Consiglio di stato nel parere di gennaio 2015, alla normativa contenuta nella nuova direttiva. Tale normativa, infatti, sul punto innova rispetto alla giurisprudenza consolidata ammettendo come si vedrà la presenza di privati a determinate condizioni, anche se c'è chi legge le norme in questione come delle specificazioni dei principi espressi nelle sentenze e non contrastanti con esse[1].

[1] ITACA (ISTITUTO PER L'INNOVAZIONE E TRASPARENZA DEGLI APPALTI E LA COMPATIBILITA' AMBIENTALE) DOCUMENTO DI ANALISI DELLA DIRETTIVA 2014/24/UE IN MATERIA DI APPALTI PUBBLICI, 19 febbraio 2015, pg. 26

Attività prevalente svolta nei confronti delle amministrazioni aggiudicatrici consorziate.

Per quanto concerne tale requisito, se è vero quanto dichiarato da CINECA e asseverato dal Consiglio di Stato nel parere di gennaio 2015 cioè che il Consorzio già ad oggi svolge il 90% delle attività fatturate in favore dei consorziati, il requisito dell'attività prevalente svolta nei confronti delle amministrazioni aggiudicatrici sarebbe rispettato, al netto della necessità di verificare che nel fatturato venga considerato anche quello prodotto dalle società controllate da Cineca.

In presenza di una tale percentuale, anche in assenza della nuova direttiva che prevede come limite minimo l'80%, proprio al fine di evitare diverse interpretazioni tra stati e stato sul concetti di prevalenza, è difficile sostenere in maniera apodittica, come il Consiglio di Stato ha sostenuto nella sentenza di maggio, che il consorzio svolga una parte rilevante della propria attività a favore di soggetti non consorziati, pubblici e privati, sia in Italia che all'estero e che lo svolgimento di attività imprenditoriale verso l'esterno attribuisca al Cineca una vocazione commerciale che impedisce di considerarlo alla stregua di un soggetto *in house*, ovvero di un mero organo delle Amministrazioni consorziate. O meglio, si potrà considerare forse che il 10% sia una parte rilevante, ma ciò non basta ad escludere la netta prevalenza delle attività svolte nei confronti dei consorziati.

Le condizioni dell'art. 12 della Direttiva 2014/24/UE per l'in house verticale e l'applicazione al caso di Cineca

Dopo aver confrontato la situazione di Cineca con le regole, consolidatesi prima della direttiva 2014/24/UE, regole che hanno costituito il solo parametro di giudizio per il Consiglio di Stato nella sentenza di maggio dal momento che lo stesso ha negato l'applicabilità delle nuove norme recate dalla direttiva in pendenza del termine per il recepimento, è interessante confrontare la stessa situazione con il quadro che risulta dalla Direttiva, sia perché questo quadro è destinato ad essere recepito a breve anche nel nostro ordinamento interno (sia pure con delle importanti distinzioni circa la discrezionalità degli stati membri di recepire determinati istituti esattamente come configurati dalla direttiva o di prevedere viceversa dei termini più stretti), sia perché è all'applicazione di principi di questa direttiva, ritenuti *self-executing,* che il Consiglio di Stato si è basato nel parere reso al Miur nel gennaio 2015.

Controllo analogo

Paragrafo 1, lett. a) art. 12: L'ente aggiudicatore deve esercitare sul soggetto aggiudicatario un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

Si deve trattare di una influenza determinante sugli obiettivi strategici e le scelte importanti (considerando 32).

Al paragrafo 3, sub i), ii) e iii) dell'art. 12 sono specificate le condizioni del controllo congiunto in particolare (i) gli organi decisionali della controllata devono essere composti da tutti i rappresentanti delle amministrazioni partecipanti anche mediante un rappresentante comune, (ii) le partecipanti devono poter esercitare una influenza determinante e (iii) non deve esserci conflitto di interessi tra controllata e controllanti.

Su questo requisito, la Direttiva innova poco rispetto alla giurisprudenza CEG; la direttiva specifica meglio che cosa si debba intendere per controllo analogo e quali sono le condizioni per poter parlare di controllo congiunto da parte di più amministrazioni. Alla luce di tali specificazioni restano valide e anzi risultano rafforzate le considerazioni già espresse sul punto della compatibilità dell'attuale assetto statuario con la configurazione di tale potere congiunto tanto più ove si considerasse l'opportunità di riformare lo statuto in senso restrittivo delle prerogative del MIUR in seno al Consiglio Consortile.

Controllo analogo: partecipazione pubblica totalitaria.

Paragrafo 1, lett. c) art. 12: La regola è che il soggetto affidatario deve essere partecipato da soggetti pubblici in modo totalitario 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. La partecipazione può avvenire anche per interposto soggetto pubblico a sua volta controllato dall'amministrazione aggiudicatrice (holding) e l'affidamento in house può essere bidirezionale (paragrafo 2, art. 12), effettuato anche da parte della società partecipata nei confronti della società pubblica controllante.

Il Considerando 32 nel disciplinare il regime delle eccezioni ammette la partecipazione dei privati nella società affidataria alle seguenti condizioni: 1) i privati non devono avere controllo o potere di veto; 2) i privati non devono avere una influenza determinante sulla persona giuridica controllata; 3) la presenza dei privati deve essere prescritta da disposizioni legislative nazionali.

E' evidente che alla luce della nuova direttiva la partecipazione delle università private, anche laddove se ne escludesse l'equiparazione a quelle pubbliche nel caso specifico, potrebbe, in ipotesi, essere consentita senza pregiudicare la possibilità di affidamento *in house* per le consorziate pubbliche, purché si rispettino le condizioni contenute nel Considerando 32.

Secondo la Sezione Sesta del Consiglio di Stato, come dalla stessa chiarito nel parere di gennaio, nel quale il Consiglio ha affermato l'applicabilità della direttiva anche in pendenza del termine per il recepimento, oltre a soddisfare i requisiti già visti del controllo analogo e dell'attività prevalente da svolgere a favore delle amministrazioni consorziate, nella specie non può ammettersi che il Consorzio possa mai risultare, per qualsiasi evenienza, controllato da capitale privato, tanto meno in posizione di influenza dominante ai sensi dell'art. 2359 cc., essendo ciò viceversa radicalmente escluso dallo stesso assetto consortile, che vede il Consorzio stabilmente partecipato al 98% da pubbliche amministrazioni, e soltanto in minima parte da persone giuridiche private, che oltretutto non hanno certamente potere di veto o di condizionamento alcuno, ma che svolgono a loro volta un pubblico servizio nel settore dell'istruzione superiore e/o della ricerca scientifica; prosegue il Consiglio affermando che la possibilità di partecipare a società di capitali o ad altri consorzi o di affidare a terzi l'esercizio di parte delle attività di competenza, è certamente ispirata dal lodevole intento di attuare sinergie quanto mai opportune nelle attività istituzionali del Consorzio, e non appare in alcun modo idonea ad alterare il carattere pubblicistico delle attività consortili, che oltretutto si realizzano dichiaratamente "senza fini di lucro" (art.1, comma 3° dello Statuto).

Attività prevalente

Paragrafo 1, lett. b) art. 12: il soggetto affidatario deve svolgere l'attività prevalente nei confronti del soggetto aggiudicatore nella misura dell'80% (considerando 32).

La direttiva in questo caso si limita, allo scopo di evitare rilevanti difformità tar stato e stato nella misura della prevalenza, a fissare una percentuale minima di attività da svolgersi in favore delle amministrazioni consorziate perché si possa configurare la possibilità di un affidamento in house.

Se è vero che, come affermato da parte del Miur in sede di richiesta di parere al Consiglio di Stato il consorzio Cineca svolge il 90% delle sue attività nei confronti della consorziate, la nuova Direttiva vale solo a rafforzare la considerazione per cui la parte di attività svolta sul mercato (in ipotesi il 10%) non si può ritenere inficiante il requisito dello svolgimento di attività prevalentemente nei confronti della consorziate.

Facoltà per gli stati di rendere più severe le condizioni di ammissibilità dell'in house in fase di recepimento della Direttiva

Si affronta l'argomento perché esso ha giocato un ruolo importante nelle considerazioni con le quali il Consiglio di Stato nella sentenza di maggio, ha negato efficacia *self-executing* alle nuove norme in pendenza del termine per il recepimento.

Come si è visto la Direttiva recepisce (salvo le due eccezioni dell'indicazione quantitativa dell'attività prevalente (80%) e dell'ammissibilità della presenza dei privati nell'ente affidatario) i principi espressi dalla CEG; le due eccezioni alla CEG appena menzionate possono essere considerate delle specificazioni dei principi espressi nelle sentenze e non contrastanti con esse. Specificazioni quantitative nel caso dell'individuazione percentuale minima (80%) di attività prevalente nei confronti dell'ente controllante e specificazione qualitative nel secondo caso: i privati sono ammessi nella società affidataria a patto che non esercitino alcun potere, sancendo di fatto una equivalenza tra presenza di privati senza potere e divieto della presenza dei privati.

Le specificazioni, in entrambi i casi, hanno lo scopo di sottrarre all'incertezza interpretativa e, poi, applicativa che si è generata nei diversi Stati membri su quali siano le condizioni di uso dell'in house.

Con riguardo proprio alla possibile partecipazione dei privati all'interno delle società affidatarie - ammessa a patto che non possano esercitare alcun potere condizionante - è la stessa Direttiva che prevede una garanzia a favore degli

stessi Stati. Infatti, l'eccezione della presenza dei privati nell'ente affidatario è consentita solo se è prevista dal legislatore nazionale. Dunque, in buona sostanza è la stessa Direttiva che, pur non rendendo il recepimento facoltativo, lo subordina alla circostanza che il legislatore nazionale l'abbia prescritto in una sua legge (considerando 32).

Per le società c.d. strumentali, quelle che svolgono prestazioni a favore delle pubbliche amministrazioni, ai sensi dell'art. 4, comma 8 del d.l. 95/2012 "A decorrere dal 1 gennaio 2014 l'affidamento diretto può avvenire solo a favore di società a capitale interamente pubblico nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria".

La simulazione di un recepimento ad oggi della Direttiva non modificherebbe l'obbligo per tutte le società strumentali di non costituirsi con partner privati, proprio per l'esistenza di una previsione legislativa espressa ove questa non venga abrogata.

Per le società, affidatarie in house, che gestiscono anche servizi che soddisfano direttamente l'utenza, non vi sono ad oggi limitazioni normative interne al recepimento della Direttiva sul tema della presenza dei privati, naturalmente senza poteri di influenza sulla società a cui appartengono.

La prescrizione della percentuale minima (80%) dell'attività prevalente nei confronti della società affidataria non potrà essere abbassata in sede di recepimento, costituendo un limite incomprimibile apprezzato dal legislatore comunitario come minimo sufficiente per giustificare l'effettivo legame inter organico tra ente affidante ed affidatario.

Prospettive future

Partecipazione dei privati

Sulla composizione della compagine sociale di Cineca, al netto della questione se sia possibile affermare che le università private debbano essere equiparate a quelle pubbliche ai fini specifici della partecipazione ad un soggetto destinatario di affidamenti in house, come ad altri fini è stato più volte fatto dalla giurisprudenza e anche dal legislatore (questione che merita un approfondimento specifico anche alla luce dei particolari servizi offerti da Cineca, della provenienza dei finanziamenti delle attività del Consorzio, della funzione istituzionale del Consorzio di accentrare e funzionalizzare determinati applicativi in modo specifico per il sistema universitario e della ricerca, in genere in stretta connessione con le leggi e le norme che le disciplinano e con i rapporti intercorrenti tra sistema universitario e MIUR), nel caso si intenda uniformarsi *tout court* alla regola che prevede la partecipazione pubblica totalitaria, i soggetti privati dovrebbero uscire dalla compagine sociale e continuare a fruire dei servizi offerti acquistandoli da Cineca sul mercato; se si vogliono mantenere i soggetti privati nella compagine sociale e salvaguardare, con un ragionevole margine di sicurezza rispetto a future pronunce giurisdizionali, le condizioni che consentono l'affidamento in house, i privati consorziati non devono avere controllo o potere di veto, non devono avere una influenza determinante sulla persona giuridica controllata e la loro presenza deve essere prescritta da disposizioni legislative nazionali.

Ragionando *a contrario* rispetto al concetto di influenza determinante esercitata congiuntamente dai consorziati pubblici, si dovrebbe quindi prevedere che i rappresentanti dei privati abbiano poteri minori rispetto a quelli riconosciuti ai rappresentati dei consorziati pubblici, ovvero che non siano presenti con loro rappresentanti nel Consiglio Consortile (ma in tal caso, posto che Cineca non è una società che realizza utili distribuibili, non si vede perché dovrebbero partecipare al capitale e alla compagine sociale), oppure che abbiano poteri minori in seno a tale organo rispetto agli altri consorziati (per esempio abbiano un solo rappresentante comune nel consiglio consortile, oppure abbiano potere di voto solo su alcune delibere).

Attività prevalente

Cineca deve rispettare il limite dell'80% almeno di attività svolta nei confronti delle amministrazioni aggiudicanti; il restante 20% delle attività può essere svolto sul mercato direttamente o tramite controllate.

In tal senso, se è vero quanto dichiarato da CINECA e asseverato dal Consiglio di Stato nel parere di gennaio 2015, il consorzio già ad oggi svolge il 90% delle attività fatturate in favore dei consorziati, dunque il requisito dell'attività prevalente svolta nei confronti delle amministrazioni aggiudicatrici sarebbe rispettato, al netto della necessità di verificare che nel fatturato venga considerato anche quello prodotto dalle società controllate da Cineca.

Poteri dei consorziati e configurabilità del controllo congiunto

Al fine di garantire il rispetto dei principi sul controllo analogo congiunto stabiliti dalla giurisprudenza europea e nazionale, sia pure nella versione accolta nella nuova Direttiva e ulteriormente consolidare l'affermazione per cui i consorziati esercitano congiuntamente un'influenza dominante sulle scelte dell'ente, nel che, in sintesi, si concretizza la cosiddetta influenza dominante, sembrerebbe opportuno introdurre delle modifiche statuarie con riguardo ai poteri e alle prerogative affidate al MIUR in seno al Consiglio Consortile.

Consiglio Consortile

Lo Statuto di Cineca già sancisce un pari potere di tutti i consorziati sulle decisioni di straordinaria amministrazione (punto g), sulla fissazione i contributi di ammissione dei nuovi consorziati e le tariffe d'uso (punto i), su qualsiasi argomento posto all'ordine del giorno dal Presidente (punto j) sulla verifica dello stato di attuazione degli obiettivi e della programmazione delle attività, con poteri di controllo, di ispezione e di accesso agli atti e alle informazioni (punto k).

Si potrebbe, ad esempio, eliminare il potere di veto del MIUR sulle seguenti decisioni del consiglio consortile:

a) elezione del Presidente e del Vice Presidente

e) approvazione, su proposta del Consiglio di Amministrazione, dei bilanci del Consorzio con le annesse relazioni;

f) stabilisce, valuta ed approva annualmente la programmazione delle attività

richieste al Consorzio dagli Enti consorziati e gli altri incarichi demandati al

Consorzio stesso;

h) approva i regolamenti di attuazione dello Statutoe di funzionamento degli organi

e dei servizi;

l) delibera sulle richieste di adesione al Consorzio a maggioranza di due terzi dei

membri componenti, ivi compreso il rappresentante del MIUR.

Potrebbe essere opportuno altresì valutare se modificare in tal senso anche l'art. 18 dello Statuto, sulle modifiche statutarie, nella parte in cui prevede che sia necessario il consenso del rappresentate del Miur nel Consiglio Consortile.[2]

Consiglio di Amministrazione

Tenuto conto dei poteri, prettamente esecutivi e limitati all'ordinaria amministrazione, del Consiglio di Amministrazione e di quanto previsto dalla normativa europea in merito alla possibilità che le amministrazioni siano rappresentate negli organi decisionali della controllata anche mediante un rappresentante comune, l'attuale composizione del Consiglio di Amministrazione, che vede la presenza di due rappresentati del consiglio consortile, oltre al Presidente e al Vicepresidente, eletti in seno al Consiglio Consortile, appare compatibile con il requisito del controllo analogo esercitato in forma congiunta; a ciò non osta la presenza di un rappresentante del MIUR nel Consiglio di Amministrazione, peraltro con poteri analoghi a quelli degli altri consiglieri, tanto più se viene meno il potere di veto del MIUR sull'elezione del presidente e del vicepresidente, che sono anche componenti del Consiglio di Amministrazione

Altre prerogative

Pare già oggi pienamente compatibile con la nuova normativa e con la giurisprudenza in materia di affidamento in house, nello specifico con i principi in materia di controllo analogo in forma congiunta, la previsione che uno dei componenti del Collegio dei revisori debba essere scelto tra i dirigenti del MIUR perché ciò non ha alcun impatto sulle scelte determinanti dell'ente.

---

[2] In tal senso è necessario argomentare sul superamento nel nuovo assetto del sistema universitario di quanto stabilito dall'art. 61 comma 3 del RD 1592/1933 in merito allo Statuto.

Per quanto riguarda il potere del Miur, pervia informazione ai consorziati, di scioglimento degli organi consortili e nomina di un commissario straordinario in caso di gravi irregolarità o di perdita superiore al 30% per il secondo esercizio consecutivo esso si configura tipicamente come un potere di intervento in ipotesi gravemente patologiche della vita sociale che evidentemente non rende meno vera l'affermazione per cui i consorziati esercitano congiuntamente un'influenza dominante sulle scelte importanti del consorzio.

La situazione degli affidamenti a Cineca nel periodo transitorio

L'interruzione dei rapporti con il Consorzio può comportare, in assenza di alternative "pronte" sul mercato e in linea con i dettami ministeriali, gravi disfunzioni nell'erogazione dei servizi a supporto delle funzioni istituzionali degli Atenei.

D'altra parte ogni ateneo, in questo periodo transitorio, nelle more delle attività di recepimento anche ministeriali delle indicazioni della giurisprudenza e in attesa del recepimento della normativa europea, può evidenziare nelle procedure di conferma o di attribuzione di nuovi affidamenti che comunque possano configurarsi come un'integrazione degli affidamenti in essere, i vantaggi che ne conseguono attraverso l'affidamento a Cineca e in particolare considerando come l'avanzamento tecnologico rende velocemente obsoleti i software e non permette al Cineca di dormire sugli allori di un'eventuale posizione di dominio. Se si guardano i vantaggi possiamo enuclearne alcuni:

-il CAD favorisce l'idea di software riutilizzato e condiviso, non si può pensare di rilasciare le sorgenti in maniera open source e di richiedere il pagamento di hosting e manutenzione. Tutto questo favorendo l'interoperabilità con altri applicativi.

-Il servizio di conservazione sostitutiva comprato da terzi costa tanto. Cineca si sta accreditando come conservatore a norma. La conservazione sostitutiva rappresenta il futuro di tutti i documenti delle università.

-Il fatto che il Cineca abbia la più grande e affidabile server farm di Italia. Non esistono aziende che sviluppano software e che hanno una server farm di quelle dimensioni. L'acquisto di software Cineca in hosting può considerarsi unico.

-il sistema di ticketing incluso nei canoni: il fatto che il software viene aggiornato di pari passo con la normativa, le richieste di supporto finiscono per fornire consulenze professionali e impediscono agli enti di sbagliare per esempio dal punto di vista fiscale.

-tutto il software aggiornato con la normativa vigente, si veda la dichiarazione unica (csa è stato aggiornato appena l'agenzia delle entrate ha presentato il software di validazione), split payment, fattura elettronica, etc.

-la formazione che ad esempio quest'anno Cineca ha fornito gratuitamente ai consorziati (certificazione unica, nuovo 770)

-piano di backup disaster recovery per i sistemi in hosting (interventi di recovery super efficaci)

-risparmio sulla spesa pubblica ed economie di scala