

**APPALTI – SOCIETÀ *IN HOUSE* : Consiglio Stato, Sezione Settima, Sentenza 2 novembre 2023, n. 9452.**

- 1. -Società *in house* -Iscrizione nell'apposito elenco ANAC -Natura ed effetti: individuazione -Immediata lesività -Insussistenza.**
- 2. –Ricorso giurisdizionale -Impugnazione dell'iscrizione nell'elenco *in house* dell'ANAC congiuntamente al provvedimento di affidamento *in house* -Competenza territoriale del TAR Principio di prossimità –Applicazione.**
- 3. -Società *in house* -Requisito del controllo analogo congiunto -Presupposti: patti parasociali, comitati o soggetti terzi esterni al soggetto *in house* -Necessità -Insussistenza -Ragioni.**
- 4. -Società *in house* -Nozione di controllo analogo -Declinazione sostanzialistica -Necessità.**
- 5. -Società *in house* -Nozione di controllo congiunto -Necessità di controllo paritario - Insussistenza.**
- 6. -Società *in house* -Nozione di controllo congiunto -Criterio sintetico e non atomistico - Controllo esercitato dagli enti partecipanti nella loro totalità -Sufficienza.**
- 7. -Società *in house* -Controllo analogo congiunto anche se con partecipazione minoritaria - Elementi sintomatici -Individuazione.**
- 8. -Società *in house* -Controllo analogo congiunto in caso di c.d. *in house* frazionato (o “pluripartecipato” o “pulscolare”) -Condizioni -Individuazione.**
- 9. -Ricorso giurisdizionale -Motivi di gravame -Ordine esame dei motivi -Rituale ed effettiva subordinazione dei motivi -Necessità.**
- 10. -Società *in house* -Affidamento -Istruttoria -Valutazione convenienza economica -Necessità -Criteri -Individuazione.**
- 11. -Internalizzazione con lo strumento dell'*in house providing* -Onere motivazionale “rafforzato” -Sussistenza -Criteri -Individuazione.**
- 12. -Internalizzazione con lo strumento dell'*in house providing* -Obbligo di redigere la relazione -Sussistenza -Contenuti -Individuazione.**
- 13. -Internalizzazione con lo strumento dell'*in house providing* -Confronto anche economico con analoghi servizi offerti da altri operatori -Necessità -Ragioni**
- 13. -Internalizzazione con lo strumento dell'*in house providing* -Annullamento in sede giurisdizionale per difetto di istruttoria e motivazione -Effetti conformativi dell'annullamento -Individuazione.**

1. La delibera di iscrizione, da parte dell'ANAC, nell'elenco *in house* non ha natura provvedimento, essendo priva di lesività propria ed autonoma, e che la sua incidenza sul caso di specie può essere valutata solo in relazione alla capacità di integrare la motivazione del singolo affidamento diretto. In altri termini, tale delibera, «*costituisce nella fattispecie concreta un atto 'presupposto' dell'unico provvedimento dal quale 'deriva l'interesse a ricorrere', cioè quello di affidamento del servizio in favore del Consorzio, da considerarsi l'unico atto realmente lesivo dell'interesse della ricorrente*».

Del resto, l'attuale formulazione della norma non subordina più l'affidamento *in house* al previo perfezionamento della procedura di iscrizione, ma pretende solo la presentazione della relativa domanda, la quale, di per sé, “*consente alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori, sotto la propria responsabilità, di effettuare affidamenti diretti all'ente strumentale*”.

L'evidenziata natura “*dichiarativa*” vale, allora, ad escluderne la valenza provvedimento, posto che l'effetto abilitativo è correlato *recta via* alla sussistenza dei requisiti di legge, sia pure con la

mediazione dell'obbligo, di natura meramente strumentale, di formalizzazione della “domanda” di iscrizione.

Pertanto, l'iscrizione, da parte dell'ANAC, nell'elenco *in house* non ha efficacia costitutiva e non ha valenza provvedimentoale.

**2.** La competenza deve essere del resto radicata sulla base dell'interesse sostanziale in concreto azionato dalla ricorrente (in questo caso, quello ad ottenere l'annullamento dell'affidamento *in house*, attribuito funzionalmente peraltro alla competenza del Tribunale periferico), secondo un più generale principio di prossimità che, come ha chiarito l'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, costituisce corollario del principio di difesa di cui all'art. 24 Cost., e secondo una logica di decentramento della giurisdizione amministrativa, che è accolto dal legislatore costituzionale all'art. 125 Cost. (Cons. St., Ad. plen., 13 luglio 2021, ord. n. 13).

**3.** Né nella giurisprudenza eurounitaria (nella sentenza *Teckal* del 1999 in C-107/98) tra tutte), né nella normativa derivata è in alcun caso prescritto quale elemento indefettibile per l'esercizio del controllo analogo congiunto lo strumento del “regolamento del controllo” ovvero l'indispensabilità dei patti parasociali ovvero, ancora, la presenza indefettibile di comitati o soggetti terzi esterni al soggetto *in house* che eterodirigano gli organi.

L'*in house* – tolti i cardini di cui all'art. 5 del d. lgs. n. 50 del 2016 – non è un rapporto che si fonda su requisiti legali ma su condizioni di fatto riscontrabili in concreto su una dimensione fattuale.

L'analisi per l'accertamento dei requisiti *in house* in capo ad un soggetto, infatti, come ha osservato anche questo Consiglio di Stato nel parere della Commissione speciale, 1° febbraio 2017, n. 282, deve essere svolta in concreto, in capo al singolo soggetto e tenendo conto delle specificità e delle geometrie ormai variabili che assumono i soggetti che si legano alle Amministrazioni sulla base di tale rapporto.

**4.** Nel caso della verifica in concreto di tale requisito sia il legislatore che gli organi amministrativi e giurisdizionali a tal fine deputati hanno accolto una declinazione sostanzialistica della nozione di controllo analogo, richiedendo, ai fini della concreta configurabilità del requisito, che le amministrazioni partecipanti siano in grado di esercitare sul soggetto affidatario un controllo di carattere sostanziale tale da assicurarle la possibilità di eterodirigerlo.

**5.** Si deve, inoltre, evidenziare che il controllo congiunto, per giurisprudenza costante, non deve essere considerato quale controllo paritario, ma è sufficiente che vi siano nello Statuto strumenti idonei ad assicurare che ciascuna pubblica amministrazione controllante, assieme alle altre, sia in grado di controllare l'attività del soggetto controllato. In sostanza, è necessario che ciascuno degli enti pubblici affidanti abbia di per sé la possibilità di influire, in maggiore o minore misura, sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni rilevanti del soggetto strumentale (possibilità del resto assicurata dalle dinamiche di funzionamento degli organi consortili).

**6.** I poteri dei soggetti pubblici che partecipano (nel caso i consorziati) debbono infatti essere verificati secondo un criterio sintetico e non atomistico, sicché a tal fine è sufficiente che il controllo della mano pubblica sull'ente affidatario, purché effettivo e reale, sia esercitato dagli enti partecipanti nella loro totalità, senza che necessiti una verifica della posizione di ogni singolo ente (v., in particolare, Cons. St., sez. V, 10 settembre 2014, n. 4599, secondo cui «*(i)n ordine alla sussistenza del requisito del “controllo analogo”, va rilevato che, secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, tale requisito deve intendersi sussistente anche se svolto non individualmente, ma congiuntamente dagli enti associati, deliberando se del caso anche a maggioranza, ma a condizione che il controllo sia effettivo, dovendo tale requisito essere verificato secondo un criterio sintetico e non atomistico, sicché è sufficiente che il controllo della mano pubblica sull'ente affidatario, purché effettivo e reale, sia esercitato dagli enti partecipanti nella loro totalità, senza che necessiti una verifica della posizione di ogni singolo ente; occorre, in particolare, verificare che il consiglio di amministrazione del soggetto affidatario in house non abbia rilevanti poteri gestionali e che l'ente pubblico affidante (rispettivamente la totalità dei soci pubblici) eserciti(no), pur se con moduli su*

*base statutaria, concreti ed effettivi poteri di ingerenza e di condizionamento, sicché risulta indispensabile che le decisioni più importanti siano sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante o, in caso di in house frazionato, della totalità degli enti pubblici soci (Cons. St., sez. V, 8 marzo 2011, n. 1447; 24 settembre 2010, n. 7092; 29 dicembre 2009, n. 8970)»).*

**7.** La giurisprudenza ha individuato degli elementi sintomatici dell'effettività del controllo analogo congiunto anche se con partecipazione minoritaria.

Gli indici sintomatici utilizzati in tal senso dalla giurisprudenza sono – per il profilo qui in esame – i seguenti:

a) che l'attività della società affidataria si svolga tramite organi statuari composti da rappresentanti degli enti soci;

b) che gli enti soci esercitino un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di detta società.

**8.** Dall'esame delle norme statuarie e del concreto, fattuale, funzionamento dell'organismo *in house* si deve concludere insomma che nel caso di specie, a differenza di quanto ha ritenuto il primo giudice sulla base di un'analisi pregevole, ma soltanto astratta dell'istituto dell'*in house* sotto il profilo del controllo analogo congiunto, che sono soddisfatte – per il profilo qui in esame – tutte le condizioni previste dall'art. 5 del d. lgs. n. 50 del 2016 e precisate dalla giurisprudenza (v., per tutte, Cons. St., sez. VI, 29 ottobre 2021, n. 7272, con riferimento al CISIA) in caso di c.d. *in house* frazionato (o “pluripartecipato” o “pulviscolare”) e cioè:

a) gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti;

b) tali amministrazioni aggiudicatrici sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della persona giuridica controllata;

c) la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori controllanti.

**9.** Ai fini della rituale ed effettiva subordinazione dei motivi (ovvero delle domande di annullamento) è necessario che questa sia espressa e non desumibile implicitamente dalla semplice enumerazione delle censure o dal mero ordine di prospettazione delle stesse (cfr. da ultimo Cons. St., sez. V, 8 aprile 2014, n. 1662; Cons. giust. amm., 7 marzo 2014, n. 98; Cons. St., sez. III, 24 maggio 2013, n. 2837).

**10.** La congruità dell'attività istruttoria posta in essere dall'Amministrazione deve essere valutata caso per caso, non potendo escludersi la legittimità di un *modus procedendi* che non si traduca nell'effettuazione di specifiche indagini di mercato e/o di tipo comparativo, laddove sussistano plausibili, dimostrabili e motivate ragioni, insite nell'affidamento del servizio all'organismo *in house*, per ritenere che l'affidamento mediante gara non garantisca (non, quantomeno, nella stessa misura di quello diretto) il raggiungimento degli obiettivi prefissati (Cons. St., sez. III, 12 marzo 2021, n. 2102).

Anche le Linee Guida ANAC in tema di *in house* in punto di convenienza economica, del resto, non impongono affatto un raffronto tra offerte tipico della gara pubblica, consentendo alla pubblica amministrazione di procedere ad un'autonoma ricerca basata anche sui prezzi delle convenzioni Consip, sui prezzi ufficiali, sui prezzi medi risultanti da gare bandite da pubbliche amministrazioni “confinanti” per l'affidamento di servizi identici o analoghi.

**11.** Si deve qui rammentare che la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (v., *ex plurimis*, Cons. St., sez. V, 6 maggio 2022, n. 3562), nel ribadire l'onere motivazionale “rafforzato” allorché la pubblica amministrazione ricorra alla strada dell'internalizzazione con lo strumento dell'*in house providing*, è stata sempre univoca nel richiedere:

- per un verso, una valutazione di convenienza della scelta di internalizzazione che tenga conto di tutti i parametri individuati dall'art. 192, comma 2, del d. lgs. n. 50 del 2016 (qui applicabile *ratione temporis*), di modo che ciascuno di essi deve sussistere per supportare l'affidamento *in house*, compreso quello di economicità della gestione, poiché è imposto all'amministrazione di dare conto, attraverso una valutazione complessa ed articolata, quali elementi fondanti la decisione di ricorrere all'*in house providing*, di una serie di parametri afferenti alla qualità del servizio (quali i benefici per la collettività della forma di gestione prescelta in termini di "*universalità e socialità*" del servizio nonché di "*efficienza*" e di "*qualità*" del servizio, oltreché di "*ottimale impiego delle risorse pubbliche*"), esulanti dall'economicità del medesimo in senso stretto, ma che, una volta esternati, concorrono a sostenere, sotto il profilo motivazionale, il provvedimento di affidamento, nel loro complesso e non in via autonoma e separata l'uno dall'altro;

- per altro verso, il giudizio di convenienza economica, riferito all'offerta, così come in concreto formulata dalla società partecipata, con specifico riferimento all'affidamento di che trattasi (cfr. Cons. St., sez. III, 27 agosto 2021, n. 6062, in specie laddove si osserva che «*deve dubitarsi che il profilo della economicità della scelta di internalizzazione costituisca solo un tassello della valutazione complessiva di convenienza di tale opzione organizzativa, la cui contestazione, pur se per ipotesi fondata, lascerebbe intatto il suo supporto giustificativo, affidato con carattere di asserita autosufficienza agli altri parametri presi in considerazione dalla predetta disposizione: infatti, anche laddove si ritenga che i suddetti parametri abbiano carattere equiordinato, assumendo pari dignità nell'ambito del percorso motivazionale atto a giustificare la soluzione organizzativa de qua, deve ritenersi che ciascuno di essi debba parimenti sussistere al fine di legittimarne l'adozione, con la conseguenza, processualmente rilevante, che, accertata l'inesistenza (o errata valutazione) di uno di essi, con particolare riguardo a quello inerente alla economicità della gestione in house, debba automaticamente cadere la scelta complessiva*»).

**12.** La prevalente giurisprudenza amministrativa, la quale ha avuto modo di evidenziare:

- che l'obbligo di redigere la relazione discende da disposizioni particolarmente stringenti, già presenti nell'ordinamento, e da ultimo ribadite dall'art. 192, comma 2, del d. lgs. n. 50 del 2016 applicabile *ratione temporis* (cfr. Cons. St., sez. V, 8 aprile 2019, n. 2275, nella cui motivazione si sottolinea come l'amministrazione sia chiamata ad effettuare una scelta per l'individuazione della migliore modalità di gestione del servizio rispetto al contesto territoriale di riferimento e sulla base dei principi indicati dalla legge, esercitando i propri poteri discrezionali al fine di tutelare l'interesse generale al perseguimento degli «*obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e qualità del servizio*», ma con valutazioni che «*riguardando l'organizzazione del servizio e la praticabilità di scelte alternative da parte del Comune, devono essere svolte in concreto, con un'analisi effettuata caso per caso e nel complesso*»;

- che i sopra menzionati artt. 34, comma 20, del d.l. n. 179 del 2012, e 192, comma 2, del d. lgs. n. 50 del 2016 - conformi al diritto dell'Unione europea, come accertato dalla Corte di giustizia UE nell'ordinanza del 6 febbraio 2020, in C-89/19 e in C-91/19 (*Rieco s.p.a.*) -pongono alle amministrazioni un onere di istruttoria e motivazione "rafforzati" per l'*in house providing* (cfr. Cons. St., sez. V, 23 febbraio 2021, n. 1596);

- che, in particolare, con specifico riferimento alla prospettiva economica, si richiede all'amministrazione di valutare la convenienza dell'affidamento del servizio secondo lo schema dell'*in house* rispetto all'alternativa costituita dal ricorso al mercato, attraverso una comparazione tra dati da svolgersi mettendo a confronto operatori privati operanti nel medesimo territorio, al fine di dimostrare che quello fornito dalla società *in house* è il servizio più economicamente conveniente ed in grado di garantire la migliore qualità ed efficienza (cfr. Cons. St., sez. V, 16 novembre 2018, n. 6456, secondo cui «*è onere dell'autorità amministrativa affidante quello di rendere comunque comparabili i dati su cui il confronto viene svolto*», con necessaria allegazione di "dati di dettaglio", richiamato da Cons. St., sez. IV, 15 luglio 2021, n. 5351, cui si rinvia anche per i profili di compatibilità costituzionale della disciplina dettata dal d. lgs. n. 50 del 2016).

**13.** Vi è la necessità di istituire un necessario confronto anche economico con analoghi servizi offerti da altri operatori, laddove rinvenibili sul mercato, prima di giungere in modo aprioristico ed apodittico alla necessità che la soluzione dell'*in house* sia necessitata, soluzione che deve essere, appunto, la conclusione e non certo la premessa – più o meno convincentemente argomentata – dell'analisi motivata da svolgersi nella relazione di cui all'art. 192, comma 2, del d. lgs. n. 50 del 2016.

Diversamente argomentando si finirebbe per legittimare l'affidamento *in house* a CINECA anche a prezzi superiori a quelli di mercato con possibili conseguenze sulla valutazione in corso da parte della Commissione europea sulla questione se i pagamenti corrisposti dalle università italiane al Cineca per i servizi informatici costituiscono aiuti di Stato.

**14.** Ne segue che la sentenza impugnata, per le ragioni specifiche sin qui enunciate, merita senz'altro conferma laddove ha ravvisato la violazione dell'art. 192, comma 2, del d. lgs. n. 50 del 2016 nella valutazione svolta dall'Università appellante, con il conseguente obbligo conformativo, per quest'ultima, di svolgere una motivata valutazione di convenienza economica, secondo la disciplina normativa applicabile ora per allora anche in sede di riesame in conseguenza all'annullamento in sede giurisdizionale, attraverso un raffronto completo e attualizzato non solo dei servizi offerti da Cineca e di quelli offerti da Be Smart s.r.l., ma anche i relativi prezzi, in modo da spiegare in modo esauriente se nel rapporto qualità/prezzo lo strumento dell'internalizzazione sia realmente conveniente sul piano economico per l'Ateneo, insieme, ovviamente, agli altri elementi contemplati dallo stesso art. 192, comma 2, del d. lgs. n. 50 del 2016 e cioè, come detto, i benefici per la collettività della forma di gestione prescelta in termini di "*universalità e socialità*" del servizio nonché di "*efficienza*" e di "*qualità*" del servizio, oltreché di "*ottimale impiego delle risorse pubbliche*", criteri esulanti dall'economicità del medesimo in senso stretto, ma che, una volta esternati, concorrono a sostenere, sotto il profilo motivazionale, il provvedimento di affidamento, nel loro complesso e non in via autonoma e separata l'uno dall'altro.

visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione nei rispettivi giudizi di Be Smart s.r.l., dell'Università Mediterranea di Reggio Calabria e di Ministero dell'Istruzione e del Merito, dell'ANAC – Autorità Nazionale Anticorruzione nonché di Cineca – Consorzio Interuniversitario;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 ottobre 2023 il Consigliere Massimiliano Nocelli e uditi per le pubbliche amministrazioni appellanti gli avvocati dello Stato Eva Ferretti, per l'appellata Be Smart s.r.l. l'Avvocato Isabella Perego e l'Avvocato Anna Romano e per l'altra appellante, Cineca – Consorzio Interuniversitario, l'Avvocato Damiano Lipani, l'Avvocato Francesca Sbrana e l'Avvocato Jacopo Polinari;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società ricorrente, Be Smart. s.r.l., opera nel mercato dell'*Information and Communication Technology* ed offre software gestionali essenzialmente dedicati alle Università e alle pubbliche amministrazioni.

1.1. Proprio dalle Università italiane la società ritrae oltre la metà del proprio fatturato, rivestendo in sostanza la posizione di secondo operatore del mercato, di cui detiene, purtuttavia, una quota marginale, non superiore al 5%, risultando la fornitura dei servizi in questione per la quasi interezza concentrata nelle mani del suo principale *competitor* e, cioè, Cineca – Consorzio Interuniversitario (di qui in avanti, per brevità, solo Cineca), che ne detiene infatti circa il 90%.

1.2. Tra gli Atenei che avevano scelto le soluzioni informatiche offerte dalla Be Smart vi era l'Università Mediterranea di Reggio Calabria (di qui in avanti, per brevità, anche solo Università), la quale, infatti, a seguito di procedura di affidamento mediante richiesta d'offerta aperta sul MePA, le aveva affidato con determina del 1° luglio 2021 il servizio di gestione delle segreterie studenti e della programmazione didattica, offerto tramite il programma gestionale "*smart\_edu*", adottato in sostituzione del precedente prodotto offerto da Cineca.

1.3. Il contratto annuale di fornitura, con scadenza prevista al 30 giugno 2022, veniva prorogato dall'Ateneo di sei mesi onde consentire di organizzare il nuovo affidamento e, nelle more, garantire il servizio senza soluzione di continuità.

1.4. In vista di tale scadenza, precisamente con nota del 14 novembre 2022, Be Smart ha inviato *sua sponte* all'Università una nuova proposta economica che, anche in virtù dell'esperienza pregressa e del *know how* acquisiti risultava particolarmente vantaggiosa e più conveniente di quella formulata in occasione del precedente affidamento (ed oggetto di proroga tecnica, alle medesime condizioni).

1.5. Tale missiva è stata riscontrata con nota del 18 novembre 2022, con la quale l'Università, richiamata la precedente offerta presentata dalla società nel mese di aprile, si è limitata sostanzialmente a segnalare l'impossibilità di valutazione della nuova proposta, essendo stata formulata, in assenza di un'espressa richiesta, in tempo non utile per l'adunanza del Consiglio di Amministrazione del 14 novembre 2022, all'esito della quale veniva disposto l'affidamento *in house* della fornitura dei sistemi informativi per la gestione didattica, le carriere studenti e il diritto allo studio al Consorzio Interuniversitario Cineca ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. n. 50 del 2016.

1.6. A tale riguardo nella nota in questione l'Ateneo ha precisato che *«l'affidamento in house della fornitura al CINECA trae fondamento nella maggiore efficienza, completezza, economicità e qualità del servizio, posto che il Consorzio offre un sistema gestionale completo ed integrato per le funzioni essenziali dell'Ateneo, che consente una costante evoluzione delle piattaforme consortili attraverso il continuo aggiornamento dei sistemi per adeguarli alle esigenze espresse dall'Ateneo stesso»* e *«tale circostanza, in particolare, è resa possibile dal coinvolgimento diretto dell'Ateneo nelle*

*attività del Consorzio, che garantisce la messa in evidenza e la conseguente soluzione dei problemi comuni a tutte le Università consorziate, riscontrati nella gestione dei processi informatici correlati allo svolgimento delle funzioni istituzionali».*

1.7. Nel contempo, con la medesima nota veniva richiesta alla società, quale fornitrice uscente, la disponibilità alla prosecuzione del servizio in relazione ad una serie di attività fuori contratto, volte a facilitare il passaggio di consegne al subentrante Consorzio.

1.8. Non rinvenendo traccia della delibera in questione nel sito istituzionale dell'Università, con l'istanza del 22 novembre 2022 Be Smart s.r.l. ha chiesto di accedere agli atti inerenti all'affidamento, deducendo, anche in qualità di fornitrice uscente e principale concorrente di Cineca, di avere un 'evidente interesse' a conoscerne l'oggetto, il valore e le condizioni, nonché a riscontrare le valutazioni compiute dall'Università ai sensi dell'art. 192, comma 2, del d. lgs. n. 50 del 2016 per giustificare il mancato ricorso al mercato e la convenienza dell'acquisto diretto dal Consorzio dei servizi e prodotti informatici disponibili in regime di concorrenza, anche in vista dell'eventuale attivazione delle opportune iniziative a difesa dei propri interessi nonché a tutela della concorrenza e del mercato di riferimento.

2. Nell'approssimarsi della scadenza del termine per impugnare l'aggiudicazione, pur in assenza di riscontro all'anzidetta istanza ostensiva, Be Smart s.r.l., con il ricorso notificato il 19 dicembre 2022 e depositato il 22 dicembre 2022, ha impugnato avanti al Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, sezione staccata di Reggio Calabria (di qui in avanti, sempre per brevità, il Tribunale), la citata delibera del 14 novembre e gli atti, parimenti non conosciuti, sottesi al disposto affidamento in favore dei Cineca, estendendo l'impugnativa anche alla delibera dell'ANAC del 19 dicembre 2018, adottata ai sensi all'art. 192, comma 1, del d. lgs. n. 50/2016, di iscrizione degli Enti aderenti al predetto Consorzio nell'*“Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house”*.

2.1. A fondamento del gravame, fatta espressa riserva di proposizione di motivi aggiunti al momento della piena conoscenza degli atti, la società ricorrente in prime cure ha articolato tre gruppi di doglianze, dolendosi, per un primo verso, della *‘violazione e falsa applicazione dell’art. 192, co. 2, del D.lgs. n. 50/2016’*, non potendosi ritenere le laconiche considerazioni espresse nella nota del 18 novembre 2022 a giustificazione dell'affidamento dei servizi in favore del Consorzio controinteressato sufficienti ad assolvere alle valutazioni comparative, di tipo tecnico-economico, e all'onere motivazionale - puntuale e specifico - imposti da detta norma, tanto più che l'Ateneo, in passato, aveva già adottato le soluzioni informatiche offerte da Cineca per poi abbandonarle, in quanto ritenute insoddisfacenti sia dal punto di vista tecnico che da quello economico, a favore di

quelle offerte dalla ricorrente, a cui riguardo era stato costantemente manifestato un elevato grado di soddisfazione.

2.2. Con una seconda, complessa, doglianza, ricostruita in via preliminare, anche alla luce della più recente giurisprudenza, la valenza da riconoscere al requisito dell'iscrizione nel c.d. 'Elenco *in house*' tenuto dall'ANAC, la ricorrente in prime cure ha denunciato l'illegittimità dell'affidamento per carenza dei requisiti dell'*in house providing*, rilevando l'insussistenza tanto del "controllo analogo congiunto", stante la "incoerenza della compagine consortile" e la conseguente incapacità per i consorziati di esercitare un'influenza determinante all'interno degli organi decisionali dell'ente, quanto dell'"attività prevalente", posto che, al di là della difficoltà nel reperimento dei dati contabili di interesse in ragione delle modalità impiegate per la compilazione dei bilanci (nei quali le voci di ricavo sono rappresentate in maniera aggregata anziché analitica), il Consorzio risulterebbe svolgere in favore di enti non consorziati un'attività quantitativamente superiore alla soglia di legge del 20% prevista dall'art. 5 del d. lgs. n. 50 del 2016.

2.2.1. La carenza del requisito emergerebbe, peraltro, dalla stessa nota del 3 dicembre 2018 trasmessa dal Consorzio all'ANAC ai fini dell'iscrizione nel citato elenco *in house* – alla quale non potrebbe, peraltro, accordarsi valenza 'ultrattiva' in relazione agli affidamenti disposti da parte dei singoli enti consorziati, assumendo il requisito in questione carattere dinamico e dovendo, perciò, esserne verificata la sussistenza al momento di ciascun affidamento – risultando infatti erroneamente computati nella quota del fatturato *in house* i finanziamenti annualmente stanziati a favore del Consorzio dal Ministero dell'Università per i servizi IT (contributo FFO Miur) e già ritenuti aiuti di Stato ai sensi dell'art. 107, par. 1, TFUE sia dal giudice nazionale che dalla Commissione UE che ha, peraltro, aperto al riguardo una specifica indagine formale.

2.2.2. Tali finanziamenti, in assenza di certezza sulla relativa spettanza, non potrebbero essere iscritti in bilancio, ostandovi sia le conferenti previsioni del TUIR (art. 109, co. 1, del d.P.R. n. 917 del 1986), che i Principi Contabili correnti (OIC 12, par. 56, lett. f).

2.2.3. Analoghe criticità sarebbero riscontrabili, sul medesimo versante, con riferimento ai ricavi ottenuti dalla vendita sul mercato di servizi di calcolo tecnico-industriale a favore di terzi (non consorziati), quali società private, risultando tali introiti indebitamente assimilati ai servizi di supercalcolo destinati al mondo dell'istruzione e della ricerca pubblica; nonché in relazione ai contributi percepiti per l'attività svolta a seguito dell'affidamento, su bandi europei, della fornitura di risorse HPC, dovendo ritenersi ai sensi della pertinente normativa che il fatturato computabile in tale quota possa essere soltanto quello realizzato in virtù di decisioni di affidamento adottate dai soggetti controllanti, ovvero dai consorziati, e non anche da soggetti terzi, quale l'Unione europea o le varie articolazioni del Governo italiano, che non esercitano su di esso alcun controllo.



2.2.4. Anche altri introiti, infine, sarebbero stati erroneamente conteggiati nella quota dell'80% dei ricavi provenienti dall'attività prestata in favore dei consorziati.

2.3. Con un'ultima doglianza la ricorrente ha dedotto in prime cure, infine, la violazione della normativa in materia di aiuti di Stato, rilevando come l'affidamento in contestazione si ponga nel solco di una ormai consolidata prassi seguita dagli Atenei italiani di affidare in via diretta a Cineca servizi e prodotti informatici in realtà agevolmente reperibili ad un prezzo più conveniente sul mercato, prassi che nasconderebbe, tuttavia, un'indebita erogazione di aiuti di Stato ai sensi dell'art. 107, par. 1, TFUE in violazione dell'art. 108, par. 3, TFUE, e cioè in difetto della preventiva ed obbligatoria notifica della misura alla Commissione europea e in spregio del dovere di sospensione in attesa dell'autorizzazione, per come confermato dall'apertura della già citata indagine formale da parte della Commissione con decisione del 1° marzo 2021, con la quale si è appunto prospettato un dubbio circa la compatibilità dei corrispettivi in questione con il mercato.

2.3.1. A tal riguardo la ricorrente ha sostenuto che *«l'avvio dell'indagine spiega effetti diretti sulla presente causa e sulla tutela che codesto Ecc.mo TAR è chiamato ad accordare, risultando la mera circostanza del relativo avvio di per sé idonea a far scattare il meccanismo di salvaguardia previsto dall'art. 108, par. 3, TFUE, che impone allo Stato membro di sospendere, immediatamente e fino alla decisione definitiva, l'esecuzione della misura 'attenzionata'»*.

2.3.2. In tale prospettiva agli Stati membri incomberebbe il preciso divieto di *«sostenere che tale misura non costituisce un aiuto ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, del TFUE»*, con il conseguente obbligo di salvaguardia, nelle more del procedimento, dei diritti dei soggetti pregiudicati dalla potenziale violazione della clausola di sospensione al fine di impedire che il beneficiario del potenziale aiuto possa, nel frattempo, avvalersene in qualsiasi forma, distorcendo la concorrenza sul mercato.

2.4. Formulata in via residuale istanza di rinvio pregiudiziale alla CGUE *ex art. 267 TFUE* in caso di permanenza di dubbi sulla sussistenza dei requisiti *“che consentano di qualificare Cineca quale entità in house dei suoi consorziati e, in particolare, delle diverse decine di Università che vi fanno parte”*, la ricorrente, previa richiesta di esibizione di tutti gli atti e documenti concernenti l'affidamento in contestazione nonché della documentazione contabile necessaria alla verifica del requisito della c.d. 'attività prevalente', ha concluso chiedendo l'annullamento degli atti e provvedimenti impugnati con declaratoria di inefficacia dei relativi atti di affidamento, accordi e/o contratti ove *medio tempore* stipulati (con domanda cautelare di sospensione dei relativi effetti) e condanna al risarcimento di tutti i danni subiti e subendi da quantificare in corso di causa.

3. Con atto del 7 gennaio 2023, con allegata documentazione, si sono costituite in resistenza avanti al Tribunale l'Università di Reggio Calabria e le pubbliche amministrazioni statali odierne appellanti

(il Ministero dell'Università e della Ricerca, Ministero dell'Istruzione e del Merito e l'Autorità Nazionale Anticorruzione – ANAC), articolando, poi, con memoria di pari data le proprie controdeduzioni alle doglianze avversarie e sollevando diverse eccezioni preliminari (inammissibilità del ricorso in relazione alla citata delibera dell'ANAC del 2018, stante la relativa natura non provvedimento; difetto di legittimazione passiva degli intimati Ministeri, non avendo adottato alcuno degli atti impugnati né assunto alcun concreto ruolo nella vicenda di cui si controverte; per l'evenienza di ritenuta immediata lesività dell'anzidetta delibera, incompetenza territoriale del Tribunale adito, dovendo ritenersi la relativa cognizione riservata ai sensi degli artt. 135, comma 1, lett. c) e 133, comma 1, lett. l), c.p.a. al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sede di Roma).

4. Anche il Cineca si è costituito in resistenza avanti al Tribunale con la memoria del 9 gennaio 2023, eccependo analogamente l'incompetenza territoriale, sul rilievo secondo cui le doglianze articolate dalla società ricorrente riguarderebbero espressamente e principalmente la delibera dell'ANAC del 19 dicembre 2018 e, solo in via residuale, il singolo affidamento da parte dell'Università resistente, con conseguente attrazione della competenza, ai sensi dell'art. 13, comma 4-bis, c.p.a., in capo al TAR centrale, quale giudice funzionalmente competente a conoscere dei ricorsi contro i provvedimenti adottati dall'anzidetta Autorità.

4.1. Nel merito Cineca ha contestato le criticità denunciate in sede giurisdizionale con rilievi sostanzialmente sovrapponibili a quelli articolati dall'Avvocatura dello Stato, insistendo, quindi, per il rigetto del ricorso.

5. Nella camera di consiglio dell'11 gennaio 2023 fissata per la discussione della domanda cautelare la difesa di parte ricorrente, dato atto dell'avvenuta ricezione in riscontro all'istanza ostensiva del 22 novembre 2022 dei documenti richiesti (trasmessi dall'Università in data 21 dicembre 2022), ha preannunciato la proposizione di motivi aggiunti chiedendo l'abbinamento al merito della fase cautelare.

5.1. Il Collegio di prime cure ha disposto, quindi, il differimento della trattazione all'udienza pubblica del 22 marzo 2023.

6. Con motivi aggiunti notificati il 20 gennaio 2023 e depositati il successivo 27 gennaio la società ricorrente provvedeva, quindi, ad impugnare gli atti *de quibus* (e, in particolare, la delibera del C.d.A. dell'Università del 14/11/2022 di approvazione dell'affidamento *in house* al Cineca della fornitura dei sistemi informativi per gestione didattica, carriere studenti, diritto allo studio e Portale istituzionale di Ateneo e il successivo atto di affidamento del 28/11/2022) nonché i medesimi atti già impugnati con il ricorso introduttivo, reiterando, e ulteriormente sviluppando alla luce della loro

integrale conoscenza, le doglianze già articolate e insistendo, in particolare, sul vizio inerente alla dedotta violazione dell'art. 192, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016.

7. Scambiate ulteriori difese e repliche nell'osservanza dei termini di legge (memorie del 6/3/2023 della ricorrente, del Consorzio controinteressato e dell'Università e repliche del Cineca del 10/3/2023 e della ricorrente dell'11/3/2023), la causa, dopo un'articolata discussione, è stata posta in decisione all'udienza pubblica del 22 marzo 2023.

8. Infine, con la sentenza n. 305 del 6 aprile 2023, il Tribunale ha accolto parzialmente il ricorso di Be Smart s.r.l.

8.1. Il primo giudice ha anzitutto ritenuto la propria competenza territoriale, contestata invece dalle amministrazioni resistenti, sulla scorta dell'orientamento interpretativo espresso dalla giurisprudenza amministrativa sulla questione che qui rileva in occasione di una precedente vicenda contenziosa originata da un ricorso dalla stessa Be Smart promosso nei confronti di Cineca (T.A.R. per il Lazio, Roma, sez. I, 26 gennaio 2021, n. 1027 confermata da Cons. St., sez. V, 10 agosto 2022, n. 7087), in cui ha impugnato la delibera *de qua* non già in via autonoma, ma quale atto presupposto a quello di affidamento del servizio, da parte di un altro Ateneo, in favore del Consorzio, attualizzandosi solo in detto momento l'effetto pregiudizievole nei suoi confronti sicché, senza ritenere utile e conferente indugiare sulla natura dell'iscrizione nell'elenco anzidetto e sulla relativa portata in termini di lesività (risultando i profili in questione approfonditamente esaminati nelle due citate sentenze, convergentemente richiamate da tutte le parti a sostegno delle proprie antinomiche tesi), ha ritenuto evidente la piena legittimità dell'impugnazione congiunta dell'atto in questione unitamente a quelli 'a valle' costituiti dall'affidamento del servizio e dalla sottesa delibera di approvazione, concretizzandosi solo per loro tramite la lesione dell'interesse legittimo dedotto a fondamento dell'impugnativa, lesione che pienamente giustificherebbe la competenza del Tribunale periferico e non già di quello centrale.

8.2. Ciò premesso, e venendo al merito delle censure articolate dalla ricorrente, il Tribunale ha censurato come la motivazione della scelta per l'affidamento diretto al Consorzio controinteressato dei servizi informatici sopra menzionati espressa nella relazione *ex art.* 192, comma 2, del d. lgs. n. 50 del 2016 non soddisfi i requisiti richiesti dalla norma, avendo l'Università concentrato e (sostanzialmente) limitato le proprie valutazioni sul solo profilo della convenienza della scelta di internalizzazione del servizio, omettendo, invece, di esplicitare, attraverso un'analisi economica approfondita basata su dati oggettivi e non elusiva del disposto normativo, le ragioni di preferenza per l'affidamento *in house* rispetto al ricorso all'evidenza pubblica in punto di convenienza economica.

8.3. Se, difatti, le ragioni enunciate nella predetta relazione, in specie là dove vengono reiteratamente (e, tuttavia, anche suggestivamente) evocati i vantaggi derivanti dall'interlocuzione con un unico operatore altamente specializzato per la fornitura di tutti i servizi informatici indispensabili per l'attività dell'Ateneo, si caratterizzano per l'analitica enucleazione di una serie di elementi apparentemente giustificativi della convenienza, dal punto di vista tecnico e organizzativo, del ricorso al modello procedimentale dell'*in house* – nella misura in cui il carattere unitario ed integrato del servizio gestionale offerto dal Consorzio assicurerebbe una copertura a 360° di tutti i servizi informatici di interesse –, analogamente non è a dirsi sul versante della valutazione della congruità economica dell'offerta presentata dal Consorzio, prestando essa il fianco alle critiche di parzialità e deficiarietà articolate dalla ricorrente.

8.4. Sotto il primo profilo, ha osservato la sentenza impugnata, la valutazione omette *in toto* di esporre le ragioni della convenienza economica dell'offerta relativa ai servizi per il “*Portale Istituzionale di Ateneo, Portale delle risorse della ricerca*”, limitandosi in proposito ad affermare, in via del tutto apodittica, che “*a seguito di indagine sul portale Consip si ritiene comunque congrua*”.

8.5. Sul punto, al di là dell'evidente lacunosità di tale richiamo, non supportato da dati comparativi di sorta, è sufficiente richiamare i rilievi espressi nelle pagine 15 e 16 dei motivi aggiunti, idonei a disvelare, anche sotto il profilo sostanziale, l'incongruità dal punto di vista squisitamente economico dell'offerta del Consorzio, in quanto non soltanto di costo superiore a quello dal medesimo indicato per l'identico servizio sul *marketplace* AgID ma altresì a quello sostenuto dall'Università per precedenti affidamenti.

8.6. Quanto ai rimanenti servizi, oggetto invece di specifica considerazione economica da parte dell'amministrazione universitaria, la valutazione operata figura comunque lacunosa e contraddittoria, scontando anzitutto un vizio di metodo che la rende inidonea ad integrare lo standard motivazionale prescritto dalla normativa qui in rilievo per sorreggere la scelta del mancato ricorso al mercato.

8.7. Ad avviso del primo giudice essa è stata condotta, in assenza di indagini di mercato e richieste di preventivi ad altri operatori, ponendo ad unico dato di confronto l'offerta presentata dalla stessa ricorrente nel 2021 nell'ambito di una pregressa procedura per la fornitura del precedente software di Ateneo per la gestione delle segreterie studenti e della programmazione didattica.

8.8. Tale vizio metodologico risulta viepiù aggravato dalla circostanza - pacificamente risultante dagli atti di causa - del rifiuto, per mere ragioni formali, di acquisire la più recente proposta economica trasmessa dalla società il 14 novembre 2022 proprio in vista dell'imminente scadenza

della proroga del contratto, anticipata peraltro da una richiesta di incontro informale volto proprio alla “*presentazione delle ulteriori innovazioni sviluppate*”.

8.9. Orbene, concordemente a quanto rilevato nei motivi aggiunti, tale *modus procedendi* contrasterebbe con la disciplina che – come indicato dall’ANAC nello schema di linee guida in tema di “*Indicazioni in materia di affidamenti in house di contratti aventi ad oggetto lavori, servizi o forniture disponibili sul mercato in regime di concorrenza ai sensi dell’articolo 192, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e s.m.i.*” (sulle quali questo Consiglio di Stato ha reso un parere interlocutorio sollecitando l’ANAC allo svolgimento di un approfondimento istruttorio: v. parere interlocutorio n. 1614 del 7 ottobre 2021) – «*presuppone l’acquisizione di informazioni sul contesto concreto e attuale al momento dell’affidamento*».

8.10. Inoltre, tale scelta ha impedito alla pubblica amministrazione di tenere conto delle innovazioni dei prodotti effettuate nelle more dalla ricorrente, ovviamente non incluse nella valutazione economica correlata all’offerta precedente.

8.11. Al di là di tali rilievi, di per sé sufficienti a minare il giudizio di congruità espresso dall’Università sull’offerta economica del Consorzio, occorrerebbe, inoltre, considerare che la società ricorrente ha compiutamente dimostrato che anche assumendo a parametro di ‘comparazione’ la sua precedente offerta del 2021 la valutazione ‘economica’ risulta comunque irragionevole, essendo stata condotta, in assenza di correttivi di sorta, su offerte non equiparabili sia per oggetto della prestazione che per modalità di svolgimento.

8.12. A tal riguardo apparirebbe sufficiente rinviare alle singole voci di costo, ed alle ulteriori circostanze rilevanti per l’esatta definizione dell’oggetto del servizio, richiamate dalla ricorrente nei motivi aggiunti (nei punti I.4.1, I.4.2. e I.4.3.), in relazione alle quali è stata comprovata la maggiore convenienza economica della sua offerta benché indicante condizioni deteriori rispetto a quella più recente non considerata dall’Ateneo.

8.13. Tali circostanze non sarebbero state, peraltro, attinte da specifica contestazione da parte del controinteressato (e parimenti dell’Università resistente), limitatosi, per come già rilevato, a rivendicare a più riprese, in tutti gli scritti difensivi, il «*carattere necessariamente unitario e complessivo*» della valutazione di cui trattasi, dal quale deriverebbe che “*le ragioni di carattere tecnico/amministrativo e quelle di natura più prettamente economica non possono che essere valutate in maniera globale e sintetica*”.

8.14. Secondo tale tesi, in definitiva, i profili economici e quelli più prettamente tecnici della valutazione perderebbero la loro autonoma rilevanza, fondendosi in un *unicum* inscindibile di modo che la contestazione del profilo della congruità economica dell’offerta, pur se in ipotesi fondata, non riuscirebbe a scalfire il supporto giustificativo affidato agli altri parametri presi in considerazione

dall'art. 192, co. 2, d.lgs. n. 50/2016 con riferimento alla convenienza della scelta di internalizzazione.

8.15. Sennonché, ha obiettato a questo argomento il primo giudice, la più recente giurisprudenza amministrativa si è, invero, univocamente attestata nel senso di ritenere che i due profili valutativi abbiano autonoma rilevanza, non confluendo il parametro della valutazione sulla congruità economica – per come suggerito dal carattere ‘preventivo’ imposto per la relativa verifica – nel quadro della più complessiva valutazione inerente all’opportunità della scelta di internalizzazione del servizio, ancorata agli ulteriori parametri normativi previsti dalla norma.

8.16. Con specifico riferimento alla prospettiva economica è stato, infatti, precisato che all’amministrazione è richiesto *«di valutare la convenienza dell’affidamento del servizio secondo lo schema dell’in house rispetto all’alternativa costituita dal ricorso al mercato, attraverso una comparazione tra dati da svolgersi mettendo a confronto operatori privati operanti nel medesimo territorio, al fine di dimostrare che quello fornito dalla società in house è il servizio più economicamente conveniente ed in grado di garantire la migliore qualità ed efficienza»* (Cons. St., sez. V, 6 maggio 2022, n. 3562, di cui si dirà).

8.17. Conformemente all’esposto indirizzo interpretativo dovrebbe ad avviso del primo giudice, dunque, ritenersi che l’accertata erronea valutazione da parte dell’Università procedente del profilo di economicità della scelta di internalizzazione dei servizi informatici di cui si discute travolge l’intero supporto giustificativo dell’affidamento impugnato e comporta, quindi, la sua automatica, integrale, caducazione.

9. Il Tribunale ha ritenuto, altresì, fondata anche la questione sollevata dalla ricorrente in prime cure inerente alla carenza del requisito del c.d. controllo analogo.

9.1. Ad avviso del primo giudice, infatti, nessuno dei correttivi suggeriti dalla giurisprudenza amministrativa – di cui meglio si dirà in seguito nell’esame del terzo motivo proposto dagli odierni appellanti – per garantire il c.d. controllo analogo particellare risulterebbe essere stato adottato dal Consorzio controinteressato né, al di fuori di esso, dagli enti al medesimo partecipanti, operando, perciò, i relativi organi sociali secondo le regole proprie del diritto comune, in forza delle quali, stante la composizione incontrovertibilmente pulviscolare dell’ente consortile, non può ritenersi in alcun modo garantita ai singoli enti aderenti la possibilità di esercitare congiuntamente un controllo analogo a quello esplicito sui propri servizi.

9.2. La mancata istituzione di un organo speciale volto ad assicurare l’esercizio del controllo analogo congiunto – e, cioè, a consentire l’interferenza in maniera penetrante dei soci anche ‘pulviscolari’ nella gestione della società (cfr. Cons. St., sez. IV, 22 ottobre 2021, n. 7093) – in una all’omessa stipulazione di patti parasociali da parte delle amministrazioni partecipanti al consorzio impedisce,

in definitiva, di ritenere sussistente il requisito *de quo* e, quindi, in via consequenziale, le condizioni per l'affidamento diretto del servizio di cui si controverte al Consorzio controinteressato.

9.3. Il Tribunale, nell'accogliere tale motivo, ha peraltro precisato che al singolo Tribunale investito *ratione loci* di tale impugnativa è consentito un accertamento soltanto incidentale, sprovvisto di valenza travalicante i confini del singolo affidamento in contestazione e pertanto non idoneo alla caducazione dell'atto.

10. Per i motivi sin qui esposti e sintetizzati il ricorso, assorbiti i rimanenti motivi, è stato dal primo giudice conclusivamente accolto, con il conseguente annullamento degli atti impugnati, limitatamente alla delibera del Consiglio di Amministrazione dell'Università resistente di approvazione dell'affidamento *in house* del servizio a Cineca del 14 novembre 2022 ed alla relazione di cui all'art. 192, comma 2, del d. lgs. n. 50 del 2016.

10.1. All'annullamento dell'anzidetta delibera il Tribunale ha fatto conseguire, per come richiesto dalla società ricorrente, ai sensi dell'art. 121, comma 1, lett. a), c.p.a. e comunque alla luce dei criteri indicati dall'art. 122 c.p.a., la declaratoria di inefficacia dell'«atto di affidamento per l'utilizzo delle soluzioni CINECA e dei servizi di assistenza connessi» sottoscritto tra le parti il 28 novembre 2022, che per la natura dei vizi riscontrati non può che operare in via retroattiva.

10.2. Il primo giudice ha statuito, per altro verso, il rigetto della domanda di risarcimento dei danni, comunque genericamente formulata nell'atto introduttivo, e reiterata nei motivi aggiunti, con riserva, rimasta tale, di relativa quantificazione in corso di causa.

10.3. Il Tribunale ha insomma accolto i due motivi di ricorso sopra ricordati e ha assorbito gli altri, annullando, per l'effetto, gli atti impugnati nei sensi precisati in motivazione e dichiarando l'inefficacia dell'atto di affidamento sottoscritto tra le parti, mentre ha rigettato la domanda di risarcimento del danno.

11. Avverso tale sentenza hanno proposto separati appelli, iscritti al R.G. n. 4293/2023 e al R.G. n. 4497/2023, sia l'Università, il Ministero dell'Istruzione e del Merito, il Ministero dell'Università e della Ricerca e l'ANAC – Autorità Nazionale Anticorruzione sia Cineca, articolando diversi motivi di censura che, in base al loro contenuto argomentativo, saranno di seguito e congiuntamente esaminati, e ne hanno chiesto, previa sospensione dell'esecutività, la riforma.

11.1. Si è costituita in entrambi i giudizi l'appellata Be Smart s.r.l. non solo per opporsi all'accoglimento degli appelli proposti, ma anche riproponendo ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a., i motivi assorbiti dal primo giudice.

11.2. All'esito della camera di consiglio del 27 giugno 2023, fissata per la trattazione delle domande cautelari formulate dall'Università e dalle altre amministrazioni appellanti, il Collegio, con l'ordinanza n. 2629 resa in pari data, ha statuito che, a fronte delle complesse questioni di fatto e di

diritto controverse nel presente giudizio non solo rispetto alle censure accolte dalla sentenza qui impugnata, ma anche in ordine ai motivi assorbiti e riproposti dall'appellata ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a., le esigenze cautelari rappresentate dalle amministrazioni appellanti potessero essere adeguatamente tutelate, ai sensi dell'art. 55, comma 10, c.p.a., dalla sollecita fissazione dell'udienza per la trattazione del merito, già fissata per la trattazione dell'appello proposto da Cineca-

11.3. Nella medesima ordinanza il Collegio ha anche ritenuto che, in ordine alle contestazioni mosse da Be Smart s.r.l. rispetto al requisito dell'attività prevalente e per la indispensabile completezza del panorama istruttorio, fosse necessario, ai sensi dell'art. 98, comma 2, e dell'art. 55, comma 12, c.p.a., ordinare a Cineca e/o alle amministrazioni competenti di depositare in giudizio, entro il 10 settembre 2023, tutta la documentazione da cui si evincano i ricavi ascrivibili alle singole attività prestate dai consorziati, da un lato, e ai terzi, dall'altro, e/o di produrre in giudizio un documento recante l'elenco completo delle fatture emesse nei tre anni precedenti all'affidamento gravato, con indicazione del numero di fattura, del cliente e dell'importo fatturato.

11.4. Cineca ha ottemperato a tale ordinanza, nella sua parte istruttoria, depositando il 9 settembre 2023 un documento in formato *excel*, articolato in più fogli, recante il prospetto dei “*ricavi ascrivibili alle singole attività prestate dai [rectius: in favore degli enti] consorziati, da un lato, e ai terzi*” e una relazione di revisione contabile dell'allegato prospetto dei ricavi di Cineca relativi agli esercizi chiusi al 31 dicembre 2020, 2021 e 2022, predisposto al fine di verificare l'incidenza dei ricavi nei confronti degli enti pubblici consorziati.

11.5. Le parti hanno precisato le proprie posizioni e replicato agli argomenti delle parti nelle rispettive memorie depositate ai sensi dell'art. 73 c.p.a.

11.6. Infine, nella pubblica udienza del 17 ottobre 2023, il Collegio, sentiti i difensori delle parti e dopo ampia discussione nella quale la difesa dell'appellata, a specifico quesito del Collegio, ha precisato di ritenere soddisfatto l'interesse di Be Smart s.r.l. anche dalla sola conferma dell'annullamento disposto dal primo giudice per la dedotta violazione dell'art. 192, comma 2, c.p.a. quanto al profilo della convenienza economica, ha trattenuto la causa in decisione.

12. Gli appelli sono fondati solamente in parte, ai sensi e nei limiti di cui in motivazione, dovendo invece respinti, per le ragioni che ora si esporranno, quanto alla contestata statuizione del primo giudice che ha annullato gli atti impugnati in prime cure con riferimento alla valutazione economica.

12.1. In via preliminare deve essere disposta la riunione degli stessi, ai sensi dell'art. 96 c.p.a., in quanto proposti contro la medesima sentenza.

12.1. Seguendo l'ordine logico delle questioni, devono essere prima e congiuntamente esaminati il primo motivo di appello proposto dall'Università (pp. 5-7 del ricorso) e il primo motivo di appello



proposto da Cineca (pp. 9-16 del ricorso), relativi all'eccezione di incompetenza territoriale del Tribunale periferico.

12.2. Il primo giudice, come in parte si è già accennato (v., *supra*, § 8.1.) ha respinto l'eccezione di incompetenza territoriale rilevando, in conformità alla giurisprudenza amministrativa pronunciata al riguardo in analogo precedente contenzioso, che la delibera dell'ANAC non avrebbe carattere provvedimentale e, sulla base di tale rilievo, ha affermato la propria competenza.

12.3. L'oggetto dell'impugnativa sarebbe costituito, da un lato e in via principale, dagli atti dell'affidamento diretto a Cineca da parte dell'Università e, dall'altro, in quanto atto presupposto, anche dalla delibera ANAC di iscrizione degli enti aderenti a Cineca nel c.d. 'Elenco in house'.

12.4. Riguardo a quest'ultima sia il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio che il Consiglio di Stato, nelle sentenze sopra menzionate dal primo giudice (v. ancora § 8.1.), ne hanno escluso la portata provvedimentale e immediatamente lesiva, ritenendo che l'«*effetto pregiudizievole nei confronti di un soggetto (asseritamente) concorrente si attualizza soltanto in occasione del provvedimento di affidamento in house da parte di una amministrazione aggiudicatrice*».

12.5. Da ciò conseguirebbe, contrariamente alla tesi delle resistenti, che tale delibera costituisce nella fattispecie concreta un atto 'presupposto' dell'unico provvedimento dal quale "deriva l'interesse a ricorrere", cioè quello di affidamento del servizio in favore del Consorzio, da considerarsi l'unico atto realmente lesivo dell'interesse della ricorrente, sicché il *petitum* sostanziale che sorregge le domande da questa proposte col mezzo di gravame che occupa coinciderebbe con l'annullamento del provvedimento lesivo, unitamente alla delibera dell'ANAC quale atto che ne costituisce un presupposto e ne integra la motivazione.

12.6. Ne deriverebbe, dunque, che del tutto correttamente il ricorso sia stato incardinato dinanzi al medesimo Tribunale in applicazione della regola posta dall'art. 13, comma 4-*bis*, c.p.a., derivando l'interesse a ricorrere dal provvedimento di affidamento ed attraendo tale competenza «*quella relativa agli atti presupposti dallo stesso*», tra i quali deve, per le ragioni esposte, annoverarsi la più volte citata delibera dell'ANAC.

12.7. A conclusioni diverse non potrebbe neppure giungersi invocando la natura funzionale della competenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sede di Roma, sui provvedimenti dell'ANAC ai sensi degli artt. 135, comma 1, lett. c), e 133, comma 1, lett. l), c.p.a., giacché, in forza dell'art. 14, comma 3, c.p.a., parimenti funzionale è la competenza del Tribunale periferico ai sensi dell'art. 119, comma 1, lett. a), c.p.a., e tale competenza non risulta suscettibile di essere derogata in virtù di un atto presupposto pur soggetto a (diversa) competenza funzionale, di cui non subisce la *vis attractiva*.

12.8. La situazione, infine, non muterebbe ove a tale atto, come ha sostenuto la difesa di Cineca, si attribuisse natura generale, posto che lo spostamento della competenza in favore del tribunale competente secondo «*gli ordinari criteri di attribuzione della competenza*» - in ossequio alla deroga prevista per tale tipologia di atti (e per quelli normativi) dal citato co. 4-*bis* dell'art. 13 – sarebbe comunque impedito dalla contestuale natura funzionale della competenza parimenti vantata dal Tribunale periferico.

13. Entrambe le parti appellanti nei giudizi qui riuniti sostengono, al contrario, che il contenzioso di primo grado ha avuto ad oggetto non solo contestazioni riguardanti la delibera con cui l'Università Mediterranea ha provveduto all'affidamento *in house* al CINECA, ma ha riguardato anche censure rivolte alla delibera ANAC n. 1172 del 19 dicembre 2018, quale atto presupposto all'impugnato affidamento e con il quale sono stati accertati i requisiti del rapporto *in house* tra il Cineca ed i propri consorziati ai fini dell'iscrizione nell'elenco di cui all'art. 192, comma 1, del codice dei contratti pubblici.

13.1. Considerato, quindi, che la ricorrente ha articolato censure avverso la citata delibera, deve ritenersi che competente a decidere sulla fattispecie fosse il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sede di Roma, e non quello per la Calabria.

13.2. Proprio nella misura in cui l'atto di iscrizione nell'elenco legittimerebbe l'affidamento di contratti da parte di stazioni appaltanti (iscritte) facenti parte di differenti ambiti regionali, lo stesso non potrebbe che essere qualificato alla stregua di atto amministrativo di carattere generale, rispetto al quale la pretesa di esercizio del sindacato da parte di un Tribunale amministrativo periferico di volta in volta differente appare radicalmente in contrasto con i principi di concentrazione processuale alla cui tutela è preordinata la disposizione di cui all'art. 13, comma 4-*bis*, c.p.a.

13.3. Tale disposizione processuale del resto, nella parte in cui fa salvi gli ordinari criteri di riparto della competenza in caso di impugnazione di atti presupposti generali, si pone evidentemente l'obiettivo di evitare il potenziale conflitto di giudicati (con riferimento a tali atti generali) che si determinerebbe ove questi ultimi venissero di volta in volta sindacati dal diverso Tribunale amministrativo regionale competente sull'atto applicativo da cui sorge l'interesse a ricorrere.

13.4. Di ciò parrebbe, secondo l'Università e gli altri enti appellanti, non essersi avveduta la sentenza oggetto di impugnativa, che ha finito proprio per legittimare lo scenario del conflitto di giudicati sul provvedimento dell'ANAC di iscrizione nell'elenco.

13.5. Analoghe considerazioni in punto di competenza territoriale ha svolto anche nel proprio atto di appello Cineca, rilevando che il provvedimento dell'ANAC attraverso cui viene sancita l'iscrizione nell'Elenco disciplinato dall'art. 192 del d. lgs. n. 50 del 2016 è idoneo a produrre effetti su tutto il territorio nazionale, a maggior ragione in quanto – oltre ad essere adottato da

un'amministrazione centrale (l'ANAC appunto) – interessa, nel caso di specie, Università ed enti dislocati su tutto il territorio nazionale.

14. Il motivo è destituito di fondamento.

14.1. Il Tribunale, anche sulla scorta dell'orientamento seguito anche sulla specifica questione da questo Consiglio di Stato (sez. V, 10 agosto 2022, n. 7087), ha correttamente riconosciuto che la delibera di iscrizione nell'elenco *in house* non ha natura provvedimentoale, essendo priva di lesività propria ed autonoma, e che la sua incidenza sul caso di specie può essere valutata solo in relazione alla capacità di integrare la motivazione del singolo affidamento diretto.

14.2. In altri termini, tale delibera, come bene ha rilevato il primo giudice le cui parole qui si riportano, «*costituisce nella fattispecie concreta un atto 'presupposto' dell'unico provvedimento dal quale 'deriva l'interesse a ricorrere', cioè quello di affidamento del servizio in favore del Consorzio, da considerarsi l'unico atto realmente lesivo dell'interesse della ricorrente*», avverso cui sono rivolte espressamente e principalmente le censure di Be Smart s.r.l., e non a caso, come si dirà *infra* (v., in particolare, § 24.2.), con effetti processuali anche sullo svolgimento del presente giudizio di appello, il difensore dell'odierna appellata, ricorrente in prime cure, ha ritenuto e dichiarato, anche ai sensi dell'art. 84, comma 4, c.p.a., di ritenere integralmente soddisfatto l'interesse della società dal solo annullamento dell'affidamento diretto.

14.3. La conseguenza, per richiamare ancora una volta le parole della sentenza qui impugnata, è che il ricorso è stato correttamente incardinato in ossequio alla regola posta dall'art. 13, comma 4-bis, c.p.a., «*derivando l'interesse a ricorrere dal provvedimento di affidamento ed attraendo tale competenza quella relativa agli atti presupposti dallo stesso, tra i quali deve [...] annoverarsi la più volte citata delibera dell'ANAC*».

14.4. A conclusioni diverse, peraltro, non si giungerebbe volendo ritenere – *quod non est* – la delibera *de qua* un atto generale, per cui varrebbe – come sostenuto da Cineca – la competenza funzionale del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sede di Roma, sui provvedimenti dell'ANAC, ai sensi degli artt. 135, comma 1, lett. c), e 133, comma 1, lett. l), c.p.a.

14.5. Ad una simile ricostruzione osta la competenza parimenti funzionale vantata, in forza del combinato disposto degli artt. 14, comma 3, e 119, comma 1, lett. a), c.p.a., dal Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, quale Tribunale amministrativo periferico competente per i provvedimenti concernenti la procedura di affidamento: l'asserita *vis attractiva* di cui all'art. 13, comma 4-bis, c.p.a. sarebbe comunque impedita dalla contestuale natura funzionale della competenza del Tribunale amministrativo adito.

14.6. Come ha chiarito la costante giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, infatti, «*la deroga per ragioni di connessione prevista dall'art. 13, comma 4-bis, Cod. proc. amm.* [i.e., a fronte della

contestuale impugnazione di atti normativi e generali] riguarda i casi di competenza territoriale ordinaria previsti dallo stesso art. 13, e non già di competenza funzionale ai sensi del successivo art. 14, la quale ha carattere di spiccata specialità e risponde a esigenze di interesse pubblico di rilievo tali da non consentire alcuna diversa individuazione del giudice competente rispetto a quella prevista dalla legge” (v., *ex multis*, Cons. St., sez. V, 24 ottobre 2019, n. 7263 nonché Cons. St., sez. V, 22 luglio 2019, n. 5165, Cons. St., sez. V, 18 gennaio 2018, n. 330, Cons. St., sez. V, 14 settembre 2016, n. 3870).

14.7. Ne consegue – come chiarito da recenti pronunce proprio con riferimento alla contestuale impugnazione di atti dell’ANAC e di provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture – che la competenza del Tribunale periferico per questi ultimi, «così come non subisce la vis attrattiva di atti generali o normativi ex art. 13, comma 4-bis, Cod. proc. amm. (su tutte, cfr. Cons. Stato, V, 24 ottobre 2019, n. 7263), allo stesso modo non può essere derogata in virtù di un atto presupposto, privo di carattere generale o normativo [...] pur soggetto a (diversa) competenza funzionale» (cfr. Cons. St., sez. V, 22 marzo 2021, ord. n. 2436).

14.8. A queste considerazioni, ampiamente esplicitate, del resto, dalla sentenza qui impugnata, merita qui solo aggiungere che questo Consiglio di Stato, nella sentenza n. 7087 del 2022 a cui sopra si è fatto cenno, ha chiarito che l’attuale formulazione della norma non subordina più l’affidamento *in house* al previo perfezionamento della procedura di iscrizione, ma pretende solo la presentazione della relativa domanda, la quale, di per sé, “consente alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori, sotto la propria responsabilità, di effettuare affidamenti diretti all’ente strumentale”.

14.9. L’evidenziata natura “dichiarativa” vale, allora, ad escluderne la valenza provvedimentale, posto che l’effetto abilitativo è correlato *recta via* alla sussistenza dei requisiti di legge, sia pure con la mediazione dell’obbligo, di natura meramente strumentale, di formalizzazione della “domanda” di iscrizione.

15. Il motivo in esame, quindi, deve essere disatteso, con la precisazione, coerente con la premessa appena svolta e fatta propria del resto anche dal primo giudice, che l’accertamento dei requisiti soggettivi dell’*in house*, proprio per le ragioni esposte, assume in questa controversia una valenza conformativa “incidentale”, solo in relazione all’oggetto specifico – e, cioè, l’affidamento diretto – del presente giudizio, e non generale, dato che, come detto, l’iscrizione non ha efficacia costitutiva e non ha valenza provvedimentale.

15.1. La competenza deve essere del resto radicata, diversamente da quanto assumono le appellanti, sulla base dell’interesse sostanziale in concreto azionato dalla ricorrente (in questo caso, quello ad ottenere l’annullamento dell’affidamento *in house*, attribuito funzionalmente peraltro alla

competenza del Tribunale periferico), secondo un più generale principio di prossimità che, come ha chiarito l'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, costituisce corollario del principio di difesa di cui all'art. 24 Cost., e secondo una logica di decentramento della giurisdizione amministrativa, che è accolto dal legislatore costituzionale all'art. 125 Cost. (Cons. St., Ad. plen., 13 luglio 2021, ord. n. 13).

16. Ciò premesso, dunque, si può passare ora, nel merito e secondo l'ordine logico delle questioni proposte dalle appellanti, all'esame delle questioni inerenti alla sussistenza, o meno, del controllo analogo, che il primo giudice, come si è visto, ha ritenuto insussistente nel caso di specie, dato che le appellanti hanno entrambe contestato nel terzo motivo di appello, rispettivamente proposto dall'Università (pp. 18-32 del ricorso) che da Cineca (pp. 39-50 del ricorso), le statuizioni rese sul punto dal primo giudice.

16.1. L'accertamento di tale requisito è certamente, sul piano logico, condizione preliminare, ai sensi dell'art. 5 del d. lgs. n. 50 del 2016 rispetto agli altri elementi, previsti dall'art. 192, comma 2, del d. lgs. n. 50 del 2016, perché la sua mancanza, ritenuta dal primo giudice, elimina *in radice* la possibilità dell'affidamento diretto.

16.1. La sentenza impugnata, come si è detto (v., *supra*, in particolare §§ 9 e ss.), ha ritenuto carente il requisito del controllo analogo perché, in sintesi, ha ritenuto che la pluralità degli enti non consentirebbe di garantire una effettiva influenza dominante sulle decisioni significative e sugli obiettivi strategici di Cineca.

16.2. Secondo il primo giudice infatti, ancorché le modifiche a più riprese intervenute nello statuto di Cineca abbiano effettivamente determinato un rafforzamento dei poteri (ed in particolare del potere di formulare indirizzi vincolanti) dell'Assemblea consortile – unico organo rappresentativo di tutti i consorziati – con speculare contrazione di quelli riservati al consiglio d'amministrazione, il mutato 'assetto organizzativo' conseguitone, a fronte della mancata previsione di qualsivoglia correttivo teso a disciplinare le forme e le modalità di 'aggregazione' tra i consorziati tali da permettere la manifestazione di una posizione 'congiunta' travalicante quella del singolo ente, non appare idoneo a soddisfare la condizione indefettibile richiesta normativamente affinché possa dirsi integrato il requisito di cui si controverte, cioè l'essere «*in grado* [tutti gli aderenti] *di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative*» dell'organismo *in house*» (art. 5, comma 5, lett. b, del d. lgs. n. 50 del 2016).

16.3. D'altro canto, l'art. 16 del T.U. sulle società a partecipazione pubblica oltre a non replicare per le società *in house* il «*divieto di istituire organi diversi da quelli previsti dalle norme generali in tema di società*» previsto dall'art. 11, comma 9, lett. d), per le sole 'società a controllo pubblico', prevede espressamente che, *ai fini della realizzazione dell'assetto organizzativo*» necessario ad

integrare la condizione del ‘controllo analogo’ o quella del ‘controllo analogo congiunto’, gli statuti delle società per azioni e di quelle a responsabilità limitata possono prevedere, rispettivamente, clausole derogatorie o l’attribuzione di particolari diritti agli enti pubblici soci in deroga alle pertinenti previsioni codicistiche nonché, per quanto in questa sede più specificamente interessa (stante la forma giuridica di Cineca), che «*in ogni caso, i requisiti del controllo analogo possono essere acquisiti anche mediante la conclusione di appositi patti parasociali [che] possono avere durata superiore a cinque anni, in deroga all’articolo 2341-bis, primo comma, del codice civile*».

16.4. Tale esplicita previsione, che in sostanza istituzionalizza la possibilità di prevedere negli statuti degli enti *in house* pluripartecipati, qualunque sia la relativa forma giuridica, convezioni volte a superare la congenita frammentazione della compagine sociale – tanto più ove, come nel caso di specie, il numero dei partecipanti sia particolarmente elevato – renderebbe, allora, manifesta, per come criticamente dedotto dalla parte ricorrente, l’idea che il requisito del ‘controllo analogo congiunto’ richieda necessariamente un *quid pluris* rispetto alle comuni prerogative conferite ai soci/componenti di un ente e, cioè, alla mera partecipazione egualitaria alla compagine sociale e ai relativi deliberati assunti a maggioranza, non potendo tale sola condizione, ove a ciascun aderente spetti un’identica quota di rappresentatività, garantire l’esercizio ‘congiunto’ dell’influenza determinante sulle decisioni fondamentali per la vita e il funzionamento dell’ente.

16.5. La sentenza impugnata ricorda che si è ritenuto possibile procedere tramite la stipulazione di adeguati patti parasociali ovvero anche mediante la previsione, negli atti costitutivi della società, di un organo speciale, che, al pari delle assemblee speciali di cui all’art. 2376 c.c. (ovvero dell’assemblea degli obbligazionisti, di cui all’art. 2415 c.c.), sia deputato ad esprimere la volontà dei soci pubblici, i quali, dunque, si troveranno a intervenire con rinforzata voce unitaria negli ordinari organi societari.

16.6. La costituzione di simili organi, ora espressamente vietata per le società ‘a controllo pubblico’, può rappresentare un efficace strumento concertativo per gli organismi *in house*, consentendo di ottenere una maggiore rappresentatività a categorie omogenee di enti (quali nel caso in esame potrebbero essere le Università) con interessi convergenti - e, in ipotesi, assai diversi da quelli di altri aderenti, i quali sarebbero, per tal via, nella condizione di esprimere una posizione unitaria e vincolante nei confronti del consiglio di amministrazione a seguito del recepimento delle determinazioni assunte al loro interno a livello assembleare.

16.7. Potendosi prevedere, in tale prospettiva, o che l’organo speciale in questione, statutariamente previsto, partecipi all’assemblea ai sensi dell’art. 5, comma 5, lett. a), del d. lgs. n. 50 del 2016 (singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti) in luogo dei singoli enti che ne fanno parte, esprimendo un voto

corrispondente al numero di questi ultimi, o prescrivendosi specifici quorum per le deliberazioni assembleari che prevedano la maggioranza qualificata degli enti i cui interessi siano involti dalla specifica deliberazione o, ancora, prevedendosi ulteriori e distinti accordi che permettano il perseguimento di analoghe finalità e, dunque, in ultima analisi l'esercizio di quella influenza determinante che costituisce l'in sé del requisito di cui si controverte.

16.8. Nessuno di tali correttivi risulta però essere stato adottato dal Consorzio controinteressato né, al di fuori di esso, dagli enti al medesimo partecipanti, operando, perciò, i relativi organi sociali secondo le regole proprie del diritto comune, in forza delle quali, stante la composizione incontrovertibilmente pulviscolare dell'ente consortile, non può ritenersi in alcun modo garantita ai singoli enti aderenti la possibilità di esercitare congiuntamente un controllo analogo a quello esplicito sui propri servizi.

16.9. La mancata istituzione di un organo speciale volto ad assicurare l'esercizio del controllo analogo congiunto e, cioè, a consentire l'interferenza in maniera penetrante dei soci anche 'pulviscolari' nella gestione della società, in una all'omessa stipulazione di patti parasociali da parte delle amministrazioni partecipanti al consorzio impedirebbe, in definitiva, di ritenere sussistente il requisito *de quo* e, quindi, in via consequenziale, le condizioni per l'affidamento diretto del servizio di cui si controverte al Consorzio controinteressato.

17. Le considerazioni del primo giudice, di cui si è dato sin qui sintetico ragguaglio, sono fatte oggetto di penetrante critica da parte degli odierni appellanti nei due motivi, sostanzialmente analoghi, qui in esame.

18. Più in particolare, il Collegio di prime cure, ha dedotto l'Università, sostanzialmente, fonda la propria decisione – giungendovi attraverso un iter del tutto contraddittorio se si valutano le premesse rispetto alle conclusioni – sulla considerazione che l'assenza di controllo analogo vi sia solo perché non vi sono strumenti di concertazione tra soci, volti a strutturare le modalità effettive di un controllo analogo congiunto.

18.1. In proposito occorrerebbe sin da subito osservare che né nella giurisprudenza eurounitaria (nella sentenza *Teckal* del 1999 in C-107/98) tra tutte), né nella normativa derivata è in alcun caso prescritto quale elemento indefettibile per l'esercizio del controllo analogo congiunto lo strumento del "regolamento del controllo" ovvero l'indispensabilità dei patti parasociali ovvero, ancora, la presenza indefettibile di comitati o soggetti terzi esterni al soggetto *in house* che eterodirigano gli organi.

18.2. Come ampiamente noto, difatti, l'*in house* – tolti i cardini di cui all'art. 5 del d. lgs. n. 50 del 2016 – non è un rapporto che si fonda su requisiti legali ma su condizioni di fatto riscontrabili in concreto su una dimensione fattuale.

18.3. L'analisi per l'accertamento dei requisiti *in house* in capo ad un soggetto infatti, come ha osservato anche questo Consiglio di Stato nel parere della Commissione speciale, 1° febbraio 2017, n. 282, deve essere svolta in concreto, in capo al singolo soggetto e tenendo conto delle specificità e delle geometrie ormai variabili che assumono i soggetti che si legano alle Amministrazioni sulla base di tale rapporto.

18.4. Anche Cineca, nel terzo motivo di appello (pp. 39-50 del ricorso), lamenta che la sentenza impugnata si baserebbe su considerazioni totalmente astratte, fondate esclusivamente sulla mancanza del predetto regolamento, ma prive di una analisi concreta dello statuto del consorzio, da svolgere anche alla luce delle circostanziate argomentazioni esposte nella memoria di replica depositata da Cineca il 10 marzo 2023, che infatti non sono in alcun modo menzionate né nella parte ricostruttiva (par. 10.4), né nella parte motiva della Sentenza (vds. par. 10.5, ove viene significativamente richiamata la sola memoria depositata in vista dell'udienza cautelare).

18.5. Ebbene Cineca deduce che, se avesse analizzato la memoria di replica (e, alla luce di questa, avesse letto lo statuto), il Collegio di prime cure avrebbe certamente percepito la scarsa o nulla comprensione della struttura di Cineca che emergeva dalla ricostruzione di Be Smart e non sarebbe caduto nell'equivoco di applicare al Consorzio le logiche e gli istituti giuridici che riguardano le società.

19. Le censure degli appellanti, che qui in sintesi sono state esposte, sono entrambe fondate nei sensi che qui vengono esposti.

19.1. Invero il primo giudice sembra avere trascurato, anzitutto, che Cineca ha una struttura consortile e, dunque, ad esso non è applicabile in modo immediato e meccanico il modello societario.

19.2. Contrariamente a quanto assunto dal giudice di prime cure, infatti, occorre interrogarsi e procedere con cautela in ordine alla concreta applicabilità del d. lgs. n. 175 del 2016 ai Consorzi in ragione della previsione di cui all'art. 1, commi 1 e 4, lett. b), dello stesso decreto, ai sensi del quale: *«le disposizioni del presente decreto hanno a oggetto la costituzione di società da parte di amministrazioni pubbliche, nonché l'acquisto, il mantenimento e la gestione di partecipazioni da parte di tali amministrazioni, in società a totale o parziale partecipazione pubblica, diretta o indiretta»* mentre restano ferme *«a) [...] b) le disposizioni di legge riguardanti la partecipazione di amministrazioni pubbliche a enti associativi diversi dalle società e a fondazioni»*.

19.3. Ne deriva che l'estremizzazione dell'applicazione del modello di società di capitali, e dell'influenza del soggetto pubblico sui relativi organi, così come delineata dal primo giudice, appare quantomeno discutibile se riferita a Cineca.

19.4. Ma non è solo l'applicazione indebita di un modello "pansocietario" ad un consorzio dalle indubbe peculiarità organizzative come Cineca che, invero, presta il fianco a critica e non va esente



da censura, perché, sotto altro e più decisivo aspetto, la sentenza impugnata non ha compiuto una disamina approfondita, e in concreto, dello statuto consortile per verificare se gli enti aderenti potessero o meno esercitare il c.d. controllo analogo.

19.5. Gli elementi presi a riferimento dalla sentenza di primo grado, pertanto, sono unicamente degli indici riferibili e permeanti rispetto alle società di capitali e, quindi, non rilevanti per l'analisi in concreto del controllo analogo congiunto svolto dai consorziati su Cineca.

20. Sul punto va richiamata la giurisprudenza costante di questo Consiglio di Stato quando afferma che *«il controllo analogo richiesto per configurare l'in house providing si sostanzia in un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti della società controllata, tale per cui quest'ultima, pur costituendo una persona giuridica distinta dall'ente pubblico partecipante, in realtà ne costituisce una mera articolazione organizzativa priva di effettiva autonomia»* e, in tale prospettiva, è necessario *«verificare in concreto se, sulla base dei diritti amministrativi inerenti allo strumento partecipativo, sussista effettivamente un potere di controllo»* (Cons. St., sez. V, 16 novembre 2018, n. 6456).

20.1. Ebbene, nel caso di specie il controllo effettivo e in concreto da parte del giudice di prime cure non vi è stato perché il Collegio si è piuttosto limitato a far proprie le doglianze del ricorrente senza veramente argomentare quali sarebbero le criticità della struttura del consorzio che impedirebbero, in concreto, la sussistenza del controllo analogo.

20.2. A normativa vigente difatti, come bene rilevano gli appellanti, non può in alcun caso affermarsi che l'assenza di comitati esterni, di accordi ovvero di patti parasociali, possa determinare *ex se* l'assenza del controllo analogo congiunto, dato che questo argomento – in negativo, per così dire – prova troppo.

20.3. Occorre, infatti, rilevare che anche nel caso della verifica in concreto di tale requisito sia il legislatore che gli organi amministrativi e giurisdizionali a tal fine deputati hanno accolto una declinazione sostanzialistica della nozione di controllo analogo, richiedendo, ai fini della concreta configurabilità del requisito, che le amministrazioni partecipanti siano in grado di esercitare sul soggetto affidatario un controllo di carattere sostanziale tale da assicurarle la possibilità di eterodirigerlo.

20.4. Si deve, inoltre, evidenziare che il controllo congiunto, per giurisprudenza costante, non deve essere considerato quale controllo paritario, ma è sufficiente che vi siano nello Statuto strumenti idonei ad assicurare che ciascuna pubblica amministrazione controllante, assieme alle altre, sia in grado di controllare l'attività del soggetto controllato.

20.5. A titolo esemplificativo si rappresenta che la Corte di Giustizia UE, con la sentenza 29 novembre 2012, C-182/11 ha precisato che, nel caso in cui le amministrazioni pubbliche detengano

congiuntamente un soggetto *in house* cui affidano l'adempimento di una delle proprie missioni di servizio pubblico, il requisito strutturale del controllo analogo può ritenersi sussistente anche in caso di controllo congiunto, a condizione che ciascuno degli enti pubblici affidanti abbia di per sé la possibilità di influire, in maggiore o minore misura, sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni rilevanti del soggetto strumentale (possibilità del resto assicurata dalle dinamiche di funzionamento degli organi consortili).

20.6. È del resto pertanto indiscusso che il controllo congiunto non postula alcuna influenza paritaria.

20.7. I poteri dei soggetti pubblici che partecipano (nel caso i consorziati) debbono infatti essere verificati secondo un criterio sintetico e non atomistico, sicché a tal fine è sufficiente che il controllo della mano pubblica sull'ente affidatario, purché effettivo e reale, sia esercitato dagli enti partecipanti nella loro totalità, senza che necessiti una verifica della posizione di ogni singolo ente (v., in particolare, Cons. St., sez. V, 10 settembre 2014, n. 4599, secondo cui «*(i)n ordine alla sussistenza del requisito del "controllo analogo", va rilevato che, secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, tale requisito deve intendersi sussistente anche se svolto non individualmente, ma congiuntamente dagli enti associati, deliberando se del caso anche a maggioranza, ma a condizione che il controllo sia effettivo, dovendo tale requisito essere verificato secondo un criterio sintetico e non atomistico, sicché è sufficiente che il controllo della mano pubblica sull'ente affidatario, purché effettivo e reale, sia esercitato dagli enti partecipanti nella loro totalità, senza che necessiti una verifica della posizione di ogni singolo ente; occorre, in particolare, verificare che il consiglio di amministrazione del soggetto affidatario in house non abbia rilevanti poteri gestionali e che l'ente pubblico affidante (rispettivamente la totalità dei soci pubblici) eserciti(no), pur se con moduli su base statutaria, concreti ed effettivi poteri di ingerenza e di condizionamento, sicché risulta indispensabile che le decisioni più importanti siano sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante o, in caso di in house frazionato, della totalità degli enti pubblici soci (Cons. St., sez. V, 8 marzo 2011, n. 1447; 24 settembre 2010, n. 7092; 29 dicembre 2009, n. 8970)*»).

20.8. Tali conclusioni sono state ribadite da numerose sentenze di questo consiglio di Stato, tra le quali Cons. St., sez. V, 18 luglio 2017, n. 3554 e da Cons. St., sez. V, 24 ottobre 2017, n. 4902.

20.9. Né va trascurato, per altro verso, quanto la Corte Giust. UE, 10 settembre 2009, in C-573/07, ha precisato rilevando che «*allorché varie autorità pubbliche scelgono di svolgere alcune delle loro missioni di servizio pubblico facendo ricorso ad una società che esse detengono in comune, è di norma escluso che una di tali autorità che possiede soltanto una partecipazione minoritaria in tale società eserciti da sola un controllo determinante sulle decisioni di quest'ultima*», sebbene la nozione di controllo analogo, giova qui ribadirlo, non coincida con quella di controllo societario.

21. La giurisprudenza inoltre ha individuato degli elementi sintomatici dell'effettività del controllo analogo congiunto anche se con partecipazione minoritaria.

21.1. Gli indici sintomatici utilizzati in tal senso dalla giurisprudenza sono – per il profilo qui in esame – i seguenti:

a) che l'attività della società affidataria si svolga tramite organi statutari composti da rappresentanti degli enti soci;

b) che gli enti soci esercitino un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di detta società.

21.2. Tutti questi elementi sono presenti nella struttura e nella disciplina del Consorzio.

21.3. L'assemblea consortile di Cineca, organo decisionale attraverso il quale passano tutte le determinazioni e le decisioni strategiche del Consorzio, è composta da un rappresentante di ogni amministrazione pubblica consorziata e da nessun soggetto esterno.

21.4. Parimenti, tutti gli altri organi di Cineca sono espressione e rappresentativi delle amministrazioni consorziate.

21.5. Il consiglio di amministrazione (cfr. art. 7 dello statuto), che è l'organo di governo amministrativo e di gestione economico patrimoniale del consorzio, è infatti sua volta una diretta espressione della volontà dei consorziati atteso che è composto da tre componenti individuati dall'assemblea consortile, tra i quali viene scelto il Presidente, e due componenti nominati dai Ministeri.

21.6. Al consiglio di amministrazione spettano tutte le competenze di amministrazione ordinaria e le proposte relative all'amministrazione straordinaria da sottoporre all'assemblea consortile.

21.7. A seguito delle intervenute modifiche statutarie del Consorzio i poteri del consiglio di amministrazione sono stati notevolmente ridimensionati in favore dell'assemblea consortile che, attualmente e incontestabilmente, detiene un potere di controllo generalizzato su tutte le attività del Consorzio.

22. Tutte le scelte determinanti l'attività del Consorzio passano inevitabilmente dall'assemblea consortile che inoltre, assieme agli altri organi, viene affiancata da Panel rappresentativi delle aggregazioni del sistema della formazione superiore che forniscono supporto istruttorio e decisionale per materia trattata (es. Panel dei Direttori generali delle Università, dei Ministeri, delle AFAM o degli EPR).

22.1. Ai sensi dell'art. 5, comma 6, dello statuto, tutte *«le deliberazioni devono essere approvate dalla maggioranza dei votanti; nel caso di parità di voti prevale il voto del Presidente»* e *«le deliberazioni di cui agli articoli 3, comma 3, e 5, comma 3, lettere a), b), c), e), g) e n) sono assunte con il voto favorevole di almeno due terzi dei componenti dell'Assemblea Consortile ovvero,*

*nell'ipotesi in cui non sia raggiunta tale maggioranza nella prima o seconda deliberazione, nelle successive deliberazioni con la maggioranza dei votanti».*

22.2. Emerge dunque chiaramente come il requisito di cui alla lettera b), comma 5, dell'art. 5 del d. lgs. n. 50 del 2016, nel Cineca, sia ampiamente assolto dal ruolo dell'assemblea e dalla partecipazione alla stessa di tutti i soggetti consorziati e non si vede dunque la ragione concreta riferibile al caso di specie, al di là delle astratte ragioni sistematiche esposte nei motivi della sentenza impugnata, per la quale il Consorzio dovrebbe creare un organo analogo e clone all'assemblea per esercitare poteri che già sono nelle mani dei consorziati.

22.3. Nel comma 6 dell'art. 5 dello statuto, inoltre, sono fissate i rigorosi quorum che consentono ai consorziati di incidere ed ingerire congiuntamente sulle determinazioni del Consorzio.

22.4. La sussistenza di un forte controllo analogo congiunto, come deducono le amministrazioni appellanti, emerge chiaramente da una lettura anche superficiale dello statuto del Consorzio dal quale possono essere individuati tutti i processi strategici e decisionali dello stesso e il coinvolgimento dell'assemblea e del consiglio di amministrazione quale espressione diretta di tutti i consorziati secondo un equilibrato e rappresentativo sistema di maggioranze.

22.5. Né può essere condiviso l'assunto del giudice di prime cure per il quale il controllo avrebbe una consistenza pulviscolare, atteso che il Collegio di prime cure non individua, in modo concreto e convincente, alcun indice critico riferibile agli organi del Consorzio in tema di loro idoneità o inidoneità ad esprimere il controllo analogo, al di là del fatto che i gli enti pubblici partecipanti sono numerosi (oltre 100).

23. Dall'esame delle norme statutarie e del concreto, fattuale, funzionamento dell'organismo *in house* si deve concludere insomma che nel caso di specie, a differenza di quanto ha ritenuto il primo giudice sulla base di un'analisi pregevole, ma soltanto astratta dell'istituto dell'*in house* sotto il profilo del controllo analogo congiunto, che sono soddisfatte – per il profilo qui in esame – tutte le condizioni previste dall'art. 5 del d. lgs. n. 50 del 2016 e precisate dalla giurisprudenza (v., per tutte, Cons. St., sez. VI, 29 ottobre 2021, n. 7272, con riferimento al CISIA) in caso di c.d. *in house* frazionato (o “pluripartecipato” o “pulviscolare”) e cioè:

a) gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori partecipanti;

b) tali amministrazioni aggiudicatrici sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinane sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della persona giuridica controllata;

c) la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori controllanti.

23.1. Le censure di Be Smart s.r.l., come ben deducono le appellanti, fanno spesso e talvolta in modo non perspicuo riferimento a norme statutarie o a pronunce giurisprudenziali anteriori alle più recenti modifiche statutarie, che hanno reso effettiva e seria la possibilità di controllo da parte degli enti partecipanti.

23.2. D'altro canto, merita qui solo aggiungere, a conclusione della disamina del motivo, la non secondaria circostanza, mai contestata da Be Smart s.r.l., per cui, a seguito dell'apertura dell'EUPILOT 7096/14/GROW - Affidamenti diretti al consorzio Cineca come caso presunto, i consorziati, a fronte della costante e puntuale interlocuzione intrattenuta dal Ministero con la Commissione europea, volta a rendere chiarimenti in ordine alla natura del consorzio, sono intervenuti sullo statuto del Cineca al fine di renderlo aderente alla prescrizioni della Commissione e al fine di superare le criticità evidenziate da questo stesso Consiglio di Stato con la sentenza 2660 del 2015.

23.3. Orbene, all'esito di tali interventi e degli ultimi chiarimenti richiesti, la Commissione europea il 7 ottobre 2021 ha comunicato allo Stato italiano l'archiviazione della denuncia di BE Smart ritenendo sussistente, dunque, la natura *in house* del Consorzio e ormai superate e infondate le censure sollevate dal denunciante, analoghe a quelle riportate nel presente giudizio.

23.4. Le recenti modifiche statutarie hanno introdotto un attento bilanciamento delle funzioni attribuite ai principali organi del Consorzio, anche in funzione dell'esercizio del controllo analogo congiunto (modifiche che sono state valorizzate in tale ottica dalla Corte dei Conti nella determinazione del 9 marzo 2023, n. 27).

23.5. Ne segue, conclusivamente, che i motivi di appello debbano essere accolti, con la conseguente riforma della sentenza impugnata nella parte in cui, erroneamente, ha ritenuto che nel caso di specie non sussistesse il requisito del controllo analogo c.d. congiunto.

24. L'ordine logico delle questioni imporrebbe l'analisi degli altri motivi assorbiti e riproposti da Be Smart s.r.l. nella memoria depositata il 13 giugno 2023 ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a.

24.1. Gli appellanti hanno sostenuto che i motivi assorbiti non sarebbero ammissibili perché non proposti da Be Smart s.r.l. nel primo atto di costituzione, ma in una successiva memoria, ma la loro tesi contrasta con il chiaro tenore dell'art. 101, comma 2, c.p.a., il quale, nel comminare la decadenza dalla riproposizione dei motivi di censura assorbiti, fa riferimento esclusivamente alla dimensione temporale, ovvero – come confermato dalla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato – *«alla scadenza del termine per la costituzione in giudizio, senza imporre che tale riproposizione debba essere fatta necessariamente in sede di memoria di costituzione in giudizio»* (Cons. St., sez. III, 22 febbraio 2018, n. 1139), sicché la decadenza va rapportata al solo termine ultimo di costituzione (v.

anche, sul punto, Cons. St., sez. IV, 6 ottobre 2017, n. 4659, con particolare riferimento al § 14, lett. b).

24.2. Si deve tuttavia rilevare che la difesa dell'appellata Be Smart s.r.l., nell'udienza pubblica del 17 ottobre 2023, ha espressamente dichiarato, in risposta a espressa richiesta del Collegio, che la conferma in appello dell'accoglimento del solo motivo proposto in prime cure e inerente alla violazione dell'art. 192, comma 2, del d. lgs. n. 50 del 2016 sotto il profilo della congruità economica dell'offerta di Cineca sarebbe integralmente soddisfattiva per le ragioni della ricorrente in prime cure, senza necessità in questo caso di procedere all'esame dei motivi non esaminati dal Tribunale e riproposti in appello, sicché, una volta annullato l'affidamento diretto a Cineca, Be Smart s.r.l. otterrebbe piena soddisfazione delle proprie ragioni.

24.3. Ciò considerando, dunque, non si dovrebbero esaminare i plurimi, complessi, motivi riproposti dalla parte appellata, inerenti al difetto degli ulteriori requisiti oggettivi e soggettivi dell'affidamento *in house* (con particolare riferimento alla presunta violazione dell'art. 192, comma 2, del d. lgs. n. 50 del 2016 per carenza delle ragioni di natura tecnico-organizzativa, per la dedotta incoerenza della compagine consortile, per l'affermata insussistenza del requisito dell'attività prevalente o sulla illegittimità degli aiuti di Stato ricevuti da Cineca), laddove il Collegio dovesse ritenere infondati i motivi di appello proposti dall'Università e da Cineca contro il capo della sentenza che ha annullato l'affidamento sul piano della valutazione relativa alla congruità della scelta per difetto di qualsivoglia comparazione tra l'offerta di Be Smart e i servizi offerti da Cineca.

24.4. Va qui solo ricordato che nel processo amministrativo opera con taluni temperamenti il principio dispositivo (v., sul punto, Adunanza plenaria, 27 aprile 2015, n. 5) e che la graduazione dei vizi-motivi, consistendo in una eccezione all'obbligo del giudice di esaminare tendenzialmente tutti i vizi di legittimità costitutivi del *thema decidendum* (siano essi articolati in un'unica o in più domande di annullamento proposte in via principale o incidentale), e trovando fondamento nella disponibilità degli interessi dei soggetti che agiscono in giudizio, richiede una puntuale ed esplicita esternazione da parte di questi ultimi, sia per ragioni di certezza dei rapporti processuali sia per evitare che sia il giudice a sostituirsi alle parti nella ricerca, per ciò solo arbitraria, della maggiore satisfattività dell'interesse concreto perseguito da queste ultime.

24.5. Alla luce di queste considerazioni non può considerarsi menomato il principio di pienezza ed effettività della tutela sancito dal codice del processo amministrativo (art. 1), in quanto lo sforzo collaborativo richiesto alle parti ha un contenuto minimo, è di pronta esecuzione ed è coerente con l'obbligo di queste ultime di cooperare col giudice per la realizzazione del giusto processo (art. 2).

24.6. In questa prospettiva risulta confermata la consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato che ha sempre richiesto, ai fini della rituale ed effettiva subordinazione dei motivi (ovvero delle

domande di annullamento), che questa sia espressa e non desumibile implicitamente dalla semplice enumerazione delle censure o dal mero ordine di prospettazione delle stesse (cfr. da ultimo Cons. St., sez. V, 8 aprile 2014, n. 1662; Cons. giust. amm., 7 marzo 2014, n. 98; Cons. St., sez. III, 24 maggio 2013, n. 2837).

25. Il Collegio ritiene dunque di posporre l'eventuale analisi degli ulteriori motivi assorbiti alla disamina delle censure inerenti alla valutazione della congruità, censure, come visto, accolte dal primo giudice, dato che la conferma del loro accoglimento, per espressa dichiarazione di Be Smart s.r.l., sarebbe integralmente soddisfattiva dell'interesse concreto da essa perseguito.

26. Ebbene, movendo ora all'analisi del secondo motivo di appello proposto dall'Università (pp. 17-28 del ricorso) e del secondo motivo di appello proposto da Cineca (pp. 16-39 del ricorso), entrambi i motivi sono infondati.

27. Gli appellanti sostengono, in sintesi, che la sentenza impugnata sarebbe chiaramente errata, in quanto traviserebbe completamente la ratio delle valutazioni che l'art. 192, comma 2, del d. lgs. n. 50 del 2016 richiede alle amministrazioni che intendano avvalersi del modello *in house*, pretendendo di parcellizzare ed atomizzare in diverse componenti una valutazione che deve invece essere necessariamente unitaria.

27.1. La relazione, contrariamente a quanto affermato dal giudice di prime cure, non deve essere il frutto di una comparazione economica tra offerte, perché così snaturerebbe l'istituto dell'*in house*, ma piuttosto è chiamata ad argomentare le considerazioni svolte dall'amministrazione nella scelta del mancato ricorso al mercato o del fallimento di mercato.

27.2. La motivazione che supporta la scelta di operare mediante affidamento *in house* è infatti finalizzata a rendere trasparenti e conoscibili agli interessati tanto le operazioni di riscontro delle caratteristiche che fanno dell'affidataria una società *in house*, quanto il processo d'individuazione del modello più efficiente ed economico alla luce di una valutazione comparativa di tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti e, pertanto, non dovrebbe avere il contenuto postulato dal primo giudice.

27.3. La sentenza, inoltre, si limiterebbe a contestare quanto dedotto nella relazione, ma non indicherebbe sul piano fattuale alcuna valida alternativa di mercato al quale l'Università avrebbe mancato di rivolgersi per reperire a prezzi inferiori i servizi necessari all'espletamento del proprio mandato istituzionale.

27.4. Entrambe le appellanti sottolineano a più riprese che l'Ateneo ha svolto l'analisi volta a parametrare differenti servizi offerti sul mercato (Be Smart, Cineca e CONSIP), tenuto conto della specificità ovvero della genericità degli stessi in relazione ai propri bisogni e dei prezzi oggetto di offerta.

27.5. Sostiene l'Università – p. 17 del ricorso – che le valutazioni compiute dall'Ateneo, lungi dall'essere astratte e apodittiche, sono invece quanto mai concrete e puntuali e, quindi, sono in linea con quanto richiesto dalla giurisprudenza amministrativa *in subiecta materia*.

27.6. Le soluzioni attualmente reperibili presso eventuali operatori di mercato sono in grado di coprire solo determinate aree (si pensi, a titolo esemplificativo, alla gestione della didattica e della contabilità), lasciando però scoperte altre aree essenziali per l'organizzazione e il funzionamento degli Atenei.

27.7. L'Ateneo evidenzia altresì, in modo chiaro, quali sarebbero le conseguenze negative derivanti dalla mancata integrazione delle soluzioni di Cineca (e, quindi, dall'affidamento a Be Smart s.r.l.).

27.8. Sarebbe così evidente (già a livello meramente intuitivo) l'indiscutibile beneficio economico che deriverebbe all'Ateneo dal completamento, con i servizi oggetto della delibera del 14 novembre 2022, dell'affidamento al Cineca, mentre risulterebbero, di converso, palesi le conseguenze negative che deriverebbero dal percorrere un'altra strada e, quindi, dal mantenere la “separazione” tra i fornitori dei vari servizi.

28. Analoghe censure ha sviluppato anche Cineca, secondo cui il Collegio di prime cure, nel prendere in considerazione e nel ritenere plausibili dette argomentazioni, ha debordato dai limiti del potere giurisdizionale, giungendo a sostituire le proprie valutazioni a quelle compiute dall'Ateneo (e a quest'ultimo riservate) e consentendo l'accesso, solo nella sede processuale, a dati che non erano stati (giustamente) valutati in sede procedimentale.

28.1. Oltre a questi aspetti, preme a Cineca segnalare, ad ogni buon conto, che Be Smart s.r.l., nell'articolare le proprie censure, nella sostanza si limita a portare argomenti (tra l'altro in modo assolutamente superficiale e senza alcun approfondimento tecnico, né prove documentali) volti ad affermare che le proprie soluzioni siano migliori o quantomeno equivalenti a quelle in concreto offerte da Cineca.

28.2. Il Collegio di prime cure, quindi, avrebbe dovuto rilevare l'inammissibilità delle relative censure, mentre erroneamente ha sposato il medesimo approccio, travisando del tutto *ratio* e spirito dell'art. 192 del d. lgs. n. 50 del 2016, nonché finendo per entrare nel merito di scelte tecnico discrezionali e comunque per non considerare, proprio per la mancata valutazione complessiva dell'intero corpo della relazione prodotta dall'Ateneo, che le parcellizzate censure di Be Smart s.r.l. non riescono a superare la “prova di resistenza”, nella misura in cui non pervengono al risultato di intaccare un giudizio complessivo compiuto dall'Ateneo che, invece, si fonda sull'interazione di elementi tecnici, economici, soggettivi e relazionali che sono stati ampiamente esposti, analizzati e documentati nella stessa Relazione.



28.3. La convenienza economica, del resto, dovrebbe essere valutata non in termini meramente “patrimoniali”, bensì con riferimento ai parametri generali di efficienza e buon andamento, oltre che ai benefici per la collettività, ed è nel descritto complessivo contesto – riguardante un coacervo articolato di elementi di valutazione, sia oggettivi che soggettivi, presi in considerazione, a dire di Cineca, puntualmente nella relazione – che l’Ateneo ha formulato le proprie valutazioni discrezionali di congruità economica dei servizi oggetto dell’affidamento, evidenziando come Cineca:

a) offra soluzioni sartoriali e di elevato livello qualitativo;

b) consenta di poter beneficiare di un unico interlocutore per l’ottenimento di molteplici servizi, che nessun operatore del mercato sarebbe in grado di offrire con analogo livello di completezza e integrazione.

29. Queste censure di cui si è dato sin qui sintetico ragguaglio, seppure con le precisazioni che ora verranno svolte, non meritano accoglimento.

29.1. Si può invero convenire con gli appellanti quando sostengono che la sentenza qui impugnata abbia preso in considerazione, nel censurare la valutazione svolta dall’Ateneo, elementi che mai erano stati considerati in sede procedimentale e, cioè, l’offerta prodotta tardivamente da Be Smart s.r.l. il 14 novembre 2022, quando l’affidamento a Cineca si era ormai perfezionato, perché, se fosse sufficiente a “bloccare” un affidamento già perfezionato la presentazione – strumentale – di un’offerta migliorativa da parte dell’operatore uscente, si finirebbe con mettere nelle mani di quest’ultimo (e di tutti gli operatori potenzialmente interessati) uno strumento per porre nel nulla tutti gli affidamenti *in house*, semplicemente presentando offerte migliorative non appena avuta contezza degli stessi, determinando una produzione di rilanci di offerte potenzialmente infinita.

29.2. Si può anche convenire con gli stessi appellanti allorché rilevano che l’analisi della sentenza impugnata presta il fianco ad una fondato rilievo di contraddittorietà nella misura e nella parte in cui sostiene che l’Ateneo avrebbe dovuto provvedere alle comparazioni economiche attraverso un’indagine di mercato da svolgersi con la richiesta di preventivi ad altri operatori, dimenticando che nella parte narrativa il Tribunale stesso aveva evidenziato che gli unici operatori del mercato in grado di erogare i servizi oggetto del presente giudizio sono il Consorzio e Be Smart s.r.l. che, di fatto, coprono il 90% dell’offerta dell’intero mercato dei servizi informatici per le Università e il 100% della tipologia di servizio richiesta (carriere e studenti).

29.3. E ciò, merita qui ricordarlo, nella corretta prospettiva secondo cui la congruità dell’attività istruttoria posta in essere dall’Amministrazione deve essere valutata caso per caso, non potendo escludersi la legittimità di un *modus procedendi* che non si traduca nell’effettuazione di specifiche indagini di mercato e/o di tipo comparativo, laddove sussistano plausibili, dimostrabili e motivate

ragioni, insite nell'affidamento del servizio all'organismo *in house*, per ritenere che l'affidamento mediante gara non garantisca (non, quantomeno, nella stessa misura di quello diretto) il raggiungimento degli obiettivi prefissati (Cons. St., sez. III, 12 marzo 2021, n. 2102).

29.4. Anche le Linee Guida ANAC in tema di *in house* in punto di convenienza economica, del resto, non impongono affatto un raffronto tra offerte tipico della gara pubblica, consentendo alla pubblica amministrazione di procedere ad un'autonoma ricerca basata anche sui prezzi delle convenzioni Consip, sui prezzari ufficiali, sui prezzi medi risultanti da gare bandite da pubbliche amministrazioni "confinanti" per l'affidamento di servizi identici o analoghi.

29.5. Cionondimeno deve essere recisamente respinto, l'assunto degli appellanti per cui la relazione, contrariamente a quanto affermato dal giudice di prime cure, non dovrebbe essere il frutto di una comparazione economica tra offerte, perché ciò snaturerebbe l'istituto dell'*in house*, ma dovrebbe solo esplicitare le considerazioni svolte dalla pubblica amministrazione nella scelta del mancato ricorso al mercato o del fallimento di mercato.

29.6. Al riguardo, infatti, si deve qui rammentare che la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (v., *ex plurimis*, Cons. St., sez. V, 6 maggio 2022, n. 3562), nel ribadire l'onere motivazionale "rafforzato" allorché la pubblica amministrazione ricorra alla strada dell'internalizzazione con lo strumento dell'*in house providing*, è stata sempre univoca nel richiedere:

- per un verso, una valutazione di convenienza della scelta di internalizzazione che tenga conto di tutti i parametri individuati dall'art. 192, comma 2, del d. lgs. n. 50 del 2016 (qui applicabile *ratione temporis*), di modo che ciascuno di essi deve sussistere per supportare l'affidamento *in house*, compreso quello di economicità della gestione, poiché è imposto all'amministrazione di dare conto, attraverso una valutazione complessa ed articolata, quali elementi fondanti la decisione di ricorrere all'*in house providing*, di una serie di parametri afferenti alla qualità del servizio (quali i benefici per la collettività della forma di gestione prescelta in termini di "universalità e socialità" del servizio nonché di "efficienza" e di "qualità" del servizio, oltreché di "ottimale impiego delle risorse pubbliche"), esulanti dall'economicità del medesimo in senso stretto, ma che, una volta esternati, concorrono a sostenere, sotto il profilo motivazionale, il provvedimento di affidamento, nel loro complesso e non in via autonoma e separata l'uno dall'altro;

- per altro verso, il giudizio di convenienza economica, riferito all'offerta, così come in concreto formulata dalla società partecipata, con specifico riferimento all'affidamento di che trattasi (cfr. Cons. St., sez. III, 27 agosto 2021, n. 6062, in specie laddove si osserva che «*deve dubitarsi che il profilo della economicità della scelta di internalizzazione costituisca solo un tassello della valutazione complessiva di convenienza di tale opzione organizzativa, la cui contestazione, pur se per ipotesi fondata, lascerebbe intatto il suo supporto giustificativo, affidato con carattere di*

*asserita autosufficienza agli altri parametri presi in considerazione dalla predetta disposizione: infatti, anche laddove si ritenga che i suddetti parametri abbiano carattere equiordinato, assumendo pari dignità nell'ambito del percorso motivazionale atto a giustificare la soluzione organizzativa de qua, deve ritenersi che ciascuno di essi debba parimenti sussistere al fine di legittimarne l'adozione, con la conseguenza, processualmente rilevante, che, accertata l'inesistenza (o errata valutazione) di uno di essi, con particolare riguardo a quello inerente alla economicità della gestione in house, debba automaticamente cadere la scelta complessiva»).*

30. Se così è, dunque, a sentenza appellata è perciò conforme a diritto nella parte in cui ha ritenuto che, a causa della carente istruttoria, sia rimasto violato il particolare onere motivazionale richiesto, quando la pubblica amministrazione decida di ricorrere all'affidamento *in house*, dagli artt. 192, comma 2, del d. lgs. n. 50 del 2016 e 34, comma 20, del d.l. n. 179 del 2012, così come interpretati dalla prevalente giurisprudenza amministrativa, la quale ha avuto modo di evidenziare:

- che l'obbligo di redigere la relazione discende da disposizioni particolarmente stringenti, già presenti nell'ordinamento, e da ultimo ribadite dall'art. 192, comma 2, del d. lgs. n. 50 del 2016 applicabile *ratione temporis* (cfr. Cons. St., sez. V, 8 aprile 2019, n. 2275, nella cui motivazione si sottolinea come l'amministrazione sia chiamata ad effettuare una scelta per l'individuazione della migliore modalità di gestione del servizio rispetto al contesto territoriale di riferimento e sulla base dei principi indicati dalla legge, esercitando i propri poteri discrezionali al fine di tutelare l'interesse generale al perseguimento degli «*obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e qualità del servizio*», ma con valutazioni che «*riguardando l'organizzazione del servizio e la praticabilità di scelte alternative da parte del Comune, devono essere svolte in concreto, con un'analisi effettuata caso per caso e nel complesso*»;

- che i sopra menzionati artt. 34, comma 20, del d.l. n. 179 del 2012, e 192, comma 2, del d. lgs. n. 50 del 2016 - conformi al diritto dell'Unione europea, come accertato dalla Corte di giustizia UE nell'ordinanza del 6 febbraio 2020, in C-89/19 e in C-91/19 (*Rieco s.p.a.*) - pongono alle amministrazioni un onere di istruttoria e motivazione "rafforzati" per l'*in house providing* (cfr. Cons. St., sez. V, 23 febbraio 2021, n. 1596);

- che, in particolare, con specifico riferimento alla prospettiva economica, si richiede all'amministrazione di valutare la convenienza dell'affidamento del servizio secondo lo schema dell'*in house* rispetto all'alternativa costituita dal ricorso al mercato, attraverso una comparazione tra dati da svolgersi mettendo a confronto operatori privati operanti nel medesimo territorio, al fine di dimostrare che quello fornito dalla società *in house* è il servizio più economicamente conveniente ed in grado di garantire la migliore qualità ed efficienza (cfr. Cons. St., sez. V, 16 novembre 2018, n. 6456, secondo cui «*è onere dell'autorità amministrativa affidante quello di rendere comunque*

*comparabili i dati su cui il confronto viene svolto»*, con necessaria allegazione di “dati di dettaglio”, richiamato da Cons. St., sez. IV, 15 luglio 2021, n. 5351, cui si rinvia anche per i profili di compatibilità costituzionale della disciplina dettata dal d. lgs. n. 50 del 2016).

31. Non basta dunque all’Ateneo avere evidenziato nella relazione come sia un valore aggiunto rispetto a quanto reperibile sul mercato (e, quindi, rispetto alle soluzioni, pur valide, offerte da Be Smart s.r.l., unico altro *player* in grado di offrire soluzioni sostituibili) il fatto che le soluzioni offerte da Cineca non solo siano “sartoriali” e perfettamente integrate ed integrabili rispetto al “mondo” dell’Istruzione pubblica universitaria – e, quindi, caratterizzate da un innegabile, quanto evidente elemento esperienziale, non paragonabile a quello reperibile sul mercato – ma garantiscano anche alti livelli qualitativi coniugati ad una forte presenza e disponibilità.

32. Occorre invece svolgere anche, e necessariamente, una effettiva e apprezzabile comparazione di dati tra l’offerta di Cineca e quella di Be Smart s.r.l. che consenta di comprendere e ponderare se e quale costo Be Smart s.r.l. sia in grado di svolgere in favore dell’Università i servizi richiesti dall’Ateneo e questa specifica comparazione, altrettanto basilare per soddisfare il rigoroso requisito motivazionale imposto dell’art. 192, comma 2, del d. lgs. n. 50 del 2016, è di fatto mancata nella pur ampia e dettagliata relazione dell’Università, che si è soffermata ad evidenziare e, per certi versi, persino a magnificare l’alta qualità dei servizi resi da Cineca, anche sotto il profilo certo non secondario dell’interoperabilità, senza nel contempo svolgere quella essenziale comparazione di dati economici che è un tassello indispensabile della convenienza economica intesa anzitutto – anche se, ovviamente, non solo in un’ottica complessiva – come rapporto qualità/prezzo.

33. La tesi delle appellanti, secondo cui basterebbe all’amministrazione dimostrare – come nel caso di specie sarebbe stata dimostrata – soltanto la ineludibile necessità di ricorrere all’affidamento diretto per il fallimento del mercato, in assenza di servizi esistenti sul mercato qualitativamente comparabili a quello di Cineca, prova del resto troppo, indulgiando sulla sottile ma sviante distinzione tra congruità economica dell’offerta dei soggetti *in house* (e, qui, di Cineca, dimostrata in sostanza dall’alta qualità dei servizi offerti, di fatto – a loro dire – insurrogabili e dall’esistenza di economie di scala) e convenienza economica della scelta (che postula una comparazione e non sarebbe richiesta dal legislatore), e si pone non solo in contrasto non solo con una ragionevole ed equilibrata applicazione delle disposizioni in materia di *in house providing*, ma anche con il rilievo che «una diversa interpretazione dell’art. 192, comma 2, che condurrebbe a richiedere - piuttosto che la prova della ragionevolezza economica della scelta compiuta - la dimostrazione del fallimento del mercato tale da rendere inevitabile il ricorso all’affidamento diretto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 7 gennaio 2019, n.138, nella prospettiva di sollevare la questione interpretativa pregiudiziale alla Corte di Giustizia), renderebbe tale norma sostanzialmente riproduttiva della previsione di cui all’art. 23-

*bis* [del d.l. n. 112 del 1998] e si rivelerebbe antitetica alla volontà popolare espressa con il referendum del 12 e 13 giugno 2011» (così la già menzionata sentenza di Cons. St., sez. IV, 15 luglio 2021, n. 5351).

34. L'importanza della comparazione, in termini di convenienza economica, emerge del resto chiaramente dall'art. 7, comma 2, del d. lgs. n. 36 del 2023, vigente codice dei contratti pubblici, laddove il legislatore ha richiesto una necessaria valutazione sulla congruità economica della prestazione anche in relazione al perseguimento di diversi obiettivi, tra cui quello della economicità e si è premurato di chiarire che «*i vantaggi di economicità possono emergere anche mediante la comparazione con gli standard di riferimento della società Consip S.p.a. e delle altre centrali di committenza, con i parametri ufficiali elaborati da altri enti regionali nazionali o esteri oppure, in mancanza, con gli standard di mercato*».

35. In questo senso, dunque, si rivela meramente tautologica, in difetto di tale comparazione, l'argomento, anche in questa sede sostenuto dagli appellanti, per cui Cineca sia in grado di fornire servizi in misura maggiore, nonché qualitativamente migliori e integrate, rispetto agli altri operatori del mercato (ossia, Be Smart s.r.l.), grazie alla funzione istituzionale dello stesso Consorzio, nato proprio per garantire un alto livello qualitativo dei servizi e l'integrazione tra i soggetti afferenti all'Istruzione universitaria pubblica, e sia in grado altresì di garantire, a fronte di servizi qualitativamente elevati e integrati, un costo comparativamente più basso – complessivamente considerato – per la semplice osservazione che, data la struttura consortile, quanto “pagato” al Consorzio torna comunque a beneficio degli enti consorziati (tra i quali lo stesso Ateneo).

36. Non si vuole qui, si badi, contestare l'alta qualità dei servizi offerti da Cineca, ma evidenziare la necessità di istituire un necessario confronto anche economico con analoghi servizi offerti da altri operatori, laddove rinvenibili sul mercato, prima di giungere in modo aprioristico ed apodittico alla necessità che la soluzione dell'*in house* sia necessitata, soluzione che deve essere, appunto, la conclusione e non certo la premessa – più o meno convincentemente argomentata – dell'analisi motivata da svolgersi nella relazione di cui all'art. 192, comma 2, del d. lgs. n. 50 del 2016.

37. Diversamente argomentando si finirebbe per legittimare l'affidamento *in house* a CINECA anche a prezzi superiori a quelli di mercato con possibili conseguenze sulla valutazione in corso da parte della Commissione europea sulla questione se i pagamenti corrisposti dalle università italiane al Cineca per i servizi informatici costituiscono aiuti di Stato.

38. Infine, si osserva che, nel caso di specie, la già menzionata percentuale del mercato detenuta da Cineca e il fatto che Be Smart sia in concreto uno dei pochi concorrenti, se non l'unico, costituiscono elementi che rendono ancor più importante l'obbligo di procedere a una seria valutazione della congruità delle prestazioni rese dal soggetto *in house* e della economicità dell'affidamento rispetto

alle prestazioni rese dalla società appellata che la stessa Università ben conosceva anche in termini economici.

39. Ne segue che la sentenza impugnata, per le ragioni specifiche sin qui enunciate, merita senz'altro conferma laddove ha ravvisato la violazione dell'art. 192, comma 2, del d. lgs. n. 50 del 2016 nella valutazione svolta dall'Università appellante, con il conseguente obbligo conformativo, per quest'ultima, di svolgere una motivata valutazione di convenienza economica, secondo la disciplina normativa applicabile ora per allora anche in sede di riesame in conseguenza all'annullamento in sede giurisdizionale, attraverso un raffronto completo e attualizzato non solo dei servizi offerti da Cineca e di quelli offerti da Be Smart s.r.l., ma anche i relativi prezzi, in modo da spiegare in modo esauriente se nel rapporto qualità/prezzo lo strumento dell'internalizzazione sia realmente conveniente sul piano economico per l'Ateneo, insieme, ovviamente, agli altri elementi contemplati dallo stesso art. 192, comma 2, del d. lgs. n. 50 del 2016 e cioè, come detto, i benefici per la collettività della forma di gestione prescelta in termini di "*universalità e socialità*" del servizio nonché di "*efficienza*" e di "*qualità*" del servizio, oltreché di "*ottimale impiego delle risorse pubbliche*", criteri esulanti dall'economicità del medesimo in senso stretto, ma che, una volta esternati, concorrono a sostenere, sotto il profilo motivazionale, il provvedimento di affidamento, nel loro complesso e non in via autonoma e separata l'uno dall'altro.

40. In conclusione, per tutte le ragioni sin qui ampiamente esposte, gli appelli qui riuniti devono essere in parte accolti, quanto alla ritenuta insussistenza, da parte del primo giudice, del requisito del c.d. controllo analogo congiunto, mentre devono essere respinti nel resto, con la conseguente conferma, per dette ragioni, della sentenza impugnata, che ha annullato l'affidamento diretto, ravvisando correttamente anche i presupposti di tale annullamento ai sensi dell'art. 121, comma 1, lett. a) c.p.a. e, comunque, dell'art. 122 c.p.a.

41. L'Università dovrà conformarsi a quanto statuito nelle motivazioni della presente sentenza ed effettuare nuovamente, in particolare, una valutazione circa la congruità economica attenendosi ai principî sopra dettati entro sessanta giorni dalla notificazione o, se anteriore, dalla comunicazione della presente sentenza.

42. Gli ulteriori motivi assorbiti dal primo giudice e qui ritualmente riproposti dall'appellata, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a., come si è accennato *supra* (v. 24.4. e ss., a cui qui ci si richiama per obbligo di sintesi), non devono essere pertanto esaminati, stante la satisfattività delle ragioni sin qui espresse e delle statuizioni sin qui adottate per Be Smart s.r.l., come il difensore della stessa ha dichiarato in sede di udienza pubblica.

42.1. In effetti, non può dubitarsi che l'interesse legittimo oppositivo azionato da Be Smart s.r.l., in termini di concretezza ed attualità, non sia altro e altro non possa essere, sul piano sostanziale, che

quello di ottenere l'annullamento, qui confermato, dell'affidamento diretto a Cineca, competendo comunque all'amministrazione, in sede di riesercizio del potere, l'obbligo di (ri)esaminare nell'attualità la sussistenza di tutti i presupposti dell'affidamento diretto *in house* stabiliti dal legislatore negli ovvi limiti conformativi segnati dal giudicato.

43. Le spese del doppio grado del giudizio, per la complessità delle ragioni in fatto e in diritto sin qui esposte, possono essere interamente compensate tra le parti.

43.1. L'Università e le altre amministrazioni appellanti, così come Cineca, in quanto soccombenti comunque nel merito, devono essere condannate a rimborsare il contributo unificato sostenuto da Be Smart s.r.l. per la proposizione del ricorso e dei motivi aggiunti in prime cure.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Settima), definitivamente pronunciando sugli appelli, proposti dall'Università Mediterranea di Reggio Calabria, dal Ministero dell'Istruzione e del Merito, dal Ministero dell'Università e della Ricerca e dall'ANAC – Autorità Nazionale Anticorruzione nonché da Cineca – Consorzio Interuniversitario, previa loro riunione, li accoglie in parte, ai sensi di cui in motivazione, e per il resto conferma, sempre ai sensi di cui in motivazione, la sentenza impugnata e, in particolare, l'annullamento dell'affidamento disposto dall'Università stessa e la dichiarazione dell'inefficacia dell'atto di affidamento sottoscritto tra le parti.

Compensa interamente tra le parti le spese del doppio grado del giudizio.

Condanna in solido l'Università Mediterranea di Reggio Calabria e Cineca – Consorzio Interuniversitario a rimborsare il contributo unificato richiesto per la proposizione del ricorso e dei motivi aggiunti in primo grado.

Pone definitivamente a carico dell'Università Mediterranea di Reggio Calabria, del Ministero dell'Istruzione e del Merito, del Ministero dell'Università e della Ricerca e dell'ANAC – Autorità Nazionale Anticorruzione nonché di Cineca – Consorzio Interuniversitario il contributo unificato rispettivamente richiesto per la proposizione degli appelli.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 17 ottobre 2023, con l'intervento dei magistrati:

Roberto Chieppa, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere, Estensore

Daniela Di Carlo, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

