

Publicato il 27/02/2017

N. 02922/2017 REG.PROV.COLL.
N. 10615/2015 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10615 del 2015, proposto dalla:
società Be Smart s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato
e difeso dagli avvocati Filippo Arturo Satta C.F. STTFPP40B02D969D, Gian
Michele Roberti C.F. RBRGMC59D04F839Z, Anna Romano C.F.
RMNNNA65L63D612E e Raffaele Fragale C.F. FRGRFL78S30A089B, con
domicilio eletto presso lo Studio Legale Satta Romano & Associati, in Roma,
Foro Traiano n. 1/A;

contro

Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, in persona del legale
rappresentante p.t., rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura generale
dello Stato, domiciliata in Roma, Via dei Portoghesi n. 12;

nei confronti di

Consorzio Interuniversitario Cineca, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Caia C.F.
CAIGPP54B17I608V, Nicola Aicardi C.F. CRDNCL66E04A944B e

Ruggiero Cafari Panico C.F. CFRRGR49R11H223L, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giuseppe Caia, in Roma, viale Parioli n. 180;

per l'annullamento

del decreto del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca n. 335 dell'8 giugno 2015, recante i criteri di ripartizione del Fondo di Finanziamento Ordinario (cd. F.F.O.) per l'anno 2015 e dell'allegato 3 del suddetto decreto nella parte in cui assegnano al Consorzio Interuniversitario Cineca un contributo di € 11.000.000 per il supercalcolo e un contributo di € 18.700.000 per il "funzionamento dei servizi messi a disposizione del MIUR e del sistema universitario";

e per quanto possa occorrere

dei pareri dell'A.n.v.u.r. del 13 maggio 2015, del Consiglio Universitario Nazionale del 20 maggio 2015, della Conferenza dei Rettori delle Università italiane dell'8 maggio 2015 e del Consiglio Nazionale degli Studenti Universitari del 22 maggio 2015, tutti richiamati nel decreto impugnato e non conosciuti;

nonché di ogni altro atto presupposto, connesso o conseguente eventualmente adottato e non conosciuto dalla ricorrente;

e per l'accertamento

dell'illegittimità delle misure finanziarie adottate in favore di Cineca in quanto aiuto di Stato adottato in violazione delle disposizioni del T.F.U.E.;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca e del Consorzio Interuniversitario Cineca;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 febbraio 2016 la dott.ssa Maria Cristina Quiligotti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La vicenda all'esame del Collegio.

Si premette, quanto alla posizione dell'odierna ricorrente, che, da quanto da parte della stessa rilevato in ricorso, emerge che:

- la società Be Smart s.r.l. (di seguito solo Be Smart o la ricorrente) è una società specializzata nella realizzazione e nello sviluppo di sistemi di software a elevato contenuto tecnologico che offre sul mercato software gestionali essenzialmente dedicati alle Università e alle pubbliche amministrazioni e che si occupa, inoltre, dello sviluppo di applicazioni internet (ossia sviluppo di siti web e di applicazioni di e-commerce), con particolare competenza nei portali integrati con banche dati complesse;

- Be Smart detiene una quota marginale del mercato, che si attesta intorno al 5 %, ed è il principale concorrente del Consorzio Interuniversitario Cineca (di seguito solo Cineca o Consorzio), il quale è, invece, titolare di una quota dominante del suddetto mercato, pari a circa l'80 %, mentre gli altri operatori concorrenti sono titolari di una quota di mercato pari o inferiore all'1 %.

In ordine alla posizione peculiare del Cineca la ricorrente ha dedotto in ricorso che:

- il Consorzio - di cui fanno parte il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca (di seguito solo M.I.U.R. o il Ministero), il 90 % delle Università, statali e private, e due centri di ricerca - pur se nato come centro di ricerca e di supercalcolo, legato istituzionalmente al Ministero e alle Università consorziate, ha assunto, nel corso degli anni, una veste spiccatamente imprenditoriale e commerciale, come riconosciuto dal suo Statuto (cfr. art. 1, comma 2), atteso che, da un lato, produce e vende servizi non solo agli enti consorziati, ma anche ai terzi, e in particolare ai privati, e che, dall'altro, opera tramite alcune società interamente controllate ed è attivo anche sul mercato estero (come, a esempio, in Turchia, in Albania e in Romania);

- in particolare, quanto al primo profilo, presterebbe, anche a privati, diverse tipologie di servizi, che sono comunemente erogati sul mercato anche da altri

operatori privati, quali, in particolare, i servizi di calcolo scientifico e tecnico industriale, la gestione presso il M.I.U.R. dei servizi telematici a supporto del sistema accademico e di ricerca nazionale, la progettazione e lo sviluppo dei relativi sistemi informativi, la realizzazione e lo sviluppo di sistemi informativi (cd. software) per la gestione ordinaria delle amministrazioni universitarie, per il settore biomedico e sanitario, per le pubbliche amministrazioni (centrali e locali), nonché per le imprese private nonché servizi di housing e hosting (server fisici e virtuali), di data warehousing e di business intelligence;

- tra i clienti privati del Consorzio figurano primarie società, italiane e internazionali, leaders nei rispettivi mercati, tra cui, a mero titolo esemplificativo, il gruppo petrolchimico Eni S.p.A., la casa farmaceutica svizzera, Roche, il gruppo automobilistico italiano F.I.A.T., la società Alenia Aeronautica, la società svedese Tetra Pak, primario operatore internazionale nel settore del packaging, il gruppo bancario assicurativo Unipol, la società Oracle Racing, il Ferretti Group, gruppo attivo nel settore cantieristico e, in particolare, nella produzione di yacht, la società di engineering Lapcos nonché il gruppo biofarmaceutico Dompé;

- a conferma dell'attività verso le imprese, è posta in rilievo l'esistenza di un apposito portale web del Consorzio dedicato al predetto tipo di attività, ossia <http://imprese.cineca.it/>;

- quanto poi al secondo profilo, il Cineca presta i propri servizi anche alle imprese private, con commercializzazione e effettuazione non solo direttamente ma anche indirettamente, ossia attraverso società partecipate in modo totalitario da parte del medesimo, quali la società SuperComputingSolutions S.r.l. (d'ora in poi solo S.C.S.) - per la commercializzazione di servizi di supercalcolo e calcolo tecnico/industriale al settore privato - e la società Kion s.p.a. - per la prestazione dei servizi di software e relativa manutenzione alle Università - ;

- il ruolo dominante del gruppo Cineca si sarebbe consolidato per effetto di due fattori distorsivi della concorrenza, ossia più precisamente in

conseguenza, da un lato, della prassi degli affidamenti diretti, ossia senza previa gara, disposti dai consorziati a favore di Cineca - prassi già censurata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e recentemente anche dal Consiglio di Stato (cfr. da ultimo, sentenza C.d.S., sez. VI, n. 2660 del 26 maggio 2015) - e, dall'altro, in conseguenza dell'erogazione di contributi pubblici, a fondo perduto, molti dei quali erogati proprio dal M.I.U.R.;

- quanto ai contributi pubblici periodicamente percepiti da Cineca, si tratta, appunto, dei contributi erogati dal M.I.U.R. con cadenza annuale, che si aggiungono ai contributi corrisposti dagli Enti Consorziati al momento dell'adesione al Consorzio (c.d. fondo consortile), ai proventi conseguenti agli affidamenti e agli incarichi da parte degli Enti Consorziati nonché ai contributi versati da Enti non aderenti al Consorzio;

- quanto, poi, specificatamente, ai contributi erogati dal M.I.U.R., si tratta dei contributi annuali del M.I.U.R. di cui all'art. 16 dello Statuto di Cineca, i quali sono "correlati alle attività poste in essere dal Consorzio ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. a), h) ed f)" dello statuto, ossia alle attività che perseguono lo scopo di: "a) promuovere l'utilizzo dei più avanzati sistemi di elaborazione dell'informazione a sostegno della ricerca scientifica e tecnologica, pubblica e privata, e delle sue applicazioni; b) garantire i servizi del calcolo scientifico ad alte prestazioni al sistema nazionale della ricerca anche applicata, pubblica e privata; f) elaborare, predisporre e gestire, nell'interesse del sistema nazionale dell'istruzione, dell'università e della ricerca, e senza oneri aggiuntivi, fatto salvo il contributo previsto nell'art. 16, collima 1, lettera N, appositi sistemi informatici".

E', dunque, in questo contesto, che si colloca l'impugnato decreto del M.I.U.R. n. 335 dell'8 giugno 2015, avente a oggetto l'individuazione dei criteri di ripartizione del Fondo di Finanziamento Ordinario (cd. F.F.O.) per l'anno 2015 e il relativo allegato 3, nella parte in cui assegnano al Cineca un contributo di € 11.000.000 per il supercalcolo e un contributo di € 18.700.000

per il “funzionamento dei servizi messi a disposizione del M.I.U.R. e del sistema universitario”.

Il cd. F.F.O., istituito dall'art. 5 della legge 24 dicembre 1993, n. 121, e corrispondente al capitolo del Bilancio generale dello Stato n. 1694, è deputato al finanziamento statale ordinario delle Università e delle altre istituzioni di alta cultura a esse equiparate.

Il decreto impugnato stanziava a favore dei consorzi un fondo di € 36.600.000 (ai sensi dell'art. 7) e ne assegna la quasi totalità proprio a Cineca, a cui devolve l'importo complessivo di € 29.700.000 (ai sensi del richiamato allegato 3).

Il predetto allegato 3 assegna, quindi, direttamente a Cineca le somme di cui in precedenza e prevede esclusivamente che gli importi erogati siano soggetti a rendicontazione.

Secondo la prospettazione di parte ricorrente il decreto impugnato conferisce al Cineca - sostanzialmente "al buio", in quanto in mancanza di alcuna motivazione o indicazione specifica della tipologia dei servizi finanziati e, pertanto, come se il finanziamento fosse erogato a fondo perduto - due contributi, dei rispettivi considerevoli importi di cui sopra, i quali, pertanto, concretizzerebbero un aiuto di Stato, erogato in assenza del rispetto delle procedure di cui agli art. 107 e 108 del Trattato sul funzionamento dell'unione Europea (cd. T.F.U.E.), idoneo a inficiare la concorrenza in un mercato che sarebbe, in realtà, già profondamente alterato a causa della peculiare posizione del Cineca, come in precedenza rilevato.

I predetti contributi consentirebbero, infatti, a Cineca di mantenere la propria posizione dominante sul mercato, circostanza che, di fatto, impedirebbe a Be Smart e agli altri competitors di potersi effettivamente misurare con il Consorzio a parità di condizioni (c.d. level playing field).

Alla camera di consiglio del 15.7.2015, fissata per l'esame dell'istanza cautelare, le parti hanno formulato istanza di rinvio per la trattazione del merito in pubblica udienza.

Alla pubblica udienza dell'11 febbraio 2016, in vista delle quale le parti hanno rispettivamente depositato memorie e documenti, la causa è stata trattenuta in decisione alla presenza dei difensori delle parti come da separato verbale.

2. I motivi di impugnazione.

La ricorrente, nella sostanza, deduce, come motivi di censura, che:

1 - la misura di cui trattasi - che si sostanzia in un cospicuo trasferimento di risorse pubbliche a un'entità, il Cineca appunto, la quale svolge attività di impresa su più mercati - costituirebbe incontrovertibilmente un "aiuto di Stato" in quanto soddisferebbe i requisiti di cui all'art. 107, par. 1, del Trattato F.U.E. e rientrerebbe, pertanto, nel campo di applicazione del regime sostanziale e procedurale degli aiuti di Stato, contemplato dagli artt. 107 e 108 T.F.U.E., e della conferente prassi applicativa atteso che:

-- conferisce un vantaggio economico - per giunta di rilevante entità e che fa seguito, comunque, ad altre cospicue erogazioni dirette o indirette da parte dello Stato - che tale rimarrebbe anche nel caso in cui il M.I.U.R. sostenesse che la misura non è da qualificarsi come un contributo - e, dunque, una sovvenzione a fondo perduto - ma, bensì, come un corrispettivo per servizi prestati, in quanto, comunque, sussisterebbe un "vantaggio economico", qualificabile come aiuto, in ragione dell'assoluta carenza di qualsiasi valutazione preventiva di congruità di quanto corrisposto;

-- tale vantaggio è stato specificamente conferito a un soggetto che svolge attività di impresa - sia direttamente sia indirettamente mediante società controllate - atteso che il Cineca offre servizi sui mercati, nazionale ed esteri e sul mercato della fornitura di servizi software alle amministrazioni pubbliche e alle università, mercato, quest'ultimo, nel quale il Cineca detiene una posizione dominante, ai sensi dell'art. 102 del Trattato F.U.E. (e dell'art. 3 della legge n. 287/1990), posizione che plausibilmente deriverebbe o, comunque, sarebbe rafforzata proprio dagli aiuti di Stato di cui trattasi e indebitamente percepiti;

-- l'erogazione del contributo di cui trattasi è conferita direttamente dallo Stato e impegna necessariamente risorse statali;

-- l'erogazione indebitamente percepita, atteso che il Cineca opera sull'intero territorio nazionale, inciderebbe sulla concorrenza e sugli scambi nel mercato interno e sarebbe senz'altro idonea ad alterare le condizioni di svolgimento del confronto concorrenziale nelle aggiudicazioni relative a servizi di software alla committenza pubblica e privata, essendo persino fattore di dominanza del mercato di riferimento;

-- l'attribuzione del contributo di cui trattasi, che supera la soglia c.d. *de minimis* di 200.000 euro, di cui al Regolamento (UE) n. 1407/2013, e che rappresenta inoltre circa il 30% del fatturato annuo di Cineca, solleva il Consorzio da oneri che altrimenti essa avrebbe dovuto sostenere con risorse proprie e ne rafforza drasticamente la posizione concorrenziale a discapito dei concorrenti, attuali e potenziali, nazionali e di altri Stati membri U.E.;

-- la natura di impresa di Cineca - che sarebbe manifesta alla luce degli elementi in precedenza rappresentati - non potrebbe essere posta in dubbio in ragione della eventuale circostanza che il Consorzio svolga anche attività di ricerca per conto di, o in collegamento con, istituti universitari, atteso che - se è vero che, nell'ambito della ricerca, rientrano anche attività che rivestono carattere "non economico" ai sensi della normativa europea in materia di concorrenza e che, nella misura in cui il finanziamento pubblico riguardi unicamente attività "non economica" e, dunque, non avente natura di "impresa" ai sensi dell'art. 107, par. 1, T.F.U.E., lo stesso non è assoggettato al regime degli aiuti di Stato di cui agli artt. 107 e ss. T.F.U.E. - tuttavia, è vero, altresì, che tali attività "non economiche", laddove effettivamente svolte, devono essere chiaramente identificate ed enucleate ex ante ed essere soggette quanto meno ad un rigoroso regime di separazione contabile - dovuto anche ai sensi della Direttiva 2006/111/CE 44 e che dovrebbe rappresentare, con la dovuta trasparenza e in conformità a criteri allocativi generalmente seguiti: (i) quali siano le attività "economiche" e "non economiche" (ove esistenti); (ii)

quali i costi ed i ricavi rispettivamente allocabili alle due categorie di attività; (iii) quale l'eventuale sbilancio delle attività "non economiche"; (iv) l'assenza (garantita anche da appositi meccanismi restitutori di cd. *claw back*) di sovracompenzazioni da parte dello Stato - e che il predetto regime deve essere idoneo a evitare qualsiasi rischio di "sussidio incrociato" verso altre attività, svolte dallo stesso organismo, che abbiano viceversa natura economica e concorrenziale, mentre, invece, nella fattispecie, risulterebbe assodato che:

- il Cineca svolge essenzialmente attività di impresa e si configura e opera come un vero e proprio gruppo di imprese, come emerge con evidenza dalla rappresentazione di cui in precedenza delle attività svolte da parte del medesimo;
- non è stato istituito alcun regime *ex ante* di separazione contabile, come confermato anche dalla lettura delle risultanze di bilancio;
- il complesso delle risorse, materiali e umane, di Cineca sono, comunque, impiegate in modo del tutto promiscuo e, di fatto, prevalentemente se non esclusivamente, per attività di tipo economico, come emergerebbe alla lettura dei bilanci.

In definitiva, le risorse pubbliche messe a disposizione di Cineca con l'atto impugnato sarebbero manifestamente sovrabbondanti rispetto alle esigenze di finanziamento di attività "non economiche" e si configurerebbero, pertanto, come un tipico aiuto al funzionamento al Cineca come impresa, elargito dallo Stato in violazione delle norme procedurali e sostanziali sugli aiuti di Stato, di cui agli artt. 107 e 108 T.F.U.E. e alla relativa prassi applicativa e, segnatamente, alla Disciplina degli aiuti di Stato a favore di ricerca, sviluppo e innovazione.

E, peraltro, l'onere della prova in senso contrario rispetto a quanto sopra dedotto spetterebbe alla pubblica autorità erogatrice del contributo e allo stesso Cineca, in quanto beneficiario delle predette somme e, ove si volesse sostenere che il finanziamento pubblico in realtà attiene anche ad attività "non economiche", questi ultimi dovrebbero adeguatamente comprovare:

- se e quali attività "non economiche" siano state eventualmente svolte dal Cineca;
- quale sia il relativo e specifico fabbisogno finanziario;
- l'assenza di sovra-compensazione di tale eventuale fabbisogno.

La circostanza che un'impresa rivesta eventualmente la natura di soggetto *in house* non è, in ogni caso, idonea a sottrarla all'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato e al relativo regime procedurale di controllo, in quanto la qualifica di impresa non dipende dal suo status giuridico - organismo di diritto pubblico o privato - o dalla sua natura economica - organismo che opera con o senza fine di lucro - ma bensì esclusivamente dal dato sostanziale consistente nell'offerta di beni o servizi sul mercato da parte della medesima.

La circostanza che lo Stato abbia qualificato il beneficiario come proprio fornitore interno e quindi *in house* ovvero gli abbia conferito un diritto esclusivo per lo svolgimento di una determinata attività, è del tutto ininfluenza ai predetti fini in quanto - se è vero che, in tali ipotesi, si realizza una sorta di "chiusura" del mercato mediante la sottrazione di un'attività al normale confronto concorrenziale - tuttavia, una tale situazione non preclude, comunque, la qualificazione del beneficiario come "impresa", ai sensi della normativa U.E. in materia di concorrenza e, conseguentemente, la piena applicazione del regime degli aiuti di Stato e, in tal senso, la prassi U.E. è univoca sul punto.

2 - La misura finanziaria di cui trattasi disposta in favore del Cineca dal decreto oggetto di gravame non rispetta il regime sostanziale degli aiuti di Stato che individua le sole ipotesi in cui le predette misure possono risultare coerenti con l'ordinamento europeo.

La ipotesi di compatibilità della misura finanziaria con l'ordinamento europeo sono le seguenti:

- a) qualora la misura in questione sia destinata a finanziare attività "non economiche";

b) qualora la misura finanziaria possa essere tecnicamente qualificata come un vero e proprio "corrispettivo" per servizi resi coerente con il normale valore di mercato stabilito per analoghe prestazioni (c.d. *fair market value*);

c) qualora la misura, pur avendo natura di aiuto di Stato ai sensi del par. 1 dell'art. 107 T.F.U.E., possa essere comunque dichiarata "compatibile con il mercato interno" sulla base di una delle previsioni derogatorie di cui al par. 3 dell'art. 107 T.F.U.E. nonché delle condizioni di compatibilità precisate all'occorrenza nella relativa prassi applicativa della Commissione europea.

Quanto alla misura sub a), alla luce delle indicazioni che precedono se ne dovrebbe escludere con sicurezza la ricorrenza nella fattispecie in esame.

Quanto all'ipotesi sub b), si deve rilevare che i servizi vengono affidati a Cineca in via diretta senza applicare le previsioni in materia di appalti pubblici con la conseguente forte presunzione di aiuto di Stato, non potendosi, pertanto, sostenere la coerenza con le "condizioni di mercato" di asseriti corrispettivi a fronte di altrettanto asseriti servizi effettuati da Cineca e, in tale contesto, spetta alle autorità italiane dimostrare la coerenza con il mercato di tali corrispettivi.

Quanto all'ipotesi sub c), si deve rilevare che la compatibilità di una misura con il Trattato presuppone necessariamente che le autorità interessate invochino espressamente una delle deroghe previste dall'art. 107, par. 3, del T.F.U.E., nel quadro di una notifica preventiva ai sensi dell'art. 108, par. 3, del T.F.U.E. - ma, tuttavia, non risulta che, nella fattispecie, il decreto ministeriale oggetto di gravame sia stato sottoposto dal M.I.U.R. alla Commissione europea ai sensi della normativa richiamata - e che l'unica deroga in ipotesi invocabile parrebbe comunque essere quella applicabile, ai sensi dell'art. 107, par. 3, del T.F.U.E., agli aiuti di Stato a favore di ricerca, sviluppo e innovazione, in relazione alla quale la Commissione ha fissato in una apposita Disciplina un dettagliato elenco di condizioni e criteri cumulativi che devono essere rispettati ai fini di potere dichiarare la compatibilità di misure di aiuto di Stato volti a promuovere progetti di ricerca, sviluppo e innovazione - e,

tuttavia, il decreto oggetto di gravame non sembra rispettare le predette condizioni e criteri cumulativi, atteso che non risulta che i finanziamenti pubblici di cui al decreto impugnato siano stati prefigurati al fine di perseguire obiettivi di promozione delle attività di ricerca, sviluppo e innovazione, in coerenza con la strategia Europa 2020 ovvero abbiano riguardato costi ammissibili ai sensi della predetta Disciplina e rispettato le intensità massime di aiuto previste dalla Commissione o, ancora, che comportino un c.d. "effetto incentivo" - .

E, peraltro, non spetta, comunque, al giudice adito pronunciarsi sulla compatibilità della misura di cui trattasi ai sensi dell'art. 107, par. 3, del T.F.U.E. e della relativa prassi applicativa, atteso che il predetto art. 107, par. 3, non ha efficacia diretta e la sua applicazione rientra, quindi, nella competenza esclusiva alla Commissione europea e spetta, pertanto, viceversa, al giudice nazionale esclusivamente il compito di vigilare sul rispetto delle norme di procedura e, in particolare, sull'obbligo di cd. *stand still* di cui all'art. 108, par. 3, del T.F.U.E., valutando a tale fine anche se la misura contestata configuri o meno un aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107, par. 1, del T.F.U.E..

3 - Nella fattispecie, tuttavia, gli obblighi di procedura di cui all'art. 108, par. 3, del T.F.U.E., sono stati violati.

E, infatti, ai sensi dell'art. 108, par. 3, del T.F.U.E. e degli artt. 2 e 3 del Regolamento del Consiglio n. 659/1999 (c.d. Regolamento di procedura), gli Stati membri che intendano erogare un aiuto di Stato sono soggetti a un duplice obbligo:

- l'obbligo di notificare preventivamente la misura alla Commissione europea;
- l'obbligo di non dare esecuzione all'aiuto prima che la Commissione lo abbia debitamente autorizzato, con propria decisione resa ai sensi dell'art. 108 del T.F.U.E., dichiarandone la compatibilità con il mercato interno (c.d. obbligo di *standstill*).

La Corte europea ha sottolineato che gli obblighi di cui all'art. 108 del T.F.U.E. rispondono alla finalità preventiva, e quindi tipicamente cautelare, di

evitare l'erogazione di qualsiasi aiuto illegale; in pratica, il regime regolamentato dal Trattato è finalizzato affinché solo gli aiuti di Stato riconosciuti compatibili dalla Commissione per mezzo di una decisione resa ai sensi dell'art. 108 del T.F.U.E. possano essere concessi da parte degli Stati membri e che i precetti di cui all'art. 108, par. 3, del T.F.U.E. hanno efficacia diretta e, pertanto, la norma è fonte di diritti dei singoli, segnatamente dei terzi concorrenti dell'impresa beneficiaria, azionabili dinanzi al giudice nazionale, il quale provvede mediante provvedimenti che dichiarino l'invalidità degli atti nazionali che istituiscono aiuti illegali, prescrivano la restituzione di aiuti illegittimamente percepiti e dispongano, all'occorrenza, misure provvisorie.

Il Cineca ha controdedotto rilevando che, contrariamente a quanto affermato da parte ricorrente nel ricorso introduttivo e secondo cui le attività finanziate con le quote rese disponibili a carico del F.F.O. 2015 sarebbero attività economiche, in realtà e con ogni evidenza, si tratterebbe, invece, in entrambi i casi - ossia dei servizi di supporto informatico alle funzioni amministrative del M.I.U.R. e del supercalcolo - di attività non economiche, cosicché difetterebbe proprio il principale elemento che connota l'aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107, par. 1, del T.F.U.E., e che è rappresentato dalla circostanza che il relativo beneficiario eserciti un'attività economica.

Ha, quindi, rilevato, quanto all'attività di prestazione di servizi di supporto informatico alle funzioni amministrative del M.I.U.R., che il Cineca agisce come una struttura tecnica di servizio in base a un rapporto di tipo puramente amministrativo e non contrattuale, che non dà luogo a corrispettivi, ma esclusivamente al trasferimento di risorse finanziarie per il suo funzionamento a carico del bilancio dello Stato, con un meccanismo sostanziale di ribaltamento dei costi.

Le attività in questione sono, pertanto, prive di carattere economico, in quanto attengono all'esercizio di funzioni essenziali, di interesse pubblico, del M.I.U.R., che quest'ultimo potrebbe anche svolgere direttamente, in quanto

ricomprese tra i propri compiti istituzionali, ma che il M.I.U.R. stesso ha stabilito di delegare al Cineca, in virtù di un rapporto interorganico, di tal che il Cineca svolge, in realtà, un'attività meramente strumentale rispetto alle finalità del M.I.U.R..

E, per principio consolidato della prassi della Commissione europea, quando le attività demandate dalla pubblica amministrazione a un soggetto terzo ricadono tra le attività normalmente esercitate dalla stessa amministrazione nell'esercizio dei suoi poteri pubblici, il relativo finanziamento, nella misura in cui si limiti a coprire i costi, non è soggetto alle norme in materia di aiuti di Stato, atteso che, quando ricorrono tali condizioni, l'attività esercitata dal soggetto terzo non ha natura economica.

Ha, inoltre, rilevato, quanto all'attività del cd. supercalcolo, che anche l'attività di utilizzo dei supercalcolatori, sotto la gestione del Cineca, non ha carattere economico, bensì di ricerca, ed è svolta da un'entità qualificabile come organismo a supporto della ricerca e di diffusione della conoscenza.

E non rileva il fatto che il Cineca svolga anche attività di supercalcolo a supporto della ricerca applicata, in quanto la predetta attività economica rimarrebbe puramente accessoria e la capacità a essa destinata resterebbe inferiore al 20% «della pertinente capacità annua complessiva dell'entità», così come previsto al punto 20 della Comunicazione del 2014, il quale consente, appunto, alle indicate condizioni, lo svolgimento di attività di ricerca applicata da parte di un organismo di ricerca che riceva finanziamenti pubblici.

Ne consegue che le risorse poste dal M.I.U.R. a disposizione del supercalcolo sono escluse dall'ambito di applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato, a prescindere dalla natura non economica o anche economica delle attività svolte, in quanto le attività economiche non superano la percentuale su indicata in termini di ore di produzione.

Con riguardo all'attività di ricerca scientifica mediante il supercalcolo, non corrisponderebbe al vero che il prototipo Eurora sarebbe utilizzato dalla controllata di Cineca società S.C.S. per l'esercizio dell'attività di vendita dei

servizi di supercalcolo a società private, attività svolta in concorrenza con gli altri operatori economici privati che offrono servizi analoghi; Eurora sarebbe, in realtà, un supercalcolatore sperimentale acquisito, installato e gestito dal dipartimento SCAI (SuperCalcolo Applicazioni e Innovazioni) del Cineca nell'ambito del progetto EU Prace 2IP, la cui procedura di selezione si è conclusa nel giugno 2012, mentre il suo avvio è avvenuto all'inizio del 2013 e il calcolatore è rimasto operativo fino al primo trimestre 2015; il calcolatore sarebbe stato utilizzato esclusivamente per attività di ricerca scientifica e mai utilizzato dalla controllata del Cineca SCS s.r.l. e l'accesso e la configurazione del medesimo sarebbero stati gestiti dal Cineca nel proprio data-center e l'utilizzo sarebbe stato consentito attraverso le modalità predisposte da Cineca attraverso le procedure del progetto Prace-2IP (bandi pubblici).

Ha, ulteriormente rilevato l'assenza, in ogni caso, del vantaggio concorrenziale e della selettività.

Neppure sussisterebbe, nel caso di specie, la condizione della selettività, essenziale perché una misura possa essere qualificata come aiuto di Stato, atteso che, affinché una misura possa definirsi selettiva ai fini dell'applicazione delle norme UE è necessario che distingua tra operatori economici «che si trovano in una situazione di fatto e di diritto analoga» (così Corte Giust. UE, 8 settembre 2011, cause riunite da C-78/08 a C- 80/08, Paint Graphos e altri, punto 49ss.) e, invece, il supposto “mercato” su cui opererebbe il Cineca sarebbe completamente diverso e non comparabile con quello della ricorrente, che non rappresenterebbe, pertanto, un reale concorrente di Cineca.

Per quanto attiene, poi, all'asserita mancanza di una adeguata separazione contabile - con il conseguente rischio di un “sussidio incrociato” - ha dedotto che il Cineca può svolgere “attività ulteriori”, in base all'art. 3, comma 4, secondo periodo del relativo Statuto, “purché con carattere di marginalità, qualora funzionali al miglior perseguimento degli scopi consortili” e che la ricorrente non ha fornito alcuna prova a sostegno della predetta censura e

che, comunque, lo stesso Statuto del Cineca, all'art. 15, comma 3, prevede espressamente che, “ferma restando l'unicità della contabilità e del bilancio, attraverso apposite scritture di contabilità analitica ed appositi rapporti periodici, è assicurato il rispetto del principio del controllo di gestione”, previsione statutaria che è, altresì, ripresa anche dal Regolamento del Cineca 27 marzo 2015 «per la disciplina dell'organizzazione e governo delle attività interne». Ha, quindi, concluso nel senso che, sulla base delle richiamate disposizioni, il Cineca - al fine di consentire il controllo dell'attuazione degli obiettivi programmatici e dei risultati conseguiti in relazione a ciascuno di essi - è tenuto a considerare e illustrare in modo dettagliato e analitico, nella relazione allegata al bilancio d'esercizio annualmente approvato, i costi e i risultati di ciascun segmento delle proprie attività e che, al fine di provvedere in tal senso, il Cineca tiene una propria contabilità separata attraverso un sistema di contabilità analitica “per commessa”, con il conseguente rispetto dell'art. 4 della direttiva 2006/111/CE.

3 - Posizione del Cineca.

Il Consorzio Interuniversitario Cineca è un consorzio interuniversitario senza scopo di lucro, dotato di personalità giuridica di diritto privato, ed è sottoposto alla vigilanza del M.I.U.R. .

Il Cineca è stato originariamente costituito, ai sensi degli artt. 60 e 61 del Regio Decreto 31 agosto 1933, n. 1592, in data 14 luglio 1967, dai Rettori delle Università di Bologna, Padova, Firenze e dell'istituto universitario di economia e commercio e di lingue e letterature straniere di Venezia, quale Consorzio interuniversitario per la gestione del centro di calcolo elettronico dell'Italia Nord-Orientale, ed è stato successivamente riconosciuto con il d.P.R. 13 ottobre 1969, n. 1106.

Di seguito, sono entrate a fare parte del suddetto Consorzio ulteriori Università italiane, anche private, e alcuni enti statali di ricerca, quali, appunto, l'Istituto Nazionale di Oceanografia e di Geofisica Sperimentale e il Consiglio Nazionale delle Ricerche.

Infine, solo in epoca relativamente recente, ossia nel corso dell'anno 2006, con le modifiche statutarie approvate con il D.M. M.I.U.R. del 13 gennaio 2006, ha aderito al suddetto Consorzio anche il M.I.U.R. e, da ultimo, nel corso dell'anno 2013, sono stati incorporati al Consorzio anche altri due analoghi consorzi interuniversitari, ossia il C.I.L.E.A. e il C.A.S.P.U.R., consorzi che sono stati costituiti su iniziativa del M.I.U.R. per la gestione di sistemi di supercalcolo e, più in generale, di servizi informatici delle Università (l'accorpamento dei tre consorzi interuniversitari di cui sopra è stato disposto attraverso un processo di incorporazione del C.I.L.E.A. e del C.A.S.P.U.R. nel Cineca ai sensi dell'art. 7, comma 42 bis, del D.L. 6 luglio 2012, n. 95, convertito con modificazioni in legge 7 agosto 2012, n. 135).

E, infatti, ai sensi dell'art. 2 dello Statuto consortile, rubricato “*enti consorziati*”, “1. *Fanno parte del Consorzio:*

a) gli Enti universitari che lo hanno promosso in virtù della convenzione di cui all'art. 1) comma 1;

b) le altre Università che sono entrate a farne parte successivamente quali risultano dalle delibere assunte dai competenti organi del Consorzio;

c) ogni altra Università interessata previa approvazione della richiesta di partecipazione da parte del Consiglio Consortile che fissa il relativo contributo di ammissione;

d) il MIUR che ne ha promosso la costituzione ai sensi dell'art. 1.

2. Possono altresì aderire al Consorzio gli Enti di Ricerca Nazionali riconosciuti ai sensi dell'art. 8 della legge n.168 del 9.5.89, previa approvazione del Consiglio Consortile della richiesta di adesione ed il versamento del contributo di ammissione così come determinato dal medesimo Consiglio Consortile.

3. Possono altresì aderire al Consorzio gli Enti Pubblici di Ricerca di interesse Nazionale, previa approvazione da parte del Consiglio Consortile, ivi compreso il Rappresentante del MIUR, della richiesta di adesione ed il versamento del contributo di ammissione così come determinato dal Consiglio Consortile.”.

E, al riguardo, si deve richiamare il disposto di cui all'art. 9 del d.l. n. 78/2015, come modificato dalla legge di conversione 6 agosto 2015, n. 125, e secondo

cui “11-bis. Fanno parte del Consorzio interuniversitario CINECA, che opera senza scopo di lucro ed è sottoposto alla vigilanza del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, persone giuridiche pubbliche o private che svolgono attività nel settore dell'istruzione, dell'università e della ricerca, secondo quanto previsto dallo statuto del Consorzio medesimo.”.

Attualmente il Cineca conta 75 consorziati: il M.I.U.R., 70 Università italiane, l'Istituto Nazionale di Oceanografia e di Geofisica Sperimentale (OGS), il Consiglio Nazionale delle Ricerche (CNR), l'Istituto Nazionale di Documentazione, Innovazione e Ricerca Educativa (INDIRE) e l'Istituto Nazionale per la Valutazione del Sistema Educativo di Istruzione e di Formazione (INVALSI).

Gli Atenei consorziati rappresentano nel loro complesso - con riferimento all'anno accademico 2013-2014 - circa il 95% della popolazione studentesca universitaria italiana e circa il 98% della popolazione di docenti e ricercatori dell'intero sistema accademico italiano.

Il Cineca è nato originariamente come centro di supercalcolo; la sua istituzione rispondeva, infatti, proprio all'esigenza di creare una struttura dedicata, per fini di ricerca, al c.d. supercalcolo e risulta esplicitamente dallo statuto che il Consorzio rappresenta lo "strumento organizzativo specializzato" per lo svolgimento delle attività che rientrano nel mandato istituzionale conferitogli dagli Enti Consorziati ma, attualmente, il Cineca è attivo anche e soprattutto nel settore dell'informatica.

La missione istituzionale di Cineca è, infatti, indicata al comma 1 dell'art. 3 dello Statuto consortile e comprende sia la fornitura di beni e/o servizi informatici ai consorziati funzionali all'espletamento dei loro compiti sia l'attività di supercalcolo e sue applicazioni, nell'interesse pubblico generale, di cui sono portatori il M.I.U.R. e gli altri consorziati, dello sviluppo del sistema universitario e della ricerca scientifica e tecnologica nazionale, anche applicata.

Lo statuto del Consorzio, alla sua costituzione, è stato approvato dal Presidente della Repubblica il 13 ottobre del 1969; quindi, nel 2005, 2006 e 2009 lo statuto è stato modificato, per adeguare i principi costitutivi delle attività alle nuove esigenze del Paese e l'ultima versione dello statuto, approvata nel 2011 dal Consiglio di Amministrazione del Cineca, con il D.M. 19 giugno 2012, è stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 7.7.2012.

Il richiamato articolo 3, rubricato “*scopi*”, prevede che “*1. Gli Enti consorziati realizzano a mezzo del Consorzio 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. A tale fine, il Consorzio persegue i seguenti scopi nei confronti sia degli Enti consorziati sia dei terzi, ma sempre nell'interesse degli Enti consorziati:*

- a) promuovere l'utilizzo dei più avanzati sistemi di elaborazione dell'informazione a sostegno della ricerca scientifica e tecnologica, pubblica e privata, e delle sue applicazioni;*
- b) garantire i servizi del calcolo scientifico ad alte prestazioni al sistema nazionale della ricerca anche applicata, pubblica e privata;*
- c) favorire il trasferimento tecnologico al pubblico nel campo dell'informatica, anche promuovendo la costituzione di nuove iniziative produttive e favorendo le iniziative delle Università e degli Enti di ricerca consorziati;*
- d) gestire un centro che, con proprie strutture o con collegamenti opportuni, assicuri servizi informatici gestionali e di elaborazione a tutti i consorziati, con priorità al MIUR e alle Università;*
- e) consentire l'utilizzo delle risorse e dei servizi anche ad altri Enti Pubblici e Privati sulla base di apposite convenzioni o contratti;*
- f) elaborare, predisporre e gestire, nell'interesse del sistema nazionale dell'istruzione, dell'università e della ricerca, e senza oneri aggiuntivi, fatto salvo il contributo previsto nell'art. 16, comma 1, lettera b), appositi sistemi informatici;*
- g) realizzare una rete di collegamento a banda larga che faciliti l'utilizzo delle disponibilità del Centro da parte dei Consorziati e dei Ministeri interessati con diramazioni dai punti di collegamento principali a rilevanti centri locali di utenza;*

b) sviluppare ricerche per l'utilizzo più efficace delle potenzialità disponibili.

2. In riferimento alle materie di cui ai commi precedenti, Il Consorzio è tenuto a dare esecuzione alle decisioni di affidamento o di incarico provenienti dagli Enti consorziati, fermo restando il rispetto dei principi di economicità, efficienza ed efficacia nonché di autonomia tecnica ed esecutiva. ...”.

L'articolo 1 dello Statuto, rubricato “*costituzione del consorzio*”, dispone al comma 2, al riguardo, che “*2. Nell'esclusivo interesse degli Enti consorziati ed in esecuzione o comunque in conformità alle decisioni di affidamento o di incarico provenienti da tali Enti, il Consorzio rappresenta lo strumento organizzativo specializzato, appositamente costituito ed operante per lo svolgimento delle attività, anche con carattere di impresa, indicate nell'art. 3.*”.

Tale missione istituzionale, volta alla soddisfazione di un interesse generale, è stata, altresì, direttamente confermata anche per legge in capo al Cineca, ai sensi dell'art. 7, comma 42 *bis*, del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, conv. con modificazioni nella legge 7 agosto 2012, n. 135, che ha investito il Cineca, quale «unico soggetto nazionale», del «compito di assicurare l'adeguato supporto, in termini di innovazione e offerta di servizi, alle esigenze del Ministero [MIUR], del sistema universitario, del settore ricerca e del settore istruzione».

Le attività istituzionali del Cineca possono, quindi, ricondursi sostanzialmente a tre distinte aree tematiche principali che sono le seguenti:

- a) servizi gestionali per il M.I.U.R. e il sistema universitario nazionale;
- b) c.d. supercalcolo, ossia servizi di supporto e di implementazione, mediante il calcolo ad alte prestazioni, della attività di ricerca fondamentale della comunità scientifica e le sue applicazioni;
- c) servizi gestionali per le Amministrazioni universitarie.

Il Consorzio espleta i propri servizi istituzionali per il M.I.U.R. secondo la relazione organizzativa comunitariamente definita come “*in house providing*”.

Sul punto deve essere evidenziato che, con la relazione n. A00UF GAB n. 27144/PF del 28 dicembre 2012, il M.I.U.R. ha chiesto al Consiglio di Stato il

parere in ordine alla possibilità di affidamento cd. *in house* di prestazioni di servizio nel campo dell'informatica per il sistema universitario, della ricerca e scolastico in via diretta al Cineca e il predetto Consiglio di Stato, in sede consultiva - acquisiti gli avvisi del Garante per la protezione dei dati personali, dell'Agenzia per l'Italia digitale (A.G.I.D.), dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (A.G.C.M.), dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici (A.V.C.P.), oggi Autorità Nazionale Anticorruzione (A.N.A.C.), del Ministero dell'Economia e delle Finanze (M.E.F.) - ha concluso, con il parere n. 298 del 30 gennaio 2015, assunto a seguito dell'adunanza di Sezione del 22 ottobre 2014 e del 17 dicembre 2014, valorizzando le disposizioni dell'art. 12 della recente Direttiva n. 24/2014 qualificata come *self executing*, nel senso che :” [...] 8. Il modello accolto è, sostanzialmente, quello, oggi codificato, della cooperazione pubblico-pubblico istituzionalizzata di tipo verticale (“*in house*” secondo il par. 1 dell'art. 12 cit.), creato nella giurisprudenza comunitaria, con taluni caratteri però di quello della cooperazione pubblico-pubblico non istituzionalizzata di tipo orizzontale di cui all'art. 12 cit., paragrafo 4. [...]”.

Successivamente, il medesimo Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, con la sentenza n. 2660/2015, ha definito un giudizio che vedeva come appellante il Cineca proprio contro la società odierna ricorrente Be Smart s.r.l. e nei confronti dell'Università degli Studi della Calabria, statuendo in senso opposto alle conclusioni riportate nel parere di cui in precedenza, ritenendo che la predetta direttiva n. 24/2014, seppur *self executing*, non fosse, tuttavia, direttamente efficace nell'ordinamento italiano prima della scadenza del termine previsto per la sua attuazione all'interno dell'ordinamento nazionale.

In seguito il legislatore ha ritenuto di dovere intervenire al riguardo con una disposizione apposita, di cui ai commi da 11-*bis* a 11-*quater* dell'art. 9 del D.L. cd. “enti locali” n. 78 del 2015, convertito con modificazioni dalla L. 6 agosto 2015, n. 125, statuendo che il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca e le altre amministrazioni consorziate esercitano, congiuntamente, sul

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

Il Cineca è, infine, altresì abilitato dal proprio Statuto (ai sensi dell'art. 3, comma 4, secondo periodo) a svolgere anche «attività ulteriori», sempre nel campo dell'informatica, «purché con carattere di marginalità, qualora funzionali al miglior perseguimento degli scopi consortili».

E, al riguardo, si deve richiamare il disposto di cui all'art. 9 del d.l. n. 78/2015, come modificato dalla legge di conversione 6 agosto 2015, n. 125, e secondo cui “11-ter. Il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca e le altre amministrazioni consorziate esercitano, congiuntamente, sul Consorzio interuniversitario CINECA un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, previo adeguamento, ove necessario, dello statuto del Consorzio medesimo.

11-quater. I servizi informativi strumentali al funzionamento dei soggetti facenti parte del sistema dell'istruzione, dell'università e della ricerca possono essere svolti da detti soggetti direttamente o per il tramite di enti, anche con personalità giuridica di diritto privato, costituiti su iniziativa delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, e da queste partecipati, purché siano soddisfatte le seguenti condizioni:

a) oltre l'80 per cento delle attività dell'ente è effettuato nello svolgimento dei compiti ad esso affidati dall'amministrazione controllante o da altre persone giuridiche controllate dalla stessa;

b) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto e che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata;

c) le amministrazioni partecipanti esercitano su tali enti, anche in maniera congiunta, un controllo analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi.”

Lo svolgimento di tali attività ulteriori, anche alla luce di quanto ora previsto dall'art. 9, comma 11-*quater*, lett. a) del citato d.l. n. 78/2015, si mantiene in ogni caso e deve mantenersi, comunque, nel limite del 20% del valore complessivo dell'attività.

E, peraltro, è ribadito che, anche nel campo dell'informatica, il Cineca opera senza scopo di lucro (ai sensi dell'art. 1, comma 3, dello Statuto consortile nonché, ora, appunto dell'art. 9, comma 11-*bis*, del d.l. 19 giugno 2015, n. 78) e non persegue fini propri, ma agisce per la soddisfazione in comune di finalità dei consorziati, sotto la direzione e il controllo dei consorziati stessi.

L'articolo 3 richiamato, infatti, prosegue statuendo che “*3. 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.*

4. Le prestazioni rese dal Consorzio nei confronti di soggetti diversi dagli Enti consorziati devono presentare i caratteri indicati nei commi precedenti e sono individuate attraverso apposite distinte evidenze contabili. Sono consentite attività ulteriori, sempre nelle materie di cui al precedente comma 1, purché con carattere di marginalità, qualora funzionali al miglior perseguimento degli scopi consortili.”.

4 - Il decreto ministeriale impugnato.

Il Fondo per il finanziamento ordinario delle università (d'ora in poi solo F.F.O.) è stato istituito ai sensi dell'art. 5, comma 1, lett. a), della legge 24 dicembre 1993, n. 537, e attiene al «finanziamento ordinario» delle Università (e dei consorzi interuniversitari, quale è il Cineca), ossia è finalizzato a coprire

le spese per il «funzionamento», le «attività istituzionali» e la «ricerca scientifica»; il F.F.O., pertanto, è relativo alla quota a carico del bilancio statale delle spese per il funzionamento e le attività istituzionali delle università, comprese le spese per il personale docente, ricercatore e non docente, per l'ordinaria manutenzione delle strutture universitarie e per la ricerca scientifica (a eccezione della quota destinata ai progetti di ricerca di interesse nazionale - destinata a confluire nel Fondo per gli investimenti nella ricerca scientifica e tecnologica (FIRST) (art. 1, co. 870, della L. n. 296/2006) - e della spesa per le attività sportive universitarie).

Le quote del F.F.O. rese disponibili per il Cineca con il provvedimento impugnato sono destinate a coprire costi per attività istituzionali o di ricerca scientifica svolte dal Cineca nell'interesse del M.I.U.R. e, per esso, del sistema universitario.

L'articolo 16 dello Statuto consortile, rubricato "*Fondo consortile, finanziamenti e risorse economiche*", dispone testualmente che "*Le risorse del Consorzio sono costituite:*

- a) dai contributi versati dalle singole Università consorziate o dagli enti di cui all'art. 2, comma 2 e 3, all'atto dell'ammissione, che vanno a costituire il fondo consortile;*
- b) dal contributo annuale erogato dal MIUR, correlato alle attività poste in essere dal Consorzio ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. a), b) ed f);*
- c) dai proventi conseguenti agli affidamenti e agli incarichi provenienti dagli Enti consorziati;*
- d) da altri contributi erogati da amministrazioni pubbliche ovvero da Enti pubblici e privati;*
- e) dai proventi conseguenti alle prestazioni effettuate in favore di terzi ai sensi dell'art. 3, comma 4."*

E, si ribadisce, che il richiamato articolo 3 dispone, al riguardo che "*1. Gli Enti consorziati realizzano a mezzo del Consorzio 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. A tale fine, il*

Consorzio persegue i seguenti scopi nei confronti sia degli Enti consorziati sia dei terzi, ma sempre nell'interesse degli Enti consorziati:

a) promuovere l'utilizzo dei più avanzati sistemi di elaborazione dell'informazione a sostegno della ricerca scientifica e tecnologica, pubblica e privata, e delle sue applicazioni;

b) garantire i servizi del calcolo scientifico ad alte prestazioni al sistema nazionale della ricerca anche applicata, pubblica e privata; ...

f) elaborare, predisporre e gestire, nell'interesse del sistema nazionale dell'istruzione, dell'università e della ricerca, e senza oneri aggiuntivi, fatto salvo il contributo previsto nell'art. 16, comma 1, lettera b), appositi sistemi informatici; ...”.

Il D.M. n. 335 del 2015, avente a oggetto “*Criteri di ripartizione del Fondo di Finanziamento Ordinario (FFO) per l'anno 2015*”, all'articolo 7, rubricato “*Consorzi universitari*”, dispone testualmente che “*euro 36.600.000 sono destinati come importo massimo ai Consorzi interuniversitari sulla base dei criteri e delle modalità di cui all'allegato 3. Eventuali disponibilità non attribuite sono destinate alle Università proporzionalmente alle assegnazioni disposte ai sensi dell'articolo 10, lettera c) punti 1 e 2*”.

Il richiamato Allegato 3, avente a oggetto i “*Criteri per la ripartizione delle risorse disponibili ai Consorzi interuniversitari*”, dispone, poi, a sua volta, che al Consorzio Interuniversitario Cineca sono attribuiti per la voce “*Supercalcolo*” la somma di euro 11.000.000 e per la voce “*Contributo al funzionamento dei servizi messi a disposizione del MIUR e del sistema universitario*” la somma di euro 18.700.000, con la specificazione che si tratta in entrambi i casi di “*importi massimi soggetti a rendicontazione*”.

Le attività del Cineca finanziate con le due distinte quote del F.F.O. assegnate al Cineca dall'impugnato d.m. M.I.U.R. dell'8 giugno 2015 n. 335, recante i criteri di ripartizione del Fondo di Finanziamento Ordinario delle Università per l'anno 2015, sono, pertanto, specificatamente le seguenti:

a) i servizi di supporto informatico alle funzioni amministrative del M.I.U.R.;

b) c.d. supercalcolo, ossia servizi di supporto e di implementazione, mediante il calcolo ad alte prestazioni, della attività di ricerca fondamentale della

comunità scientifica e le sue applicazioni.

Ne rimangono, invece, fuori i servizi gestionali resi per le singole Università.

La realizzazione di servizi di supporto informatico alle funzioni amministrative proprie del M.I.U.R. è uno dei fini istituzionali del Cineca; ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. f) del relativo Statuto, infatti, rientra nel suo oggetto l'elaborazione e la gestione di *“appositi sistemi informatici”* *“nell'interesse del sistema nazionale dell'istruzione, dell'università e della ricerca”* del M.I.U.R.”.

Il contributo annuale del M.I.U.R. al Cineca *“correlato alle attività poste in essere”* dal Cineca per il M.I.U.R. per lo scopo di cui al citato art. 3, comma 1, lett. f) dello Statuto consortile è espressamente previsto come fonte di finanziamento del Cineca dal successivo art. 16, comma 1, lett. b), dello Statuto medesimo.

La fornitura di servizi di c.d. *“supercalcolo”* (calcolo scientifico ad alte prestazioni) è finalizzata alla promozione del sistema nazionale della ricerca scientifica e dell'innovazione tecnologica, mediante la messa a disposizione della ricerca scientifica e tecnologica, pura e applicata, di supercalcolatori e dei relativi servizi di supporto ad alta specializzazione.

Queste attività costituiscono fini istituzionali del Cineca individuati dal relativo Statuto; ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. a) e b), dello Statuto consortile, rientrano, infatti, tra i suoi compiti anche quelli di *“promuovere l'utilizzo dei più avanzati sistemi di elaborazione dell'informazione a sostegno della ricerca scientifica e tecnologica, pubblica e privata, e delle sue applicazioni”* e di *“garantire i servizi del calcolo scientifico ad alte prestazioni al sistema nazionale della ricerca anche applicata, pubblica e privata”*, con la precisazione che il Cineca è, altresì, tenuto a *“consentire l'utilizzo delle risorse e dei servizi anche ad altri Enti Pubblici e Privati sulla base di apposite convenzioni o contratti”*, ai sensi del medesimo comma, alla successiva lett. e).

Anche il contributo annuale del M.I.U.R. al Cineca correlato alle attività poste in essere da parte del Cineca ai sensi del richiamato art. 3, comma 1, lett. a) e b) dello Statuto consortile, è espressamente previsto come fonte di

finanziamento del Cineca dal successivo art. 16, comma 1, lett. b), dello Statuto medesimo.

Le quote del F.F.O. messe a disposizione del Cineca, sia per i servizi erogati al M.I.U.R. sia per il supercalcolo:

- sono state definite unilateralmente dall'impugnato provvedimento del M.I.U.R., senza alcun concorso né atto di assenso del Cineca in ordine a tale definizione;
- costituiscono, come si legge nell' *“Allegato 3 - Criteri per la ripartizione delle risorse disponibili ai Consorzi universitari”* del provvedimento impugnato, *«importi massimi soggetti a rendicontazione»*.

5 - Eccezione preliminari di inammissibilità del ricorso.

5.1 - Il M.I.U.R. ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per violazione e falsa applicazione dell'art. 133, comma 1, lettera *z-sexies*, c.p.a. in quanto i fatti allegati da parte ricorrente a sostegno delle proprie ragioni non integrerebbero puntualmente la fattispecie descritta nella richiamata lettera *z-sexies*, comma 1, dell'art. 133 c.p.a., atteso che, nella fattispecie, non ci si troverebbe né al cospetto di un tentativo da parte dello Stato di *“dare esecuzione alle misure progettate prima che tale procedura (...di verifica da parte della Commissione della compatibilità del progetto di aiuto col mercato interno a norma dell'art. 107 TFUE) abbia condotto a una decisione finale.”* (di cui all'ultimo periodo del terzo paragrafo dell'art. 108 TFUE) né, tantomeno, di una controversia avente a oggetto gli atti e i provvedimenti adottati in esecuzione di una decisione di recupero di cui all'articolo 14 del regolamento (CE) n. 659/1999 del Consiglio del 22 marzo 1999; né, ancora, il ricorso troverebbe la sua legittimazione nell'articolo 50 della stessa legge n. 234/2012, che fa riferimento all'articolo 108, paragrafo 3, del T.F.U.E., e che, quindi, si riferisce ad atti notificati alla Commissione U.E. in materia di aiuti di Stato, qualora la commissione non si sia ancora pronunciata, nell'assorbente considerazione che, pacificamente, il D.M. impugnato non è stato notificato alla Commissione.

L'eccezione non merita condivisione e deve, pertanto, essere respinta per le considerazioni tutte che seguono.

La ricorrente evoca in giudizio il M.I.U.R. e Cineca promuovendo dichiaratamente l'azione regolata dall'art. 133, rubricato "*Materie di giurisdizione esclusiva*", comma 1, lettera z-*sexies* c.p.a., così come introdotto dall'art. 49, comma 2, della L. 24 dicembre 2012, n. 234, intitolata "*Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea*".

La norma di cui sopra prescrive, testualmente, che "*1. Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, salvo ulteriori previsioni di legge: [...] z-sexies) le controversie relative agli atti ed ai provvedimenti che concedono aiuti di Stato in violazione dell'articolo 108, paragrafo 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e le controversie aventi ad oggetto gli atti e i provvedimenti adottati in esecuzione di una decisione di recupero di cui all'articolo 14 del regolamento (CE) n. 659/1999 del Consiglio del 22 marzo 1999, a prescindere dalla forma dell'aiuto e dal soggetto che l'ha concesso.*" .

A sua volta, l'art. 108 (ex art. 88 del T.C.E.), paragrafo 3, del T.F.U.E. prescrive, testualmente, che "*3. Alla Commissione sono comunicati, in tempo utile perché presenti le sue osservazioni, i progetti diretti a istituire o modificare aiuti. Se ritiene che un progetto non sia compatibile con il mercato interno a norma dell'articolo 107, la Commissione inizia senza indugio la procedura prevista dal paragrafo precedente. Lo Stato membro interessato non può dare esecuzione alle misure progettate prima che tale procedura abbia condotto a una decisione finale.*".

E allora deve rilevarsi, al riguardo, che la fattispecie oggetto del presente giudizio risponde pienamente alle previsioni della richiamata norma nella parte di specifico interesse atteso che il decreto impugnato che ha disposto le misure finanziarie di cui trattasi, qualificate espressamente in termini di contributo, a favore di Cineca e che, nella prospettazione di cui al ricorso consistono in aiuti di stato ai sensi del par. 1 dell'art. 107 TFUE, è stato, pacificamente, adottato senza la previa notifica alla Commissione, così

integrando, sempre nella medesima prospettazione di cui al ricorso, la violazione dell'art. 108, par. 3, secondo cui devono essere comunicati alla Commissione "*i progetti diretti a istituire o modificare aiuti*".

5.2 - Con una ulteriore eccezione il Cineca e il M.I.U.R. hanno sostanzialmente dedotto il difetto di un interesse concreto a ricorrere da parte della ricorrente atteso che la stessa si duole del fatto che l'impugnato D.M. M.I.U.R. n. 335 del 2015, limitatamente alla parte in cui contiene disposizioni riguardanti Cineca, leda il principio della libertà di concorrenza tutelato sia a livello nazionale che comunitario, in quanto l'ammontare dei predetti trasferimenti finanziari sarebbe di non tenue entità e, quindi, tale da compromettere il confronto competitivo sul mercato nel quale la stessa società ricorrente compete col Cineca e, tuttavia, non allega la situazione giuridica, differenziata e qualificata, che sarebbe irrimediabilmente lesa dal predetto decreto, ai fini dell'integrazione del requisito della propria legittimazione ad agire in giudizio e, soprattutto, i contributi in favore di Cineca sono funzionalizzati al finanziamento di servizi diversi da quelli oggetto dell'attività imprenditoriale della ricorrente e in relazione ai quali la ricorrente non competerebbe né con Cineca né con altri operatori economici, di tal che l'asserito illegittimo vantaggio competitivo di cui fruirebbe Cineca nel mercato in cui opera la ricorrente sarebbe, quindi, meramente indiretto.

L'eccezione non merita condivisione e deve, pertanto, essere respinta sulla base delle considerazioni tutte che seguono.

In primo luogo si rileva che l'allegato 3 del decreto impugnato si limita a statuire che sono assegnati a Cineca euro 11.000.000 per il supercalcolo ed euro 18.700.000 per il "funzionamento dei servizi messi a disposizione del MIUR e del sistema universitario" senza alcuna ulteriore specificazione in ordine alla tipologia o alla natura delle attività e, pertanto, già solo la predetta circostanza radica l'interesse della ricorrente all'impugnazione del relativo D.M., indipendentemente dall'ulteriore eventuale circostanza che le misure in

questione presentino o meno i caratteri tipici di un contributo a fondo perduto.

In secondo luogo si rileva che quantomeno con riferimento ai servizi informatici resi a supporto del sistema dell'istruzione e universitario - avuto riguardo specifico alle attività in concreto ricondotte ai predetti servizi come da corrispondenza intercorsa tra il M.I.U.R. e il responsabile del Cineca relativamente alla rendicontazione dei predetti servizi e con particolare riguardo alle attività di gestione delle banche dati e dei portali web ivi indicati - Cineca e Be Smart devono ritenersi effettivamente concorrenti, in quanto sono sostanzialmente soggetti che operano e si confrontano nello stesso mercato, atteso che la ricorrente è una società specializzata nella realizzazione e nello sviluppo di sistemi di software a elevato contenuto tecnologico e che, al pari di Cineca, offre sul mercato software gestionali e non solo nel comparto delle Università, svolgendo la propria attività di fornitura di servizi e di software gestionali anche alle pubbliche Amministrazioni, come risulta dal sito della medesima società.

Per quanto attiene, poi, alle dimensioni della società ricorrente o all'entità del suo capitale sociale, deve rilevarsi che, contrariamente a quanto sostenuto dalle resistenti, i medesimi appaiono essere adeguati alla quota di mercato di cui la ricorrente è titolare e, soprattutto, potrebbero essere assunti, al contrario, quali elementi dimostrativi proprio delle difficoltà che la ricorrente incontra nel penetrare il mercato di cui trattasi, proprio in considerazione della posizione di dominanza del Cineca all'interno del medesimo.

D'altronde l'esistenza di un rapporto di concorrenza nel mercato di cui trattasi tra i due operatori in questione trova una conferma - come dedotto nella memoria dell'11.2.2016 da parte della ricorrente - in una serie di elementi, tra i quali si ricordano la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 2660 del 26 maggio 2015, che, nell'ambito del contenzioso promosso da Se Smart contro Cineca relativamente all'affidamento diretto dei servizi informatici dell'Università della Calabria, ha espressamente riconosciuto la vocazione

commerciale del Consorzio, affermando che, anche per tale ragione, Cineca non può essere considerato "alla stregua di un soggetto in house, ovvero di un mero organo delle Amministrazioni consorziate" nonché la segnalazione dell'Autorità Garante della Concorrenza del 10 settembre 2010, in copia agli atti, che ha riconosciuto la posizione di dominanza del Cineca e l'esistenza sul mercato di più piccoli operatori, fra i quali si deve annoverare anche la società ricorrente.

Sempre ai soli fini della verifica della sussistenza di un interesse a ricorrere da parte della società ricorrente, l'eccezione non coglie nel segno nemmeno con riferimento al contributo concesso per l'attività concernente il supercalcolo.

E, infatti, se è vero che la predetta attività è svolta pressoché esclusivamente da centri di ricerca governativi o comunque pubblici o para pubblici non solo in Italia ma a livello globale e che richiede capacità di investimento, di know-how e di specializzazione professionale di elevato livello, tuttavia, nella prospettazione di parte ricorrente, in mancanza di una puntuale rendicontazione e di una conseguente rigida separazione contabile in ordine alle singole attività svolte da parte del Cineca, il relativo contributo potrebbe, in realtà, finire per finanziare, in concreto, la diversa attività svolta dal medesimo Cineca nell'ambito dell'elaborazione dei sistemi informatici per il M.I.U.R. falsando di conseguenza quel mercato che interessa, come rilevato, in modo diretto e immediato la ricorrente Be Smart concretizzando il rischio del sussidio incrociato.

Si ritiene, pertanto, che i profili evidenziati dal Cineca non attengano alla fase della valutazione in ordine alla sussistenza o meno dell'interesse concreto all'impugnazione in trattazione da parte della ricorrente, quanto a quella successiva della valutazione della fondatezza nel merito delle censure articolate in ricorso.

Peraltro, premesso che i giudici nazionali sono tenuti ad applicare la clausola di sospensione e a tutelare i diritti dei singoli rispetto agli aiuti di Stato illegali e che, in linea di principio, a siffatti procedimenti si applicano le modalità

procedurali nazionali, tuttavia, in base ai principi generali del diritto comunitario, l'applicazione del diritto nazionale in tali circostanze è soggetta alla condizione essenziale del rispetto del cd. principio di effettività, ossia che le modalità procedurali interne non devono essere strutturate in modo tale da rendere impossibile o eccessivamente difficile in pratica l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario. E il principio di effettività ha un impatto diretto sulla legittimazione di eventuali ricorrenti ad agire dinanzi ai giudici nazionali in quanto le norme nazionali non possono limitare la legittimazione ad agire soltanto ai concorrenti del beneficiario di tal che anche i terzi che non sono lesi dalla distorsione di concorrenza derivante dalla misura di aiuto possono del pari avere un sufficiente interesse giuridico di differente carattere ad adire un giudice nazionale.

5.3 - Con un'ulteriore eccezione il M.I.U.R. ha dedotto che l'impugnato decreto conterrebbe esclusivamente prescrizioni di natura programmatica e che lo stesso non sarebbe stato ancora posto in esecuzione e che, peraltro, nessuna anticipazione di somme è stata resa al Cineca, atteso che il contributo previsto dal decreto impugnato è subordinato a un preciso onere di rendicontazione.

In ordine alla predetta eccezione deve rilevarsi, che, in realtà, alcuna valenza meramente programmatica può essere attribuita al decreto impugnato il quale attribuisce, in verità, in via immediata e diretta a Cineca i due contributi di cui trattasi nell'importo ivi indicato, facendo solo salvo l'onere di rendicontazione successiva.

Per quanto attiene, poi, alla circostanza che i due contributi non sarebbero, in realtà, ancora stati anticipati al Cineca, questa non appare dirimente ai fini dedotti ma eventualmente soltanto ai fini della specifica tipologia di statuizione da adottare a conclusione del presente giudizio nel caso in cui si ravvisasse la fondatezza nel merito della prospettazione principale di cui al ricorso in trattazione.

6 - Quanto al merito del ricorso, valgono le considerazioni tutte che seguono.

Con il ricorso in trattazione la ricorrente impugna, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. z-sexies c.p.a., il D.M. M.I.U.R. dell'8 giugno 2015 n. 335, recante “*Criteri di ripartizione del Fondo di Finanziamento Ordinario (FFO) per l'anno 2015*” e, segnatamente, l'allegato 3 del suddetto decreto, nella parte in cui assegnano a Cineca un contributo di € 11.000.000 per il supercalcolo e un contributo di € 18.700.000 per il funzionamento dei servizi messi a disposizione del M.I.U.R. e del sistema universitario e chiede al giudice nazionale di inibire l'erogazione delle quote di contributo che il provvedimento impugnato mette a disposizione del Cineca a valere sul FFO 2015 ovvero di intimare la restituzione di quanto eventualmente già erogato, nel presupposto che tale erogazione costituisca un aiuto di Stato in favore del Cineca, illegittimamente disposto in violazione dell'obbligo, posto dall'art. 108, par. 3 del T.F.U.E., di notificare preventivamente alla Commissione europea le misure dirette a istituire aiuti di Stato e di non eseguire tali misure prima della decisione finale della Commissione circa la loro compatibilità con il mercato interno.

Si premette che l'obbligo di notifica costituisce uno degli elementi fondamentali del sistema di controllo istituito dal Trattato FUE nel settore degli aiuti di Stato. Nell'ambito di tale sistema, gli Stati membri hanno l'obbligo, da un lato, di notificare alla Commissione ogni misura volta ad istituire o a modificare un aiuto, ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE, e, dall'altro, di non attuare una misura siffatta, conformemente all'articolo 108, paragrafo 3, TFUE, fintantoché la suddetta istituzione non abbia adottato una decisione definitiva su tale misura (cfr. da ultimo, Corte giustizia Unione Europea Sez. I, 21.7.2016, n. 493/14).

Conformemente a una giurisprudenza costante della Corte di Giustizia dell'Unione europea, l'attuazione del sistema di controllo degli aiuti statali spetta, da una parte, alla Commissione e, dall'altra, ai giudici nazionali, che esercitano ruoli complementari e distinti (cfr. da ultimo, Corte giustizia Unione Europea Sez. X, 26.10.2016, n. 590/14 che richiama, sul punto, le

sentenze del 9 agosto 1994, *Namur-Les assurances du crédit*, C-44/93, EU:C:1994:311, punto 14; del 21 novembre 2013, *Deutsche Lufthansa*, C-284/12, EU:C:2013:755, punto 27 e giurisprudenza ivi citata, nonché del 19 marzo 2015, *OTP Bank*, C-672/13, EU:C:2015:185, punto 36).

I giudici nazionali, infatti, non sono competenti a statuire sulla compatibilità di un aiuto di Stato con il mercato interno, atteso che tale controllo rientra nella competenza esclusiva della Commissione (v., in tal senso, sentenze dell'8 dicembre 2011, *Residex Capital IV*, C-275/10, EU:C:2011:814, punto 27; del 18 luglio 2013, *P*, C-6/12, EU:C:2013:525, punto 38 e giurisprudenza ivi citata, nonché del 19 marzo 2015, *OTP Bank*, C-672/13, EU:C:2015:185, punto 37), salvo il riesame da parte delle Corti U.E..

I giudici nazionali provvedono, invece, alla salvaguardia, fino alla decisione definitiva della Commissione, dei diritti dei singoli in caso di inadempimento dell'obbligo di previa notifica alla Commissione previsto dall'articolo 108, paragrafo 3, TFUE (sentenze dell'8 dicembre 2011, *Residex Capital IV*, C-275/10, EU:C:2011:814, punto 27; del 18 luglio 2013, *P*, C-6/12, EU:C:2013:525, punto 39, nonché del 21 novembre 2013, *Deutsche Lufthansa*, C-284/12, EU:C:2013:755, punto 28).

L'intervento da parte dei giudici nazionali discende dall'effetto diretto riconosciuto al divieto di esecuzione di progetti di aiuto, sancito dall'articolo 108, paragrafo 3, ultima frase, TFUE. A questo proposito, la Corte ha specificato che l'immediata applicabilità del divieto di esecuzione prevista dalla suddetta disposizione si estende a qualsiasi aiuto che sia stato posto in esecuzione senza essere notificato.

A tal fine, ai giudici nazionali possono essere sottoposte controversie nelle quali essi siano tenuti a interpretare e ad applicare la nozione di "aiuto di Stato", di cui all'articolo 107, paragrafo 1, TFUE, segnatamente al fine di valutare se un provvedimento adottato senza seguire il procedimento di controllo preventivo di cui all'articolo 108, paragrafo 3, TFUE, debba o meno esservi soggetto (sentenze del 18 luglio 2007, *Lucchini*, C-119/05,

EU:C:2007:434, punto 50 e giurisprudenza ivi citata, nonché del 18 luglio 2013, P, C-6/12, EU:C:2013:525, punto 38).

Se, poi, i giudici nazionali giungono alla conclusione che la misura interessata avrebbe effettivamente dovuto essere notificata alla Commissione, essi devono verificare se lo Stato membro coinvolto abbia adempiuto tale obbligo e, se così non fosse, dichiarare illegittima tale misura (sentenza del 19 marzo 2015, OTP Bank, C-672/13, EU:C:2015:185, punto 68).

E spetta, inoltre, a loro trarre tutte le conseguenze della violazione dell'articolo 108, paragrafo 3, TFUE, conformemente al loro diritto nazionale, sia per quanto riguarda la validità degli atti che comportano l'attuazione delle misure di aiuto, sia per quanto attiene al recupero degli aiuti finanziari concessi in violazione di tale norma (sentenza dell'8 dicembre 2011, Residex Capital IV, C-275/10, EU:C:2011:814, punto 29 e giurisprudenza ivi citata, nonché del 21 novembre 2013, Deutsche Lufthansa, C-284/12, EU:C:2013:755, punto 30).

I giudici nazionali sono, inoltre e in particolare, competenti ad adottare misure provvisorie per evitare ogni distorsione della concorrenza risultante dalla concessione di un aiuto in violazione dell'obbligo di sospensione previsto dall'articolo 108, paragrafo 3, TFUE (v. sentenze del 21 novembre 1991, Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires et Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon, C-354/90, EU:C:1991:440, punto 11; dell'11 luglio 1996, SFEI e a., C-39/94, EU:C:1996:285, punti 39, 40 e 53, nonché del 21 novembre 2013, Deutsche Lufthansa, C-284/12, EU:C:2013:755, punto 34).

Ne consegue che, come previsto al punto 58 della comunicazione della Commissione relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali (GU 2009, C 85, pag. 1), qualora sussista il rischio che l'erogazione di un aiuto illegale venga effettuata durante il procedimento in corso dinanzi al giudice nazionale, quest'ultimo può arrivare

a emanare un ordine provvisorio per impedire il versamento illegale fintantoché non sia deciso il merito della controversia.

Qualora, poi, il giudice nazionale nutra dubbi in merito all'interpretazione di una decisione della Commissione che ha qualificato una determinata misura come aiuto di Stato, egli può chiedere a tale istituzione chiarimenti o, secondo le circostanze, può o deve, conformemente all'articolo 267, secondo e terzo comma, TFUE, deferire una questione pregiudiziale alla Corte vertente sull'interpretazione dell'articolo 107 TFUE.

Il giudice nazionale non può, invece, nell'ambito di un rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 del citato Trattato, interpellare la Corte di Giustizia dell'Unione europea circa la compatibilità col mercato comune di un aiuto di Stato o di un regime di aiuti (Corte giustizia Unione Europea Sez. VII Ordinanza, 27.2.2014, n. 181/13).

Da quanto esposto consegue che, in primo luogo, al giudice nazionale può essere chiesto - come nel caso di specie - di pronunciarsi sull'illegittimità di misure dirette a istituire aiuti di Stato adottate in violazione della procedura di controllo preventivo di cui al citato art. 108, par. 3, del T.F.U.E., previa adozione, ove del caso, degli occorrenti provvedimenti di tipo cautelare e, in secondo luogo, che, per accertare la violazione della norma procedurale dettata dall'art. 108, par. 3, del T.F.U.E., il giudice nazionale è chiamato preliminarmente a valutare se la misura contestata possa effettivamente rientrare, sotto il profilo sostanziale, nella nozione di aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107, par. 1, del T.F.U.E..

L'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato si fonda, tuttavia, su un obbligo di leale cooperazione tra, da un lato, i giudici nazionali e, dall'altro, la Commissione e i giudici dell'Unione, nell'ambito della quale ciascuno agisce in funzione del ruolo specificatamente assegnatogli dal Trattato FUE.

E, nell'ambito di tale cooperazione, i giudici nazionali devono adottare tutte le misure generali o particolari idonee ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione e astenersi da quelle misure che possono

compromettere la realizzazione degli obiettivi del Trattato, come deriva dall'articolo 4, paragrafo 3, TUE. Pertanto, i giudici nazionali devono segnatamente astenersi dall'adottare decisioni contrarie a una decisione della Commissione (sentenza del 21 novembre 2013, Deutsche Lufthansa, C-284/12, EU:C:2013:755, punto 41).

Ne consegue che - nel procedere nella valutazione del se la misura contestata possa effettivamente rientrare, sotto il profilo sostanziale, nella nozione di aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107, par. 1, del T.F.U.E. - il giudice nazionale deve adottare particolari cautele, proprio perché la valutazione preliminare della qualificazione di una misura come aiuto di Stato costituisce il presupposto non solo per l'accertamento della violazione della norma procedurale, ma anche, al tempo stesso, per la valutazione di merito, circa la compatibilità o meno dell'aiuto con il mercato interno, che è riservata alla Commissione europea.

La valutazione del giudice nazionale non deve, pertanto, anticipare le valutazioni di merito riservate alla Commissione europea o, comunque, interferire con esse, atteso che il ruolo del giudice nazionale è, appunto, sostanzialmente complementare rispetto a quello della Commissione e deve essere improntato al rispetto del principio della «leale cooperazione» tra giudici nazionali, Commissione europea e giudici U.E. ai fini dell'applicazione delle norme U.E. sugli aiuti di Stato (in tal senso, da ultimo, Corte Giust. U.E., 21 novembre 2013, causa C-284/12, Lufthansa, punti 27 e 41).

Per quanto concerne l'individuazione dei confini della valutazione spettante al giudice nazionale, la giurisprudenza europea distingue il caso in cui la Commissione europea abbia già avviato un *«procedimento di indagine formale nei confronti della misura che è oggetto del procedimento pendente dinanzi al giudice nazionale»* dal caso in cui, invece, tale procedimento di indagine non sia stato ancora avviato e, dunque, la Commissione *«non si sia ... ancora pronunciata sulla questione se le misure esaminate possano costituire aiuti di Stato»*.

La normativa in materia dispone nei sensi di cui di seguito:

- l'articolo 3 del regolamento CE n. 659/1999 del Consiglio del 22 marzo 1999, recante modalità di applicazione dell'articolo [108 TFUE], intitolato «*Clausola di sospensione*», è redatto nei seguenti termini «*Agli aiuti soggetti a notifica, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, non può essere data esecuzione prima che la Commissione abbia adottato, o sia giustificato ritenere che abbia adottato una decisione di autorizzazione dell'aiuto*»;

- l'articolo 4 del regolamento in parola, intitolato «*Esame preliminare della notifica e decisioni della Commissione*», ai suoi paragrafi da 2 a 4 così dispone «*2. La Commissione, se dopo un esame preliminare constata che la misura notificata non costituisce aiuto, lo dichiara mediante una decisione.*

3. La Commissione, se dopo un esame preliminare constata che non sussistono dubbi in ordine alla compatibilità con il mercato comune della misura notificata, nei limiti in cui essa rientri nell'ambito di applicazione dell'articolo [107, paragrafo 1, TFUE], la dichiara compatibile con il mercato comune (...)

4. La Commissione, se dopo un esame preliminare constata che sussistono dubbi in ordine alla compatibilità con il mercato comune della misura notificata, decide di avviare il procedimento ai sensi dell'articolo [108, paragrafo 2, TFUE] (in seguito denominata "decisione di avviare il procedimento d'indagine formale")»;

- l'articolo 6 del suddetto regolamento, intitolato «*Procedimento d'indagine formale*», al suo paragrafo 1 enuncia che «*La decisione di avvio del procedimento d'indagine formale espone sinteticamente i punti di fatto e di diritto pertinenti, contiene una valutazione preliminare della Commissione relativa al carattere di aiuto della misura prevista ed espone i dubbi attinenti alla sua compatibilità con il mercato comune. La decisione invita lo Stato membro e tutti gli altri interessati a formulare le loro osservazioni entro un termine stabilito, di norma non superiore a un mese. (...)*»;

- l'articolo 7, intitolato «*Decisioni della Commissione che concludono il procedimento d'indagine formale*», dispone che «*1. Fatto salvo l'articolo 8, il procedimento d'indagine formale si conclude con una decisione ai sensi dei paragrafi da 2 a 5 del presente articolo.*

2. La Commissione, se constata, eventualmente dopo che lo Stato membro interessato vi abbia apportato modifiche, che la misura notificata non costituisce aiuto, lo dichiara

mediante una decisione.

3. La Commissione, se constatata, eventualmente dopo che lo Stato membro interessato vi abbia apportato modifiche, che i dubbi relativi alla compatibilità della misura notificata con il mercato comune non sussistono più, decide che l'aiuto è compatibile con il mercato comune (...)

4. La Commissione può subordinare una decisione positiva a condizioni (...) e ad obblighi (...)

5. La Commissione, se constatata che l'aiuto notificato non è compatibile con il mercato comune, decide che all'aiuto in questione non può essere data esecuzione (...)

6. Le decisioni adottate a norma dei paragrafi 2, 3, 4 e 5 devono intervenire non appena risultino eliminati i dubbi di cui all'articolo 4, paragrafo 4. Per quanto possibile, la Commissione si adopera per adottare una decisione entro 18 mesi dall'avvio della procedura. (...)».

Nel primo caso - ossia nel caso in cui la Commissione europea abbia già avviato un «*procedimento di indagine formale nei confronti della misura che è oggetto del procedimento pendente dinanzi al giudice nazionale*» - sebbene le valutazioni operate nella decisione di avviare il procedimento di indagine formale abbiano solo carattere preliminare, tale circostanza non implica che esse siano perciò solo prive di efficacia giuridica e, infatti, qualora i giudici nazionali potessero ritenere che una misura non costituisca un aiuto ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE e, di conseguenza, non sospenderne l'esecuzione, quando invece nella decisione di avviare il procedimento di indagine formale la Commissione ha constatato che tale misura può presentare elementi di aiuto, l'effetto utile dell'articolo 108, paragrafo 3, TFUE sarebbe vanificato, con la conseguenza che, quindi, il giudice nazionale non può adottare una pronuncia contraria alla valutazione del carattere di aiuto di Stato della misura di cui trattasi già compiuta dalla Commissione europea, seppur in via preliminare e provvisoria, in sede di avvio del procedimento di indagine formale (cfr., sul punto, sentenza Lufthansa, cit., punti 36-43).

E, infatti, l'applicazione delle norme dell'Unione in materia di aiuti di Stato si fonda, appunto, su un obbligo di leale cooperazione tra, da un lato, i giudici nazionali e, dall'altro, la Commissione e i giudici dell'Unione e, pertanto, i giudici nazionali devono astenersi da quelle che possono compromettere la realizzazione degli obiettivi del Trattato, come deriva dall'articolo 4, paragrafo 3, TUE anche se possono, tuttavia, chiedere chiarimenti alla Commissione e anche deferire una questione pregiudiziale alla Corte, conformemente all'articolo 267, secondo e terzo comma, TFUE, quale interpretato dalla Corte.

Nel secondo caso invece - ossia nel caso in cui la Commissione europea non abbia ancora avviato un *«procedimento di indagine formale nei confronti della misura che è oggetto del procedimento pendente dinanzi al giudice nazionale»* e non si sia dunque ancora pronunciata sulla questione se le misure esaminate possano costituire aiuti di Stato - il giudice nazionale - ove sia investito di una domanda volta a che siano tratte le conseguenze di un'eventuale violazione dell'articolo 108, paragrafo 3, ultima frase, TFUE - si può trovare nella condizione di dovere interpretare e applicare in maniera autonoma la nozione di aiuto di Stato. E, infatti, nella fattispecie, il giudice nazionale *«prima di trarre le conseguenze da un'eventuale violazione dell'articolo 108, paragrafo 3, ultima frase, TFUE, ... dev[e] preventivamente accertare se le misure [sottoposte al suo giudizio] ... costituiscano o meno aiuti di Stato»* (sentenza Lufthansa, punto 35) proprio in quanto l'obbligo di notificazione e il divieto di esecuzione previsti dall'articolo 108, paragrafo 3, TFUE vertono sui progetti che possono essere qualificati come aiuti di Stato ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE; ne consegue che è fatto obbligo, al giudice nazionale, di compiere in modo approfondito l'indagine complessa e articolata volta ad accertare la natura di aiuto di Stato della misura contestata prima di adottare qualsivoglia provvedimento che trovi la propria giustificazione in una siffatta natura delle misure esaminate.

Spetta al predetto giudice nazionale, in particolare, verificare, se la misura controversa costituisca un vantaggio e se risulti selettiva, vale a dire se

favorisca talune imprese o taluni produttori ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE (sentenza *Transalpine Olleitung in Osterreich*, cit., punto 39; sentenza *Lufthansa*, cit., punto 34).

Nel caso di specie, la stessa ricorrente dà atto di aver presentato, in data 15 ottobre 2014, alla Commissione europea - DG Concorrenza un esposto, ai sensi dell'art. 107 T.F.U.E., contraddistinto come “*SA.39639 (2014/CP) - Alleged State aid in favour of consortium Cineca*”, finalizzato proprio a fare accertare la natura di aiuti di Stato dei contributi annualmente erogati dal M.I.U.R. al Cineca a carico del F.F.O. (vedasi la pag. 16 del ricorso) e che il relativo procedimento, nonostante il lasso temporale trascorso (di oramai oltre un anno), non risulta essere stato definito e che, altresì, a tale esposto, non ha fatto seguito l'avvio di alcun procedimento di indagine formale da parte della Commissione europea né, tantomeno, risulta che la Commissione abbia adottato misure interinali nei confronti dello Stato Italiano.

Ne consegue che, in mancanza di un atto di avvio del procedimento di indagine formale da parte della Commissione europea, il Tribunale adito - alla luce della giurisprudenza in precedenza riportata - potrebbe, pertanto, concedere la tutela cautelare richiesta e definire nel merito con una statuizione che ordini la restituzione di quanto percepito al predetto titolo solo in presenza di elementi che siano valutati tali da consentire di ritenere acquisita e comprovata in giudizio l'oggettiva sussistenza di un aiuto di Stato nella misura finanziaria disposta dal M.I.U.R. in favore del Cineca con il decreto ministeriale impugnato.

Con la memoria dell'11.2.2016 la ricorrente ha rilevato, al riguardo, che, a seguito della presentazione del suo esposto, la Commissione ha inviato alle Autorità italiane più richieste di informazioni, almeno due a quanto consterebbe alla medesima ricorrente e, nonostante le siano pervenute da parte italiana i relativi chiarimenti, l'istruttoria europea sulle misure di oggetto anche del presente giudizio risulterebbe, allo stato, ancora in corso (*on-going*); ne conseguirebbe che, atteso che il procedimento sarebbe ancora pendente e

non sarebbe stato affatto archiviato, la Commissione non si sarebbe dichiarata soddisfatta dei predetti elementi e manterrebbe, pertanto, tuttora le sue riserve circa la compatibilità - con le previsioni in materia di aiuti di Stato di cui all'art. 107, par. 1, TFUE e le relative discipline applicative - delle risorse pubbliche annualmente erogate dal M.I.U.R. a valere sul F.F.O. in favore del Consorzio. La ricorrente ha, altresì, dedotto che la circostanza che la Commissione non abbia a oggi avviato un procedimento di indagine approfondita, ex art. 108, par. 2, TFUE, non incide sulla portata dello scrutinio che codesto T.A.R. è chiamato ad esercitare nel presente giudizio in forza dell'art. 107, par. 1, TFUE né tantomeno gli impone una sorta di "*obbligo di dimostrazione rafforzata*", come dedotto dal Cineca nei propri scritti difensivi. Per quanto attiene alla prima circostanza evidenziata, deve rilevarsi che non risulta prodotta in atti la relativa documentazione a comprova di quanto evidenziato - al riguardo la ricorrente ha dedotto, con la memoria di cui da ultimo, che, da un lato, né il M.I.U.R. né il Cineca hanno smentito specificatamente la predetta circostanza e, dall'altro, che, comunque, la stessa è stata volutamente sottaciuta nel presente giudizio al pari della circostanza che la Commissione non avrebbe ritenuto i chiarimenti pervenuti da parte italiana idonei a risolvere le contestazioni sollevate nell'esposto di cui trattasi della ricorrente - e, quindi la sola circostanza, pacifica tra le parti, che la Commissione, allo stato, non abbia ancora avviato il procedimento di indagine formale sull'esposto della ricorrente del 2014, è sufficiente di per sé ai fini del richiamo dei principi esposti al riguardo in precedenza con specifico riferimento alla predetta fattispecie.

In particolare, non si ritiene che l'essersi la Commissione pronunciata con l'invito a presentare osservazioni ai sensi del par. 2 dell'art. 108 del TFUE del 23.12.2016 in relazione all'aiuto di Stato SA34402 in caso asseritamente analogo a quella in trattazione abbia quella rilevanza dirimente invocata da parte ricorrente da ultimo in ordine al fare stato nel presente giudizio in relazione all'accertamento della sussistenza di seri dubbi di compatibilità con

le disposizioni del trattato della misura in esame. E, infatti, non si ritiene che il richiamato invito possa essere fondatamente invocato al fine di ricondurre la fattispecie in esame nell'ambito della casistica della prima tipologia di cui in precedenza - relativamente all'ambito dei poteri del giudice nazionale a seconda che sia stato o meno avviato un procedimento di indagine formale - proprio in quanto, a parte le eventuali effettive analogie che potrebbero riscontrarsi, comunque la decisione è resa su di una misura che interessa un ente e uno stato diverso e, quindi, non può certamente costituire la prova che assicura la certezza della configurabilità della misura in questione quale aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107, par. 1, TFUE (sebbene, indubbiamente, dalle considerazioni espresse nel predetto invito si possano trarre, in questa sede, elementi che consentano di verificare, sulla base della specificità propria della fattispecie in esame, l'effettiva sussistenza di aiuto illegale).

Indubbia è, invece, la rilevanza della richiamata decisione al fine di valutare la tempistica della Commissione nella materia di cui trattasi, per quanto, poi, la predetta circostanza possa effettivamente influire nelle valutazioni espresse in questo giudizio; e, infatti, nelle proprie memorie difensive il Cineca aveva rilevato che, sostanzialmente, il tempo oramai decorso dalla presentazione dell'esposto della ricorrente senza che la Commissione avesse proceduto all'avvio dell'indagine formale avrebbe dovuto avere una sua rilevanza non indifferente nella presente trattazione e, invece, dall'esame del richiamato invito, emerge come lo stesso sia stato adottato in data 23.12.2015 e, quindi, a distanza di quasi quattro anni dal momento in cui il relativo esposto era stato presentato, ossia nel mese di Marzo 2012.

E, al riguardo, è necessario, poi, sottolineare ulteriormente che la pacifica circostanza di cui sopra, del non essere stato ancora avviato il procedimento di indagine formale, non incide sulla portata dello scrutinio che questo tribunale è chiamato a esercitare nel presente giudizio ai sensi dell'art. 107, par. 1, TFUE nel senso prospettato da parte del Cineca di imporre alla ricorrente una sorta di "obbligo di dimostrazione rafforzata".

La predetta conclusione, in particolare, non si trae in alcun modo dalle argomentazioni contenute nella richiamata sentenza Dett-Esche Luftansa (C-284/12) nella quale, peraltro, la Corte di Giustizia U.E. ha statuito nel senso che, in presenza di una indagine formale avviata da parte della Commissione, il giudice nazionale deve tenerne conto, ai fini dell'esercizio dei poteri di "attuazione della legge" (*enforcement*) che l'ordinamento dell'UE gli riconosce, per evitare disallineamenti e valutazioni conclusive tra di loro contrastanti.

Dalla predetta sentenza non discende invece che, in assenza di un provvedimento di avvio di indagine formale ai sensi dell'art. 108, par. 2, TFUE, sorga per il ricorrente un obbligo di dimostrazione "rafforzata" nell'applicazione della nozione di aiuto di Stato da parte del giudice nazionale; in particolare, i punti nn. 33, 34 e 35 della citata sentenza si limitano a rilevare al riguardo esclusivamente che *“33 Ciò premesso, la portata di tale obbligo può variare a seconda che la Commissione abbia avviato o meno il procedimento di indagine formale nei confronti della misura che è oggetto del procedimento pendente dinanzi al giudice nazionale.*

34 Nell'ipotesi in cui la Commissione non abbia ancora avviato il procedimento di indagine formale e non si sia dunque ancora pronunciata sulla questione se le misure esaminate possano costituire aiuti di Stato, i giudici nazionali, ove siano investiti di una domanda volta a che siano tratte le conseguenze di un'eventuale violazione dell'articolo 108, paragrafo 3, ultima frase, TFUE, possono trovarsi a dover interpretare e applicare la nozione di aiuto al fine di determinare se dette misure avrebbero dovuto essere notificate alla Commissione (v., in tal senso, sentenza SFEI e a., cit., punti 49 e 53 nonché punto 1 del dispositivo). Spetta loro verificare, in particolare, se la misura controversa costituisca un vantaggio e se risulti selettiva, vale a dire se favorisca talune imprese o taluni produttori ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE (sentenza Transalpine Olleitung in Österreich, cit., punto 39).

35 Infatti, l'obbligo di notificazione e il divieto di esecuzione previsti dall'articolo 108, paragrafo 3, TFUE vertono sui progetti che possono essere qualificati come aiuti di Stato ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE. Di conseguenza, prima di trarre le

conseguenze da un'eventuale violazione dell'articolo 108, paragrafo 3, ultima frase, TFUE, i giudici nazionali devono preventivamente accertare se le misure di cui trattasi costituiscano o meno aiuti di Stato.”.

Ma, anzi, come correttamente rilevato nella richiamata memoria della ricorrente dell'11.2.2016, un approccio "restrittivo", come quello suggerito sul punto da Cineca, è, in realtà, inammissibile proprio perché rischierebbe di privare di effettività l'art. 107, par. 1, TFUE e, in definitiva, di pregiudicare il diritto a un ricorso effettivo riconosciuto ai singoli - concorrenti e terzi interessati, mentre, invece, il dovere di garantire questo diritto è stato ripetutamente ribadito dalla prassi e dalla giurisprudenza europea sul punto.

E' la stessa Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali che, soprattutto nel caso di aiuti di Stato illegali non notificati, specifica che *"le azioni intentate dinanzi ai giudici nazionali offrono un mezzo importante per tutelare concorrenti e terzi interessati lesi dall'aiuto di Stato illegale"*.

Laddove, comunque, lo si ribadisce, in caso di dubbio il giudice nazionale può, comunque, sempre rivolgersi alla Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 267 TFUE, ovvero alla stessa Commissione europea ai sensi della Sezione 3 della richiamata Comunicazione.

7 - Valutazione in termini di aiuto di stato della misura di cui trattasi.

L'articolo 107 (ex articolo 87 del T.C.E.) del T.F.U.E., rubricato *“Aiuti concessi dagli stati”*, dispone testualmente che *“1. Salvo deroghe contemplate dai trattati, sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza.*

2. Sono compatibili con il mercato interno:

a) gli aiuti a carattere sociale concessi ai singoli consumatori, a condizione che siano accordati senza discriminazioni determinate dall'origine dei prodotti;

b) gli aiuti destinati a ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali;

c) gli aiuti concessi all'economia di determinate regioni della Repubblica federale di Germania che risentono della divisione della Germania, nella misura in cui sono necessari a compensare gli svantaggi economici provocati da tale divisione. Cinque anni dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, il Consiglio, su proposta della Commissione, può adottare una decisione che abroga la presente lettera.

3. Possono considerarsi compatibili con il mercato interno:

a) gli aiuti destinati a favorire lo sviluppo economico delle regioni ove il tenore di vita sia anormalmente basso, oppure si abbia una grave forma di sottoccupazione, nonché quello delle regioni di cui all'articolo 349, tenuto conto della loro situazione strutturale, economica e sociale;

b) gli aiuti destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo oppure a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro;

c) gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse;

d) gli aiuti destinati a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio, quando non alterino le condizioni degli scambi e della concorrenza nell'Unione in misura contraria all'interesse comune;

e) le altre categorie di aiuti, determinate con decisione del Consiglio, su proposta della Commissione.”.

La nozione di aiuto di Stato, quale definita nel Trattato FUE, ha carattere giuridico e deve essere interpretata sulla base di elementi obiettivi.

Gli aiuti di Stato incompatibili con il mercato interno, secondo la nozione ricavabile dall'art. 107 TFUE (in precedenza art. 87, paragrafo 1, del Trattato della Comunità europea), consistono in agevolazioni di natura pubblica, rese in qualsiasi forma, in grado di favorire talune imprese o talune produzioni e di

falsare o minacciare di falsare in tal modo la concorrenza, nella misura in cui incidono sugli scambi tra gli Stati membri.

Relativamente all'individuazione dei requisiti costitutivi della nozione di aiuto di Stato, individuati dalla legislazione e dalla giurisprudenza comunitaria, si richiama, altresì, anche la giurisprudenza della Corte Costituzionale (cfr. sul punto, da ultimo, v. le sentenze 7.11.2014, n. 249 e 11.12.2013, n. 299).

Secondo la Corte, infatti, *«i requisiti costitutivi di detta nozione, individuati dalla legislazione e dalla giurisprudenza comunitaria, possono essere così sintetizzati:*

- a) intervento da parte dello Stato o di una sua articolazione o comunque impiego di risorse pubbliche a favore di un operatore economico che agisce in libero mercato;*
- b) idoneità di tale intervento ad incidere sugli scambi tra Stati membri;*
- c) idoneità dello stesso a concedere un vantaggio al suo beneficiario in modo tale da falsare o minacciare di falsare la concorrenza;*
- d) dimensione dell'intervento superiore alla soglia economica che determina la sua configurabilità come aiuto "de minimis" ai sensi del regolamento della Commissione n. 1998/2006, del 15 dicembre 2006 (Regolamento della Commissione relativo all'applicazione degli articoli 87 e 88 del trattato agli aiuti d'importanza minore «de minimis»).*

La nozione di aiuto di Stato è, quindi, di natura complessa e, come già rilevato in precedenza, l'ordinamento comunitario riserva alla competenza esclusiva della Commissione europea, sotto il controllo del Tribunale e della Corte di giustizia, la verifica della compatibilità dell'aiuto con il mercato interno, nel rispetto dei regolamenti di procedura in vigore.

Ai fini dell'individuazione della predetta nozione è di estrema utilità il Progetto di comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, del TFUE (dandosi atto che, nelle more della stesura della sentenza di cui trattasi, è stata adottata la Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea 2016/C

262/01 pubblicata sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea C 262/1 del 19.7.2016).

Con il predetto progetto la Commissione ha dato atto di intendere fornire ulteriori precisazioni sui principali concetti inerenti alla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, al fine precipuo di garantire un'applicazione più agevole, trasparente e coerente della predetta nozione in tutta l'Unione, con l'ulteriore specificazione che la medesima riguarda esclusivamente la nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato, che sia la Commissione sia le autorità nazionali, compresi pertanto i giudici nazionali, devono applicare in relazione agli obblighi di notifica e di sospensione di cui all'articolo 108, paragrafo 3, del trattato e che, pertanto, la medesima non riguarda, invece, la compatibilità degli aiuti di Stato con il mercato interno ai sensi dell'articolo 107, paragrafi 2 e 3, e dell'articolo 106, paragrafo 2, del trattato, la quale deve essere valutata unicamente da parte della Commissione; ha, infine, specificato che la comunicazione intende precisare in che modo la Commissione intende l'articolo 107, paragrafo 1, del trattato, in base all'interpretazione della Corte di giustizia e del Tribunale, ossia de «gli organi giurisdizionali dell'Unione».

L'articolo 107, paragrafo 1, del trattato definisce gli aiuti di Stato come aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsano o minacciano di falsare la concorrenza, nella misura in cui incidono sugli scambi tra gli Stati membri.

La comunicazione precisa, pertanto, i diversi elementi costitutivi della nozione di aiuto di Stato:

- a) la sussistenza di un'impresa;
- b) l'imputabilità della misura allo Stato;
- c) il suo finanziamento tramite risorse statali;
- d) il conferimento di un vantaggio;

e) la selettività della misura e i suoi effetti sulla concorrenza e sugli scambi tra Stati membri.

7.1 - Il primo requisito essenziale è la sussistenza di un'impresa, atteso che le norme in materia di aiuti di Stato si applicano solo se il beneficiario di una misura è qualificabile nei predetti termini.

Secondo la costante giurisprudenza della Corte di giustizia, la nozione di impresa abbraccia qualsiasi ente che esercita un'attività economica, a prescindere dal suo stato giuridico e dalle sue modalità di finanziamento e, pertanto, la qualificazione di un determinato ente come impresa dipende interamente dalla natura delle sue attività.

Dalla predetta considerazione conseguono le seguenti conclusioni:

- lo stato giuridico dell'ente in questione ai sensi del diritto nazionale è ininfluenza e la stessa considerazione vale anche per gli enti facenti formalmente parte della pubblica amministrazione;
- anche gli enti senza scopo di lucro possono offrire beni e servizi su un mercato;
- un ente viene qualificato come impresa sempre in relazione a un'attività specifica e, pertanto, un ente che svolga sia attività economiche sia attività non economiche è considerato come un'impresa solo per quanto riguarda le prime.

Per chiarire la distinzione tra attività economiche e non economiche, la Corte di giustizia ha costantemente affermato che qualsiasi attività consistente nell'offrire beni e servizi in un mercato costituisce attività economica e la questione se esista o meno un mercato per determinati servizi può dipendere dal modo in cui essi sono organizzati nello Stato membro interessato e può, quindi, variare da uno Stato membro all'altro e, inoltre, la qualificazione di una determinata attività può cambiare nel tempo, in funzione di scelte politiche o di sviluppi economici.

In particolare, la decisione di un'autorità pubblica di non permettere a terzi di svolgere un determinato servizio (a esempio perché desidera prestare il

servizio in proprio), non esclude l'esistenza di un'attività economica e, infatti, nonostante tale chiusura del mercato, un'attività economica può esistere se altri operatori sono disposti a fornire il servizio nel mercato interessato e possono farlo e, conseguentemente, in linea generale, il fatto che un particolare servizio sia prestato in proprio non incide sulla natura economica dell'attività.

Inoltre l'articolo 107, paragrafo 1, del trattato non si applica se lo Stato agisce «esercitando il potere d'imperio» o se gli enti pubblici agiscono «in veste di pubblica autorità»; e si considera che un ente agisca esercitando il potere d'imperio qualora l'attività in questione rientri nelle funzioni essenziali dello Stato o sia ad esse connessa per la sua natura, per il suo oggetto e per le norme alle quali è soggetta.

Due ulteriori requisiti sono l'imputabilità della misura allo Stato e il suo finanziamento tramite risorse statali; si tratta di due condizioni cumulative separate ai fini della valutazione della sussistenza degli aiuti di Stato sebbene, tuttavia, spesso le predette condizioni vengano considerate alla luce della circostanza che riguardano entrambe l'origine pubblica della misura in questione.

Con riguardo all'imputabilità è sufficiente rilevare, in questa sede e per quanto di interesse specifico, che, nel caso in cui il vantaggio sia concesso attraverso le imprese pubbliche, è previamente necessario verificare se si debba ritenere che le autorità pubbliche abbiano avuto un qualche ruolo nell'adozione di tali misure e che l'imputabilità allo Stato di un provvedimento di aiuto adottato da un'impresa pubblica può essere dedotta da un insieme di indizi risultanti dalle circostanze del caso di specie e dal contesto nel quale il provvedimento è stato adottato.

Inoltre, la misura non è imputabile a uno Stato membro se questo ha l'obbligo di applicarla in base al diritto dell'Unione senza disporre al riguardo di alcun potere discrezionale. In tal caso, la misura deriva da un atto del legislatore dell'Unione e non è imputabile allo Stato. Ma ciò non vale, tuttavia,

nei casi in cui il diritto dell'Unione consenta semplicemente di adottare determinate misure nazionali e lo Stato membro ha discrezione sull'opportunità di adottare le misure in questione o nel definire le caratteristiche della misura concreta che sono rilevanti sotto il profilo degli aiuti di Stato.

Con riguardo al finanziamento tramite risorse statali, si rileva, in questa sede e per quanto di interesse specifico anche in tal caso, solo che esclusivamente i vantaggi concessi direttamente o indirettamente mediante risorse statali possono costituire aiuti di Stato ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, del trattato. Il trasferimento di risorse statali può assumere numerose forme quali sovvenzioni dirette, prestiti, garanzie, investimenti diretti nel capitale di imprese nonché prestazioni in natura; anche un impegno fermo e concreto a rendere disponibili risorse statali in un momento successivo è considerato un trasferimento di risorse statali e, atteso che non è necessario che avvenga un trasferimento positivo di fondi, è, altresì, sufficiente una rinuncia a delle entrate statali.

Requisito fondamentale è, poi, il conferimento di un vantaggio; ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, del trattato, un vantaggio è un beneficio economico che un'impresa non potrebbe ricevere in condizioni normali di mercato, ossia in assenza di intervento dello Stato.

Non sono considerati rilevanti né la causa né lo scopo dell'intervento dello Stato, ma solo gli effetti della misura sull'impresa e, pertanto, qualora la situazione finanziaria di un'impresa migliori grazie all'intervento dello Stato a condizioni diverse dalle normali condizioni di mercato, è presente un vantaggio.

Si tratta di una nozione ampia che comprende qualsiasi riduzione degli oneri che normalmente gravano sul bilancio di un'impresa che comprende tutte le situazioni in cui gli operatori economici sono liberati dai costi inerenti alle loro attività economiche.

Ai fini della verifica della sussistenza del predetto requisito, la Commissione ha elaborato alcuni criteri quali quello del creditore privato/investitore privato operante nelle normali condizioni di un'economia di mercato.

Per quanto attiene, poi, al requisito della selettività della misura e i suoi effetti sulla concorrenza e sugli scambi tra Stati membri, valgono le considerazioni di cui di seguito.

Per rientrare nel campo di applicazione dell'articolo 107, paragrafo 1, del trattato, una misura di Stato deve favorire «talune imprese o talune produzioni». Ne consegue che non tutte le misure che favoriscono operatori economici rientrano nella nozione di aiuto, ma soltanto quelle che concedono un vantaggio in maniera selettiva a determinate imprese o categorie di imprese o a determinati settori economici.

Il requisito di selettività derivante dall'articolo 107, paragrafo 1, TFUE deve, poi, essere chiaramente distinto dall'individuazione concomitante di un vantaggio economico, in quanto, quando la Commissione rileva la presenza di un vantaggio, inteso in senso ampio, direttamente o indirettamente ascrivibile a una determinata misura, essa è tenuta a dimostrare, inoltre, che tale vantaggio vada a favore specificamente di una o più imprese. A tal fine, spetta ad essa dimostrare, in particolare, che la misura di cui trattasi introduce differenziazioni tra le imprese che, rispetto all'obiettivo perseguito, versano in una situazione analoga. Occorre dunque che il vantaggio sia concesso in modo selettivo e sia idoneo a porre talune imprese in una situazione più favorevole rispetto ad altre.

Si deve, tuttavia, distinguere a seconda che la misura di cui trattasi sia considerata un regime generale di aiuti oppure un aiuto individuale. In quest'ultimo caso, l'individuazione del vantaggio economico consente, in linea di principio, di presumere la sua selettività. Per contro, nell'esaminare un regime generale di aiuto, è necessario stabilire se la misura in questione, nonostante la constatazione che essa conferisce un vantaggio di portata generale, lo faccia a beneficio esclusivo di talune imprese o di taluni settori di

attività (v. sentenza del 4 giugno 2015, Commissione/MOL, C-15/14 P, EU:C:2015:362, punto 60).

Gli aiuti pubblici alle imprese costituiscono aiuti di Stato ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, del trattato, inoltre, solo qualora «favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza» e solamente «nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri».

Si tratta di due elementi distinti e necessari della nozione di aiuto sebbene, nella pratica, questi criteri siano spesso trattati congiuntamente nella valutazione degli aiuti di Stato, in quanto, di norma, sono considerati indissociabilmente connessi.

Si ritiene che una misura concessa dallo Stato falsi o minacci di falsare la concorrenza quando è in grado di migliorare la posizione concorrenziale del beneficiario nei confronti di altre imprese concorrenti e, dal punto di vista pratico, si riscontra di norma una distorsione della concorrenza ai sensi dell'articolo 107, articolo 1, del trattato quando lo Stato concede un vantaggio finanziario a un'impresa in un settore liberalizzato dove esiste, o potrebbe esistere, una situazione di concorrenza.

Il sostegno pubblico rischia di falsare la concorrenza anche se non aiuta l'impresa beneficiaria a espandersi e a conquistare quote di mercato. È sufficiente che l'aiuto le consenta di mantenere una posizione competitiva più forte di quella che avrebbe in assenza di aiuto.

Gli aiuti pubblici alle imprese costituiscono aiuti di Stato ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, del trattato solo nella misura in cui incidono sugli scambi tra Stati membri. A questo proposito, non è necessario dimostrare l'effettiva incidenza di tale aiuto sugli scambi tra Stati membri, ma basta esaminare se l'aiuto sia idoneo a incidere su tali scambi.

Il sostegno pubblico può essere ritenuto in grado di incidere sugli scambi tra gli Stati membri anche se il destinatario non partecipa direttamente a scambi transfrontalieri. Per esempio, mantenendo invariata o incrementando l'offerta

locale, la sovvenzione può rendere più difficile per gli operatori di altri Stati membri l'accesso al mercato.

Per accertare l'incidenza sugli scambi non è necessario definire il mercato o effettuare un'indagine dettagliata dell'impatto della misura sulla posizione concorrenziale del beneficiario e dei suoi concorrenti.

L'incidenza sugli scambi tra Stati membri non può tuttavia essere semplicemente ipotizzata o presunta, ma devono essere accertate, in base agli effetti prevedibili, le ragioni per cui la misura falsa o minaccia di falsare la concorrenza ed è idonea a incidere sugli scambi tra gli Stati membri

Per quanto di particolare interesse in questa sede, poi, si rileva che *“Il finanziamento pubblico di infrastrutture di ricerca può favorire un'attività economica ed è quindi soggetto alle norme sugli aiuti di Stato nella misura in cui l'infrastruttura è di fatto finalizzata allo svolgimento di attività economiche (quali il noleggio di attrezzature o laboratori alle imprese, la fornitura di servizi a imprese o l'esecuzione di contratti di ricerca). Per contro, il finanziamento pubblico di infrastrutture di ricerca utilizzate per attività non economiche, quali la ricerca indipendente finalizzata ad incrementare il sapere e migliorare la comprensione, non rientra nell'ambito di applicazione delle norme sugli aiuti di Stato. Per indicazioni più dettagliate sulla distinzione tra attività economiche e non economiche nel settore della ricerca, cfr. i chiarimenti forniti nella disciplina degli aiuti di Stato a favore di ricerca, sviluppo e innovazione”*.

Alla luce delle predette indicazioni, deve, pertanto, verificarsi se e in quali termini effettivamente i contributi di cui trattasi possano essere qualificati in termini di aiuti di stato ai sensi del comma 1 dell'art. 107 TFUE.

Per quanto attiene ai due requisiti dell'imputabilità della misura allo Stato e del suo finanziamento tramite risorse statali, non si pongono, con riferimento ai due contributi di cui trattasi, dubbi in ordine alla loro effettiva ricorrenza nella fattispecie, tanto è vero che nessuna delle parti si è soffermata sui medesimi, dandoli, nella sostanza, per acquisiti.

Per quanto attiene al requisito della sussistenza di un'impresa, si devono prendere le mosse da cosa si intende per impresa nella disciplina sugli aiuti di

Stato.

Si ribadisce, al riguardo, che la qualificazione di un determinato ente come impresa dipende interamente dalla natura delle sue attività e che un ente viene qualificato come impresa sempre in relazione a un'attività specifica e, pertanto, un ente che svolga sia attività economiche sia attività non economiche è considerato come un'impresa solo per quanto riguarda le prime.

La medesima giurisprudenza ha precisato che il concetto di impresa, ai sensi delle regole di concorrenza contenute nel Trattato, comprende qualsiasi entità che eserciti una "attività economica", definita dalla stessa Corte di giustizia come una "qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi in un determinato mercato". A tale fine, assume rilievo decisivo la circostanza che l'attività oggetto di valutazione sia normalmente fornita contro remunerazione. È sufficiente cioè che questa attività, seppure svolta senza un effettivo scopo di lucro in una fattispecie concreta, anche solo in astratto possa essere esercitata da un'impresa privata in un'ottica di mercato, al fine, quindi, di ottenere un profitto.

Proprio perché la nozione di impresa si concentra sulla tipologia di attività svolta, essa ha, dunque, evidentemente natura funzionale. Ne consegue, pertanto, che le caratteristiche soggettive proprie dell'entità che la esercita non hanno alcun peso ai fini della predetta valutazione. La giurisprudenza europea ha, infatti, ripetutamente sottolineato che la nozione di impresa "*prescinde(re) dallo status giuridico di tale soggetto e dalle sue modalità di finanziamento*", dalla "*circostanza che ad un soggetto siano attribuiti taluni compiti di interesse generale*", che lo stesso persegua "*obiettivi sociali*" o, ancora, che si prefigga o meno uno scopo di lucro.

Anche un ramo di un'Amministrazione pubblica può essere qualificato impresa e, pertanto, i finanziamenti concessi possono costituire aiuto di Stato. D'altra parte, se un Ente pubblico svolge attività economica, offrendo un

bene o un servizio sul mercato, è in concorrenza con altri soggetti che svolgono la medesima attività.

Si tratta, pertanto, di verificare, in concreto, il carattere economico o meno delle attività del Cineca finanziate a carico del F.F.O. e di cui al D.M. impugnato, ossia dei servizi gestionali e di supporto informatico alle funzioni amministrative del M.I.U.R. e del supercalcolo.

Il Cineca deduce al riguardo, in via preliminare e in linea generale, che il F.F.O. è relativo, per legge - ai sensi dell'art. art. 5, comma 1, lett. a), legge 24 dicembre 1993, n. 537 - al «finanziamento ordinario» delle Università (e dei consorzi interuniversitari, quale è il Cineca), ossia serve a coprirne le spese per il «funzionamento», le «attività istituzionali» e la «ricerca scientifica» e sarebbe, dunque, chiaro che le quote del F.F.O. rese disponibili per il Cineca con il provvedimento impugnato sarebbero destinate - e non potrebbero che essere destinate - a coprire i costi per attività istituzionali o di ricerca scientifica svolte dal Cineca nell'interesse del M.I.U.R. e, per esso, del sistema universitario, e non certo per l'esercizio di attività economiche.

In realtà la predetta circostanza ordinamentale non assume alcuna valenza dirimente ai fini che interessano.

La circostanza, infatti, che il F.F.O. abbia la precipua e ordinamentale finalità riportata sopra non è in discussione ma, ai fini che interessano, è necessario, invece, verificare se effettivamente e in concreto le attività del Cineca finanziate con il predetto fondo siano qualificabili o meno, di per se, come attività economiche, atteso che, in realtà, le spese per il funzionamento del sistema universitario nel suo complesso possono, astrattamente, essere destinate anche ad attività qualificabili in termini di attività economiche alla luce delle indicazioni della giurisprudenza comunitaria sul punto.

In sostanza la predetta considerazione di Cineca si limita a ribadire le "modalità di finanziamento" del Consorzio e, pertanto, alla stregua di quanto in precedenza rilevato al riguardo, non incidono sulla valutazione di cui trattasi della natura economica o meno delle attività da esso svolte e, dunque,

in definitiva, sulla sua stessa qualificazione in termini di "impresa" ai sensi dell'art. 107, par. 1, TFUE.

Il Cineca deduce ancora, al riguardo, sempre in via preliminare, che le quote del F.F.O. messe a disposizione del Cineca, sia per i servizi erogati al M.I.U.R. sia per il supercalcolo, sono state definite unilateralmente dal M.I.U.R. con l'impugnato provvedimento, senza alcun concorso volitivo né alcun atto di assenso da parte del Cineca in ordine a tale definizione e che le predette quote costituiscono, altresì, come si legge nell' "*Allegato 3 - Criteri per la ripartizione delle risorse disponibili ai Consorzi universitari*" del provvedimento impugnato, esclusivamente «*importi massimi soggetti a rendicontazione*» (come recita l'asterisco posto accanto agli importi delle risorse messe a disposizione del Cineca per l'anno 2015), di tal che la misura del relativo finanziamento è sottratta alle normali dinamiche negoziali; e non avrebbe carattere economico l'attività dell'operatore che non ha facoltà di decidere in modo autonomo il prezzo (e in tal senso, il Cineca richiama espressamente il punto 50 delle Conclusioni dell'Avvocato generale Cosmas nel caso SEPG, poi deciso con la sentenza Corte Giust. CE, 18 marzo 1997, causa C-343/95).

La predetta prospettazione non coglie nel segno per le considerazioni che seguono.

Per chiarire la distinzione tra attività economiche e non economiche, la Corte di giustizia ha costantemente affermato che qualsiasi attività consistente nell'offrire beni e servizi in un mercato costituisce attività economica.

Nella giurisprudenza comunitaria manca qualsiasi riferimento specifico, ai fini che interessano, al profilo di cui sopra rilevato da parte del Cineca - ossia la sottrazione della misura finanziaria alle normali dinamiche del mercato per essere le medesime determinate in via unilaterale - e, d'altronde, alcuna puntualizzazione al riguardo è contenuta anche nell'ultima Comunicazione della Commissione sugli aiuti del luglio 2016, che, appunto, intende dichiaratamente fornire precisazioni sui principali concetti inerenti alla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del TFUE, al fine

precipuo di garantire un'applicazione più agevole, trasparente e coerente della predetta nozione in tutta l'Unione, nonché precisare in quale modo la Commissione intende il richiamato par. 1 dell'articolo 107 proprio in base all'interpretazione della Corte di giustizia e del Tribunale.

Deve, pertanto, concludersi, al riguardo, nel senso che la determinazione unilaterale e non negoziale del contributo da parte del M.I.U.R. non dimostri assolutamente in modo certo e inequivocabile il carattere non economico delle attività cui gli stessi si riferiscono.

Inoltre la sentenza citata al riguardo da parte del Cineca, ossia la sentenza Corte Giust. CE, 18 marzo 1997, causa C-343/95 non riporta, nelle sue articolate motivazioni, l'esplicazione del predetto asserito principio che, appunto, come peraltro effettivamente dedotto nella sua memoria sarebbe, in realtà, contenuta esclusivamente al punto n. 50 delle conclusioni dell'Avvocato generale.

Per quanto attiene, poi, alla copertura dei costi, e alla sentenza della Corte giustizia Unione Europea Sez. V, 11.12.2014, n. 113/13, si rileva che la relativa domanda pregiudiziale è stata presentata nell'ambito di una controversia fra un'Azienda sanitaria locale, autorità amministrativa locale incaricata della gestione dei servizi sanitari, l'Associazione nazionale pubblica assistenza (ANPAS) - Comitato regionale Liguria e la Regione Liguria, da un lato, e due società cooperative attive nel settore dei trasporti sanitari, dall'altro, relativamente a varie delibere concernenti l'organizzazione, ai livelli regionale e locale, dei trasporti sanitari di urgenza ed emergenza. La causa pertanto atteneva all'attività di volontariato in ambito sanitario con specifico riguardo ai trasporti sanitari di cui sopra. E nei richiamati punti nn. 61 e 62, la Corte ha statuito - dopo avere rilevato che *“60 Si deve nondimeno rilevare che un sistema di organizzazione del servizio di trasporto sanitario di urgenza come quello in discussione nel procedimento principale, consistente, per le amministrazioni competenti, nel ricorso in via prioritaria ad associazioni di volontariato, deve effettivamente contribuire alla finalità sociale così come al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di*

bilancio su cui detto sistema è basato.” - che “61 A tale riguardo è necessario che, nel loro intervento in tale contesto, le associazioni di volontariato non perseguano obiettivi diversi da quelli menzionati al precedente punto della presente sentenza, che non traggano alcun profitto dalle loro prestazioni, a prescindere dal rimborso di costi variabili, fissi e durevoli nel tempo necessari per fornire le medesime, e che non procurino alcun profitto ai loro membri. Peraltro, se è ammissibile che si avvalgano di lavoratori, poiché, in caso contrario, dette associazioni sarebbero pressoché private della possibilità effettiva di agire in vari ambiti in cui il principio di solidarietà può naturalmente essere attuato, l'attività delle associazioni in parola deve rispettare rigorosamente i requisiti loro imposti dalla legislazione nazionale.

62 In considerazione del principio generale del diritto dell'Unione del divieto dell'abuso di diritto (v., per analogia, sentenza 3M Italia, C-417/10, EU:C:2012:184, punto 33), l'applicazione della menzionata legislazione non può estendersi fino a ricomprendere pratiche abusive delle associazioni di volontariato o anche dei loro membri. Quindi, l'attività delle associazioni di volontariato può essere svolta da lavoratori unicamente nei limiti necessari al loro regolare funzionamento. Relativamente al rimborso dei costi occorre vegliare a che nessuno scopo di lucro, nemmeno indiretto, possa essere perseguito sotto la copertura di un'attività di volontariato, e altresì a che il volontario possa farsi rimborsare soltanto le spese effettivamente sostenute per l'attività fornita, nei limiti previamente stabiliti dalle associazioni stesse.”.

E' evidente, pertanto, la non immediata pertinenza alla fattispecie in esame del predetto richiamo giurisprudenziale.

In realtà nella parte in cui si evidenzia la necessità che si proceda alla mera remunerazione dei costi, la richiamata sentenza si ricollega specificatamente alla natura propria delle organizzazioni di volontariato.

Tanto premesso in linea generale, si rileva, altresì, che non è contestabile che il Cineca presti anche altri servizi - diversi da quelli di cui trattasi in questa sede - che sono indubitabilmente qualificabili come "attività economiche".

E, infatti, come già in precedenza ricordato, il richiamato articolo 3 dello statuto consortile, rubricato "scopi", prevede che "1. Gli Enti consorziati

realizzano a mezzo del Consorzio 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. A tale fine, il Consorzio persegue i seguenti scopi nei confronti sia degli Enti consorziati sia dei terzi, ma sempre nell'interesse degli Enti consorziati: ...

b) garantire i servizi del calcolo scientifico ad alte prestazioni al sistema nazionale della ricerca anche applicata, pubblica e privata; ...

e) consentire l'utilizzo delle risorse e dei servizi anche ad altri Enti Pubblici e Privati sulla base di apposite convenzioni o contratti; ...”.

L'articolo 1 dello medesimo Statuto, rubricato “*costituzione del consorzio*”, dispone, poi, al comma 2, al riguardo, che “*2. Nell'esclusivo interesse degli Enti consorziati ed in esecuzione o comunque in conformità alle decisioni di affidamento o di incarico provenienti da tali Enti, il Consorzio rappresenta lo strumento organizzativo specializzato, appositamente costituito ed operante per lo svolgimento delle attività, anche con carattere di impresa, indicate nell'art. 3.*”.

E' lo stesso Statuto che riconosce, pertanto, espressamente che il Cineca pone in essere anche attività di impresa con riferimento ai suoi scopi istituzionali per come definiti nell'articolo 3.

Il Cineca è, inoltre, altresì abilitato dal proprio Statuto (ai sensi dell'art. 3, comma 4, secondo periodo) a svolgere anche «*attività ulteriori*», sempre nel campo dell'informatica, «*purché con carattere di marginalità, qualora funzionali al miglior perseguimento degli scopi consortili*».

L'articolo 3 richiamato, infatti, prosegue statuendo che “*4. Le prestazioni rese dal Consorzio nei confronti di soggetti diversi dagli Enti consorziati devono presentare i caratteri indicati nei commi precedenti e sono individuate attraverso apposite distinte evidenze contabili. Sono consentite attività ulteriori, sempre nelle materie di cui al precedente comma 1, purché con carattere di marginalità, qualora funzionali al miglior perseguimento degli scopi consortili.*”.

E, al riguardo, si deve richiamare il disposto di cui all'art. 9 del d.l. n. 78/2015, come modificato dalla legge di conversione 6 agosto 2015, n. 125, e secondo

cui “11-quater. I servizi informativi strumentali al funzionamento dei soggetti facenti parte del sistema dell'istruzione, dell'università e della ricerca possono essere svolti da detti soggetti direttamente o per il tramite di enti, anche con personalità giuridica di diritto privato, costituiti su iniziativa delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, e da queste partecipati, purché siano soddisfatte le seguenti condizioni:

a) oltre l'80 per cento delle attività dell'ente è effettuato nello svolgimento dei compiti ad esso affidati dall'amministrazione controllante o da altre persone giuridiche controllate dalla stessa;

b) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto e che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata;

c) le amministrazioni partecipanti esercitano su tali enti, anche in maniera congiunta, un controllo analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi.”

Lo svolgimento di tali attività ulteriori, anche alla luce di quanto ora previsto dall'art. 9, comma 11-quater, lett. a) del citato d.l. n. 78/2015, si mantiene in ogni caso e deve mantenersi, comunque, nel limite del 20% del valore complessivo dell'attività.

Si tratta, tuttavia, pacificamente di attività di carattere economico che soltanto nei limiti in cui si mantengono al di sotto della percentuale indicata non impediscono la qualificazione dell'affidamento come effettuato *in house*.

D'altronde è comprovato in atti che dal sito web del Cineca emerge il profilo di un ente il quale svolge la propria attività anche a favore delle imprese private e che riporta un proprio “volume di affari”; si parla infatti di “soluzioni, prodotti e servizi per il business” e di “supporto alle imprese” e, accanto alle attività istituzionali, è previsto anche il “trasferimento tecnologico per le industrie” (all. nn. 12 e 13 al ricorso introduttivo).

E vi è, altresì, addirittura una pagina web del predetto sito interamente dedicata proprio alle imprese.

Tutto quanto premesso e tenuto conto, appunto, della circostanza che la qualificazione di un determinato ente come impresa dipende interamente dalla natura delle sue attività e che un ente viene qualificato come impresa sempre in relazione a un'attività specifica, si ritiene di dovere distinguere, ai fini interessanti, le due diverse attività di cui sopra, ossia, da un lato, l'attività di supporto informatico alle funzioni amministrative del M.I.U.R. e, dall'altro, il supercalcolo.

7.1.1 - I servizi di supporto informatico alle funzioni amministrative del M.I.U.R..

Si ribadisce che la realizzazione di servizi di supporto informatico alle funzioni amministrative proprie del M.I.U.R. è uno dei fini istituzionali del Cineca; ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. f) del relativo Statuto, infatti, rientra nel suo oggetto l'elaborazione e la gestione di «appositi sistemi informatici» «nell'interesse del sistema nazionale dell'istruzione, dell'università e della ricerca» del M.I.U.R. .

E il contributo annuale del M.I.U.R. al Cineca «correlato alle attività poste in essere» dal Cineca per il M.I.U.R. per lo scopo di cui al citato art. 3, comma 1, lett. f) dello Statuto consortile è espressamente previsto come fonte di finanziamento del Cineca dal successivo art. 16, comma 1, lett. b), dello Statuto medesimo.

Premesso quanto sopra rappresentato in ordine alla circostanza che indubitabilmente il Cineca svolge anche attività economica con riferimento allo specifico settore di interesse alla luce del tenore testuale dei commi 11 *bis* e ss. dell'art. 9 del citato d.l. n. 78/2015, si rileva, ulteriormente, quanto segue. Nel settore di cui trattasi Cineca produce e vende servizi informatici anche nei confronti dei terzi privati e opera altresì per mezzo di società interamente controllate, con particolare riferimento alla società Kion s.p.a, operativa nei mercati internazionali della Turchia, Albania e Romania.

In particolare se è vero che l'unico settore in cui Kion propone la sua offerta è l'Università, dalla relazione sulla gestione del bilancio del 2012 di Kion

emerge, in primo luogo, che vi è un utile di esercizio di euro 212.843 su di un valore della produzione di euro 13.584.219 e, soprattutto, che Kion realizza un *“margine di profitto del 20%”* in relazione alle *“attività di progetto sul mercato”*. Dal sito di Kion si rileva che la società *“si rivolge anche alle aziende private”*. Emerge, altresì, che vi è una prospettiva di *“internalizzazione come ricerca di nuovi mercati”* e, al riguardo, che la stessa ha rapporti commerciali con la società Kion Turchia.

Nel bilancio di esercizio del 2013 si legge, ancora, che sono stati avviati importanti investimenti per ampliare l'offerta sul mercato ed è confermato l'avvio di nuovi progetti di internazionalizzazione sui mercati esteri.

Nel programma di gestione economico-finanziario per l'anno 2014 si legge, poi, che il Cineca si è aggiudicato la gara indetta dal Ministero albanese e avente a oggetto i servizi di progettazione della rete telematica delle Università pubbliche albanesi e assistenza al costituendo centro servizi per un importo di euro 1.450.000.

Dal sito del Cineca emerge, ancora, che presta il servizio di Data center commerciale e di Analisi delle informazioni anche ai privati e quindi al mercato.

Tanto premesso, si rileva che i servizi erogati al M.I.U.R. sono, in concreto, a mero titolo esemplificativo, i seguenti, come emerge chiaramente dallo scambio di corrispondenza intercorso tra il Cineca e il M.I.U.R. ai fini della successiva rendicontazione svolta da parte del consorzio ai fini della liquidazione del contributo di cui trattasi, ossia la gestione informatica relativa ai predetti servi e/o attività:

abilitazione scientifica nazionale, accesso ai corsi a numero programmato, concorso per l'accesso alle scuole di specializzazione di medicina, banche dati varie, portali e bandi vari, sirio, anagrafe nazionale per la ricerca, 5 per mille.

In particolare dalla lettura della *“relazione attività svolte in favore del miur”*, redatta in data 27.11.2015 da parte del dirigente del Dipartimento M.I.U.R., che costituisce l'allegato 2 alla nota del Cineca del 22.12.2015 indirizzata al

M.I.U.R., che consta di ben n. 30 pagine, e avente a oggetto appunto la “rendicontazione contributo ministeriale a valere sul FFO 2015 (DM 8 giugno 2015)”, si evince che le predette “attività svolte in favore del MIUR”, sono consistite essenzialmente in "servizi di supporto informatico".

Nella predetta rendicontazione di Cineca relativa al primo semestre 2015, si legge, infatti, in particolare, che Cineca ha, tra l'altro, prestato "in favore del MIUR" i seguenti servizi: *progettazione, sviluppo ex novo e manutenzione, correttiva ed evolutiva, di un sistema di firma digitale per i documenti digitali (denominato "ConFirma") e sua integrazione negli applicativi informatici ministeriali (segnatamente, installazione, gestione dei relativi servizi su un server fann dedicata, supporto tecnico agli sviluppatori); manutenzione delle operazione del sistema di voto elettronico utilizzato per le elezioni negli Atenei (denominato "u-Vote") e sua gestione e supporto tecnico agli utenti; gestione e supporto tecnico di un sistema di lettura di smartcard per il sito riservato agli Uffici Concorsi delle Università (gestione server e supporto tecnico alle Università); realizzazione, manutenzione e gestione del sito web del Consiglio Universitario Nazionale; realizzazione del sito web per la presentazione del documento programmatico su La Buona Scuola e gestione delle problematiche di sicurezza; manutenzione correttiva del sito web per challenge prize; realizzazione di un nuovo sito web per la presentazione di dati rilevati dall'Ufficio Statistica del MIUR in modalità Open Data; manutenzione di una serie di applicativi informatici per la gestione dell'Anagrafe Nazionale della Ricerca (inter alia, del motore di ricerca per la consultazione della banca dati dei soggetti iscritti); manutenzione e gestione di un sistema informativo (software) per la gestione del conto di contabilità speciale afferente al Fondo Agevolazioni alla Ricerca; realizzazione, gestione e manutenzione della piattaforma informatica SIRIO per il supporto delle procedure amministrative per il finanziamento di progetti di ricerca; aggiornamento del sito web del MIUR; manutenzione tecnica del sito intranet del MIUR; gestione, aggiornamento e manutenzione del portale web e dei siti web correlati del Programma Operativo Nazionale Ricerca e Competitività 2007-2013 - PONREC; supporto tecnico al MIUR con riferimento al sistema web-based di gestione delle dichiarazioni dei Comitati Sportivi Universitari; realizzazione/gestione di un sistema web-based di gestione delle relazioni annuali delle Scuole di Specializzazione in*

Psicoterapia (in particolare, esecuzione delle procedure di attivazione e archiviazione dati, supporto tecnico all'Ufficio del MIUR, supporto help desk telefonico e via email agli utenti, manutenzione correttiva etc.); sistema web-based di gestione delle richieste di iscrizione alle liste di beneficiari del 5 per mille del reddito (aggiornamento del sistema, supporto tecnico al MIUR, manutenzione correttiva); pubblicazione di materiale audiovisivo e delle presentazioni sul sito web dell'evento di Torino "BioEconomy Stakeholders' Conference" legato al semestre di presidenza Italiana del Consiglio dell'Unione Europea dell'ottobre 2014.

Le attività di supporto informatico al M.I.U.R. comprendono, quindi, all'evidenza un ampio spettro di servizi che sono tipici del comparto dell'Information and Communication Technology (d'ora in poi soltanto I.C.T.) e tra cui sono ricompresi:

- la progettazione di appositi portali tematici;
- la progettazione di banche dati;
- la gestione dei canali di comunicazione di dati e la loro raccolta, la informatizzazione dei processi e la loro dematerializzazione.

Sebbene, pertanto, sia altresì evidente che l'elencazione di cui sopra è semplicemente esemplificativa non potendosi riportare in questa sede tutte e 30 le fitte pagine di cui consta l'allegata relazione ministeriale, e richiamata quest'ultima, pertanto, senza pretese di completezza, tuttavia, già dall'elencazione delle attività riportate emerge con evidenza che le predette attività non possono fondatamente essere ricondotte alle "*attività [non economiche] che normalmente ricadono sotto la responsabilità dello Stato*", come sostenuto dal Cineca alla stregua della prassi comunitaria relativa all'interpretazione applicativa del par. 1 dell'art. 107 TFUE richiamata.

Secondo la prospettazione di Cineca, infatti, le attività in questione sono prive di carattere economico, perché attengono all'esercizio di funzioni essenziali, di interesse pubblico, del M.I.U.R., che quest'ultimo (a seguito di significativa riorganizzazione) potrebbe anche svolgere direttamente, in quanto comprese tra i propri compiti istituzionali, ma che il M.I.U.R. stesso ha stabilito di

delegare al Cineca, in virtù di un rapporto interorganico, sicché il Cineca svolge un'attività meramente strumentale rispetto ai fini del M.I.U.R..

In via preliminare si rileva che anche se fosse effettivamente comprovato che Cineca è un'entità *in house* del M.I.U.R. - e al riguardo, non può se non richiamarsi quanto disposto con l'art. 9 del d.l. n. 78/2015, come modificato dalla legge di conversione 6 agosto 2015, n. 125 con l'introduzione dei commi 11 *bis*, 11 *ter* e 11 *quater* - tuttavia, la predetta circostanza non escluderebbe in alcun modo che il Cineca possa essere, comunque, considerato beneficiario di aiuti di Stato, ai sensi dell'art. 107 TFUE, come, peraltro, dimostra la prassi europea e il relativo progetto di Comunicazione sulla nozione di aiuto.

La predetta conclusione è, d'altronde, confermata dalla stessa sentenza SEPG di cui in precedenza, atteso che si è ivi sottolineato che la nozione di impresa e, più in particolare, la natura economica di una attività prescinde dal modo in cui essa è prestata (al riguardo, al punto 17, è appunto specificato che, al predetto fine, si prescinde dal "*fatto che lo Stato agisca direttamente tramite un organo che fa parte della pubblica amministrazione o tramite un ente cui ha conferito diritti speciali o esclusivi*").

Ai fini che interessano, è essenziale prendere le mosse proprio dalla Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (2016/C 262/01) del 19.7.2016, laddove, al punto "2.2. *Esercizio dei pubblici poteri?*", dispone che "17. *L'articolo 107, paragrafo 1, del trattato non si applica se lo Stato agisce «esercitando il potere d'imperio» o se gli enti pubblici agiscono «in veste di pubblica autorità». Si considera che un ente agisca esercitando il potere d'imperio qualora l'attività in questione rientri nelle funzioni essenziali dello Stato o sia ad esse connessa per la sua natura, per il suo oggetto e per le norme alle quali è soggetta. In generale, a meno che lo Stato membro interessato abbia deciso di introdurre meccanismi di mercato, le attività che fanno parte intrinsecamente delle prerogative dei pubblici poteri e che sono svolte dallo Stato non costituiscono attività economiche. Tali attività comprendono ad esempio:*

a) le forze armate o le forze di pubblica sicurezza;

b) la sicurezza e il controllo della navigazione aerea;

c) la sicurezza e il controllo del traffico marittimo;

d) la sorveglianza antinquinamento;

e) l'organizzazione, il finanziamento e l'esecuzione delle sentenze di reclusione;

f) la valorizzazione e il rilancio di terreni pubblici da parte delle pubbliche autorità;

g) la raccolta di dati da utilizzare a fini pubblici basata su un obbligo legale di dichiarazione imposto alle imprese interessate.”; e, peraltro, la comunicazione prosegue, al riguardo, specificando che “18 - Se svolge un'attività economica che può essere dissociata dall'esercizio dei suoi pubblici poteri, l'ente pubblico agisce come impresa in ordine a tale attività. Al contrario, qualora la suddetta attività economica sia indissociabile dall'esercizio dei suoi pubblici poteri, le attività complessive svolte da tale ente rimangono attività che si ricollegano all'esercizio dei pubblici poteri e non rientrano dunque nel concetto di impresa”, richiamando, in nota, la sentenza della Corte di giustizia del 12 luglio 2012, Compass-Datenbank GmbH, C-138/11, ECLI:EU:C:2012:449, punto 38, sentenza della Corte di giustizia del 26 marzo 2009, Selex Sistemi Integrati/Commissione e C-113/07 P, ECLI:EU:C:2009:191, punto 72 e segg. .

Le funzioni essenziali dello Stato sono, pertanto, alla luce dei predetti chiarimenti interpretativi, le attività che fanno parte intrinsecamente delle prerogative dei pubblici poteri e che sono svolte dallo Stato e che, per il predetto motivo, non possono essere qualificate in termini di attività economiche e, sebbene l'elencazione di cui al paragrafo 17 del punto 2.2 sia dichiaratamente qualificata in termini di indicazione meramente esemplificativa, deve ritenersi che la stessa, comunque, assuma una valenza determinante al fine di fornire indicazioni conclusive per potere qualificare una determinata attività come attinente o meno all'esercizio dei pubblici poteri nell'ambito delle funzioni essenziali dello Stato.

Nella fattispecie si tratta, invece, di servizi informatici di supporto ad attività amministrative del M.I.U.R. ed è evidente la non riconducibilità del predetti

servizi “*nelle funzioni essenziali dello Stato o sia ad esse connessa per la sua natura, per il suo oggetto e per le norme alle quali è soggetta*”

D'altronde la sentenza SEPG che viene richiamata in memoria al riguardo, laddove, ai punti 22-23, si statuisce che, trattandosi nella specie di una attività «di interesse generale» riferibile ai «compiti» dello Stato, essa «non presenta carattere economico», si riferiva, in concreto, e specificatamente proprio all'attività di sorveglianza antinquinamento, la quale è effettivamente una delle attività espressamente prese in considerazione dal richiamato punto 2.2 par. 17 della comunicazione.

In definitiva, devono tenersi nettamente distinti i due piani seguenti, da un lato, ci sono le "funzioni essenziali" assegnate all'ente istituzionale, ossia al M.I.U.R., ossia le funzioni inerenti la promozione dell'educazione e della ricerca e le esigenze "istituzionali" che tali funzioni comportano, tra le quali rientra, a mero titolo esemplificativo, anche avere un sito web che metta a disposizione informazioni; dall'altro, si colloca, invece, l'attività richiesta a un terzo (nella fattispecie, il Cineca) per soddisfare tali specifiche esigenze istituzionali, quali appunto la realizzazione di un sito web, di una banca dati o di un applicativo informatico. Quest'ultima è un'attività economica, e tale rimane, in quanto ha a oggetto la prestazione di servizi o la produzione di beni i quali potrebbero bene essere astrattamente acquistati da parte dell'ente istituzionale interessato sul mercato dei servizi e prodotti I.C.T., attraverso apposite procedure di evidenza pubblica, rispettose dei principi di trasparenza e non discriminazione.

Con ulteriore argomentazione il Cineca ha rilevato che è principio consolidato della prassi della Commissione europea - riaffermato di recente anche nella decisione (UE) 2015/1584, dell'1 ottobre 2014, relativa all'aiuto di Stato SA.23098 - che quando le attività demandate dalla p.a. a un soggetto terzo ricadono fra le attività normalmente esercitate dalla stessa p.a. nell'esercizio dei suoi poteri pubblici (letteralmente: «*attività che normalmente ricadono sotto la responsabilità dello Stato*»: par. (136) della decisione citata), il relativo

finanziamento, nella misura in cui si limiti a coprire i costi, non è soggetto alle norme in materia di aiuti di Stato: quando ricorrono tali condizioni, l'attività esercitata dal soggetto terzo non ha difatti natura economica.

Il richiamato punto (136) della citata decisione dispone che *“La Commissione ha altresì ricordato che, nella misura in cui il finanziamento di attività che normalmente ricadono sotto la responsabilità dello Stato nell'esercizio dei suoi poteri pubblici si limita a coprire i costi e non è utilizzato per finanziare altre attività economiche, tale finanziamento non è soggetto alle norme in materia di aiuti di Stato.”* e, tuttavia - ribadito quanto sopra in ordine alla non riconducibilità dell'attività di prestazione di servizi informatici nell'ambito dell'esercizio di pubblici poteri - in realtà, l'aiuto di cui trattasi riguardava la gestione dell'infrastruttura aeroportuale - alla luce del punto 1, infatti, *“Il 22 dicembre 2003 la Commissione ha ricevuto una denuncia da parte del vettore aereo italiano Air One SpA («Air One») relativa alla presunta concessione, da parte delle società di gestione di diversi aeroporti italiani, di aiuti illegali a Ryanair Ltd. («Ryanair»), tramite vari accordi relativi alle condizioni operative praticate negli aeroporti?”* - e , quindi, a prescindere da qualsiasi altra considerazione, comunque, una fattispecie completamente diversa da quella in esame e, peraltro, ha concluso nel senso che l'Italia ha dato esecuzione all'aiuto all'investimento a favore dell'aeroporto di Alghero in violazione dell'articolo 108, paragrafo 3, del trattato e che sia l'aiuto all'investimento che l'aiuto al funzionamento sono compatibili con il mercato interno ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 3, lettera c), del trattato.

Conclusivamente la prestazione di servizi e prodotti di I.C.T. - quali siti web, piattaforme informatiche e software, banche dati elettroniche - sebbene svolta in favore del M.I.U.R. per l'esercizio delle "funzioni essenziali" a esso attribuite, è e resta, comunque, sempre un' "attività economica", atteso che, pacificamente, i predetti servizi potrebbero essere acquisiti da parte del M.I.U.R. direttamente sul mercato presso qualsiasi altro fornitore attivo nel predetto comparto dell'I.C.T. .

Le predette conclusioni sono, altresì, avvalorate dall'invito a presentare osservazioni di cui da ultimo della Commissione europea sugli "AIUTI DI STATO - GERMANIA - Aiuto di Stato SA.34402 (2015/C) (ex 2012/NN) - Finanziamento pubblico di soluzioni software per le università (HIS)", avente appunto a oggetto l' "*Invito a presentare osservazioni ai sensi dell'articolo 108, paragrafo 2, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea*" del dicembre 2015 e depositata in data 11.1.2016.

Nella predetta decisione si legge che:

- quanto alla misura, l'impresa pubblica HIS è controllata al 100 % dallo Stato e il suo scopo statutario consiste nel sostenere le università e le relative amministrazioni affinché svolgano le proprie funzioni in modo efficiente ed economico, sviluppando (tra l'altro) procedure volte a snellire la gestione e aiutando le università ad applicarle e avrebbe iniziato a sviluppare soluzioni informatiche e a fornire servizi informatici alle università in un momento in cui questa tecnologia era nuova e nessun altro forniva le soluzioni e i servizi in questione;
- in particolare, per quanto di interesse in questa sede, la Germania ha dedotto che le agevolazioni fiscali e i finanziamenti pubblici concessi non costituiscono aiuti di Stato ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, del TFUE in quanto HIS non costituirebbe una «impresa», ma farebbe parte di un «organismo pubblico/interno» del settore dell'istruzione e le sue attività sarebbero per lo più di natura non economica e, inoltre, HIS non beneficerebbe di alcun vantaggio ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, del TFUE, perché il vantaggio sarebbe interamente trasferito alla Germania attraverso le università finanziate dallo Stato;
- il denunciante ritiene, invece, che i finanziamenti pubblici e le esenzioni fiscali di cui HIS ha beneficiato fino al 31 dicembre 2013 costituiscano aiuti di Stato illegali atteso che i servizi offerti da HIS avrebbero potuto essere forniti da altri partecipanti al mercato, perlomeno a decorrere dagli anni '90.

La Commissione ha rilevato, al riguardo, che:

- nutre dubbi circa il fatto che i finanziamenti pubblici di cui HIS ha beneficiato costituiscano aiuti di Stato ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, del TFUE;
- che il fatto di essere una struttura interna non escluda HIS dalla definizione di impresa ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, del TFUE;
- l'attività di HIS potrebbe essere considerata non-economica se fosse dimostrato che la fornitura di software era direttamente collegata e necessaria all'adempimento del mandato pubblico conferito alle università e agli organismi di ricerca;
- nutre dubbi circa il fatto che il finanziamento erogato a HIS sia un comportamento conforme al mercato secondo il principio dell'investitore operante in un'economia di mercato e, quindi, non costituisca un aiuto di Stato;
- la valutazione preliminare indica, in particolare, che, se HIS dovesse essere considerata un'impresa, non si potrebbe escludere un suo vantaggio economico selettivo e, di conseguenza, le misure in esame potrebbero comportare aiuti di Stato;
- se dovessero essere considerati nuovi aiuti, con ogni probabilità i finanziamenti pubblici falserebbero, o perlomeno rischierebbero di falsare, la concorrenza e non si possono escludere neanche effetti sugli scambi tra Stati membri.

Ciò che assume valenza dirimente ai fini che interessano e sotto lo specifico profilo della qualificabilità dell'attività di cui trattasi in termini di attività economica sono le indicazioni che vengono date in seno al predetto invito sull'interpretazione della Commissione in ordine, da un lato, all'irrilevanza dell'essere l'entità interessata dal finanziamento una struttura interna all'amministrazione e, dall'altro, all'escludibilità dall'ambito delle attività economiche delle attività specifiche di cui trattasi - consistenti essenzialmente nella fornitura e gestione dei servizi informativi del sistema universitario - solo sul presupposto dell'effettiva dimostrazione che la predetta attività era

direttamente collegata e necessaria all'adempimento del mandato pubblico conferito alle università e agli organismi di ricerca.

Premesso che vale quanto in precedenza richiamato in ordine alla vincolatività nel presente giudizio delle conclusioni preliminari della Commissione ai fini della qualificazione in termini di aiuto della misura di cui trattasi, tuttavia, dalle argomentazioni di cui immediatamente sopra emergono maggiormente rafforzate le conclusioni si era in precedenza giunti in ordine alla qualificazione in termini di attività economica e all'irrilevanza, ai predetti fini, dell'essere il Cineca qualificabile in termini di organo dell'amministrazione con affidamento *in house* dei relativi servizi.

7.1.2 - Supercalcolo

Il Cineca, sin dalle sue origini, ha ricevuto in affidamento dai propri consorziati anche la missione strategica di fornitura di servizi di c.d. "supercalcolo" (calcolo scientifico ad alte prestazioni), finalizzata alla promozione del sistema nazionale della ricerca scientifica e dell'innovazione tecnologica, mediante la messa a disposizione della ricerca scientifica e tecnologica, pura e applicata, di supercalcolatori e dei relativi servizi di supporto ad alta specializzazione.

Lo Statuto consortile, all'art. 3, comma 1, lett. a) e b) individua espressamente, tra i suoi compiti, anche quelli di *“promuovere l'utilizzo dei più avanzati sistemi di elaborazione dell'informazione a sostegno della ricerca scientifica e tecnologica, pubblica e privata, e delle sue applicazioni”* e di *«garantire i servizi del calcolo scientifico ad alte prestazioni al sistema nazionale della ricerca anche applicata, pubblica e privata»*, con la precisazione che il Cineca è tenuto a *«consentire l'utilizzo delle risorse e dei servizi anche ad altri Enti Pubblici e Privati sulla base di apposite convenzioni o contratti»* (comma 1, lett. e).

E il contributo annuale del M.I.U.R. al Cineca «correlato alle attività poste in essere» dal Cineca ai sensi del citato art. 3, comma 1, lett. a) e b) dello Statuto consortile, è espressamente previsto come fonte di finanziamento del Cineca dal successivo art. 16, comma 1, lett. b), dello Statuto medesimo, il quale

dispone espressamente, al riguardo, che i contributi annuali del MIUR sono *"correlati alle attività poste in essere dal Consorzio ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. a), b) e f) "* dello statuto, vale a dire le attività che perseguono lo scopo di: *"... b) garantire i servizi del calcolo scientifico ad alte prestazioni al sistema nazionale della ricerca anche applicata, pubblica e privata; ..."*.

Il Regolamento per la disciplina dell'organizzazione e governo delle attività interne del 27 marzo 2015 di Cineca, all'art. 4, comma 2, che ricalca la precedente versione del regolamento del 23 novembre 2011, dispone che *"in riferimento alla contribuzione ministeriale di cui all'art. 16, comma 1, lett. b), dello statuto, la quota relativa alle attività di promozione e sviluppo ed attività di supercalcolo è destinata a titolo di contributo in conto impianti, tenuto conto degli investimenti programmati nell'acquisizione di attrezzature ed apparecchiature per il supercalcolo ed altri interventi di investimento mobiliare e immobiliare, nonché contributo in conto esercizio, a prioritaria copertura dei costi del personale, sulla base della programmazione annuale e pluriennale del Consorzio, recependo gli indirizzi del provvedimento ministeriale di assegnazione"*.

Il Cineca ha dedotto, al riguardo, che l'attività di utilizzo dei supercalcolatori, sotto la sua gestione, non ha carattere economico, bensì di ricerca, ed è svolta da un'entità, il Cineca stesso il quale sarebbe, appunto, qualificabile, relativamente alla predetta attività, come organismo a supporto della ricerca e di diffusione della conoscenza, secondo la definizione contenuta nel punto 15, lett. (ee) della Comunicazione della Commissione del 2014 (2014/C 198/01) sulla Disciplina degli aiuti di Stato a favore di ricerca, sviluppo e innovazione, che dispone, sul punto, che *"un'entità (ad esempio, università o istituti di ricerca, agenzie incaricate del trasferimento di conoscenze, intermediari dell'innovazione, entità collaborative reali o virtuali orientate alla ricerca, indipendentemente dal suo status giuridico (costituito secondo il diritto privato o pubblico) o fonte di finanziamento, la cui finalità principale consiste nello svolgere in maniera indipendente attività di ricerca fondamentale, di ricerca industriale o di sviluppo sperimentale o nel garantire un'ampia diffusione dei risultati di tali attività mediante l'insegnamento, la pubblicazione o il*

trasferimento di conoscenze. Qualora tale entità svolga anche attività economiche, il finanziamento, i costi e i ricavi di tali attività economiche devono formare oggetto di contabilità separata. Le imprese in grado di esercitare un'influenza determinante su tale entità, ad esempio in qualità di azionisti o di soci, non possono godere di alcun accesso preferenziale ai risultati generati».

Ha, altresì, rilevato che quelle indicate nella definizione ora riportata sono caratteristiche certamente riferibili all'attività di supercalcolo svolta dal Cineca, quale strumento strategico per fare innovazione e ricerca, favorendo la diffusione della cultura scientifica e tecnologica nel sistema dell'istruzione, in specie universitaria, e nella comunità scientifica in generale; il riferimento specifico è soprattutto al trasferimento della conoscenza, sulla base della definizione fornita dalla Comunicazione della Commissione Disciplina degli aiuti di Stato a favore di ricerca, sviluppo e innovazione (2014/C 198/01) - alla lettera v) del punto 15 - laddove specifica che si deve intendere per “v) *«trasferimento di conoscenze»: qualsiasi processo inteso ad acquisire, raccogliere e condividere conoscenze esplicite e implicite, comprese le competenze e le capacità, in attività di natura sia economica che non economica, quali le collaborazioni in materia di ricerca, le consulenze, la concessione di licenze, la creazione di spin-off, la pubblicazione e la mobilità di ricercatori e altri membri del personale coinvolti in tali attività. Oltre alle conoscenze scientifiche e tecnologiche, il trasferimento di conoscenze comprende altri tipi di conoscenze come quelle sull'utilizzo delle norme e dei regolamenti che le contemplano e sulle condizioni degli ambienti operativi reali e i metodi di innovazione organizzativa, nonché la gestione delle conoscenze relative all'individuazione, all'acquisizione, alla protezione, alla difesa e allo sfruttamento di attività immateriali; ...».*

Il Cineca ha, altresì, dedotto che, comunque, il Cineca possiede anche talune caratteristiche proprie della “*infrastruttura di ricerca*” di cui al punto ff) della Comunicazione di cui sopra laddove statuisce che queste sono “*gli impianti, le risorse e i relativi servizi utilizzati dalla comunità scientifica per compiere ricerche nei rispettivi settori; sono compresi gli impianti o complessi di strumenti scientifici, le risorse basate sulla conoscenza quali collezioni, archivi o informazioni scientifiche strutturate e le*

infrastrutture basate sulle tecnologie abilitanti dell'informazione e della comunicazione, quali le reti di tipo GRID, il materiale informatico, il software e gli strumenti di comunicazione e ogni altro mezzo necessario per condurre la ricerca. Tali infrastrutture possono essere ubicate in un unico sito o «distribuite» (rete organizzata di risorse)».

Il Cineca ha, quindi, concluso nel senso che - qualunque si ritenga l'esatta qualificazione del medesimo, se in termini di organismo di ricerca o non invece di infrastruttura di ricerca - comunque, la disciplina - che sarebbe contenuta sempre nella più volte richiamata Comunicazione della Commissione Disciplina degli aiuti di Stato a favore di ricerca, sviluppo e innovazione (2014/C 198/01) - sarebbe la medesima nel senso dell'esclusione dall'obbligo della notificazione di cui all'art. 108 par 3 del TFUE atteso che è rispetto, nella fattispecie, il rilevato limite del 20%.

Il Cineca ha dedotto che l'accesso ai servizi di supercalcolo resi disponibili dai sistemi informativi avviene, principalmente, attraverso tre canali e sempre gratuitamente:

- azione nazionale ISCRA (Italian Supercomputing Resource Allocation), aperta a tutti i ricercatori con passaporto europeo aventi affiliazione ad una struttura di ricerca italiana. La selezione è di tipo "accesso aperto", con valutazione internazionale anonima del merito scientifico del progetto di ricerca;
- azione europea PRACE (Partnership for Advanced Computing in Europe), aperta a tutti i ricercatori del mondo aventi affiliazione ad una struttura di ricerca europea. L'azione è finanziata dal VII Programma Quadro dell'Unione europea con l'obiettivo di implementare un servizio europeo HPC, composto dai centri di eccellenza "Tier-O", che mettono a disposizione dei ricercatori europei una rete di supercomputer ad altissime prestazioni. La procedura di selezione è di tipo "accesso aperto", con valutazione internazionale anonima dell'eccellenza scientifica del progetto di ricerca;
- MIUR - Dipartimento per la formazione superiore e per la ricerca: 15 progetti di collaborazione e di sviluppo congiunto, aperti a ricercatori

affidenti a taluni Enti Nazionali di Ricerca (ad es., CNR; OGS; Università Statale di Milano; Università Politecnico di Milano; ecc.). La selezione è svolta da Comitati di gestione bilaterale, formati da personale Cineca e da personale degli Enti interessati.

In ricorso è dedotto che il servizio di calcolo tecnico industriale è prestato da Cineca alle imprese sia direttamente che indirettamente attraverso la società SuperComputingSolutions s.p.a. (d'ora in poi soltanto SCS).

Al riguardo valgono le seguenti considerazioni.

Per quanto attiene alla predetta società, il suo capitale è detenuto interamente dal Cineca, tanto da essere definita proprio in termini di “Cineca Company”.

Dal sito dello stesso Cineca si legge al riguardo che:

“Il Cineca ha costituito la società SCS - SuperComputing Solutions srl, con la finalità di facilitare l'utilizzo delle infrastrutture di supercalcolo e permettere l'accesso ad applicazioni avanzate di simulazione numerica in contesto industriale.

SCS ha lo scopo di facilitare e dare nuovo impulso al rapporto fra industria e ricerca e rendere disponibile all'utenza industriale un pacchetto integrato di servizi di calcolo ad alte prestazioni. ... I servizi che SCS commercializza sono essenzialmente di due tipi:

- utilizzo della macchine di calcolo per simulazioni basate su codici di proprietà del cliente;*
- programmoteca di codici FEM per simulazioni e analisi di tipo meccanico, fluidodinamico e dinamica multibody.*

La programmoteca di codici FEM prevede un utilizzo on-demand dei codici e dei sistemi configurando i contratti e l'utilizzo delle risorse sulla base delle esigenze del cliente.

I clienti a cui SCS rivolge la sua offerta sono sia le maggiori aziende italiane che operano nel settore del manufacturing che le piccole e medie imprese e società di Consulting Ingegneristico. ... BioComputing Competence Centre è la divisione medicale di SuperComputing Solutions.

La divisione si occupa dello sviluppo e commercializzazione di software per applicazioni medicali.”.

Nel bilancio di esercizio del Cineca per l'anno 2013 si legge poi che *“i clienti industriali 2013 (di SCS) sono stato Eni ... Ferretti, Fabrimar ... Nel 2014 saranno*

intensificate le attività di vendita dei servizi di calcolo con prospect quali Dallara e Alstom. Saranno intensificate azioni di marketing nello specifico settore industriale ...”.

Al fine di offrire i propri servizi di supercalcolo al mondo delle imprese, oltre ad avvalersi della società controllata SCS, Cineca ha anche stipulato un accordo di "joint venture contrattuale" con la "società multinazionale consulenza attiva nel campo della Simulation Based Engineering Science", Engin Soft S.p.A., attiva anch'essa nel comparto del supercomputing. Tale collaborazione, denominata Hy.per.CAE - High performance Computer Aided Engeneering, ha come "mission principale quella di sopportare le aziende industriali nelle fasi di progettazione ed ingegnerizzazione dei loro prodotti attraverso un uso combinato, competente e professionale delle tecnologie CAE, di Ottimizzazione Multi-Obiettivo e dei supercalcolatori".

Si legge, infatti, sempre nel sito del Cineca che Hy.per.CAE nasce per “per mettere a fattor comune le rispettive competenze, tecnologie software e di supercalcolo per proporre al mondo industriale un'offerta di servizi di calcolo tecnico senza eguali nel panorama italiano ed europeo. Essa nasce anche sotto l'auspicio del supporto di comunicazione da parte delle Entità confindustriali. ... Le competenze di EnginSoft S.p.A nell'ambito della consulenza ingegneristica abbinate alla disponibilità di un'infrastruttura di eccellenza come quella messa a disposizione dal Cineca, consentiranno a Hy.per.CAE, di offrire alle aziende strumenti e soluzioni all'avanguardia in un mercato sempre più governato dall'innovazione tecnologica".

Questo senza considerare comunque i suoi partner industriali, atteso che, nel campo della ricerca industriale, “sono state instaurate fruttuose collaborazioni che hanno consolidato la capacità del Consorzio di erogare servizi di qualità al mondo industriale:

Centro Ricerche FLAT per analisi meccaniche, fluidodinamiche, acustiche, crash test per la progettazione di componenti o di interi veicoli

Ferrari Sezione Corse per analisi meccaniche, fluidodinamiche per la progettazione del motore

Piaggio Aero per analisi aerodinamiche di parti del velivolo

Pilatus Aircraft per analisi aerodinamiche finalizzate di parti del velivolo

Tetrapack per analisi di fluidodinamica e consulenza per risolvere problemi numerici o impostazione di programmi paralleli

Luna Rossa/BMW Oracle per analisi fluidodinamiche per la progettazione dello scafo dell'imbarcazione

Alenia Aeronautica per l'utilizzo di tecnologia HPC nell'ingegnerizzazione e ottimizzazione di codici per l'analisi ad alta risoluzione dell'aerodinamica di un intero velivolo

ENI S.p.a. per introduzione e utilizzo di sistemi di calcolo HPC nell'elaborazione di dati sismici per la realizzazione di immagini del sottosuolo.”.

E, proprio con riferimento a ENI, si specifica che “tra le partnership industriali, quella con ENI S.p.a (Ente Nazionale Idrocarburi) è la più complessa ed articolata.

Il sistema di calcolo che il Cineca ospita e gestisce per conto di ENI (oltre 10.000 processori per una potenza aggregata di circa 90 PetaFlop) è stato installato e messo in produzione all'inizio del 2008. ...”.

Al riguardo dal sito risulta che “Eni ha messo in funzione un secondo importante sistema di High Performance Computing ... Il sistema sarà gestito dai system manager HPC di Cineca nell'ambito di un accordo quadro che vede Cineca collaborare con ENI da molti anni. Lavorando sia in sito sia da remoto, il team di sistemisti si occuperà di garantire il pieno funzionamento del supercomputer di ENI, grazie alla ultradecennale esperienza del Cineca nella gestione di grandi sistemi di calcolo e di data center complessi. Il Cineca si occuperà anche dello sviluppo e dell'ottimizzazione dei software che girano sul supercomputer. ... Con l'entrata in produzione di questo potente sistema, Cineca si trova attualmente a gestire i due maggiori supercomputer italiani: il nuovo sistema di ENI, HPC2, e FERMI, il sistema Tier 0 installato al Cineca nel 2012 (entrato al numero 7 nella Top500, oggi, dopo quasi due anni, è ancora alla posizione 17). FERMI è a disposizione della comunità scientifica italiana attraverso il programma di assegnazione delle risorse ISCRA, e di quella europea tramite PRACE, l'iniziativa pan-europea nell'ambito del calcolo ad alte prestazioni in cui Cineca rappresenta l'Italia su mandato del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca.”.

La ricorrente ha, poi, ulteriormente dedotto che:

- dai dati del bilancio 2014 di Cineca, risulta che il Consorzio ha percepito negli anni 2013 e 2014 solo dal MIUR:

i) un contributo in conto esercizio pari ad € 18.850.000, nel 2013 e ad € 18.853.086 nel 2014;

ii) un contributo in conto impianti pari ad € 6.433.953 nel 2013, ad € 7.121.701 nel 2014;

- dal Programma di gestione economico-finanziario per l'esercizio 2014 di Cineca emerge che, tramite i contributi in conto impianti erogati dal MIUR, Cineca ha acquistato due nuovi supercalcolatori o supercomputer (il Blue Gene/Q dalla società IBM Italia e il prototipo Eurora dalla società Eurotech);

- si legge, infatti, alla pag. 140) che *“si rileva “[c]ome previsto nel nuovo articolo 4 del regolamento amministrativo, a seguito dell'acquisto di super-calcolatori, avvenuti nel corso del 2012 e 2013, per complessivi 18,925.992 così composti: Blue Gene/Q per € 17.795.992 da I.B.M. Italia prototipo Eurora per € 850.000 da Eurotech Installazione ed attivazione del nuovo sistema Blue Gene/Q per 280.000 da I.B.M. Italia è stato inserito un contributo in conto impianti di Euro 6.300.000 sia per il 2013 che per il 2014 pari alla quota dell'ammortamento triennale”*;

- il prototipo Eurora è ora utilizzato dalla controllata di Cineca SCS per l'esercizio dell'attività di vendita dei servizi di super-calcolo a società private, attività, questa, svolta in piena concorrenza con gli altri operatori economici privati che offrono servizi analoghi, atteso che *“Nel sito della controllata SCS, invero, è pubblicizzato l'utilizzo di tale supercalcolatore: “[w]e are glad to give you an update about our new system Eurora, the prototype built within PRACE and co-designed by Eurotech and Cineca, installed in the last weeks”*;

- dal Bilancio 2014 emerge, altresì, che la SCS avrebbe intensificato nel 2015 le attività di vendita dei servizi di calcolo anche grazie al nuovo calcolatore Galileo installato presso il Cineca.

Al riguardo il Cineca ha dedotto che:

- Eurora è, in realtà, un supercalcolatore sperimentale acquisito, installato e gestito dal dipartimento SCAI (SuperCalcolo Applicazioni e Innovazioni) del

Cineca nell'ambito del progetto EU Prace 2IP, come si evince anche dalla documentazione pubblicamente disponibile sul sito www.prace-ri.eu;

- la procedura di selezione del calcolatore si è conclusa nel giugno 2012, mentre il suo avvio è avvenuto all'inizio del 2013 e il calcolatore è rimasto operativo fino al primo trimestre 2015;
- questo calcolatore è stato utilizzato esclusivamente per attività di ricerca scientifica e mai utilizzato dalla controllata del Cineca SCS;
- grazie a tale calcolatore, sono stati raggiunti risultati nel campo dell'efficienza energetica tali da collocare l'Italia per la prima, e unica volta, al primo posto della graduatoria internazionale Green Top 500 come supercalcolatore più efficiente al mondo e, del resto, proprio per la sua natura sperimentale, l'uso di tale calcolatore è stato destinato esclusivamente a specifici progetti di ricerca;
- l'accesso e la configurazione del calcolatore Eurora sono stati gestiti, come avviene per tutti gli altri calcolatori, dal Cineca nel proprio data-center e l'utilizzo è stato consentito attraverso le modalità predisposte da Cineca attraverso le procedure del progetto Prace-2IP (bandi pubblici);
- Cineca non ha promosso l'utilizzo commerciale del calcolatore Eurora, e, infatti, il testo riportato da Be Smart non promuove servizi commerciali, ma si limita ad informare gli utenti del sito del raggiungimento di un risultato di estrema importanza per l'intera comunità scientifica che utilizza il supercalcolo con l'installazione del prototipo Eurora.

Da quanto esposto consegue che, nella sostanza, il Cineca non nega che i supercalcolatori che ha realizzato e che gestisce, almeno alcuni di questi, sono utilizzati anche per attività economica prestata verso terzi privati ma ritiene, invece, ai fini che interessano, che assuma valore assorbente la circostanza che, qualificandosi il medesimo in termini di organismo di ricerca o di infrastruttura di ricerca e mantenendosi la predetta attività nei limiti del 20% della capacità totale annuale di ore processate, trovino, al riguardo,

applicazione le previsioni di cui ai richiamati comunicazione su aiuti di stato del 2014 e regolamento n. 651 del 2014.

In ordine alla qualificazione del Cineca come organismo di ricerca o infrastruttura di ricerca, valgono le considerazioni di cui di seguito.

L'«organismo di ricerca e di diffusione della conoscenza» o «organismo di ricerca» è definito come “un'entità (ad esempio, università o istituti di ricerca, agenzie incaricate del trasferimento di conoscenze, intermediari dell'innovazione, entità collaborative reali o virtuali orientate alla ricerca), indipendentemente dal suo status giuridico (costituito secondo il diritto privato o pubblico) o fonte di finanziamento, la cui finalità principale consiste nello svolgere in maniera indipendente attività di ricerca fondamentale, di ricerca industriale o di sviluppo sperimentale o nel garantire un'ampia diffusione dei risultati di tali attività mediante l'insegnamento, la pubblicazione o il trasferimento di conoscenze.” e il «trasferimento di conoscenze» è definito come “qualsiasi processo inteso ad acquisire, raccogliere e condividere conoscenze esplicite e implicite, comprese le competenze e le capacità, in attività di natura sia economica che non economica, quali le collaborazioni in materia di ricerca, le consulenze, la concessione di licenze, la creazione di spin-off, la pubblicazione e la mobilità di ricercatori e altri membri del personale coinvolti in tali attività. Oltre alle conoscenze scientifiche e tecnologiche, il trasferimento di conoscenze comprende altri tipi di conoscenze come quelle sull'utilizzo delle norme e dei regolamenti che le contemplano e sulle condizioni degli ambienti operativi reali e i metodi di innovazione organizzativa, nonché la gestione delle conoscenze relative all'individuazione, all'acquisizione, alla protezione, alla difesa e allo sfruttamento di attività immateriali”.

L'«infrastruttura di ricerca» è definita come “gli impianti, le risorse e i relativi servizi utilizzati dalla comunità scientifica per compiere ricerche nei rispettivi settori; sono compresi gli impianti o complessi di strumenti scientifici, le risorse basate sulla conoscenza quali collezioni, archivi o informazioni scientifiche strutturate e le infrastrutture basate sulle tecnologie abilitanti dell'informazione e della comunicazione, quali le reti di tipo GRID, il materiale informatico, il software e gli strumenti di comunicazione e ogni altro mezzo necessario per condurre la ricerca. Tali infrastrutture possono essere ubicate in un unico sito o «distribuite» (rete organizzata di risorse)”.

Alla luce della specificazione di cui sopra in ordine alla consistenza e alle caratteristiche dell'attività inerente il cd. supercalcolo svolta da parte del Cineca si ritiene che, in realtà, il medesimo non possa fondatamente essere ricondotto alla fattispecie dell'organismo ricerca nemmeno sotto lo specifico aspetto della trasmissione delle conoscenze, atteso che, in realtà, il Cineca, come emerge anche dal suo statuto sul punto specifico - laddove specifica che "promuove l'utilizzo dei più avanzati sistemi di elaborazione dell'informazione" anche a favore della "ricerca anche applicata, pubblica e privata ..." - si limita a garantire i servizi di calcolo scientifico a alte prestazioni a favore della ricerca anche applicata pubblica e privata, e, quindi, nella sostanza, le predette attività si limitano nella messa a disposizione della ricerca dei supercomputer che sono acquistati dal Cineca e dallo stesso conseguentemente gestiti; il Cineca, tuttavia, rientra, con riferimento alla predetta attività, invece, pienamente nell'ambito della infrastruttura di ricerca, atteso che i supercomputer dedicati al supercalcolo costituiscono impianti che sono utilizzati dalla comunità scientifica proprio con la precipua finalità di potere compiere le ricerche nei diversi e rispettivi settori e ambiti.

E, tuttavia, la predetta attività svolta da parte del Cineca, ossia della messa a disposizione dei supercalcolatori ai fini del calcolo matematico avanzato, è un'attività che, da un lato, astrattamente potrebbe bene essere fornita anche da altri e diversi soggetti - nonostante la circostanza che la progettazione, la realizzazione e la gestione di questi impianti richieda risorse economiche tali che, in concreto, le predette attività vengono svolte nella sostanza esclusivamente da parte degli stati - e, dall'altro, di per sé si presta comunque a essere svolta dietro corrispettivo - come in effetti è comprovato in atti e non negato da parte del Cineca - concretizzando, pertanto, astrattamente un'attività economica nel senso sopra indicato.

Da quanto esposto, consegue che assumono effettivamente rilevanza dirimente, ai fini che interessano, sia il nuovo Regolamento generale di esenzione per categoria approvato nel mese di giugno 2014, nella parte in cui

interessa anche le infrastrutture di ricerca che la quasi contestuale la Comunicazione della Commissione Disciplina degli aiuti di Stato a favore di ricerca, sviluppo e innovazione (2014/C 198/01).

Le norme UE sugli aiuti di Stato per attività di R&S&I sono, infatti, stabilite in due testi complementari:

- il nuovo regolamento generale (GBER) stabilisce le condizioni alle quali gli aiuti di Stato possono essere concessi direttamente senza previa notifica alla Commissione;
- un nuovo quadro per gli aiuti di Stato alla R&S&I che contiene le regole per la valutazione delle attività che non sono ammissibili ai sensi del GBER perché hanno un elevato potenziale di distorsione della concorrenza.

Entrambe le serie di norme sono entrate in vigore l'1 luglio 2014.

Si premette al riguardo che:

- qualsiasi misura che risponda ai criteri definiti nell'articolo 107, paragrafo 1, del trattato configura un aiuto di Stato;
- gli organismi di ricerca e di diffusione delle conoscenze («organismi di ricerca») e le infrastrutture di ricerca sono, quindi, beneficiari di aiuti di Stato se il finanziamento pubblico che ricevono soddisfa tutte le condizioni di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato;
- quando il finanziamento pubblico che gli organismi di ricerca e di diffusione delle conoscenze («organismi di ricerca») e le infrastrutture di ricerca ricevono soddisfa tutte le condizioni di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato, la misura può essere considerata esente dall'obbligo del rispetto del predetto par 3 dell'art. 108 soltanto se e quando sono rispettate tutte le condizioni di cui al relativo regolamento di esenzione.

Il regolamento generale di esenzione per categoria permette l'approvazione automatica di una serie di misure di aiuto consentendo dunque agli Stati membri di concedere tali aiuti senza notifica preventiva.

E, poiché questi regolamenti hanno effetto diretto nei sistemi giuridici degli Stati membri, è possibile che i giudici nazionali debbano valutare se

determinate misure di aiuto rispettano tali requisiti.

Solo in caso affermativo, non è necessaria una notifica individuale e la clausola di sospensione di cui all'articolo 108, paragrafo 3, del TFUE non si applica.

L'articolo 109 del trattato - il quale dispone che *“Il Consiglio, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, può stabilire tutti i regolamenti utili ai fini dell'applicazione degli articoli 107 e 108 e fissare in particolare le condizioni per l'applicazione dell'articolo 108, paragrafo 3, nonché le categorie di aiuti che sono dispensate da tale procedura”* - statuisce, quindi, che il Consiglio può individuare le categorie di aiuti che sono esentate dall'obbligo di notifica.

L'articolo 108, paragrafo 4, del trattato - il quale dispone che *“4. La Commissione può adottare regolamenti concernenti le categorie di aiuti di Stato per le quali il Consiglio ha stabilito, conformemente all'articolo 109, che possono essere dispensate dalla procedura di cui al paragrafo 3 del presente articolo”* - prevede, quindi, che la Commissione può adottare regolamenti concernenti queste categorie di aiuti di Stato.

In sostanza la Commissione può essere autorizzata dal Consiglio (tramite i cd. regolamenti di abilitazione) a dichiarare, ai sensi dell'art. 107 TFUE che, a certe condizioni, determinate categorie di aiuti di Stato sono compatibili con il mercato comune e non sono soggette all'obbligo di notifica preventiva di cui all'art. 108, par. 3 TFUE e all'approvazione della Commissione.

Il divieto di dare esecuzione alle misure progettate senza l'approvazione della Commissione cui è funzionale il par 3 dell'art. 108 - dalla cui violazione consegue la dichiarazione di illegalità dell'aiuto di competenza del giudice nazionale - non sussiste, pertanto, per gli aiuti messi in vigore sulla base dei predetti regolamenti e, più specificatamente, di un regolamento di esenzione o di un regolamento per gli aiuti *de minimis*.

I regolamenti *de minimis* esentano dall'obbligo di notifica gli aiuti di Stato di modesta entità che non dovrebbero provocare significative distorsioni della concorrenza ai fine di permettere agli Stati di sostenere alcuni settori di

attività o imprese tramite la concessione di aiuti di modesta entità senza dover attendere un'autorizzazione da parte della Commissione e quindi semplificando e velocizzando le procedure.

Attualmente è in vigore il Regolamento generale (UE) n. 1407/2013 (che ha sostituito il precedente Reg. 1998/06) della Commissione, del 18 dicembre 2013, relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti «*de minimis*», con il quale resta confermato l'importo complessivo degli aiuti *de minimis* concedibili dalle pubbliche amministrazioni in capo alla singola impresa, se indipendente, o al gruppo di imprese collegate tra loro do 200.000 euro nell'arco di tre esercizi finanziari e per le imprese con esercizio finanziario corrispondente all'anno solare gli anni da prendere in considerazione per la verifica delle agevolazioni in *de minimis* sono quindi 2012, 2013, e 2014.

Alla luce degli importi dei contributi finanziari di cui al D.M. impugnato, è evidente che la fattispecie in esame è decisamente fuori dall'ambito del predetto regolamento.

Quanto ai regolamenti di esenzione, valgono le considerazioni che seguono.

In particolare, il Regolamento (CE) n. 994/98 del Consiglio, del 7 maggio 1998 - sull'applicazione degli articoli 92 e 93 del trattato che istituisce la Comunità europea a determinate categorie di aiuti di Stato orizzontali, modificato dal regolamento (UE) n. 733/2013 del Consiglio, del 22 luglio 2013 - autorizza la Commissione a dichiarare, ai sensi dell'articolo 109 del trattato, che, a determinate condizioni, alcune categorie di aiuti possono essere esentate dall'obbligo di notifica e, infatti, a partire dal 2001, la Commissione ha emanato una serie di regolamenti (e una decisione) che esentano gli Stati membri dall'obbligo di notifica imposto dall'articolo 88, n. 3 del trattato CE, sicchè gli aiuti concessi sulla base di questi atti comunitari sono esentati dall'obbligo di notifica ma sono sottoposti, salvo eccezioni, ad un obbligo di trasmissione di informazioni sintetiche che deve avvenire entro i termini stabiliti dai regolamenti stessi.

Tra i predetti aiuti di cui al richiamato regolamento n. 994/98 - che è stato abrogato dall'articolo 9 del regolamento (UE) n. 2015/1588, Regolamento del Consiglio sull'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a determinate categorie di aiuti di Stato orizzontali (codificazione) (Testo rilevante ai fini del SEE), pubblicato nella G.U.U.E. 24 settembre 2015, n. L 248, in conseguenza proprio dell'entrata in vigore del predetto ultimo regolamento - all'art. 1, rientrano anche gli aiuti alla ricerca e sviluppo e innovazione.

Come parte dell'iniziativa per la modernizzazione degli Aiuti di Stato, la Commissione europea ha, quindi, adottato, il 21 maggio 2014, il nuovo Regolamento generale di esenzione per categoria (GBER) contenente la lista degli aiuti di Stato esentati e le condizioni che essi devono rispettare, il quale sostituisce, a partire dall'1 luglio 2014, il Regolamento generale di esenzione per categoria approvato nel 2008.

In base alle nuove regole, gli Stati membri potranno concedere aiuti di maggiore entità in un maggior numero di settori rispetto a quanto precedentemente previsto, così da ridurre gli oneri amministrativi per le autorità pubbliche e i tempi di attesa dei beneficiari.

Tra le categorie di aiuti esentati dalla notifica, ciascuna con soglie di esenzione e regole specifiche, vi sono, appunto, anche gli aiuti a favore di ricerca, sviluppo e innovazione, ovvero aiuti destinati alla ricerca di base, alla ricerca industriale, di sviluppo sperimentale ed a studi di fattibilità e aiuti agli investimenti per le infrastrutture di ricerca.

E, proprio con specifico riferimento alle infrastrutture della ricerca, si ravvisa nella sua riconduzione nell'ambito del regolamento delle esenzioni per categoria un elemento di innovatività.

L'appartenenza a una delle categorie è condizione necessaria, ma non sufficiente, per poter beneficiare dell'esenzione: sarà infatti obbligatorio rispettare una serie di ulteriori criteri, quali obblighi di trasparenza, il non superamento delle soglie previste e la presenza di un effetto di incentivazione,

volti ad assicurare che gli aiuti perseguano effettivamente obiettivi di interesse europeo e che non causino eccessive distorsioni della concorrenza.

I punti nn. (6) e (7), infatti, dispongono rispettivamente che *“Gli aiuti che soddisfano tutte le condizioni sia generali che specifiche previste dal presente regolamento per le diverse categorie di aiuti dovrebbero essere esentati dall'obbligo di notifica di cui all'articolo 108, paragrafo 3, del trattato”* e che *“Gli aiuti di Stato ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, del trattato non contemplati dal presente regolamento rimangono soggetti all'obbligo di notifica enunciato all'articolo 108, paragrafo 3, del trattato”*.

I seguenti punti nn. 47, 48 e 49 dispongono quanto segue:

“(47) Per quanto riguarda gli aiuti alla ricerca e sviluppo, la parte sovvenzionata del progetto di ricerca dovrebbe rientrare pienamente nelle categorie della ricerca fondamentale, della ricerca industriale o dello sviluppo sperimentale. Se un progetto prevede attività diverse, è opportuno precisare per ciascuna di esse se rientra in una delle categorie summenzionate oppure in nessuna di esse. La classificazione non deve necessariamente seguire un ordine cronologico, ossia ripercorrere le varie fasi dalla ricerca fondamentale ad attività più prossime al mercato. Un'attività realizzata in una fase inoltrata del progetto può quindi essere classificata come ricerca industriale. Analogamente, un'attività realizzata in una fase iniziale può rientrare nella categoria dello sviluppo sperimentale. La parte sovvenzionata del progetto può altresì comprendere studi di fattibilità preliminari ad attività di ricerca.

(48) Per aprire nuovi orizzonti alla ricerca e all'innovazione, diventano sempre più necessarie infrastrutture di ricerca di alta qualità in quanto attraggono ricercatori da tutto il mondo e sono essenziali per sostenere le nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione e per le principali tecnologie abilitanti. Le infrastrutture pubbliche di ricerca dovrebbero continuare a collaborare con la ricerca industriale. Occorre garantire l'accesso a infrastrutture di ricerca a finanziamento pubblico secondo modalità e condizioni di mercato trasparenti e non discriminatorie. Se tali condizioni non sono rispettate, la misura di aiuto non dovrebbe essere esentata dall'obbligo di notifica. Una determinata infrastruttura di ricerca può essere detenuta, gestita e utilizzata da più soggetti e può essere utilizzata in modo cooperativo da enti pubblici e da imprese.

(49) Le infrastrutture di ricerca possono servire per attività economiche e non economiche. Per evitare che alcune attività economiche possano beneficiare di aiuti di Stato tramite il finanziamento pubblico di attività non economiche, bisognerebbe poter facilmente distinguere i costi e il finanziamento delle due tipologie di attività. Se un'infrastruttura è utilizzata per attività sia economiche che non economiche, il finanziamento con risorse statali dei costi connessi alle attività non economiche non costituisce aiuto di Stato. I finanziamenti pubblici sono soggetti alle norme in materia di aiuti di Stato solo nella misura in cui coprono i costi connessi ad attività economiche. Solo questi ultimi dovrebbero essere presi in considerazione al fine di assicurare il rispetto delle soglie di notifica e delle intensità massime di aiuto. Se utilizzata quasi esclusivamente per attività non economiche, il finanziamento dell'infrastruttura può essere interamente escluso dalle norme in materia di aiuti di Stato a condizione che l'utilizzo economico rimanga puramente accessorio, ossia un'attività direttamente collegata al funzionamento dell'infrastruttura o ad esso necessaria oppure intrinsecamente legata al suo principale uso per attività non economiche e di portata limitata. Questa condizione si può ritenere soddisfatta se le tali attività economiche necessitano degli stessi fattori produttivi (quali materiali, attrezzature, manodopera, capitale fisso) delle attività non economiche e se la capacità assegnata ogni anno all'attività economica non supera il 20 % della capacità annua complessiva dell'infrastruttura di ricerca.”

L'articolo 2, avente a oggetto le definizioni, specifica, nell'ambito delle “Definizioni relative agli aiuti a favore di ricerca, sviluppo e innovazione” che:

- 83) «organismo di ricerca e diffusione della conoscenza»: un'entità (ad esempio, università o istituti di ricerca, agenzie incaricate del trasferimento di tecnologia, intermediari dell'innovazione, entità collaborative reali o virtuali orientate alla ricerca), indipendentemente dal suo status giuridico (costituito secondo il diritto privato o pubblico) o fonte di finanziamento, la cui finalità principale consiste nello svolgere in maniera indipendente attività di ricerca fondamentale, di ricerca industriale o di sviluppo sperimentale o nel garantire un'ampia diffusione dei risultati di tali attività mediante l'insegnamento, la pubblicazione o il trasferimento di conoscenze. Qualora tale entità svolga anche attività economiche, il finanziamento, i costi e i ricavi di tali attività economiche

devono formare oggetto di contabilità separata. Le imprese in grado di esercitare un'influenza decisiva su tale entità, ad esempio in qualità di azionisti o di soci, non possono godere di alcun accesso preferenziale ai risultati generati; ...

- 91) «infrastruttura di ricerca»: gli impianti, le risorse e i relativi servizi utilizzati dalla comunità scientifica per compiere ricerche nei rispettivi settori; sono compresi gli impianti o i complessi di strumenti scientifici, le risorse basate sulla conoscenza quali collezioni, archivi o informazioni scientifiche strutturate e le infrastrutture basate sulle tecnologie abilitanti dell'informazione e della comunicazione, quali le reti di tipo GRID, il materiale informatico, il software e gli strumenti di comunicazione e ogni altro mezzo necessario per condurre la ricerca. Tali infrastrutture possono essere ubicate in un unico sito o «distribuite» (una rete organizzata di risorse) in conformità dell'articolo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 723/2009 del Consiglio, del 25 giugno 2009, relativo al quadro giuridico comunitario applicabile ad un consorzio per un'infrastruttura europea di ricerca (ERIC).

L'articolo 3, Condizioni per l'esenzione, dispone che “I regimi di aiuti, gli aiuti individuali concessi nell'ambito di regimi di aiuti e gli aiuti ad hoc sono compatibili con il mercato interno ai sensi dell'articolo 107, paragrafi 2 e 3, del trattato e sono esentati dall'obbligo di notifica di cui all'articolo 108, paragrafo 3, del trattato purché soddisfino tutte le condizioni di cui al capo I, nonché le condizioni specifiche per la pertinente categoria di aiuto di cui al capo III del presente regolamento.”.

Il successivo articolo 4, Soglie di notifica, dispone che “1. Il presente regolamento non si applica agli aiuti che superano le seguenti soglie: ... i) aiuti alla ricerca e sviluppo:

i) se il progetto è prevalentemente un progetto di ricerca fondamentale: 40 milioni di EUR per impresa e per progetto; tale condizione è soddisfatta quando più della metà dei costi ammissibili del progetto riguarda attività che rientrano nella categoria della ricerca fondamentale;

ii) se il progetto è prevalentemente un progetto di ricerca industriale: 20 milioni di EUR per impresa e per progetto; tale condizione è soddisfatta quando più della metà dei costi ammissibili del progetto riguarda attività che rientrano nella categoria della ricerca industriale o nelle categorie della ricerca industriale e della ricerca fondamentale combinate;

...

j) aiuti agli investimenti per le infrastrutture di ricerca: 20 milioni di EUR per infrastruttura; ...”.

I successivi articoli 5 e 6 attengono, poi, alla trasparenza e all’effetto di incentivazione.

Per quanto attiene, in particolare, all’effetto di incentivazione, l’articolo 6 dispone che “1. *Il presente regolamento si applica unicamente agli aiuti che hanno un effetto di incentivazione.*

2. Si ritiene che gli aiuti abbiano un effetto di incentivazione se, prima dell'avvio dei lavori relativi al progetto o all'attività, il beneficiario ha presentato domanda scritta di aiuto allo Stato membro interessato. La domanda di aiuto contiene almeno le seguenti informazioni:

a) nome e dimensioni dell'impresa;

b) descrizione del progetto, comprese le date di inizio e fine;

c) ubicazione del progetto;

d) elenco dei costi del progetto;

e) tipologia dell'aiuto (sovvenzione, prestito, garanzia, anticipo rimborsabile, apporto di capitale o altro) e importo del finanziamento pubblico necessario per il progetto.

3. Si ritiene che gli aiuti ad hoc concessi alle grandi imprese abbiano un effetto di incentivazione se, oltre a garantire che sia soddisfatta la condizione di cui al paragrafo 2, lo Stato membro ha verificato, prima di concedere l'aiuto in questione, che la documentazione preparata dal beneficiario attesta che l'aiuto consentirà di raggiungere uno o più dei seguenti risultati: ...”.

L’articolo 9, Pubblicazione e informazione, dispone, infine, che “1. *Lo Stato membro interessato garantisce la pubblicazione in un sito web esaustivo a livello regionale o nazionale delle seguenti informazioni sugli aiuti di Stato:*

a) le informazioni sintetiche di cui all'articolo 11 nel formato standardizzato di cui all'allegato II o di un link che dia accesso a tali informazioni;

b) il testo integrale di ciascuna misura di aiuto di cui all'articolo 11 o di un link che dia accesso a tale testo;

c) le informazioni di cui all'allegato III su ciascun aiuto individuale superiore a 500 000 EUR.”.

E, infatti, l'articolo 11, Relazioni, dispone che *“Gli Stati membri o, nel caso degli aiuti concessi a progetti di cooperazione territoriale europea, lo Stato membro in cui ha sede l'autorità di gestione, definita all'articolo 21 del regolamento (UE) n. 1299/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, trasmettono alla Commissione:*

a) attraverso il sistema di notifica elettronica della Commissione, le informazioni sintetiche su ciascuna misura di aiuto esentata a norma del presente regolamento nel formato standardizzato di cui all'allegato II, insieme a un link che dia accesso al testo integrale della misura di aiuto, comprese le sue modifiche, entro venti giorni lavorativi dalla sua entrata in vigore;

b) una relazione annuale, di cui al regolamento (CE) n. 794/2004 della Commissione, del 21 aprile 2004, recante disposizioni di esecuzione del regolamento (CE) n. 659/1999 del Consiglio del 22 marzo 1999 recante modalità di applicazione dell'articolo 93 del trattato CE (1) modificato, in formato elettronico, sull'applicazione del presente regolamento, contenente le informazioni indicate nel regolamento di esecuzione, relativamente all'intero anno o alla porzione di anno in cui il presente regolamento si applica.”.

Nella sezione 4 è contenuta, infine, la disciplina specifica degli “Aiuti a favore di ricerca, sviluppo e innovazione”.

In particolare l'articolo 26, Aiuti agli investimenti per le infrastrutture di ricerca, dispone che *“1. Gli aiuti alla creazione o all'ammodernamento delle infrastrutture di ricerca che svolgono attività economiche sono compatibili con il mercato interno ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 3, del trattato e sono esentati dall'obbligo di notifica di cui all'articolo 108, paragrafo 3, del trattato purché soddisfino le condizioni di cui al presente articolo e al capo I.*

2. Se un'infrastruttura di ricerca svolge attività sia economiche che non economiche, i finanziamenti, i costi e le entrate di ciascun tipo di attività sono contabilizzati separatamente sulla base di principi contabili applicati con coerenza e obiettivamente giustificabili.

3. Il prezzo applicato per la gestione o l'uso dell'infrastruttura corrisponde a un prezzo di mercato.

4. L'accesso all'infrastruttura è aperto a più utenti e concesso in modo trasparente e non discriminatorio. Le imprese che hanno finanziato almeno il 10 % dei costi di investimento dell'infrastruttura possono godere di un accesso preferenziale a condizioni più favorevoli. Al fine di evitare una sovracompensazione, è necessario che tale accesso sia proporzionale al contributo dell'impresa ai costi di investimento e che tali condizioni siano rese pubbliche”.

Tutto quanto premesso, deve ribadirsi che, i regolamenti hanno effetto diretto nei sistemi giuridici degli Stati membri e che, alla luce della complessa normativa comunitaria nella materia, e di cui al richiamato regolamento generale di esenzione, affinché lo stato sia esonerato dall'obbligo di notificazione preventiva di cui al par 3 dell'art. 108 del trattato - e non possa conseguentemente ritenersi da parte del giudice nazionale l'illegalità dell'aiuto concesso in caso di mancata preventiva notificazione - è necessario che sia accertata la sussistenza di tutti i requisiti ed i presupposti ivi individuati.

Qualora si tratti dell'applicabilità di un siffatto regolamento o regime di aiuti, il giudice nazionale può, quindi, unicamente valutare se siano soddisfatte tutte le condizioni stabilite dal regolamento o dal regime.

E, infatti, come già evidenziato in precedenza, l'appartenenza a una delle categorie indicate nel regolamento, tra le quali è certamente riconducibile l'attività della ricerca, è condizione necessaria, ma non sufficiente, per poter beneficiare dell'esenzione di cui trattasi atteso che è, altresì, necessario che siano contestualmente rispettati tutta una serie di ulteriori criteri, quali, appunto, gli obblighi di trasparenza, il non superamento delle soglie previste e la presenza di un effetto di incentivazione, i quali criteri sono tutti volti ad assicurare che gli aiuti concessi perseguano effettivamente obiettivi di interesse europeo e che non causino eccessive distorsioni della concorrenza.

Il predetto principio esposto ai punti nn. 5 e 6 è ulteriormente ribadito all'art. 3 del Capo I nonché, infine, agli artt. 25 e 26 della sezione 4 specificatamente dedicati all'attività di ricerca e alle infrastrutture di ricerca proprio al primo paragrafo laddove sono richiamate le condizioni di cui al Capo I.

E' necessario, pertanto, che tutte le condizioni di cui al Capo I siano soddisfatte ai fini del riconoscimento del diritto all'esenzione dalla notificazione preventiva e di particolare pregnanza al predetto Capo I è, in questa sede, è la disposizione sull'effetto di incentivazione di cui all'art. 6.

L'effetto di incentivazione è uno dei principali pilastri della disciplina degli aiuti di Stato. Il suo obiettivo è quello di stimolare i potenziali beneficiari a intraprendere attività economiche che altrimenti non avrebbero intrapreso in assenza della concessione dell'aiuto.

L'effetto di incentivazione si ricollega, pertanto, al concetto della necessità dell'aiuto e significa proprio che l'aiuto deve essere necessario affinché l'impresa realizzi un'operazione che non avrebbe realizzato in assenza di aiuto; il principio dell'effetto di incentivazione è imposto in gran parte delle regole (regolamenti, discipline, orientamenti, ecc...) comunitarie in materia di aiuti di Stato e implica, talvolta, una analisi controfattuale per comparare la situazione che si avrebbe in assenza di aiuto con quella in presenza di aiuto. In taluni casi, la verifica si limita a richiedere che l'impresa beneficiaria non abbia avviato la realizzazione del progetto prima della data di presentazione della domanda di aiuto. Le regole applicabili variano comunque a seconda del soggetto beneficiario (grande, piccola o media impresa), del settore o della categoria di aiuti.

Nella fattispecie in esame, ai sensi del predetto art. 6, condizione imprescindibile ai fini della sussistenza del predetto effetto è, per espresso disposto normativo, che, prima dell'avvio dei lavori relativi al progetto o all'attività, il beneficiario abbia presentato apposita domanda scritta di aiuto allo Stato membro interessato contenente almeno le informazioni ivi indicate.

E, proprio con riferimento all'effetto incentivante, si prende atto di una semplificazione delle regole relative.

Dall'esame degli atti di causa non emerge, tuttavia, in alcun modo, che il disposto in questione sia stato effettivamente rispettato nella fattispecie in esame atteso, da un lato, in alcuno degli scritti difensivi del Cineca vi viene

fatto riferimento, e, dall'altro, che, comunque, non è presente in atti alcuna domanda specifica da parte del Cineca e rivolta al M.I.U.R. avente a oggetto un progetto o una infrastruttura contenente tutte le indicazioni puntuali di cui al richiamato articolo 6; né l'attività di ricerca rientra nell'ambito delle deroghe di cui al successivo comma 5 del medesimo articolo 6 che individua in modo puntuale le categorie di aiuto per le quali o non è richiesto o comunque si presume un effetto di incentivazione.

Tanto premesso quanto alla non applicabilità nella fattispecie del regolamento per esenzione di cui trattasi, deve, comunque, in concreto valutarsi se, effettivamente, la misura di cui trattasi risponde alla nozione di aiuto di stato di cui al par 1 dell'art. 107 sotto il principale requisito della sussistenza dell'esercizio di attività economica.

E, infatti, deve ancora prima escludersi che l'attività R&S sia assoggettata al controllo in materia di aiuti di stato quando l'infrastruttura di ricerca non svolga attività economica.

E, ai predetti fini viene invocata la Comunicazione della Commissione Disciplina degli aiuti di Stato a favore di ricerca, sviluppo e innovazione (2014/C 198/01).

La predetta comunicazione dà atto, al punto 1, che *“L'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea («il trattato») stabilisce il principio del divieto degli aiuti di Stato al fine di evitare che le sovvenzioni statali falsino la concorrenza nel mercato interno e incidano sugli scambi tra gli Stati membri in maniera contraria all'interesse comune. Tuttavia, in determinati casi, gli aiuti possono essere compatibili con il mercato interno in applicazione dell'articolo 107, paragrafi 2 e 3, del trattato”* e al successivo punto 2, che *“La promozione della ricerca, dello sviluppo e dell'innovazione («RSI») è un importante obiettivo dell'Unione, sancito all'articolo 179”*; e, ancora al punto 5, che *“5. Gli aiuti a favore di RSI sono principalmente giustificati sulla base dell'articolo 107, paragrafo 3, lettere b) e c), del trattato, in applicazione del quale la Commissione può considerare compatibili con il mercato interno gli aiuti di Stato destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo o ad*

agevolare lo sviluppo di talune attività economiche all'interno dell'Unione, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse.”.

Al punto 1.2. *“Misure di aiuto contemplate dalla presente disciplina”* è specificato che *“12. La Commissione ha individuato una serie di misure per le quali gli aiuti di Stato possono, a determinate condizioni, risultare compatibili con il mercato interno: a) aiuti per progetti di R&S, quando la parte sovvenzionata del progetto di ricerca rientra nelle categorie della ricerca fondamentale e della ricerca applicata e quest'ultima può essere suddivisa in ricerca industriale e sviluppo sperimentale ... ;... c)... aiuti per la costruzione e l'ammodernamento di infrastrutture di ricerca, destinati principalmente a rimediare al fallimento del mercato derivante da difficoltà di coordinamento. Per aprire nuovi orizzonti alla ricerca è sempre più necessario disporre di infrastrutture di ricerca di alta qualità, in quanto esse attraggono ricercatori di talento da tutto il mondo e sono indispensabili, ad esempio, per le nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione e per le principali tecnologie abilitanti”.* Ai successivi punti nn. 13 e 14 è poi rispettivamente statuito che *“13. Gli Stati membri devono notificare gli aiuti a favore di RSI a norma dell'articolo 108, paragrafo 3, del trattato, ad eccezione delle misure che soddisfano le condizioni previste in un regolamento di esenzione per categoria adottato dalla Commissione a norma dell'articolo 1 del regolamento (CE) n. 994/98 del Consiglio.”* e *“14. La presente disciplina stabilisce i criteri di compatibilità applicabili ai regimi di aiuti e agli aiuti individuali a favore di RSI che sono soggetti all'obbligo di notifica e devono essere valutati sulla base dell'articolo 107, paragrafo 3, lettera c), del trattato”.*

Quanto al punto n. 14, si rileva che i criteri per l'analisi della compatibilità con il mercato interno degli aiuti di Stato destinati a promuovere la realizzazione di importanti progetti di comune interesse europeo, tra cui gli aiuti alle attività di RSI valutati sulla base dell'articolo 107, paragrafo 3, lettera b), del trattato, sono invece stabiliti in una separata comunicazione della Commissione.

E, infatti, la lett. c) del par. 3 dell'art. 107 attiene a *“c) gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse;”* mentre, invece, la precedente lett. b) attiene a *“b) gli aiuti destinati a promuovere la*

realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo oppure a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro;”.

Da quanto esposto consegue che la predetta comunicazione stabilisce i criteri di compatibilità applicabili ai regimi di aiuti e agli aiuti individuali a favore di RSI che sono soggetti all'obbligo di notifica e devono essere valutati sulla base dell'articolo 107, paragrafo 3.

Ne consegue che la predetta comunicazione fornisce essenzialmente orientamenti in ordine allo specifico aspetto della verifica della compatibilità dell'aiuto che sono tratti dall'operato della Commissione in materia nonché dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia ma che attengono, appunto, ad una sfera che fuoriesce dall'ambito della cognizione riconosciuta al giudice nazionale. Al riguardo, infatti, non può se non ribadirsi quanto in precedenza rilevato in ordine al ruolo ed alla funzione del giudice nazionale in materia di aiuti.

E, tuttavia, premessa la non vincolatività per il giudice nazionale di quanto ivi esposto, comunque dalla lettura della medesima possono trarsi alcune conclusioni rilevanti anche in ordine alla specifica questione che interessa ai richiamati punti 16-20.

“2. AIUTO DI STATO AI SENSI DELL'ARTICOLO 107, PARAGRAFO 1, DEL TRATTATO

16. In generale, qualsiasi misura che risponda ai criteri definiti nell'articolo 107, paragrafo 1, del trattato configura un aiuto di Stato. Mentre una distinta comunicazione della Commissione relativa alla nozione di aiuto di Stato chiarisce il modo in cui la Commissione interpreta tale nozione in linea generale, la presente sezione prende in esame le situazioni che generalmente si verificano nel settore delle attività di RSI fatta salva l'interpretazione della Corte di giustizia dell'Unione europea.

2.1. Organismi di ricerca e di diffusione delle conoscenze e infrastrutture di ricerca come beneficiari di aiuti di Stato

17. Gli organismi di ricerca e di diffusione delle conoscenze («organismi di ricerca») e le infrastrutture di ricerca sono beneficiari di aiuti di Stato se il finanziamento pubblico che

ricevono soddisfa tutte le condizioni di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato. Come spiegato nella comunicazione relativa alla nozione di aiuto di Stato, e in conformità con la giurisprudenza della Corte di giustizia, il beneficiario deve rispondere alla definizione di impresa, ma tale qualifica non dipende dal suo status giuridico (organismo di diritto pubblico o privato) o dalla sua natura economica (organismo che opera con o senza fine di lucro). L'elemento determinante affinché l'organismo di ricerca sia considerato un'impresa è piuttosto il fatto che svolga un'attività economica, cioè un'attività consistente nell'offrire prodotti e servizi su un dato mercato.

2.1.1. Finanziamento pubblico di attività non economiche

18. Laddove la medesima entità svolga attività economiche e non economiche e al fine di evitare sovvenzioni incrociate a favore dell'attività economica, il finanziamento pubblico dell'attività non economica non ricade nell'ambito di applicazione dell'articolo 107, paragrafo 1, del trattato se i due tipi di attività e i relativi costi, finanziamenti e entrate possono essere nettamente separati. La corretta imputazione dei costi, dei finanziamenti e delle entrate può essere comprovata mediante i rendiconti finanziari annui della pertinente entità.

19. La Commissione considera che, generalmente, le seguenti attività rivestono carattere non economico:

a) principali attività degli organismi di ricerca e delle infrastrutture di ricerca, in particolare:
— *le attività di formazione volte ad ottenere risorse umane più numerose e meglio qualificate. In linea con la giurisprudenza (1) e la prassi decisionale della Commissione (2), e come spiegato nella comunicazione relativa alla nozione di aiuto di Stato e nella comunicazione relativa ai SIEG, l'istruzione pubblica organizzata nell'ambito del sistema scolastico nazionale, prevalentemente o totalmente finanziata dallo Stato e controllata dallo Stato, è considerata attività non economica,*
— *le attività di R&S svolte in maniera indipendente e volte all'acquisizione di maggiori conoscenze e di una migliore comprensione, inclusa la R&S collaborativa, nel cui ambito un organismo di ricerca o l'infrastruttura di ricerca intraprendono un'effettiva collaborazione,*

— l'ampia diffusione dei risultati della ricerca su base non esclusiva e non discriminatoria, ad esempio attraverso l'insegnamento, le banche dati ad accesso aperto, le pubblicazioni aperte o il software open source.

b) le attività di trasferimento di conoscenze, svolte dall'organismo di ricerca o dall'infrastruttura di ricerca (compresi i rispettivi dipartimenti o filiali), o congiuntamente con altri organismi o per loro conto, e laddove tutti gli utili provenienti da dette attività siano reinvestiti nelle attività primarie dell'organismo di ricerca o dell'infrastruttura di ricerca. Il carattere non economico di tali attività non viene meno se la prestazione dei servizi corrispondenti è appaltata a terzi con procedura di gara aperta.

20. Se un organismo o un'infrastruttura di ricerca sono utilizzati tanto per attività economiche che non economiche, i finanziamenti pubblici rientrano nelle norme in materia di aiuti di Stato solo nella misura in cui coprono i costi connessi ad attività economiche. Se l'organismo o l'infrastruttura di ricerca sono utilizzati quasi esclusivamente per attività di natura non economica, il relativo finanziamento può esulare completamente dalle norme in materia di aiuti di Stato, a condizione che l'utilizzo economico rimanga puramente accessorio, ossia corrisponda a un'attività necessaria e direttamente collegata al funzionamento dell'organismo o infrastruttura di ricerca oppure intrinsecamente legata al suo uso non economico principale, e che abbia portata limitata. Ai fini della presente disciplina, la Commissione riterrà che tale sia il caso laddove l'attività economica assorbe esattamente gli stessi fattori di produzione (quali materiali, attrezzature, manodopera e capitale fisso) delle attività non economiche e la capacità destinata ogni anno a tali attività economiche non supera il 20 % della pertinente capacità annua complessiva dell'entità.”.

Se l'organismo di ricerca o l'infrastruttura di ricerca sono utilizzati per svolgere attività economiche, quali la locazione di attrezzature o laboratori alle imprese, la fornitura di servizi a imprese o l'esecuzione di contratti di ricerca, il finanziamento pubblico di tali attività economiche sarà generalmente considerato aiuto di Stato.

Se, tuttavia, un organismo o un'infrastruttura di ricerca sono utilizzati tanto per attività economiche che non economiche - premesso che, al fine di evitare sovvenzioni incrociate a favore dell'attività economica, il finanziamento

pubblico dell'attività non economica non ricade nell'ambito di applicazione dell'articolo 107, paragrafo 1, del trattato se i due tipi di attività e i relativi costi, finanziamenti e entrate possono essere nettamente separati e la corretta imputazione dei costi, dei finanziamenti e delle entrate può essere comprovata mediante i rendiconti finanziari annui della pertinente entità - i finanziamenti pubblici rientrano nelle norme in materia di aiuti di Stato solo nella misura in cui coprono i costi connessi ad attività economiche e se, poi, l'organismo o l'infrastruttura di ricerca sono utilizzati quasi esclusivamente per attività di natura non economica, il relativo finanziamento può esulare completamente dalle norme in materia di aiuti di Stato, a condizione che l'utilizzo economico rimanga puramente accessorio, ossia corrisponda a un'attività necessaria e direttamente collegata al funzionamento dell'organismo o infrastruttura di ricerca oppure intrinsecamente legata al suo uso non economico principale, e che abbia portata limitata e, ai predetti fini, tale è il caso in cui l'attività economica assorbe esattamente gli stessi fattori di produzione (quali materiali, attrezzature, manodopera e capitale fisso) delle attività non economiche e la capacità destinata ogni anno a tali attività economiche non supera il 20 % della pertinente capacità annua complessiva dell'entità.

In definitiva la Commissione indica i due criteri per la compatibilità in caso di svolgimento di attività economica accanto all'attività non economica nel senso che:

- i due tipi di attività e i relativi costi, finanziamenti e entrate devono essere nettamente separati e la corretta imputazione dei costi, dei finanziamenti e delle entrate può essere comprovata mediante i rendiconti finanziari annui della pertinente entità (al fine di evitare il rischio del sussidio incrociato);
- la capacità destinata ogni anno alle attività economiche che assorbono esattamente gli stessi fattori di produzione non supera il 20 % della pertinente capacità annua complessiva dell'entità.

Deve restare inteso che:

- la netta separazione delle due attività e dei relativi costi, finanziamenti e entrate può avvenire soltanto se è tenuta una contabilità separata o se viene adottato un chiaro sistema di imputazione dei costi;
- l'ancillarità dell'attività economica rispetto a quella non economica non è conseguenza solo del peso della prima rispetto all'attività totale ma anzitutto dal fatto che per l'una e per l'altra vengano utilizzati in modo non facilmente distinguibile gli stessi strumenti.

Si ribadisce che le indicazioni contenute nella richiamata comunicazione non hanno valore vincolante per il giudice nazionale in quanto attengono ai criteri di valutazione seguiti da parte della Commissione al fine di valutare nel merito la compatibilità dell'aiuto e, tuttavia, si ritiene che, comunque, il giudice nazionale possa trarre elementi dalla predetta comunicazione ai fini della valutazione della qualificabilità in termini di aiuto della misura oggetto del giudizio e quindi nei limiti della sua competenza.

Calando i suddetti principi nella fattispecie concreta, se ne traggono le seguenti conclusioni.

Si premette che la Direttiva 2006/111/CE, “*DIRETTIVA DELLA COMMISSIONE relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche e alla trasparenza finanziaria all'interno di talune imprese*”, ha previsto che:

(7) Inoltre un'applicazione efficace ed equa alle imprese pubbliche e private delle regole del trattato relative agli aiuti non può essere operata sino a quando tali relazioni finanziarie non siano rese trasparenti.

(14) ... È pertanto indispensabile che gli Stati membri e la Commissione abbiano accesso ad informazioni dettagliate sulla struttura finanziaria ed organizzativa interna di tali imprese, in particolare a dati contabili distinti ed attendibili in relazione alle diverse attività esercitate da una stessa impresa.

(15) Nelle scritture contabili devono essere distinte le diverse attività, individuando i costi e i ricavi relativi a ciascuna di esse e specificando i metodi di imputazione e di ripartizione dei costi e dei ricavi. ...

(16) Chiedere agli Stati membri di provvedere affinché le imprese in oggetto tengano una contabilità distinta costituisce il modo più efficiente per garantire l'equa ed efficace applicazione delle regole di concorrenza alle imprese stesse. In ottemperanza al principio di proporzionalità e ai fini dell'obiettivo essenziale della trasparenza, è necessario e adeguato introdurre la contabilità separata. La presente direttiva non va al di là di quanto è necessario a tal fine, ai sensi delle disposizioni dell'articolo 5, terzo comma, del trattato;

- all'articolo 1 che “1. Gli Stati membri assicurano, nei modi previsti dalla presente direttiva, la trasparenza delle relazioni finanziarie tra i poteri pubblici e le imprese pubbliche facendo risultare quanto segue:

a) le assegnazioni di risorse pubbliche operate dai poteri pubblici direttamente alle imprese pubbliche interessate;

b) le assegnazioni di risorse pubbliche effettuate da parte dei poteri pubblici tramite imprese pubbliche o enti finanziari;

c) l'utilizzazione effettiva di tali risorse pubbliche.

2. Fatte salve le norme comunitarie specifiche, gli Stati membri provvedono affinché la struttura finanziaria ed organizzativa delle imprese soggette all'obbligo di tenere una contabilità separata risulti correttamente da tale contabilità, in modo che emerga chiaramente quanto segue:

a) i costi e i ricavi relativi alle distinte attività;

b) i metodi dettagliati con i quali detti costi e ricavi sono imputati o attribuiti alle distinte attività”

- all'articolo 4 che “1. Per garantire la trasparenza di cui all'articolo 1, paragrafo 2, gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché in ogni impresa soggetta all'obbligo di tenere una contabilità separata:

a) i conti interni corrispondenti alle attività distinte siano separati;

b) i costi e i ricavi siano correttamente imputati o attribuiti sulla base di principi di contabilità dei costi applicati in modo coerente e obiettivamente giustificati;

c) i principi di contabilità dei costi secondo i quali vengono tenuti conti separati siano chiaramente definiti.

2. Il paragrafo 1 si applica unicamente alle attività che non siano disciplinate da norme comunitarie specifiche e lascia impregiudicati gli obblighi incombenti agli Stati membri o alle imprese in forza del trattato o di tali norme.”.

Lo Statuto:

- all'art. 3 dispone che *“4. Le prestazioni rese dal Consorzio nei confronti di soggetti diversi dagli Enti consorziati devono presentare i caratteri indicati nei commi precedenti e sono individuate attraverso apposite distinte evidenze contabili. ...”;*

- all'art. 15 - Bilanci, dispone che:

“1. L'esercizio inizia il 1° Gennaio e termina il 31 Dicembre di ciascun anno.

2. Il bilancio preventivo deve essere approvato entro il 31 Dicembre dell'anno solare precedente; in difetto, si procede ad una gestione straordinaria per dodicesimi, fino ad un massimo di quattro.

3. Il bilancio preventivo, e la successiva gestione, devono rispondere a criteri di economicità; ferma restando l'unicità della contabilità e del bilancio, attraverso apposite scritture di contabilità analitica ed appositi rapporti periodici è assicurato il rispetto del principio del controllo di gestione.

4. Il bilancio di esercizio deve essere approvato entro il 30 aprile dell'anno solare successivo.

5. In presenza di speciali circostanze il termine di cui al comma 4 può essere annualmente prorogato per un massimo di due mesi con delibera del Consiglio Consortile, previo parere favorevole del Collegio dei Revisori dei Conti.

6. Il bilancio preventivo e il bilancio di esercizio sono trasmessi al MIUR e agli altri Enti consorziati.”.

- all'articolo 17 - Regolamenti, dispone poi che:

“1. I Regolamenti necessari per l'attuazione del presente statuto e per la gestione delle attività del Consorzio sono emanati dal Consiglio Consortile, su proposta del Consiglio di Amministrazione.”.

Il *“Regolamento per la disciplina degli incarichi e delle collaborazioni con persone fisiche esterne, delle esternalizzazioni ad operatori economici”* del 23 novembre 2011:

- all'articolo 5 prevede che *“2. I documenti contabili fondamentali sono: il programma di gestione economico-finanziario e il bilancio esercizio. ...*

4. Il programma di gestione economico-finanziario è redatto nel rispetto dei seguenti principi:
- a) veridicità delle previsioni, sostenute da analisi riferite ad un adeguato arco di tempo o, in mancanza, da altri idonei parametri di riferimento; ...
 - c) coerenza fra la previsione e il consuntivo d'esercizio precedente e ogni altra delibera del Consiglio di Amministrazione o dalla Giunta Amministrativa che incida sui flussi dei ricavi e dei costi;
 - d) il rispetto dei principi contabili nazionali dei Dottori Commercialisti e Ragionieri.
5. Il Consiglio di Amministrazione, assunto il parere del Collegio dei Revisori, approva il programma di gestione economico-finanziario entro il 31 dicembre dell'anno precedente l'esercizio di riferimento e il bilancio consuntivo di esercizio entro i termini previsti dallo Statuto.
6. Il programma di gestione economico-finanziario e la relazione programmatica che definisce gli obiettivi, anno solare successivo, sono elaborati dalla Giunta, con il supporto del Direttore.
7. Il programma di gestione economico-finanziario è il documento di programmazione economica che esprime il fabbisogno economico annuale, in termini di competenza, nel rispetto dei fini statutari e costituisce riferimento generale per i budget delle strutture dipartimentali. ...
9. Il programma di gestione economico-finanziario è sottoposto all'esame del Collegio dei Revisori;”
- all'art. 9 commi 1 e 2, dispone che “1. I risultati della gestione sono dimostrati dal bilancio consuntivo di esercizio che riproduce la situazione economica, patrimoniale e finanziaria del CINECA e dalla relazione sulla gestione che ... pone in evidenza i costi sostenuti e i risultati conseguiti in relazione agli obiettivi indicati nella relazione programmatica preventiva relativa al medesimo anno d'esercizio. 2. Il bilancio consuntivo è redatto ai sensi di cui agli articoli 2423 e seguenti del codice civile, peraltro con possibilità di integrazioni delle voci, in ordine alle peculiarità del CINECA e al relativo piano dei conti adottato. Il bilancio consuntivo di esercizio dovrà comunque essere redatto in maniera

tale da consentire il confronto con bilancio di previsione, nonché la comparabilità fra i bilanci consuntivi dei diversi esercizi.”;

Il Cineca ritiene che, ai sensi dell'art. 3, comma 4, dello statuto e degli artt. 4 e 9 del regolamento del 2015, *“al fine di consentire il controllo dell'attuazione degli obiettivi programmatici e dei risultati conseguiti in relazione a ciascuno di essi - è dunque tenuto a considerare ed illustrare in modo dettagliato ed analitico, segnatamente nella relazione allegata al bilancio d'esercizio annualmente approvato, i costi e i risultati di ciascun segmento delle proprie attività.*

Per fare ciò, il Cineca tiene costantemente una propria contabilità separata attraverso un sistema di contabilità analitica "per commessa" (intendendo per tale ciascuna delle distinte attività dal medesimo poste in essere). La rilevazione delle relative componenti è effettuata sulla base della competenza economica, attraverso la ripartizione oggettiva dei costi in relazione alla loro afferenza diretta e/o indiretta con driver e criteri di ribaltamento e di attribuzione correlati a presupposti parametrici coerenti alla natura dei beni e dei servizi impiegati quali fattori produttivi.

In tal modo ... viene assicurato il rispetto della direttiva 2006/111/CE, e segnatamente del relativo art. 4, perché (a) i conti interni corrispondenti alle distinte attività del Cineca sono separati; (b) i costi e i ricavi risultano correttamente imputati o attribuiti sulla base di principi di contabilità dei costi applicati in modo coerente e obiettivamente giustificati; (c) i principi di contabilità dei costi secondo i quali vengono tenuti conti separati risultano chiaramente definiti.

Il Cineca, pertanto, rispetta indiscutibilmente il principio di separazione contabile; ciò attraverso un sistema di contabilità analitica (per "commessa" e per "centri di costo") che consente di evidenziare proventi ed oneri di ogni singola attività posta in essere nello sviluppo della propria gestione, all'interno di specifiche schede contabili di rilevazione analitica, le quali sono correlate alle rilevazioni in contabilità generale (unica) che invece alimenta le risultanze del bilancio di esercizio del Cineca stesso.

In sostanza, a fronte dell'obbligo civilistico di tenuta di una contabilità generale unitaria, il Cineca utilizza una contabilità analitica in grado di separare e dettagliare le distinte attività primarie del consorzio, per centro di costo (destinazione) e per tipologia/natura di

ricavi e costi, oltreché per dipartimento aziendale e/o altra distinzione funzionale di volta in volta stabilita in coerenza con le scelte strategiche aziendali.

I valori e le risultanze emergenti dalla sommatoria dei vari centri di costo della contabilità separata (quali combinazioni parziali e separate della gestione) sono esattamente corrispondenti ai valori e alle risultanze del conto economico del bilancio dell'esercizio (quale combinazione generale ed unitaria della gestione).”.

Ai fini di comprovare le relative deduzioni il Cineca ha prodotto in atti la rendicontazione presentata al M.I.U.R. per l'anno di riferimento.

Quanto alla separazione e corretta imputazione dei costi, dei finanziamenti e delle entrate, valgono le seguenti considerazioni.

Quanto alla rilevanza della rendicontazione prodotta in atti, ai fini di valutarne la relativa adeguatezza rispetto alla necessità di una contabilità separata, valgono le considerazioni di cui di seguito.

Si premette, per quanto possa avere rilevanza in questa sede, che l'obbligo della rendicontazione con riferimento ai contributi concessi dal M.I.U.R., è stato introdotto per la prima volta da quando, a fare data dal 2006 il M.I.U.R. è entrato a fare parte del consorzio, soltanto e proprio con il d.m. del 2015 oggetto di impugnazione nel presente giudizio.

Si premette, ancora, come rilevato in memoria da parte ricorrente, che, comunque, la lettura della documentazione relativa alla predetta attività di rendicontazione relativa all'anno 2015, si presenta particolarmente difficoltosa anche in considerazione della scarsa qualità della fotocopiatura effettuata.

Inoltre la predetta rendicontazione riguarda esclusivamente il primo semestre dell'anno di riferimento, ossia il periodo gennaio/giugno 2015.

Nella nota di accompagnamento alla rendicontazione è specificato che la rendicontazione è analitica per i costi sostenuti dal mese di gennaio al mese di giugno 2015 secondo le categorie di costo indicate e con riferimento separato al supercalcolo e ai servizi messi a disposizione del M.I.U.R., con allegata l'asseverazione da parte del collegio dei revisori dei conti attestante la

conformità della rendicontazione rispetto alle risultanze contabili del primo semestre.

La documentazione consiste, poi, nelle due relazioni relative alle due distinte attività e nell'illustrazione dei criteri di rendicontazione, con anche il prospetto del personale diretto Supercalcolo e M.I.U.R. e del dettaglio dei costi indiretti.

E' indubbio che la predetta rendicontazione non sostanzi in sé la contabilità separata e che la stessa sia stata redatta *ex post*, ma la predetta circostanza è conseguenza dell'essere la rendicontazione di cui trattasi finalizzata esclusivamente a comprovare i costi effettivamente sostenuti da parte del Cineca per ciascuna delle attività di propria competenza finanziate dal M.I.U.R. con il contributo di cui trattasi.

Cineca non ha effettivamente prodotto in questo giudizio la sua integrale contabilità separata - ossia tutto l'insieme dei dati e dei documenti contabili in suo possesso e conservati all'interno del suo sistema - per l'anno di riferimento 2015 in quanto, ai fini della rendicontazione su cui si fonda il d.m. impugnato, è sufficiente un documento conclusivo che rappresenti e documenti in modo sintetico e a consuntivo l'avvenuta realizzazione della predetta contabilità separata.

E, quanto ai criteri di rendicontazione, nella seppur sintetica nota del 28.10.2015, in copia agli atti, il M.I.U.R. ha definito e indicato al Cineca i criteri da utilizzare ai predetti fini con la specificazione delle singole categorie di costo da porre in evidenza; ivi si legge, infatti, che la rendicontazione deve essere analitica e separata con riferimento alle due attività interessate del Supercalcolo e dei Servizi messi a disposizione del M.I.U.R. e deve riguardare le seguenti categorie di costi: personale, spese di investimento, materiale di consumo, servizi, spese generali e ammortamenti.

E' evidente che i predetti criteri non identificano di per sé i distinti aggregati contabili con riferimento alle specifiche attività poste in essere dal Cineca nei confronti del M.I.U.R. e dei terzi ma la predetta circostanza è conseguenza

necessaria dell'essere la predetta rendicontazione indirizzata appunto esclusivamente al M.I.U.R. e per la sola finalità in precedenza rappresentata, ossia per indicare e comprovare i costi effettivamente sostenuti per le attività non economiche svolte a favore del M.I.U.R..

Ma è sulla base dei predetti criteri che il Cineca è tenuto ad attingere alla propria contabilità analitica al fine di effettuare le relative rilevazioni le quali sono quindi utilizzate al fine della redazione della rendicontazione come richiesta da parte del M.I.U.R..

E, già dalla lettura del comma 4 dell'art. 3 dello Statuto, emerge che il Cineca è tenuto a tenere apposite distinte evidenze contabili per le prestazioni rese dal Consorzio nei confronti di soggetti diversi dagli Enti consorziati.

Nella predetta nota è, altresì, richiesto espressamente che alla rendicontazione sia allegata l'asseverazione da parte del collegio dei revisori dei conti attestante la conformità della rendicontazione rispetto alle risultanze contabili del primo semestre.

I principi di contabilità analitica sulla base dei quali il Cineca tiene i conti separati non possono, pertanto, emergere in modo diretto e immediato dalla richiamata Rendicontazione e, tuttavia, la medesima rendicontazione attesta l'esistenza e la regolarità della predetta contabilità separata proprio in quanto accompagnata dalla richiesta asseverazione da parte del collegio dei revisori dei conti attestante la conformità della rendicontazione rispetto alle risultanze contabili del primo semestre.

E, al riguardo, deve rilevarsi che, effettivamente, è comprovato in atti che il Cineca, come richiesto da parte del M.I.U.R., ha allegato alla rendicontazione inoltrata anche la relazione del Collegio dei revisori dei conti sulla predetta rendicontazione e nella quale si dà atto che il prospetto dei costi, il quale è stato redatto da parte degli Amministratori sulla base dei criteri definiti in data 11.12.2015 da parte del Consiglio di amministrazione, è stato messo a disposizione dei revisori nella sua versione definitiva e soprattutto "corredato

da tutti gli allegati di dettaglio” e che la revisione contabile è stata effettuata in conformità ai principi di revisione internazionale.

Al riguardo la ricorrente ha dedotto che l’asseverazione dei revisori la quale consta di sole due pagine interessa, comunque, esclusivamente il prospetto dei costi sostenuti e non anche le richiamate note esplicative le quali, uniche, sarebbero in grado di illustrare i criteri di allocazione dei costi utilizzati ai fini della rendicontazione con la conseguenza che i driver non sarebbero stati asseverati da parte dei revisori dei conti.

In realtà, avendo riferimento proprio al tenore testuale della richiamata asseverazione, è possibile verificare che effettivamente, come indicato in memoria da parte del Cineca da ultimo, *“la revisione contabile comprende altresì la valutazione dell’appropriatezza dei principi contabili adottati ...”*.

Ne consegue che, allo stato, deve ritenersi che la predetta asseverazione abbia confermato che i principi contabili utilizzati siano stati appropriati e conformi alla richiesta separazione contabile.

E, tuttavia, agli specifici fini che interessano e alla luce di quanto in precedenza evidenziato ai fini della valutazione quale aiuto di stato del finanziamento pubblico di attività non economica nel caso in cui l’infrastruttura svolga anche attività non economica, deve rilevarsi che i requisiti individuati dalla comunicazione della commissione sugli aiuti del 2014 e fatti propri in questa sede sono due e sono cumulativi tra di loro, e consistono, appunto, nella contabilità separata e nel limite del 20% della capacità annua complessiva dell’entità della capacità destinata ogni anno alle attività economiche che assorbono esattamente gli stessi fattori di produzione.

Per quanto attiene, alla *“pertinente capacità annua dell’entità da intendersi come ore di produzione”*, si premette che, come affermato dal Cineca, in una delle precedenti versioni del testo della richiamata Disciplina sugli aiuti alla ricerca del 2014 compariva il riferimento percentuale al fatturato delle attività

economiche che è stato poi successivamente sostituito con quello dell'impiego della capacità.

Ne consegue che il riferimento, ai fini della predetta valutazione, in termini di ore di utilizzo dell'infrastruttura appare pertinente e confacente alla previsione richiamata laddove la singola ora processata comporta l'utilizzo della medesima infrastruttura con il relativo personale.

Ne consegue, altresì, che l'esistenza di una contabilità separata ancora di più non assume valenza dirimente ai fini della verifica della sussistenza del suddetto requisito il quale prescinde dal fatturato e quindi da dati prettamente contabili, per assestarsi esclusivamente nei termini di cui in precedenza.

Cineca deduce, nella prima memoria, che si tratta di un monte complessivo di capacità annua di 1,3 miliardi di ore processore con una capacità di gestione dati pari a oltre 20 Petabyte per una comunità di oltre mille ricercatori e che circa il 50% delle risorse di calcolo dal 2012 sono aperte ai ricercatori di tutta Europa nell'ambito del più volte citato progetto PRACE e prima afferma e poi ritiene sia documentabile che il predetto limite sia stato in concreto rispettato.

Con la memoria di replica del 21.4.2016 il Cineca ha poi, sul predetto punto, specificato che, con riferimento all'anno 2014, l'uso dei supercalcolatori del Cineca per attività di ricerca di tipo industriale si è attestato attorno ai 1,2 milioni di core hours rispetto a un uso complessivo annuale dei medesimi calcolatori che supera 1,3 miliardi di ore processore, con la conseguenza che vi è stato un utilizzo dei supercalcolatori per finalità diverse dalla ricerca di tipo industriale inferiore all'1% della capacità complessiva annua dell'infrastruttura.

Con la medesima memoria, poi, ha rilevato che, in realtà, ENI utilizza i propri calcolatori e che Cineca concorre a fornire supporto e esperienza scientifica maturata al fine di conseguire il migliore risultato.

Al documento di rendicontazione del Cineca e indirizzato al M.I.U.R. è stato allegato al n. 1 il documento *“servizi di supporto alle attività di ricerca scientifica*

tramite supercalcolo - rendicontazione 2015 - dati aggiornati al Giugno 2015”.

Dalla lettura della predetta relazione si evince che il primo dato fornito da Cineca in ordine alla produzione totale annua espressa in termini di ore processore che i tre supercalcolatori di Cineca sono in grado di sostenere che è pari a 1,3 miliardi di ore è stata tratta proprio dalla predetta relazione.

Nella medesima relazione si legge, altresì, che dal mese di luglio 2012 circa il 60% (e non il 50%) delle risorse di calcolo disponibili sono aperte ai ricercatori europei nell'ambito dell'azione Prace e, in ordine al predetto ultimo profilo, deve rilevarsi che, in realtà, l'indicata percentuale del 60% deve essere più precisamente riferita al solo supercalcolatore FERMI Tier-0, come si evince sia dalle relative tabelle che dalla considerazione che l'azione PRACE ha l'obiettivo di implementare il servizio europeo HPC ed è composto dai centri di eccellenza Tier-0 e che l'unico Tier-0 del Cineca è appunto pacificamente il FERMI.

Quanto poi alla posizione di ENI dalla stessa rendicontazione emerge che, in realtà, il supercalcolatore Galileo è *“frutto di azioni di sviluppo congiunto e compartecipazione alla copertura dei costi da parte dell'Istituto Nazionale di Fisica Nucleare e di Eni”*.

Quanto alla deduzione di parte ricorrente secondo cui dalla relazione allegata alla rendicontazione non si evince esattamente quale sia la capacità in termini di ore e di risorse impiegate impiegata per la prestazione di servizi di supercalcolo di natura economica, commercializzati direttamente dal Cineca e anche indirettamente dalla SCS, deve rilevarsi che il Cineca non si è premurato di illustrare dettagliatamente i contenuti al riguardo della predetta relazione di tal che l'analisi dei relativi contenuti viene effettuata in questa sede sulla base delle conoscenze di comune acquisizione in materia.

E infatti nella relazione avente a oggetto proprio l'attività relativa al supercalcolo sono contenuti alcune tabelle e alcuni grafici riportanti i dati di produzione relativi al periodo gennaio-agosto 2015 in relazione a ciascuno dei tre supercomputer di proprietà e gestione di Cineca e con riferimento alle

singole categorie che accedono; nei predetti è, quindi, specificato in dati numerici e anche in termini percentuali la predetta produzione distintamente per supercomputer e per categoria di accesso con riferimento alla percentuale di riempimento.

I richiamati diagrammi e grafici utilizzano quale criterio la “*occupazione CPU hours*”; e il tempo di CPU (o tempo di processo) è proprio la quantità di tempo in cui una unità centrale di elaborazione è stata usata per l'elaborazione di istruzioni di un programma per computer o sistema operativo.

In particolare nei predetti grafici e diagrammi sono indicate accanto alle categorie ISCRA e PRACE e progetti europei, che sono sicuramente attinenti ad attività non economica, le convenzioni, che devono riferirsi a Università e enti di ricerca, anche se la relativa specificazione è contenuta esclusivamente nel grafico relativo al supercomputer Galileo, anche queste da ricondursi ad attività non economica e, quindi, genericamente “altri” e, infine, “IDLE”.

Con riferimento a “IDLE”, in particolare, questo indica il tempo di inattività per l'intero sistema unico, ossia la quantità di tempo che la CPU non era occupata, o, altrimenti, la quantità di tempo in cui viene eseguito il processo di inattività del sistema e, quindi, in definitiva, “IDLE” o “Tempo di inattività” misura la capacità della CPU che, in realtà, è rimasta inutilizzata.

Con riferimento ai predetti “altri”, deve ritenersi che si intenda riferito all'attività prettamente economica di vendita a terzi dietro corrispettivo dei servizi del supercalcolo, e, alla luce dei dati numerici riportati e riferiti alla predetta percentuale di riempimento, emerge che, comunque, nel totale dei tre supercalcolatori e della predetta percentuale effettiva di riempimenti, la percentuale complessiva relativa alla predetta categoria, facendo i relativi calcoli, si assesta comunque oltre il 2%, che non corrisponde all'indicata percentuale inferiore all'1% di cui agli scritti difensivi del Cineca ma che è, comunque, decisamente inferiore al predetto limite del 20%.

Si ribadisce che:

- laddove la medesima entità svolga attività economiche e non economiche e al fine di evitare sovvenzioni incrociate a favore dell'attività economica, il finanziamento pubblico dell'attività non economica non ricade nell'ambito di applicazione dell'articolo 107, paragrafo 1, del trattato se i due tipi di attività e i relativi costi, finanziamenti e entrate possono essere nettamente separati e la corretta imputazione dei costi, dei finanziamenti e delle entrate può essere comprovata mediante i rendiconti finanziari annui della pertinente entità;

- se un organismo o un'infrastruttura di ricerca sono utilizzati tanto per attività economiche che non economiche, i finanziamenti pubblici rientrano nelle norme in materia di aiuti di Stato solo nella misura in cui coprono i costi connessi ad attività economiche e, tuttavia, se l'organismo o l'infrastruttura di ricerca sono utilizzati quasi esclusivamente per attività di natura non economica, il relativo finanziamento può esulare completamente dalle norme in materia di aiuti di Stato, a condizione che l'utilizzo economico rimanga puramente accessorio, ossia corrisponda a un'attività necessaria e direttamente collegata al funzionamento dell'organismo o infrastruttura di ricerca oppure intrinsecamente legata al suo uso non economico principale, e che abbia portata limitata e, ai fini della richiamata disciplina, si ritiene che tale sia il caso laddove l'attività economica assorbe esattamente gli stessi fattori di produzione (quali materiali, attrezzature, manodopera e capitale fisso) delle attività non economiche e la capacità destinata ogni anno a tali attività economiche non supera il 20 % della pertinente capacità annua complessiva dell'entità.

Nella fattispecie, si deve ritenere che sia stato adeguatamente comprovato in giudizio che, da un lato, il Cineca tiene effettivamente una contabilità separata nel senso richiesto dalla normativa comunitaria sulla trasparenza e, dall'altro, che il finanziamento pubblico sia utilizzato quasi esclusivamente per attività di natura non economica, con la relativa conseguenza in ordine alla sottrazione integrale del finanziamento di cui trattasi relativo al supercalcolo dalla normativa in materia di aiuti.

7.2 - Tanto premesso quanto all'attività economica e quindi alla sussistenza di un'impresa, i giudici nazionali, investiti di una domanda volta a che siano tratte le conseguenze di un'eventuale violazione dell'articolo 108, paragrafo 3, ultima frase, TFUE, devono interpretare e applicare la nozione di aiuto al fine di determinare se dette misure avrebbero dovuto essere notificate alla Commissione e, quindi, spetta, altresì, loro verificare, in particolare, se la misura controversa costituisca un vantaggio e se risulti selettiva, vale a dire se favorisca talune imprese o taluni produttori ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE.

7.2.1 - Per quanto attiene, poi, al vantaggio economico concorrenziale, si ribadisce che:

- ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, del trattato, un vantaggio è un beneficio economico che un'impresa non potrebbe ricevere in condizioni normali di mercato, ossia in assenza di intervento dello Stato;
- non sono considerati rilevanti né la causa né lo scopo dell'intervento dello Stato, ma solo gli effetti della misura sull'impresa e, pertanto, qualora la situazione finanziaria di un'impresa migliori grazie all'intervento dello Stato a condizioni diverse dalle normali condizioni di mercato, è presente un vantaggio;
- si tratta di una nozione ampia che comprende qualsiasi riduzione degli oneri che normalmente gravano sul bilancio di un'impresa che comprende tutte le situazioni in cui gli operatori economici sono liberati dai costi inerenti alle loro attività economiche;
- ai fini della verifica della sussistenza del predetto requisito, la Commissione ha elaborato alcuni criteri quali quello del creditore privato/investitore privato operante nelle normali condizioni di un'economia di mercato.

Il predetto criterio si concretizza nel senso che le operazioni economiche effettuate da enti pubblici e comprese le imprese pubbliche non conferiscono un vantaggio alle controparti e, pertanto, non costituiscono aiuto, se sono svolte alle normali condizioni di mercato.

In sostanza, al fine di stabilire se l'investimento di un ente pubblico costituisca un aiuto di Stato, è necessario valutare se, in circostanze analoghe, un investitore privato di dimensioni paragonabili che opera alle normali condizioni di un'economia di mercato avrebbe realizzato l'investimento in questione.

Al punto n. 79 la Comunicazione, poi, dispone espressamente che *“79. Se uno Stato membro sostiene di aver agito come un operatore in un'economia di mercato deve, in caso di dubbio, fornire elementi di prova da cui emerga che la decisione di effettuare l'operazione è stata presa sulla base di valutazioni economiche analoghe a quelle che, nelle circostanze di specie, un operatore in un'economia di mercato razionale (con caratteristiche simili a quelle dell'ente pubblico interessato) avrebbe svolto al fine di determinare la redditività o i vantaggi economici dell'operazione”*.

La comunicazione specifica, poi, ai paragrafi successivi, come il predetto criterio possa e debba in concreto essere applicato.

La valutazione al riguardo deve essere effettuata distintamente quanto, da un lato, il supercalcolo e, dall'altro, i servizi informativi al M.I.U.R..

Con riferimento al supercalcolo, qualificato in precedenza quale infrastruttura di ricerca, deve rilevarsi che, in realtà, il finanziamento di una infrastruttura di ricerca generalmente richiede importanti investimenti di capitali che, in alcuni casi, possono essere recuperati soltanto a lungo termine e che, pertanto, non sarebbero effettuati sulla base di considerazioni puramente economiche e, pertanto, conseguentemente, può essere molto difficile stabilire che lo Stato parteciperebbe al finanziamento come investitore in un'economia di mercato.

La predetta circostanza, tuttavia, alla luce di quanto in precedenza dedotto in ordine alla non ricorrenza di un'attività economica nella fattispecie alla luce delle motivazioni addotte, non assume, in realtà, più alcuna rilevanza concreta.

Per quanto attiene, invece, ai servizi informativi del M.I.U.R., valgono le considerazioni di cui di seguito.

Si premette che la principale argomentazione articolata dal Cineca ai fini della dimostrazione dell'assenza del richiesto vantaggio economico consiste nell'esistenza del rapporto interorganico tra M.I.U.R. e Cineca e, tuttavia, in relazione al predetto aspetto si è già detto esaurientemente più sopra.

Si premette, ancora, che anche nell'invito della commissione sul caso HIS del gennaio 2016 al punto n. 36 è messo in evidenza che *“(36) Also, according to the information available, it appears that HIS also supplied software and software support to private universities, which could qualify as an economic activity. According to Germany, the activity of HIS serving foreign and private universities was only limited, constituting around 2,8 % (23) of its turnover, and allegedly this activity was strictly separated from its non-economic main activity and cross-subsidisation was excluded. However, the Commission highlights that Germany has not provided evidence to substantiate its claim.”*.

Viene ribadito, pertanto, il fondamentale principio secondo cui, per evitare il rischio del sussidio incrociato nel caso in cui siano svolte contestualmente attività non economiche e attività economiche, è necessaria una stretta e rigida separazione tra le due attività.

Nel merito, si ritiene che le «normali condizioni di mercato» si sostanzino in una situazione in cui le condizioni relative all'operazione tra i contraenti non differiscono da quelle che sarebbero applicate tra imprese indipendenti e non contengono alcun elemento di collusione e che, pertanto, qualsiasi operazione che risulti da una procedura aperta, trasparente e non discriminatoria è considerata rispondente al principio delle normali condizioni di mercato (cd. *arm's length principle*).

Pertanto il fatto che un'operazione sia stata effettuata in base a una procedura di gara o a condizioni di parità (*pari passu*), costituisce una prova diretta e specifica della rispondenza dell'operazione stessa alle condizioni di mercato.

Nella fattispecie, ai fini della prestazione da parte di Cineca delle attività di cui trattasi, il M.I.U.R. non ha evidentemente seguito alcuna procedura di evidenza pubblica, avendo affidato i relativi servizi in via diretta nell'ambito di un rapporto di *in house*.

Tuttavia, per contro, il solo fatto che l'operazione non sia stata effettuata in base a una procedura di gara o che l'intervento degli enti pubblici non avvenga a condizioni di parità con quello degli operatori privati, non implica automaticamente che l'operazione non sia conforme alle condizioni di mercato e, in tali casi la conformità alle condizioni di mercato può essere accertata mediante altri metodi di valutazione.

Inoltre, se uno Stato membro sostiene di aver agito come un operatore in un'economia di mercato deve, in caso di dubbio, fornire elementi di prova da cui emerga che la decisione di effettuare l'operazione è stata presa sulla base di valutazioni economiche analoghe a quelle che, nelle circostanze di specie, un operatore in un'economia di mercato razionale (con caratteristiche simili a quelle dell'ente pubblico interessato) avrebbe svolto al fine di determinare la redditività o i vantaggi economici dell'operazione.

Quanto all'ulteriore argomentazione che, trattandosi di un mero ribaltamento dei costi sostenuti dal Cineca, i quali sono oggetto di contabilità separata e assoggettati al controllo da parte delle apposite strutture del M.I.U.R., non sarebbe proprio ipotizzabile un vantaggio economico concorrenziale per il Cineca, pertanto - premesso che la rendicontazione è stata introdotta soltanto con il D.M. impugnato in questa sede e nell'anno 2015 - alla luce di quanto sopra rappresentato, è lo Stato che deve dimostrare che, effettivamente, si è trattato della sola corresponsione dei costi sostenuti da parte del Cineca per la fornitura dei servizi prestati da parte di quest'ultimo e, soprattutto, che i predetti costi sostenuti sono in linea con il relativo mercato.

Nella fattispecie, non risulta che il M.I.U.R. abbia preventivamente valutato ciascuno dei servizi richiesti e erogati da parte di Cineca ai fini della verifica della rispondenza ai valori di mercato proprio in quanto il M.I.U.R. è partito dalla presunzione del sostenimento dei costi effettivamente sostenuti e della loro corrispondenza i valori di mercato.

In sostanza manca in atti la comprova che le normali condizioni di mercato siano state effettivamente rispettate.

D'altronde, il medesimo criterio si trova articolato in seno alla più volte richiamata Comunicazione sugli aiuti del 2014 con specifico riferimento ai SIEG laddove è rilevato al punto n. 70 che “70. *La Corte ha precisato nella sentenza Altmark che la compensazione dei costi sostenuti per la prestazione di servizi di interesse economico generale può sottrarsi alla qualificazione di aiuto di Stato se ricorrono quattro condizioni cumulative.*

In primo luogo, l'impresa beneficiaria deve essere effettivamente incaricata dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico e detti obblighi devono essere definiti in modo chiaro. In secondo luogo, i parametri in base ai quali viene calcolata la compensazione devono essere previamente definiti in modo obiettivo e trasparente. In terzo luogo, la compensazione non può eccedere quanto necessario per coprire interamente o in parte i costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto dei relativi introiti nonché di un margine di utile ragionevole. In quarto luogo, quando la scelta dell'impresa da incaricare dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico non venga effettuata nell'ambito di una procedura di appalto pubblico che consenta di selezionare l'offerente in grado di fornire tali servizi al costo minore per la collettività, il livello della necessaria compensazione deve essere determinato sulla base di un'analisi dei costi che un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata dei mezzi necessari al fine di poter soddisfare le esigenze di servizio pubblico richieste, avrebbe dovuto sopportare per adempiere tali obblighi, tenendo conto dei relativi introiti nonché di un margine di utile ragionevole per l'adempimento di detti obblighi. La Commissione ha ulteriormente esplicitato queste condizioni nella comunicazione sull'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale”.

Nè può fondatamente dubitarsi della circostanza che la ricorrente Be Smart si trovi in rapporto di concorrenza con il Cineca per quanto attiene alla fornitura di prodotti informatici e alla prestazione di servizi informatici alle Università ma non si può nemmeno escludere che la predetta concorrenzialità sussista anche con riferimento alla fornitura e prestazione di prodotti e servizi informatici al M.I.U.R., atteso che, da un lato, è lo stesso M.I.U.R. ad avere

chiuso il relativo mercato attraverso l'adesione al Cineca e l'affidamento diretto al medesimo degli indicati prodotti e servizi e, dall'altro, la tipologia di questi ultimi, come in precedenza più diffusamente illustrati, rientra pacificamente nell'ambito del comparto ITC e, pertanto, qualsiasi operatore del predetto comparto potrebbe erogarli e indubbiamente la ricorrente Be Smart rientra nel predetto comparto del quale lo stesso Cineca si presenta come operatore.

7.3 - Per quanto attiene, poi, al requisito della selettività della misura e i suoi effetti sulla concorrenza e sugli scambi tra Stati membri, valgono le considerazioni di cui di seguito.

Per rientrare nel campo di applicazione dell'articolo 107, paragrafo 1, del trattato, una misura di Stato deve favorire «talune imprese o talune produzioni». Ne consegue che non tutte le misure che favoriscono operatori economici rientrano nella nozione di aiuto, ma soltanto quelle che concedono un vantaggio in maniera selettiva a determinate imprese o categorie di imprese o a determinati settori economici.

Il requisito di selettività derivante dall'articolo 107, paragrafo 1, TFUE deve, poi, essere chiaramente distinto dall'individuazione concomitante di un vantaggio economico, in quanto, quando la Commissione rileva la presenza di un vantaggio, inteso in senso ampio, direttamente o indirettamente ascrivibile a una determinata misura, essa è tenuta a dimostrare, inoltre, che tale vantaggio vada a favore specificamente di una o più imprese. A tal fine, spetta ad essa dimostrare, in particolare, che la misura di cui trattasi introduce differenziazioni tra le imprese che, rispetto all'obiettivo perseguito, versano in una situazione analoga. Occorre dunque che il vantaggio sia concesso in modo selettivo e sia idoneo a porre talune imprese in una situazione più favorevole rispetto ad altre (v. sentenza del 4 giugno 2015, Commissione/MOL, C-15/14 P, EU:C:2015:362, punto 59; Corte giustizia Unione Europea Sez. VI, 30-06-2016, n. 270/15).

Si deve, tuttavia, distinguere a seconda che la misura di cui trattasi sia considerata un regime generale di aiuti oppure un aiuto individuale. In quest'ultimo caso, l'individuazione del vantaggio economico consente, in linea di principio, di presumere la sua selettività. Per contro, nell'esaminare un regime generale di aiuto, è necessario stabilire se la misura in questione, nonostante la constatazione che essa conferisce un vantaggio di portata generale, lo faccia a beneficio esclusivo di talune imprese o di taluni settori di attività (v. sentenza del 4 giugno 2015, Commissione/MOL, C-15/14 P, EU:C:2015:362, punto 60).

Nella fattispecie si è indubitabilmente in presenza di una misura finanziaria individuale ad hoc, in quanto il finanziamento è conferito a una unica impresa espressamente identificata, ossia il Cineca.

Gli aiuti pubblici alle imprese costituiscono aiuti di Stato ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, del trattato, inoltre, solo qualora «favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza» e solamente «nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri».

Si tratta di due elementi distinti e necessari della nozione di aiuto sebbene, nella pratica, questi criteri siano spesso trattati congiuntamente nella valutazione degli aiuti di Stato, in quanto, di norma, sono considerati indissociabilmente connessi.

Si ritiene che una misura concessa dallo Stato falsi o minacci di falsare la concorrenza quando è in grado di migliorare la posizione concorrenziale del beneficiario nei confronti di altre imprese concorrenti e, dal punto di vista pratico, si riscontra di norma una distorsione della concorrenza ai sensi dell'articolo 107, articolo 1, del trattato quando lo Stato concede un vantaggio finanziario a un'impresa in un settore liberalizzato dove esiste, o potrebbe esistere, una situazione di concorrenza.

Il sostegno pubblico rischia di falsare la concorrenza anche se non aiuta l'impresa beneficiaria ad espandersi e a conquistare quote di mercato. È

sufficiente che l'aiuto le consenta di mantenere una posizione competitiva più forte di quella che avrebbe in assenza di aiuto.

Gli aiuti pubblici alle imprese costituiscono aiuti di Stato ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, del trattato solo nella misura in cui incidono sugli scambi tra Stati membri. A questo proposito, non è necessario dimostrare l'effettiva incidenza di tale aiuto sugli scambi tra Stati membri, ma basta esaminare se l'aiuto sia idoneo a incidere su tali scambi.

Il sostegno pubblico può essere ritenuto in grado di incidere sugli scambi tra gli Stati membri anche se il destinatario non partecipa direttamente a scambi transfrontalieri. Per esempio, mantenendo invariata o incrementando l'offerta locale, la sovvenzione può rendere più difficile per gli operatori di altri Stati membri l'accesso al mercato.

Per accertare l'incidenza sugli scambi non è necessario definire il mercato o effettuare un'indagine dettagliata dell'impatto della misura sulla posizione concorrenziale del beneficiario e dei suoi concorrenti.

L'incidenza sugli scambi tra Stati membri non può tuttavia essere semplicemente ipotizzata o presunta, ma devono essere accertate, in base agli effetti prevedibili, le ragioni per cui la misura falsa o minaccia di falsare la concorrenza ed è idonea a incidere sugli scambi tra gli Stati membri.

E, alla luce delle considerazioni che precedono, può ritenersi che anche il predetto requisito sia sussistente nella fattispecie, avuto riguardo alla natura dell'attività prestata sul mercato da parte di Cineca nonché al suo ambito di operatività che ha oramai da tempo varcato i confini nazionali.

8 - Conclusivamente:

- il contributo concesso dal M.I.U.R. al Cineca con il D.M. impugnato e relativo ai “supercalcolo” per la somma complessiva di euro 11.000.000 non è un aiuto di stato ai sensi del par. 1 dell'art. 107 del TFUE;
- il contributo concesso dal M.I.U.R. al Cineca con il D.M. impugnato e relativo ai “funzionamento dei servizi informativi messi a disposizione del MIUR” per la somma complessiva di euro 18.700.000 è un aiuto di stato ai

sensi del par. 1 dell'art. 107 del TFUE illegale per la mancata notifica di cui al par. 3 dell'art. 108 del TFUE.

Conseguentemente il D.M. impugnato è illegittimo per violazione del par. 3 dell'art. 108 del TFUE e deve, pertanto, essere annullato nella parte in cui concede al Cineca il contributo di euro 18.700.000.

9 - Per quanto attiene alle conseguenze della dichiarazione di illegalità dell'aiuto di cui trattasi esaustive indicazioni al riguardo sono fornite dalla Comunicazione sull'applicazione della normativa UE in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali (2009/C 85/01).

Nella predetta comunicazione si legge, in particolare, che:

- la clausola di sospensione enunciata all'articolo 88, paragrafo 3, del trattato CE, fa sorgere direttamente diritti individuali azionabili in capo alle parti interessate, come i concorrenti del beneficiario. Dette parti possono esercitare i loro diritti promuovendo un'azione dinanzi ai giudici nazionali contro lo Stato membro che concede gli aiuti;

- di conseguenza, le azioni intentate dinanzi ai giudici nazionali offrono un mezzo importante per tutelare concorrenti e terzi interessati lesi dall'aiuto di Stato illegale. I rimedi disponibili dinanzi alle giurisdizioni nazionali includono:

- a) la sospensione del pagamento dell'aiuto illegale;
- b) il recupero dell'aiuto illegale (indipendentemente dalla sua compatibilità);
- c) il recupero degli interessi dovuti per la durata dell'aiuto illegale;
- d) il risarcimento dei danni a concorrenti e a terzi interessati; e
- e) l'adozione di misure provvisorie contro gli aiuti illegali;

- gli obblighi di tutela delle giurisdizioni nazionali non si limitano agli aiuti illegali già versati, ma si estendono anche ai casi in cui il pagamento di un aiuto illegale sia imminente e laddove sia imminente l'erogazione di un aiuto illegale, il giudice nazionale è quindi tenuto a impedire che tale pagamento abbia luogo;

- l'obbligo dei giudici nazionali di impedire il pagamento di aiuti illegali può sorgere in diverse situazioni procedurali, a seconda dei vari tipi di azioni esperibili in base all'ordinamento giuridico nazionale. Molto spesso, il ricorrente cercherà di impugnare l'atto nazionale che concede l'aiuto di Stato illegale. In tali casi, il fatto di impedire il pagamento indebito di solito sarà la logica conseguenza della constatazione dell'invalidità dell'atto di concessione, avendo lo Stato membro violato l'articolo 88, paragrafo 3, del trattato CE;
- in caso di aiuti concessi illegittimamente, il giudice nazionale deve trarre tutte le conseguenze giuridiche derivanti da tale illegittimità in base al diritto nazionale. Di conseguenza, il giudice nazionale, in linea di principio, deve esigere dal beneficiario il rimborso integrale dell'aiuto di Stato illegale. Il giudice nazionale è tenuto a ordinare il recupero integrale dell'aiuto illegale per tutelare i diritti individuali del ricorrente;
- l'obbligo di recupero dei giudici nazionali non è assoluto. Secondo la giurisprudenza SFEI, possono sussistere circostanze eccezionali in cui sarebbe inappropriato ordinare il rimborso di un aiuto di Stato illegale. Il criterio giuridico da applicare in tale contesto dovrebbe essere analogo a quello applicabile ai sensi dell'articolo 14 del regolamento di procedura. In altri termini, circostanze che non osterebbero a un ordine di recupero da parte della Commissione, non possono giustificare il fatto che un giudice nazionale si astenga dall'ordinare il recupero integrale di un aiuto ai sensi dell'articolo 88, paragrafo 3, del trattato CE. Il giudice comunitario è in questo senso molto rigoroso. In particolare, la Corte di giustizia europea ha costantemente sostenuto che, in linea di principio, il beneficiario di un aiuto concesso illegittimamente non può invocare il legittimo affidamento contro un ordine di recupero della Commissione e ciò per il fatto che un operatore economico diligente sarebbe stato in grado di accertarsi se l'aiuto riscosso era stato o meno notificato;
- per giustificare la mancata emanazione da parte di un giudice nazionale di un ordine di recupero ai sensi dell'articolo 88, paragrafo 3, del trattato CE,

occorre quindi che un fatto specifico e concreto abbia suscitato legittime aspettative da parte del beneficiario. È il caso che ricorre quando la stessa Commissione abbia fornito precise assicurazioni che la misura in questione non costituisce aiuto di Stato oppure che non è soggetta alla clausola sospensiva;

- l'obbligo del giudice nazionale di ordinare il recupero integrale dell'aiuto di Stato illegale cessa se al momento in cui il giudice nazionale pronuncia la sentenza, la Commissione ha già deciso che l'aiuto è compatibile con il mercato comune. Dato che la finalità della clausola sospensiva consiste nell'assicurare che sia data esecuzione unicamente ad aiuti compatibili, tale finalità non può più essere contraddetta qualora la Commissione abbia già confermato la compatibilità. Pertanto resta fermo l'obbligo del giudice nazionale di tutelare i diritti individuali ai sensi dell'articolo 88, paragrafo 3, del trattato CE qualora la Commissione non abbia ancora adottato una decisione a prescindere dal fatto che abbia avviato un procedimento;

- benché dopo una decisione positiva, il giudice nazionale non sia più tenuto in base al diritto comunitario ad ordinare il recupero integrale, la Corte di giustizia europea riconosce anche esplicitamente che potrebbe esistere un obbligo di recupero in base al diritto nazionale. Tuttavia, siffatto obbligo di recupero, qualora esista, non pregiudica il diritto dello Stato membro di dare in seguito nuovamente esecuzione all'aiuto;

- una volta che abbia deciso che l'aiuto illegale è stato erogato in violazione dell'articolo 88, paragrafo 3, del trattato CE, il giudice nazionale deve quantificare l'aiuto per poter determinare l'importo da recuperare. La giurisprudenza comunitaria relativa all'applicazione dell'articolo 87, paragrafo 1, del trattato CE, unitamente agli orientamenti e all'approccio seguito dalla Commissione in precedenti decisioni, dovrebbe essere d'aiuto ai giudici nazionali a questo proposito. In caso di difficoltà a calcolare l'importo dell'aiuto, essi possono chiedere assistenza alla Commissione, come spiegato ulteriormente nella sezione 3 della comunicazione;

- il vantaggio economico dell'aiuto illegale non si limita al suo importo nominale. Il beneficiario trae un vantaggio finanziario anche dall'esecuzione prematura dell'aiuto. Ciò è dovuto al fatto che se l'aiuto fosse stato notificato alla Commissione, il pagamento sarebbe stato comunque effettuato più tardi, ragione per cui, per reperire i fondi in questione, il beneficiario sarebbe stato costretto a contrarre un prestito sul mercato dei capitali pagando interessi al tasso di mercato;

- nella sentenza pronunciata nella causa «CELF», la Corte di giustizia europea ha chiarito che la necessità di recuperare il vantaggio finanziario derivante dall'esecuzione prematura dell'aiuto (in prosieguo gli «interessi dovuti per la durata della violazione») rientra tra gli obblighi del giudice nazionale ai sensi dell'articolo 88, paragrafo 3, del trattato CE. Ciò è dovuto al fatto che l'esecuzione prematura di un aiuto illegale, come minimo, costringerà i concorrenti a subire, a seconda delle circostanze, prima di quando avrebbero dovuto, in termini di concorrenza, gli effetti dell'aiuto. Il beneficiario ha quindi ottenuto un vantaggio indebito.

Alla luce di tutto quanto sopra rappresentato consegue che - dato atto che, alla data dell'assunzione in decisione del ricorso in trattazione, il contributo di cui trattasi non era, tuttavia, ancora stato pacificamente erogato da parte del M.I.U.R. in favore del Cineca - come effetto della dichiarazione di illegalità dell'aiuto di cui sopra deve essere, allo stato, esclusivamente ordinato al M.I.U.R. di non procedere all'erogazione dell'indicata somma concernente la relativa misura finanziaria dichiarata illegale nei termini e per i motivi che precedono.

10. Attesa le delicatezza e la novità delle questioni trattate nonché la reciproca soccombenza, si ritiene di dovere compensare tra le parti costituite le spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza *bis*), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo

accoglie in parte nei limiti di cui in motivazione e per l'effetto:

- dichiara che il contributo concesso dal M.I.U.R. al Cineca con il D.M. impugnato e relativo ai “funzionamento dei servizi informativi messi a disposizione del MIUR” per la somma complessiva di euro 18.700.000 concretizza un aiuto di stato ai sensi del par. 1 dell'art. 107 del TFUE illegale per la mancata notifica di cui al par. 3 dell'art. 108 del TFUE;
- annulla il D.M. M.I.U.R. n. 335 dell'8 giugno 2015, illegittimo per violazione del par. 3 dell'art. 108 del TFUE, nella parte in cui concede al Cineca il contributo di euro 18.700.000;
- ordina al M.I.U.R. la sospensione del pagamento al Cineca del contributo di euro 18.700.000 di cui al D.M. M.I.U.R. n. 335 dell'8 giugno 2015;
- compensa tra le parti le spese del presente giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 febbraio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Maria Cristina Quiligotti, Presidente FF, Estensore

Vincenzo Blanda, Consigliere

Emanuela Loria, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Maria Cristina Quiligotti

IL SEGRETARIO