



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Consiglio di Stato

Sezione Seconda

Adunanza di Sezione del 13 febbraio 2013

NUMERO AFFARE 00018/2013

OGGETTO:

Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, Dipartimento per la programmazione e la gestione delle risorse umane, finanziarie e strumentali.

Quesito in materia di affidamento in via diretta al Cineca, da parte del MIUR, di servizi nel campo dell'informatica, concernenti il sistema universitario, della ricerca e scolastico.

LA SEZIONE

Vista la relazione n. A00UF GAB n. 27144/PF del 28 dicembre 2012, con la quale il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, Dipartimento per la programmazione e la gestione delle risorse umane, finanziarie e strumentali ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull'affare consultivo in oggetto;

Esaminati gli atti e udito il relatore, Consigliere Gerardo Mastrandrea;

Premesso e considerato:

Il quesito ha come oggetto il possibile affidamento in via diretta al Cineca, secondo il modello “*in house*”, da parte del Ministero dell’istruzione, dell’università e della ricerca, consorziato nel Consorzio Cineca assieme a numerosi Atenei ed Enti pubblici di ricerca, di prestazioni di servizio nel campo dell’informatica, concernenti il sistema universitario, della ricerca e scolastico.

In merito a tale evenienza, l’Amministrazione, preliminarmente, osserva come sia un dato pacifico, in giurisprudenza e dottrina, che l’organismo “*in house*” di un’amministrazione pubblica corrisponda alla figura che, seppur soggettivamente distinta, presenta caratteristiche tali da poterla qualificare come una “derivazione” o *longa manus* di tale amministrazione, ossia come figura incaricata di una gestione in qualche modo riconducibile allo stesso ente affidante o a sue articolazioni, secondo un modello di organizzazione meramente interno, qualificabile in termini di delegazione interorganica (Cons. Stato, Ad. plen. 03/03/2008, n. 1).

Evidenzia, quindi, l’Amministrazione che, prioritariamente rispetto alla verifica della ricorrenza delle due note condizioni di ammissibilità degli affidamenti diretti “*in house*” (controllo analogo e parte più importante dell’attività svolta), la sussistenza di una relazione “*in house*” tra una pubblica amministrazione ed un organismo partecipato possa essere affermata solo allorquando il secondo sia stabilmente investito della capacità di svolgere le prestazioni che la prima intenda affidargli, dovendosi trattare di un organismo istituzionalmente qualificato come forma organizzativa interna per lo svolgimento delle attività che la p.a. si proponga di attuare per il suo tramite.

Nel caso di specie, pare all’Amministrazione richiedente che il Cineca, partecipato dal MIUR, da Università e da Enti pubblici di ricerca, sebbene svolga la propria attività di servizio eminentemente nel settore dell’istruzione superiore e della ricerca scientifica, possa essere considerato istituzionalmente titolare della capacità di operare su incarico del MIUR anche nell’interesse del settore scolastico.

Ciò, secondo l'Amministrazione, alla luce del nuovo Statuto consortile del Cineca, approvato con D.M. 19 giugno 2012, in base al quale tale Consorzio, non avente scopo di lucro e sottoposto alla vigilanza del MIUR, che opera nell'esclusivo interesse degli Enti consorziati ed in esecuzione o comunque in conformità alle decisioni di affidamento o di incarico provenienti da tali Enti, cui è tenuto a dare esecuzione, rappresenta lo strumento organizzativo specializzato, appositamente costituito ed operante per lo svolgimento delle attività, anche con carattere di impresa, indicate nell'art. 3 (art. 1, commi 2 e 3, art. 3, comma 2). Un organismo, cioè, a mezzo del quale i consorziati realizzano loro compiti di produzione di servizi ad alta potenzialità ed efficienza e di trasferimento applicativo di tecnologie per lo sviluppo e l'eccellenza del sistema nazionale dell'istruzione superiore e della ricerca, perseguendo a tal fine gli scopi indicati al comma 1 dell'articolo 3 del predetto Statuto, nei confronti sia degli Enti consorziati sia dei terzi, ma sempre nell'interesse degli Enti consorziati, tra i quali l'elaborazione, la predisposizione e la gestione, nell'interesse del sistema nazionale dell'istruzione, dell'università e della ricerca, di appositi sistemi informatici, nel quadro del contributo annuale erogato dal MIUR al Cineca stesso, correlato alle attività poste in essere dal Consorzio (lett. f), che richiama l'art. 16, co. 1, lett. b).

Sulla base delle predette disposizioni statutarie, a parere dell'Amministrazione richiedente, discende la fondatezza della qualificazione del Cineca quale strumento organizzativo cui il MIUR, in veste di consorziato, può stabilmente ricorrere per l'elaborazione di sistemi informatici anche a vantaggio del mondo dell'istruzione non universitaria.

Evidenza, altresì, il Ministero richiedente che la legittimazione del Cineca ad operare per il MIUR trova il proprio presupposto anche a livello legislativo. In particolare, l'articolo 7, comma 42-bis, del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135, attribuisce al

consorzio derivante dal processo di accorpamento dei consorzi interuniversitari Cineca, Cilea e Caspur, il compito di assicurare l'adeguato supporto, in termini di innovazione e offerta di servizi, alle esigenze del Ministero, del sistema universitario, del settore ricerca e del settore istruzione. Tale accorpamento, precisa l'Amministrazione, è già in atto, nella fase preliminare in cui il Cineca ha assunto in affitto le aziende del Caspur e del Cilea, al fine di anticipare la loro incorporazione, programmata entro il 30/06/2013, potendosi, quindi, affermare che già allo stato attuale il Cineca risulta il soggetto istituzionalmente deputato ad agire, in virtù della citata previsione di legge, a supporto delle esigenze di innovazione informatica dei settori dell'istruzione, dell'università, della ricerca.

In ragione di quanto esposto, in merito alla condizione della preposizione istituzionale del Cineca ad agire per conto del MIUR, deriverebbe, secondo l'Amministrazione, la sussistenza delle due condizioni di ammissibilità degli affidamenti "*in house*" dal MIUR al consorzio: controllo analogo e parte più importante dell'attività svolta.

Quanto al "controllo analogo", il MIUR precisa di disporre, in base alle previsioni statutarie, di poteri di controllo analogo sul Cineca, da esercitare in via congiunta con gli altri consorziati secondo il principio maggioritario (a seconda dei casi, maggioranza semplice, assoluta o qualificata), così come ritenuto ammissibile in base a pronunce di questo Consiglio (vedi n. 8970/2009, n. 7092/2010 e n. 1447/2011) e non da ultimo della Corte di giustizia europea - che, anche di recente (C. Giust. UE, 29 novembre 2012, in cause riunite C-182/11 e C-183/11, Econord) ha avuto modo di dichiarare che "quando più autorità pubbliche, nella loro veste di amministrazioni aggiudicatrici, istituiscono in comune un'entità incaricata di adempiere compiti di servizio pubblico ad esse spettanti, oppure quando un'autorità pubblica aderisce ad un'entità siffatta, la condizione enunciata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, secondo cui tali

autorità per essere dispensate dal loro obbligo di avviare una procedura di aggiudicazione di appalto pubblico, in conformità alle norme del diritto dell'Unione, debbono esercitare congiuntamente sull'entità in questione un controllo analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi, è soddisfatta qualora ciascuna delle autorità stesse partecipi sia al capitale sia agli organi direttivi dell'entità suddetta”.

Si tratta, in particolare, delle previsioni statutarie che stabiliscono le prerogative del MIUR, alcune delle quali, anche sostanzialmente più estese rispetto non solo a quelle riconosciute agli altri consorziati ma, soprattutto, a quelle richieste quali requisiti dell' *“in house providing”*: la presenza di un rappresentante del MIUR in tutti gli organi direttivi del Cineca (il Consiglio consortile – art. 7, co. 1, lett. b); il Consiglio di Amministrazione – art. 11, co. 1, lett. d); il Collegio dei revisori dei conti – art. 13, co. 1); la possibilità di assumere le più importanti deliberazioni del Consiglio consortile solo con il voto favorevole del rappresentante del MIUR, che, pertanto, dispone di una sorta di diritto di veto (art. 7, co. 5 e art. 8, co. 1, lett. l); il potere attribuito al MIUR di disporre lo scioglimento degli organi consortili, per gravi inadempienze o perdite (art. 20).

A termini di legge, al MIUR è, poi, riservato il potere di approvare lo Statuto del Cineca (art. 61, RD 31/08/1933, n. 1592), nonché le sue modifiche.

Con riferimento all'ulteriore tema della verifica degli elementi atti ad accertare la condizione dello svolgimento, da parte del Cineca, della “parte più importante dell'attività” nell'interesse dei consorziati, il Ministero richiedente osserva come alcuni degli scopi statutarie più rilevanti assegnati sin dall'origine al Cineca siano espressivi di un'ampia missione di servizio pubblico caratterizzata non solo dalla stretta erogazione di prestazioni per gli enti consorziati, ma anche dalla fornitura di servizi e di trasferimento di tecnologia verso l'esterno, in favore del complessivo sistema nazionale della ricerca, anche applicata (lett. a), b), c) ed e), dell'articolo 3,

comma 1, in particolare, il servizio di calcolo scientifico), ai fini del perseguimento di obiettivi di interesse degli enti consorziati nel settore della ricerca scientifica applicata alle tecnologie informatiche.

Anche le prestazioni rese a terzi in attuazione di questa missione di servizio pubblico, prosegue l'Amministrazione, rientrano, quindi, nella parte più importante dell'attività comunque svolta nell'interesse degli enti consorziati, poiché rappresentano sempre il frutto di "decisioni di affidamento" al Cineca di attività rientranti nei compiti istituzionali dei soggetti affidanti (cfr. art. 3, co. 1, dello Statuto Cineca, cit.). A tale proposito, viene citata la sentenza C. Giust. CE, 11 maggio 2006, in causa 0-340/04, Carbotermo, punti 65-67, secondo cui per individuare la parte più importante dell'attività svolta nell'interesse dei soggetti pubblici partecipanti, il "fatturato determinante" dell'entità partecipata è tutto quello che essa comunque realizza in attuazione e nell'ambito delle "decisioni di affidamento" assunte dai predetti soggetti pubblici, compreso quello ottenuto dai terzi utenti delle prestazioni fornite in forza di tali decisioni di affidamento, precisando, altresì, secondo i dati forniti dal Consorzio in questione, che la quasi totalità del relativo fatturato (circa il 90%, in attesa che le nuove direttive europee in preparazione formalizzino una tale soglia minima necessaria) deriva da servizi resi nell'interesse dei consorziati nel senso anzidetto.

Conclude il MIUR chiedendo, in definitiva, a questo Consiglio l'espressione del parere in merito al quesito come in inizio indicato.

Tutto ciò premesso, osserva il Collegio che a partire dalla celebre sentenza Teckal del 1999, le pronunce del giudice comunitario e dei giudici nazionali intervenute hanno via via aggiunto ulteriori momenti di regolazione interpretativa delle condizioni di legittima applicazione in ambito pubblicistico del modello della società "*in house*", giungendo ad ammettere anche il c.d. "*in house* frazionato", nondimeno fissando in maniera sempre più restrittiva rigorose condizioni per il

ricorso ad un istituto che resta sempre un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario; con la conseguenza di elaborare un elenco di indici identificativi da utilizzare per verificare la legittimità del ricorso all' "*in house providing*", rappresentanti elementi strutturali e/o funzionali di una figura soggettiva, richiamati a volte in positivo, per certificarne i presupposti fondanti, e a volte in negativo, per escludere la sussistenza dei necessari requisiti.

Se, quindi, tra i requisiti dell'istituto in questione sono senz'altro da annoverare quelli indicati dal Ministero istante (totale partecipazione pubblica, controllo analogo, anche congiunto nel caso di affidamento "*in house*" in favore di società partecipata da più enti pubblici, prevalenza dell'attività con l'ente affidante), va evidenziato come una società partecipata dal pubblico per poter essere incaricata direttamente della gestione di un compito non debba presentare alcuni caratteri, tra i quali la presenza di privati al capitale sociale o anche la mera previsione statutaria di una futura ed eventuale privatizzazione; la presenza di previsioni statutarie che permetterebbero alla società di acquisire una vocazione commerciale tale da rendere precario il controllo da parte dell'ente pubblico (ad esempio, la possibilità di ampliare l'oggetto sociale; l'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali; l'espansione territoriale dell'attività della società a tutta l'Italia e all'estero, cfr. Corte di Giustizia sentenze 13 ottobre 2005, causa C-458/03 - Parking Brixen GmbH e 10 novembre 2005, causa C-29/04 - Mödling o Commissione c/ Austria; Corte Costituzionale sentenza n. 439/2008).

Ciò doverosamente evidenziato, nel segnalare che, all'articolo 3, comma 3, del più volte citato nuovo Statuto del Cineca, il quale, vale ricordare, svolge le attività indicate nell'articolo 3 dello Statuto medesimo "anche con carattere di impresa" (art. 1, co. 2), si rinviene una disposizione che testualmente recita: "Per conseguire i propri fini istituzionali il Consorzio, nei limiti consentiti dall'ordinamento, può acquisire partecipazioni in società di capitali o altri consorzi ovvero demandare a

soggetti terzi l'esercizio di parte delle attività affidategli pur mantenendone la titolarità nei confronti dei committenti", la Sezione, al fine della verifica della compatibilità con la *mission* consortile dei servizi informatici, oggetto del quesito in esame e che il MIUR intenderebbe affidare al predetto Consorzio secondo il modello dell'"*in house providing*", ritiene opportuno chiedere, anzitutto, che venga meglio chiarita l'esatta natura e la portata dei predetti servizi informatici da affidarsi in via diretta.

Ma la Sezione ritiene, altresì, ben opportuno che sulle problematiche poste con il presente quesito, nel quadro integrato come sopra delineato, vengano acquisiti con particolare sollecitudine, nel rispetto delle prerogative e delle attribuzioni, gli avvisi dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, del Ministero dell'economia e delle finanze, nonché delle strutture pubbliche nazionali preposte a favorire la digitalizzazione della pubblica amministrazione (già DigitPA), nonché ancora del Garante per la protezione dei dati personali, per quanto concerne, in questo caso, le interferenze con la materia del trattamento dei dati personali.

Vorrà l'Amministrazione richiedente il parere, onerata di dette acquisizioni, inoltrare alla Sezione gli avvisi delle menzionate Amministrazioni.

P.Q.M.

Sospende l'emissione del parere richiesto sul quesito in oggetto, in attesa dei chiarimenti e degli ulteriori apporti sopra indicati.

L'ESTENSORE
Gerardo Mastrandrea

IL PRESIDENTE
Pietro Falcone

IL SEGRETARIO

Tiziana Tomassini