

Pubblicato il 02/04/2026

N. 02726 /2026 REG.PROV.COLL.  
N. 06925/2024 REG.RIC.



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

**Il Consiglio di Stato**  
**in sede giurisdizionale (Sezione Settima)**

ha pronunciato la presente

**ORDINANZA**

sul ricorso numero di registro generale 6925 del 2024, proposto da Be Smart s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Isabella Perego, dall'Avvocato Gian Michele Roberti, dall'Avvocato Anna Romano e dall'Avvocato Filippo Arturo Satta, con domicilio fisico eletto presso lo studio dello stesso Avvocato Filippo Satta in Roma, via Arenula, n. 29

*contro*

Università Mediterranea di Reggio Calabria, in persona del Rettore *pro tempore*, rappresentata e difesa *ex lege* dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici è domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, n. 12

*nei confronti*

Consorzio Interuniversitario Cineca, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocato Fabio Giuseppe Baglivo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***e con l'intervento di***

*ad opponendum:*

Ministero dell'Università e della Ricerca, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso *ex lege* dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici è domiciliato in Roma, via dei Portoghesi, n. 12

***per la riforma***

della sentenza n. 316 del 2 maggio 2024 del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, sezione staccata di Reggio Calabria, resa tra le parti, che ha in parte dichiarato inammissibile e in parte respinto il ricorso proposto in primo grado dall'odierna appellante, Be Smart s.r.l., contro:

a) la delibera del Consiglio di amministrazione dell'Università Mediterranea di Reggio Calabria del 20 dicembre 2023, rep. 202/2023, pubblicata sul portale di Ateneo il 3 gennaio 2024, recante l'approvazione dell'affidamento in house al Consorzio Interuniversitario Cineca delle “*Piattaforme software di Ateneo per la gestione delle segreterie studenti e della programmazione didattica*”;

b) ogni altro atto presupposto, connesso e/o conseguente, eventualmente adottato e ancorché non conosciuto dalla società ricorrente, ivi inclusi, ove occorrer possa, nella misura in cui la suddetta delibera del C.d.A.

visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'Università e della Ricerca, dell'Università Mediterranea di Reggio Calabria e del Consorzio Interuniversitario Cineca;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 marzo 2026 il Consigliere Massimiliano Nocelli e uditi per il Ministero dell'Università e della Ricerca e l'Università Mediterranea di Reggio Calabria l'Avvocato dello Stato Eva Ferretti, per l'appellante Be Smart s.r.l. l'Avvocato Isabella Perego e l'Avvocato Anna Romano e per il Consorzio Interuniversitario Cineca l'Avvocato Cinzia Guglielmello su delega scritta dell'Avvocato Fabio Giuseppe Balivo.

### ***MOTIVAZIONI***

1. Il presente giudizio giunge nuovamente alla cognizione di questo Consiglio di Stato dopo un complesso *iter* giudiziario e ha ad oggetto l'impugnativa, da parte dell'odierna appellante Be Smart s.r.l., dell'affidamento diretto, disposto dall'Università Mediterranea di Reggio Calabria (di seguito, per brevità, "Università" o "Ateneo") secondo il modello *in house*, in favore del Consorzio Interuniversitario Cineca (di seguito, sempre per brevità, "Cineca" o "Consorzio") della fornitura dei sistemi informatici «*per gestione didattica, carriere studenti, diritto allo studio e Portale istituzionale di Ateneo*».

1.1. Be Smart è una società specializzata in progettazione e sviluppo di *software* ad elevato contenuto tecnologico ed offre sul mercato dell'*Information and Communication Technology* (ICT) *software* gestionali essenzialmente dedicati alle Università e alle pubbliche amministrazioni.

1.2. Del suddetto mercato dell'informatizzazione degli Atenei Be Smart è il secondo operatore, con una quota del 5%, nonché il principale *competitor* di Cineca, che domina tale mercato con una quota intorno al 90%.

1.3. Cineca è un consorzio interuniversitario, dotato di personalità giuridica di diritto privato e sottoposto alla vigilanza dei Ministeri dell'Istruzione e dell'Università e della Ricerca.

1.4. Costituito originariamente da 4 Atenei, successivamente vi hanno aderito sempre più Università, statali e private, e numerosi enti pubblici, in un percorso di continuo ampliamento. 1.5. Il numero di consorziati è cresciuto di anno in anno e oggi ha raggiunto ben 118 enti di provenienza eterogenea e, in sintesi, oggi il Consorzio raggruppa 70 Atenei – il 90% del sistema accademico nazionale, 13 enti nazionali di ricerca, 9 Aziende Ospedaliere, 19 Istituzioni AFAM e altri 5 enti di varia natura, oltre che i citati Ministeri dell'Istruzione e dell'Università e della Ricerca.

1.6. L'affidamento a Cineca dei medesimi servizi era stato disposto dall'Università, una prima volta, con la delibera del Consiglio di amministrazione del 14 novembre 2022, impugnata dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, sezione staccata di Reggio Calabria (di qui in poi solo il "Tribunale") da Be Smart s.r.l. (di seguito "Be Smart" o anche solo "società"), che ne aveva denunciato l'illegittimità per tre ordini di censure:

a) la violazione e falsa applicazione dell'art 192, comma 2, del d. lgs. n. 50 del 2016 (codice dei contratti pubblici applicabile *ratione temporis*), per l'erroneo assolvimento dell'onere istruttorio e motivazionale;

b) l'insussistenza in capo a Cineca dei requisiti per la configurazione dell'*in house providing*, segnatamente del controllo analogo congiunto, sotto più profili, e dell'attività prevalente;

c) la violazione della normativa in materia di aiuti di Stato, configurando l'affidamento lo strumento di erogazione di un aiuto ai sensi dell'art 107, par 1, T.F.U.E., disposto in violazione dell'obbligo di sospensione di cui all'art 108, par 3, T.F.U.E.

1.7. Il Tribunale, con la sentenza n. 305 del 6 aprile 2023, aveva accolto il ricorso sotto i profili della violazione dell'art 192, comma 2, del d. lgs. n. 50 del 2016 e della

carenza del requisito *in house* del controllo analogo congiunto, dichiarando assorbite le altre censure.

1.8. In particolare, il Collegio di primo grado aveva ritenuto l'affidamento privo di giustificazione, avendo l'Università sostanzialmente omesso «*di esplicitare, attraverso un'analisi economica approfondita basata su dati oggettivi e non elusiva del disposto normativo, le ragioni di preferenza per l'affidamento in house rispetto al ricorso all'evidenza pubblica in punto di convenienza economica*».

1.9. Riguardo all'asserita natura *in house*, poi, il Tribunale aveva ritenuto che l'assetto organizzativo di Cineca, «*a fronte della mancata previsione di qualsivoglia correttivo teso a disciplinare le forme e le modalità di aggregazione tra i Consorziati tali da permettere la manifestazione di una posizione congiunta travalicante quella del singolo ente, non appare idoneo a soddisfare la condizione indefettibile richiesta normativamente affinché possa dirsi integrato il requisito di cui si controverte, cioè l'essere «in grado [tutti gli aderenti] di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative» dell'organismo in house*».

1.10. Di qui la decisione di accogliere il ricorso di Be Smart, con il conseguente annullamento degli atti gravati e dichiarazione di inefficacia dell'affidamento, ai sensi degli artt 121, comma 1, lett a), e 122 c.p.a.

2. Tali effetti sono stati confermati da questo Consiglio di Stato, con la sentenza n. 9452 del 2 novembre 2023, sebbene in parziale riforma della pronuncia di primo grado, sugli appelli proposti da Cineca e dall'Università.

2.1. In effetti, seguendo una linea interpretativa diversa da quella del Tribunale, questo Consiglio di Stato ha riformato la sentenza di primo grado circa l'insussistenza del requisito *in house* del controllo analogo congiunto, adottando sul punto una declinazione meno stringente di tale nozione, secondo cui il requisito sarebbe sostanzialmente assicurato dal ruolo dell'assemblea – quale organo consortile

investito di particolari poteri di indirizzo e controllo – e dalla partecipazione alla stessa di tutti i soggetti consorziati, senza che vi osti il numero di partecipanti particolarmente elevato e le deliberazioni adottate, se del caso, anche a maggioranza.

2.2. Dall'esame delle norme statutarie e del concreto, fattuale, funzionamento dell'organismo *in house* questo Consiglio di Stato, nella citata sentenza n. 9452 del 2 novembre 2023, ha concluso che, a differenza di quanto ha ritenuto il primo giudice sulla base di un'analisi pregevole, ma soltanto astratta dell'istituto dell'*in house* sotto il profilo del controllo analogo congiunto, sono soddisfatte – per il profilo qui in esame – tutte le condizioni previste dall'art. 5 del d. lgs. n. 50 del 2016 e precisate dalla giurisprudenza (v., per tutte, Cons. St., sez. VI, 29 ottobre 2021, n. 7272, con riferimento al CISIA) in caso di c.d. *in house* frazionato (o “pluripartecipato” o “pulviscolare”) e cioè:

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

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

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

2.3. Le censure di Be Smart, ha rilevato sempre questo Consiglio di Stato, hanno fatto spesso e talvolta in modo non perspicuo riferimento a norme statutarie o a pronunce giurisprudenziali anteriori alle più recenti modifiche statutarie, che hanno reso effettiva e seria la possibilità di controllo da parte degli enti partecipanti.

2.3.1. D'altro canto, ha aggiunto questo Consiglio di stato, a conclusione della disamina del motivo, la non secondaria circostanza, mai contestata da Be Smart, per cui, a seguito dell'apertura dell'EUPILOT 7096/14/GROW - Affidamenti diretti al

consorzio Cineca come caso presunto, i consorziati, a fronte della costante e puntuale interlocuzione intrattenuta dal Ministero con la Commissione europea, volta a rendere chiarimenti in ordine alla natura del consorzio, sono intervenuti sullo statuto del Cineca al fine di renderlo aderente alla prescrizioni della Commissione e al fine di superare le criticità evidenziate da questo stesso Consiglio di Stato con la sentenza 2660 del 2015.

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

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

2.3.4. Da queste considerazioni in sintesi qui riportate, conclusivamente, questo Consiglio di Stato è pervenuto dunque alla riforma della sentenza impugnata nella parte in cui, erroneamente, aveva ritenuto che nel caso di specie non sussistesse il requisito del controllo analogo c.d. congiunto.

2.4. Questo Consiglio di Stato ha poi preso atto che la difesa dell'appellata Be Smart s.r.l., nell'udienza pubblica del 17 ottobre 2023, aveva espressamente dichiarato, in risposta ad una espressa richiesta del Collegio, che la conferma in appello dell'accoglimento del solo motivo proposto in prime cure e inerente alla violazione dell'art. 192, comma 2, del d. lgs. n. 50 del 2016 sotto il profilo della congruità economica dell'offerta di Cineca sarebbe integralmente satisfattiva per le ragioni della ricorrente in prime cure, senza necessità in questo caso di procedere all'esame dei motivi non esaminati dal Tribunale e riproposti in appello, sicché, una volta annullato

l'affidamento diretto a Cineca, Be Smart s.r.l. avrebbe ottenuto piena soddisfazione delle proprie ragioni.

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

2.4.2. Proprio per tali ragioni questo Consiglio di Stato, ritenute invece corrette le valutazioni del Tribunale in ordine alla violazione dell'art. 192, comma 2, del d. lgs. n. 50 del 2016, per l'assenza di una congrua comparazione tra l'offerta di Be Smart e i servizi offerti da Cineca, ha confermato *in parte qua* la sentenza impugnata, annullando la delibera impugnata solo per tale violazione.

2.5. Gli ulteriori motivi assorbiti dal primo giudice e ritualmente riproposti dall'appellata, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a., non sono stati invece da questo Consiglio di Stato esaminati, stante la satisfattività delle ragioni espresse e delle statuizioni adottate per Be Smart, come il difensore della stessa ha dichiarato in sede di udienza pubblica.

2.6. In effetti, questo Consiglio di Stato ha rilevato come non potesse dubitarsi che l'interesse legittimo oppositivo azionato da Be Smart s.r.l., in termini di concretezza ed attualità, altro non potesse essere, sul piano sostanziale, che quello di ottenere

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

2.7. Qui merita solo rammentare che Be Smart, nel dolersi che questo Consiglio di Stato non avesse rimesso alla Corte di Giustizia U.E. le questioni interpretative dedotte con i motivi non esaminati, per le ragioni esposte, dal Collegio, ha proposto ricorso per revocazione contro la citata sentenza n. 9452 del 2 novembre 2023, ma questo Consiglio di Stato, con la sentenza n. 9773 del 6 dicembre 2024, ha dichiarato inammissibile il ricorso per revocazione.

2.8. In tale ultima sentenza, peraltro, questo Consiglio di Stato ha rilevato che il Collegio giudicante, avendo investito la parte della definizione del proprio interesse sostanziale e processuale, aveva, infatti, espressamente evidenziato come ostasse all'esame dei motivi riproposti ex art. 101 c.p.a. e, conseguentemente, dell'istanza di rinvio riformulata nella medesima memoria, proprio la dichiarazione di rinuncia al loro esame da parte dell'appellata, la quale aveva dichiarato in udienza che la conferma parziale della sentenza di annullamento dell'affidamento diretto sarebbe stata comunque pienamente soddisfattiva del suo interesse.

2.9. Sempre in detta sentenza n. 9773 del 2024, peraltro, questo Consiglio di Stato – al § 9.9.1. – non ha mancato di rilevare che la successiva delibera con cui, a valle dell'annullamento giurisdizionale, l'amministrazione ha disposto nuovamente l'affidamento al Consorzio costituisce un atto autonomamente impugnabile, avverso la quale Be Smart, in caso di ulteriore lesione dei propri interessi, avrebbe potuto agire in giudizio, sperando tutti i rimedi di tutela contemplati dall'ordinamento e che «*ciò difatti è avvenuto col ricorso respinto dalla sentenza del T.a.r. Calabria – sezione staccata di Reggio Calabria n. 316/2024*») e che «*in tali eventuali giudizi Be Smart*

*potrà far valere i presunti vizi di illegittimità non coperti dal giudicato, ivi inclusa l'eventuale contrarietà dell'atto e dell'interpretazione delle norme ad esso sottesa al diritto e ai principi dell'ordinamento dell'Unione europea».*

3. È accaduto infatti che il 20 dicembre 2023 il Consiglio di amministrazione dell'Università, riesercitando il potere in seguito all'annullamento disposto, per le ragioni viste, dalle citate sentenze n. 305 del 2023 del Tribunale e n. 9452 del 2023 di questo Consiglio di Stato (confermata, come detto, dalla sentenza n. 9773 del 2024), ha adottato una nuova delibera disponendo di affidare ancora una volta a Cineca la fornitura dei sistemi IT per «*gestione didattica, carriere studenti, diritto allo studio e Portale istituzionale di Ateneo*».

3.1. Avverso quest'ultima delibera dell'Ateneo e il confermato affidamento diretto in favore di Cineca, Be Smart ha proposto un nuovo ricorso dinanzi al Tribunale, denunciandone, ancora una volta, l'illegittimità:

- a) per la ritenuta insussistenza delle condizioni prescritte dalla legge per l'affidamento *in house*,
- b) per la persistente inadeguatezza dell'apparato motivazionale in ordine alla valutazione della congruità economica;
- c) per violazione della normativa in materia di aiuti di Stato.

3.2. In particolare, riguardo all'erroneo presupposto della configurabilità di un rapporto *in house*, da un lato, la società ha riproposto le contestazioni che, sebbene già dedotte nel precedente contenzioso, erano state in quell'occasione assorbite e, dunque, impregiudicate dalle relative sentenze.

3.3. Dall'altro, riguardo al requisito del controllo analogo congiunto, sotto lo specifico profilo già esaminato dalla precedente sentenza di appello, Be Smart ha azionato il principio sancito dalla giurisprudenza europea, secondo cui il diritto UE impedisce che un giudice nazionale sia vincolato alle valutazioni di altro giudice – anche se di grado superiore – ove queste siano state adottate senza adire la CGUE e nutra dubbi

sulla loro conformità al diritto dell'Unione (Corte di Giustizia U.E., 20 ottobre 2011, *Interedil s.r.l. in liquidazione*, C-396/09).

3.4. Conseguentemente, la società ha invocato le conseguenti responsabilità e prerogative che la stessa giurisprudenza europea conferisce, in tali casi, al giudice interno successivamente adito, al fine di assicurare l'effettività e l'uniformità di applicazione delle norme europee, quantomeno mediante rinvio alla Corte di Giustizia U.E. ai sensi dell'art. 267 T.F.U.E.

3.5. Nel primo grado del giudizio si sono costituiti l'Ateneo e il Cineca, entrambi per opporsi all'accoglimento del ricorso, di cui hanno eccepito in gran parte l'inammissibilità, per la preclusione del giudicato, e comunque l'infondatezza nel merito.

3.6. Orbene, il Tribunale, con la sentenza n. 316 del 2 maggio 2024, ha rigettato il ricorso, dichiarandolo per gran parte inammissibile nonché infondato in relazione all'unica doglianza scrutinata.

3.7. In particolare, quanto all'asserita inammissibilità, il Collegio di primo grado, per un verso, ha ritenuto coperta da "giudicato" (o, per meglio dire, dalla pronuncia n. 9452 del 2 novembre 2023 di questo Consiglio di Stato, al tempo ancora *sub iudice* per la proposta revocazione) la questione della sussistenza del requisito del controllo analogo congiunto, con conseguente preclusione alla riproposizione nel presente giudizio non soltanto della doglianza in sé, ma anche dell'istanza di rinvio alla Corte di Giustizia U.E.

3.8. Per altro verso, il Collegio ha ritenuto parimenti preclusa, ma per questione di competenza funzionale *ex art 113 c.p.a.*, la disamina di tutti gli altri motivi di censura assorbiti nella precedente sentenza di primo grado, riproposti in appello e, nondimeno, non esaminati dal Consiglio di Stato, reputando che rispetto a tali censure si ponga «una questione – di carattere evidentemente pregiudiziale - di esatta individuazione degli effetti conformativi del giudicato» e, dunque, che il loro esame spettasse,

eventualmente, a questo Consiglio di Stato adito in sede di eventuale ottemperanza, ma non al medesimo Tribunale.

3.9. Sicché, il Tribunale ha ritenuto scrutinabile, nella nuova sede di ordinaria cognizione, la sola doglianza inerente alla rinnovata valutazione economica dell'Università, giudicando la delibera impugnata esente dai vizi denunciati con il ricorso, in quanto *«emendato il vizio motivazionale che inficiava, in relazione al profilo di cui si discute, l'originario affidamento»*.

3.10. In particolare, il Collegio ha condiviso la scelta dell'Ateneo di non operare un raffronto *«completo e attualizzato»* tra offerte aggiornate e coerenti con le attuali esigenze di servizio, ma di reiterare la comparazione tra le vecchie offerte.

3.11. Sul piano invece dei denunciati vizi sostanziali, il Tribunale ha ritenuto non condivisibili quegli stessi rilievi che, nel precedente giudizio, aveva giudicato idonei a disvelare la parzialità e irragionevolezza della valutazione dell'Ateneo, nonché *«la maggiore convenienza economica della offerta [di Be Smart]»*.

3.12. In sintesi, secondo il Tribunale, la delibera impugnata deve ritenersi immune dai vizi di lacunosità, parzialità e illogicità denunciati da Be Smart con il ricorso, avendo l'Università resistente provveduto ad emendare il vizio motivazionale del primo atto di affidamento in piena conformità ai principi enucleati dal Consiglio di Stato nella sentenza che ha fondato l'obbligo della riedizione dell'attività amministrativa.

4. Avverso tale sentenza Be Smart ha proposto appello avanti a questo Consiglio e ne ha lamentato l'erroneità, anzitutto per avere ritenuto inammissibili, perché precluse dal precedente giudicato, tutte le questioni inerenti alla sussistenza o meno dei requisiti dell'*in house providing*.

4.1. L'appellante deduce in questa sede, nuovamente, che l'annullamento del precedente affidamento, disposto da questo Consiglio di Stato con la più volte citata sentenza n. 9452 del 2 novembre 2023, ha aperto una nuova fase di esercizio del potere amministrativo – restituito alla sua pienezza nel rispetto delle statuizioni di appello –

nell'ambito della quale l'Università sarebbe potuta pervenire anche a soluzioni diverse, indicendo ad esempio una gara.

4.2. L'Ateneo, viceversa, ha deciso di disporre un nuovo affidamento diretto, senza alcuna verifica in merito alla sussistenza, in concreto e nell'attualità, dei presupposti per procedere in tal senso, ma limitandosi, illegittimamente, ad una mera riedizione della motivazione, con la pretesa di fare salvi gli effetti degli atti caducati dalle pronunce giudiziali.

4.3. L'appellante, oltre a censurare la sentenza qui impugnata nell'unico motivo esaminato nel merito (inerente alla convenienza economica dell'offerta di Cineca), ha riproposto in questa sede tutte le censure inerenti alla pretesa insussistenza dei requisiti dell'*in house providing* in capo a Cineca (quanto, soprattutto, al requisito del c.d. controllo analogo e a quello dell'attività prevalente) e ha chiesto comunque che questo Consiglio di Stato, laddove nutra dubbi sulla compatibilità del Cineca con il diritto dell'Unione, rimetta la questione alla Corte di Giustizia U.E. ai sensi dell'art. 267 del T.F.U.E.

4.4. Si sono costituite avanti a questo Consiglio di Stato sia l'Università che il Cineca, chiedendo che l'appello venga rigettato.

4.5. In particolare, l'Università ha eccepito la formazione del giudicato in ordine al requisito del c.d. controllo analogo e, comunque, a tutte alle censure rinunciate dalla difesa di Be Smart nel precedente giudizio, mentre ha dedotto l'infondatezza, nel merito, della censura in ordine alla valutazione della congruità economica dell'offerta di Cineca.

4.6. Analoghe considerazioni ha svolto anche, nella propria memoria difensiva, Cineca, rilevando come le censure qui riproposte da Be Smart in ordine al controllo analogo fossero, ormai, coperte dal giudicato e comunque deducendo l'infondatezza, nel merito, delle censure inerenti alla valutazione delle congruità dell'offerta economica di Cineca.

5. Con l'ordinanza n. 10255 del 20 dicembre 2024 il Collegio ha disposto incombenti istruttori.

5.1. In tale ordinanza, in particolare, il Collegio ha ritenuto che:

- come bene ha rilevato la recente sentenza n. 9773 del 6 dicembre 2024 di questo Consiglio di Stato in sede di revocazione proposta contro la sentenza n. 9452 del 2 novembre 2023, al di là della essenziale considerazione in base alla quale dalla sentenza non discendeva quale effetto conformativo un assoluto divieto di affidare *in house* il servizio al Cineca, bensì di rivalutarne nell'attualità la sussistenza di tutti i presupposti stabiliti dal legislatore nei limiti conformativi segnati dal giudicato (*i.e.* *“effettua[ndo] nuovamente, in particolare, una valutazione circa la congruità economica attenendosi ai principî dettati”*), è assorbente rilevare che la successiva delibera con cui, a valle dell'annullamento giurisdizionale, l'amministrazione ha disposto nuovamente l'affidamento al Consorzio, è un atto autonomamente impugnabile, avverso la quale l'odierna ricorrente Be Smart, in caso di ulteriore lesione dei propri interessi, può agire in giudizio, sperando tutti i rimedi di tutela contemplati dall'ordinamento, come difatti è avvenuto col ricorso respinto dalla sentenza del Tribunale qui impugnata, sicché in tali eventuali giudizi, ha ancora osservato la sentenza n. 9773 del 2024 (v., in particolare, § 9.9.1.), *«Be Smart potrà far valere i presunti vizi di illegittimità non coperti dal giudicato, ivi inclusa l'eventuale contrarietà dell'atto e dell'interpretazione delle norme ad esso sottesa al diritto e ai principî dell'ordinamento dell'Unione europea»*;
- diversamente da quanto ha ritenuto il primo giudice e fermo ogni ulteriore approfondimento nel merito, nel presente giudizio Be Smart ben possa riproporre tutte le questioni relative alla sussistenza o meno di tutti i requisiti dell'*in house*, compresa quella dell'attività prevalente, non coperta sicuramente da nessun giudicato;
- con riferimento a tale specifico profilo inerente, come ricorda Be Smart, ad un *requisito dinamico* che deve essere di volta in volta accertato, l'odierna appellante, nel

proprio gravame (v., in particolare, pp. 35-38 del ricorso), ha svolto specifiche puntuali censure, analoghe a quelle già sviluppate nel giudizio R.G. n. 4293 del 2023, che – come in tale giudizio e anche alla luce dei documenti depositati da Cineca in tale giudizio – meritano senza dubbio, e nuovamente, adeguato approfondimento istruttorio, che tenga conto, comunque, anche della recente decisione della Commissione del 21 novembre 2024 in ordine ai presunti aiuti di Stato ricevuti da Cineca, di cui all’epoca non era ancora disponibile la versione non confidenziale (v. anche, sul punto, la comunicazione della Commissione depositata il 6 dicembre 2024 nel giudizio R.G. n. 10320 del 2019, pure pendente tra le parti, rinviato all’udienza pubblica del 10 giugno 2025);

- fosse necessario, anche nel presente giudizio, ordinare a Cineca e/o alle amministrazioni competenti di depositare in giudizio, entro il 10 aprile 2025, tutta la documentazione da cui si evincano per l’anno 2023 i ricavi ascrivibili alle singole attività prestate dai consorziati, da un lato, e ai terzi, dall’altro, e/o di produrre in giudizio un documento recante l’elenco completo delle fatture emesse nei tre anni precedenti all’affidamento gravato, con indicazione del numero di fattura, del cliente e dell’importo fatturato, il tutto corredato da una relazione che espliciti, sul piano contabile, il rispetto del requisito dell’80% qui contestato, riservandosi il Collegio, comunque, di valutare la sussistenza del requisito sul piano tecnico anche mediante, ove necessario, una consulenza tecnica d’ufficio contabile;

- nel lasso di tempo occorrente a tali adempimenti, sarebbe stato onere della parte più diligente produrre anche, laddove disponibile, la versione non confidenziale della decisione del 21 novembre 2024 adottata dalla Commissione U.E.;

- fosse necessario rinviare la causa all’udienza pubblica del 10 giugno 2025, impregiudicato ogni ulteriore provvedimento anche istruttorio sul prosieguo del giudizio all’esito di tale udienza e con riserva di valutare all’esito

dell'approfondimento istruttorio la rilevanza della richiesta di sollevare una questione pregiudiziale davanti alla Corte di Giustizia.

5.2. Per queste ragioni il Collegio, disposti i suddetti incompetenti istruttori, ha rinviato la causa all'udienza del 10 giugno 2025.

5.3. In adempimento dell'ordinanza istruttoria, Cineca il 10 aprile 2025 ha prodotto in giudizio, innanzitutto, un documento in formato *excel*, articolato in più fogli, recante la descrizione analitica dei “ricavi ascrivibili alle singole attività prestate dai consorziati, da un lato, e ai terzi” (Allegato 1) per le annualità 2021-2022-2023, il prospetto sintetico dei ricavi 2021-2022-2023 (Allegato 2), accompagnato dalla relazione del Direttore amministrativo, il verbale del collegio dei revisori dei conti del Consorzio del 3 aprile 2025 (Allegato 3), precisando altresì che, come chiarito anche nella relazione dell'8 aprile 2025 predisposta dalla società di revisione esterna a cui Cineca sottopone il bilancio ai fini della certificazione (Allegato 4) – in aggiunta ai controlli dell'organo del collegio dei revisori dei conti e della Corte dei conti – sez. controllo enti, la documentazione allegata concernente i ricavi 2021-2022-2023 è stata redatta sulla base dei dati di bilancio, secondo principi contabili omogenei con quelli utilizzati per la predisposizione dei bilanci d'esercizio dei periodi di interesse.

5.4. Il 23 maggio 2025 ha spiegato intervento *ad opponendum*, rispetto all'appello di Be Smart, il Ministero dell'Università e della Ricerca – di qui in poi, per brevità, anche solo il Ministero – il quale ha contestato sia l'ammissibilità che la fondatezza delle censure in questa sede riproposte da Be Smart e si opposto, contestandole una per una, a tutte le richieste di rinvio pregiudiziale articolate comunque, in via subordinata, da Be Smart.

5.5. Nella memoria depositata il 23 marzo 2025 Be Smart ha contestato la documentazione prodotta da Cineca, rilevando che i suddetti documenti – versati in atti senza la comprova della documentazione contabile da cui sarebbero stati estratti i relativi dati – non solo inducono a concludere per l'insussistenza del requisito

dell'attività prevalente affinché Cineca possa essere qualificata come società *in house*, ma presentano altresì profili di criticità che ne minano la attendibilità e, quindi, l'adeguatezza probatoria ai fini della decisione, mentre nella successiva memoria depositata il 30 maggio 2025 la stessa Be Smart ha preso posizione, contestandole, contro le deduzioni difensive del Ministero interventore *ad opponendum*.

5.5. All'esito dell'udienza pubblica del 10 giugno 2025, dopo aver sentito le parti, il Collegio ha disposto c.t.u. contabile sul requisito dell'attività prevalente con l'ordinanza n. 5334 del 18 giugno 2025.

5.6. In tale ordinanza, in particolare, il Collegio:

- premesso che, ai sensi dell'art 12, par 1, lett b), della Dir. 2014/24/UE, affinché si configuri l'*in house*, occorre che oltre l'80% delle attività sia effettuato «*nello svolgimento dei compiti ad esso affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi*» e che, per determinare tale percentuale di attività, occorre prendere in considerazione «*il fatturato totale medio [...] per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto*» (ex par 5 dell'art 12 cit.);

- osservato che, anche nel presente giudizio, l'appellante Be Smart ha contestato, tra gli altri, anche la sussistenza di tale requisito (c.d. *attività prevalente*);

- ritenuto necessario ai fini del decidere, richiamate le motivazioni tutte dell'ordinanza n. 10255 del 20 dicembre 2024 e, ovviamente, impregiudicate tutte le questioni proposte e le eccezioni sollevate rispettivamente dalle parti, disporre una consulenza tecnica d'ufficio – di qui in poi, per brevità, anche c.t.u. – contabile sulle attività svolte dal Cineca, al fine di accertare il rispetto del requisito dell'attività prevalente, formulando al c.t.u. il seguente quesito «*il c.t.u., letti ed esaminati gli atti e i documenti di causa e, in particolare, la documentazione depositata dal Consorzio Interuniversitario – Cineca il 10 aprile 2025 in adempimento dell'ordinanza collegiale n. 10255 del 20 dicembre 2024, valutate le plurime osservazioni e*

*contestazioni di Be Smart s.r.l., effettuati – se del caso – i necessari sopralluoghi o accessi, sentite le parti e i loro eventuali c.t.p., accerti quali siano le attività svolte negli anni 2021, 2022 e 2023 dal Consorzio Interuniversitario nei confronti dei consorziati (e di soggetti da essi eventualmente controllati) o di soggetti terzi e, in particolare, se dagli atti e dai documenti depositati risulti una percentuale in effetti almeno pari all'80% del fatturato in favore dei soggetti consorziati», ferma ogni qualificazione giuridica di tali attività, per verificare il rispetto di tale requisito, che competerà solo al Collegio svolgere secondo i canoni interpretativi europei e nazionali;*

- considerato di dover nominare consulente tecnico d'ufficio il dott. Gian Marco Boccanera, iscritto all'albo dei consulenti tecnici d'ufficio del Tribunale ordinario di Roma, affinché rispondesse ai quesiti tecnici sopra specificati.

5.7. Il consulente nominato dal Collegio ha successivamente assunto l'incarico conferitogli dall'ordinanza n. 5334 del 18 giugno 2025 e prestato il giuramento di rito avanti al magistrato designato dal Collegio per l'espletamento dell'istruttoria.

5.8. Il c.t.u., dott. Boccanera, ha depositato il 27 novembre 2025 un ampio e analitico elaborato peritale, ipotizzando tre scenari ricostruttivi in ordine alla sussistenza, o meno, del requisito dell'attività prevalente, di cui meglio si dirà.

5.9. Le parti hanno sviluppato ulteriori argomentazioni, anche all'esito delle risultanze peritali, in vista dell'udienza pubblica del 24 marzo 2026, e hanno depositato le rispettive memorie difensive nei termini previsti dall'art. 73 c.p.a.

5.10. Infine in tale udienza il Collegio, sentiti i difensori delle parti, ha trattenuto la causa in decisione.

6. Ritiene il Collegio, all'esito dell'istruttoria svolta, che debba essere accolta l'istanza di rimessione alla Corte di Giustizia U.E. formulata dall'appellante Be Smart nei propri motivi sia quanto al requisito del c.d. controllo analogo sia quanto al requisito della c.d. attività prevalente per le ragioni che qui di seguito si vengono ad esporre.

6.1. Una volta riassunti, sin qui, gli snodi salienti del presente giudizio, questo Collegio, per offrire alla Corte di Giustizia un quadro il più possibile chiaro ed esaustivo della vicenda qui controversa, deve qui precisare alcuni aspetti fattuali, peraltro in parte già sopra precisati.

6.2. Come si è anticipato (v., *supra*, §§ 1.3.-1.5.), Cineca è un consorzio interuniversitario, dotato di personalità giuridica di diritto privato e sottoposto alla vigilanza dei Ministeri dell'Istruzione e dell'Università e della Ricerca.

6.3. Il Cineca è, più nello specifico, un consorzio interuniversitario costituito per iniziativa dell'ex Ministero della Pubblica Istruzione ed in forza della Convenzione sottoscritta, in data 14 luglio 1967, dai Rettori delle Università di Bologna, Firenze, Padova e dal Rettore dell'Istituto Universitario di Economia e Commercio e di Lingue e Letterature Straniere di Venezia, ai sensi degli artt. 60 e 61 del R.D. 31 Agosto 1933, n. 1592.

6.3.1. Il Consorzio, inizialmente, è stato istituito come centro di calcolo a supporto del sistema universitario e della ricerca e, successivamente, ha assunto il compito di produrre per conto dei consorziati e nel loro interesse servizi informatici altamente performanti e volti allo svolgimento delle attività istituzionali dei consorziati stessi.

6.3.2. Lo scopo primario dei consorziati, attraverso il Consorzio, è stato da sempre quello di mettere a propria disposizione un sistema di calcolo e di servizi informatici integrato ed efficiente, in grado di consentire alle istituzioni di svolgere le proprie funzioni pubbliche (cfr. art. 3 dello Statuto).

6.3.3. Proprio in ragione della sua natura e delle funzioni che è chiamato a svolgere, il Cineca è composto totalmente da soggetti pubblici operanti nel sistema dell'istruzione e della formazione superiore e della ricerca (2 Ministeri, 70 Università statali, 13 Enti pubblici di ricerca, 9 IRRCs, 18 Istituzioni AFAM, l'Agenzia Nazionale di Valutazione del Sistema Universitario e della Ricerca e altri Enti pubblici operanti nel campo della ricerca).

6.4. Inoltre, per mantenere ferma la totale partecipazione pubblica, è espressamente previsto dallo statuto del Consorzio che possano entrare a far parte della compagine consortile solo soggetti pubblici che svolgono attività nel settore dell'istruzione, dell'università e della ricerca (art. 2, comma 3).

6.5. Il Consorzio – sottoposto alla vigilanza dei due Ministeri consorziati, nonché, in virtù del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 26 agosto 2016, al controllo della Corte dei Conti (Allegato 1 – d.P.C.M. 26 agosto 2016) – è uno dei più importanti centri di calcolo a livello internazionale (tra i primi cinque al mondo) e svolge principalmente attività che consistono nell'elaborare e gestire sistemi informatici nell'interesse del sistema nazionale dell'istruzione, dell'università e della ricerca, nel promuovere l'utilizzo dei più innovativi sistemi di elaborazione dell'informazione a sostegno della ricerca scientifica e tecnologica e delle sue applicazioni e nel garantire i servizi di calcolo scientifico ad alte prestazioni al sistema nazionale della ricerca.

6.6. Orbene, tutto ciò premesso, quanto, anzitutto, al requisito del c.d. *controllo analogo*, nella citata sentenza n. 9452 del 2 novembre 2023, le cui motivazioni qui tutte si devono richiamare, questo Consiglio di Stato, nel ritenere, come detto, la sussistenza di tale requisito in capo al Cineca, ha già precisato che:

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

- anche nel caso della verifica in concreto di tale requisito sia il legislatore che gli organi amministrativi e giurisdizionali a tal fine deputati hanno accolto una declinazione sostanzialistica della nozione di controllo analogo, richiedendo, ai fini della concreta configurabilità del requisito, che le amministrazioni partecipanti siano in grado di esercitare sul soggetto affidatario un controllo di carattere sostanziale tale da assicurarle la possibilità di eterodirigerlo;
- il controllo congiunto, per giurisprudenza costante, non deve essere considerato quale controllo paritario, ma è sufficiente che vi siano nello Statuto strumenti idonei ad assicurare che ciascuna pubblica amministrazione controllante, assieme alle altre, sia in grado di controllare l'attività del soggetto controllato;
- la Corte di Giustizia U.E., con la sentenza del 29 novembre 2012, *Econord*, C-181/11 e C-182/11 ha precisato che, nel caso in cui le amministrazioni pubbliche detengano congiuntamente un soggetto *in house* cui affidano l'adempimento di una delle proprie missioni di servizio pubblico, il requisito strutturale del controllo analogo può ritenersi sussistente anche in caso di controllo congiunto, a condizione che ciascuno degli enti pubblici affidanti abbia di per sé la possibilità di influire, in maggiore o minore misura, sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni rilevanti del soggetto strumentale (possibilità del resto assicurata dalle dinamiche di funzionamento degli organi consortili);
- è del resto pertanto indiscusso che il controllo congiunto non postula alcuna influenza paritaria;
- i poteri dei soggetti pubblici che partecipano (nel caso i consorziati) debbono infatti essere verificati secondo un criterio sintetico e non atomistico, sicché a tal fine è sufficiente che il controllo della mano pubblica sull'ente affidatario, purché effettivo e reale, sia esercitato dagli enti partecipanti nella loro totalità, senza che necessiti una verifica della posizione di ogni singolo ente (v., in particolare, Cons. St., sez. V, 10 settembre 2014, n. 4599, secondo cui «(i)n ordine alla sussistenza del requisito del

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

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

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

- la giurisprudenza inoltre ha individuato degli elementi sintomatici dell’effettività del controllo analogo congiunto anche se con partecipazione minoritaria.

- gli indici sintomatici utilizzati in tal senso dalla giurisprudenza sono – per il profilo qui in esame – i seguenti:
  - a) che l'attività della società affidataria si svolga tramite organi statutari composti da rappresentanti degli enti soci;
  - b) che gli enti soci esercitino un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di detta società.
- tutti questi elementi sono presenti nella struttura e nella disciplina del Consorzio.
- l'assemblea consortile di Cineca, organo decisionale attraverso il quale passano tutte le determinazioni e le decisioni strategiche del Consorzio, è composta da un rappresentante di ogni amministrazione pubblica consorziata e da nessun soggetto esterno;
- parimenti, tutti gli altri organi di Cineca sono espressione e rappresentativi delle amministrazioni consorziate.
- il consiglio di amministrazione (cfr. art. 7 dello statuto), che è l'organo di governo amministrativo e di gestione economico patrimoniale del consorzio, è infatti sua volta una diretta espressione della volontà dei consorziati atteso che è composto da tre componenti individuati dall'assemblea consortile, tra i quali viene scelto il Presidente, e due componenti nominati dai Ministeri;
- al consiglio di amministrazione spettano tutte le competenze di amministrazione ordinaria e le proposte relative all'amministrazione straordinaria da sottoporre all'assemblea consortile.
- a seguito delle intervenute modifiche statutarie del Consorzio i poteri del consiglio di amministrazione sono stati notevolmente ridimensionati in favore dell'assemblea consortile che, attualmente e incontestabilmente, detiene un potere di controllo generalizzato su tutte le attività del Consorzio;
- tutte le scelte determinanti l'attività del Consorzio passano inevitabilmente dall'assemblea consortile che inoltre, assieme agli altri organi, viene affiancata da

Panel rappresentativi delle aggregazioni del sistema della formazione superiore che forniscono supporto istruttorio e decisionale per materia trattata (es. Panel dei Direttori generali delle Università, dei Ministeri, delle AFAM o degli EPR);

- ai sensi dell'art. 5, comma 6, dello statuto, tutte *«le deliberazioni devono essere approvate dalla maggioranza dei votanti; nel caso di parità di voti prevale il voto del Presidente»* e *«le deliberazioni di cui agli articoli 3, comma 3, e 5, comma 3, lettere a), b), c), e), g) e n) sono assunte con il voto favorevole di almeno due terzi dei componenti dell'Assemblea Consortile ovvero, nell'ipotesi in cui non sia raggiunta tale maggioranza nella prima o seconda deliberazione, nelle successive deliberazioni con la maggioranza dei votanti»*.

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

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

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

- non può essere condiviso l'assunto del Tribunale, per il quale il controllo avrebbe una consistenza pulviscolare, atteso che il Collegio di prime cure non individua, in modo concreto e convincente, alcun indice critico riferibile agli organi del Consorzio

in tema di loro idoneità o inidoneità ad esprimere il controllo analogo, al di là del fatto che i gli enti pubblici partecipanti sono numerosi (oltre 100).

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

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

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

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

6.7. Alle considerazioni, sin qui in sintesi richiamate, questo Consiglio di Stato, nella predetta sentenza n. 9452 del 2 novembre 2023, ha aggiunto comunque, in riferimento alla posizione specifica di Cineca, la circostanza di non secondaria circostanza, mai contestata da Be Smart, per cui, a seguito dell'apertura dell'EUPILOT 7096/14/GROW - Affidamenti diretti al consorzio Cineca come caso presunto, i consorziati, a fronte della costante e puntuale interlocuzione intrattenuta dal Ministero con la Commissione europea, volta a rendere chiarimenti in ordine alla natura del consorzio, sono intervenuti sullo statuto del Cineca al fine di renderlo aderente alla

prescrizioni della Commissione e al fine di superare le criticità evidenziate da questo stesso Consiglio di Stato con la sentenza 2660 del 2015.

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

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

7. Tutto ciò premesso, nondimeno nel presente giudizio Be Smart evidenzia, con il motivo qui riproposto in ordine alla sussistenza del requisito del controllo analogo, che l'interpretazione seguita da questo Consiglio di Stato nella citata sentenza lascerebbe adito a persistenti dubbi, in quanto la costante giurisprudenza europea ha escluso che la mera partecipazione e l'esercizio delle comuni prerogative conferite a soci e/o componenti di un ente – seppur necessari – siano di per sé sufficienti a dimostrare l'esistenza del “*controllo analogo*” (Corte di Giustizia U.E., 11 maggio 2006, *Carbotermo*, C-304/04): esso richiederebbe un *quid pluris*, proprio in quanto deve sostanziarsi nell'esercizio di una influenza determinante.

7.1. Tali presupposti trovano ovviamente applicazione anche qualora l'entità *in house* sia detenuta da più amministrazioni e ciò implicherebbe, da un lato, che il c.d. controllo analogo congiunto non sussiste se lo stesso sia esercitato da una sola delle amministrazioni partecipanti che abbia una quota di maggioranza o rivesta sostanzialmente una posizione di primazia e, dall'altro, che, sebbene non sia «*indispensabile che detto controllo venga esercitato individualmente da ciascuna di esse*» (Corte di Giustizia U.E., 29 novembre 2012, *Econord*, C-181/11 e C-182/11), la

singola amministrazione deve comunque essere in grado di esercitare, insieme alle altre, una influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni importanti assunte dall'entità comune.

7.2. Alla luce di tali principi europei, valevoli indifferentemente per tutti gli organismi *in house* a prescindere dalla loro forma (societaria o consortile), sarebbe difficile avallare, ad avviso di Be Smart, un'interpretazione come quella della sentenza n. 9452 del 2 novembre 2023, secondo cui, nel caso di specie, il requisito *de quo* sarebbe sostanzialmente garantito dalla mera partecipazione egualitaria di tutti i consorziati all'assemblea e ai relativi deliberati assunti, di regola, a maggioranza semplice dei votanti.

7.3. L'assemblea è un organo che si riunisce poche volte l'anno – di norma 4 – composto da un numero elevatissimo di rappresentanti – allo stato 118 – per le cui decisioni strategiche lo Statuto del Consorzio prescrive, solo nelle prime 2 deliberazioni, il voto favorevole dei due terzi dei rappresentanti e dalla terza votazione in poi – il modo usuale in cui delibera il Consorzio – è sufficiente la maggioranza semplice dei votanti (art. 5, comma 6, dello Statuto).

7.4. Si verserebbe quindi in una tipica situazione di *shifting majority*, in cui le decisioni fondamentali sono adottate sulla base di maggioranze variabili, e che, nell'ambito del diritto societario, è qualificata addirittura come assenza di controllo (*no control*), in totale distonia con quella delineata dalla giurisprudenza europea sopra citata.

7.5. Di contro, sarebbe necessario che gli enti partecipanti – almeno per le scelte più importanti – operassero congiuntamente – e non semplicemente secondo la logica della maggioranza – o avessero quantomeno la possibilità di condizionare/bloccare l'adozione delle decisioni che si pongano in contrasto con i loro interessi.

7.6. In sintesi, deduce Be Smart, a maggior ragione in un caso di partecipazione “pulviscolare” – come è indubbiamente quello di specie, in cui ogni consorziato conta per una quota pari a 1/118 e, dunque, meno dell'1% – si renderebbe necessaria

l'istituzionalizzazione di forme di coordinamento tra gli enti partecipanti, tali da garantire ad essi di intervenire con voce unitaria negli ordinari organi sociali e «consentire a ciascun socio e non solo alla maggioranza, di realizzare una reale interferenza» (Corte dei Conti Campania, delibera del 6 aprile 2023, n. 101).

7.7. In difetto, non verrebbe loro garantita la possibilità di esercitare una influenza determinante sulle decisioni strategiche e, quindi, un effettivo controllo analogo congiunto.

7.8. È chiaro infatti che, se bastasse la mera partecipazione agli organi decisionali per assicurare la tenuta del modello *in house*, il rischio di elusione di norme e principi in materia di appalti pubblici sarebbe significativo

8. Tale anomalia, peraltro, si enfatizza rispetto ad un ente, quale è Cineca, che nel tempo ha subito, oltre che un ampliamento rilevato, anche una progressiva perdita di coerenza nella composizione della propria compagine.

8.1. Oggi, deduce ancora Be Smart, fanno parte del Consorzio anche enti estranei al comparto dell'istruzione, dell'università e della ricerca, in nessun modo, assimilabili, per natura e finalità, ad una Università e/o a un ente pubblico di ricerca, quali ad esempio, le Aziende Ospedaliere locali, l'Agenzia Italia Meteo, la Biblioteca Nazionale di Firenze, la SNA o l'Agenzia per la cybersicurezza nazionale.

8.2. Il tutto, deduce Be Smart, in contrasto con la disciplina specifica dettata dall'art 9, comma 11-*bis*, del d.l. n. 78 del 2015 e i sottesi principi europei (v. art 12, par. 3, comma 2, lett *iii*), Dir 2014/24/UE), i quali, al fine di scongiurare potenziali conflitti di interesse e non snaturare la logica dell'*in house*, imporrebbero nella compagine di controllo non soltanto la natura pubblica, ma anche posizioni e finalità analoghe, tali da giustificare affidamenti atti a soddisfare esigenze comuni.

9. Inoltre, deduce ancora l'appellante, l'assetto di Cineca risulterebbe incompatibile con le caratteristiche del controllo analogo congiunto anche sotto altri profili non considerati nella pronuncia di appello *de qua*.

9.1. Be Smart riferisce, *in primis*, alla rappresentanza dei consorziati negli organi decisionali, in particolare nel consiglio di amministrazione, ai sensi dell'art 12, par 3, della Dir 2014/24/UE, nella parte in cui prevede che «*gli organi decisionali della persona giuridica controllata [siano] composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti*», anche mediante la designazione di «*singoli rappresentanti*» comuni a «*varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti*».

9.2. Tale disposizione non pretende che i singoli partecipanti all'organismo *in house* siano rappresentati in via individuale in tutti gli organi decisionali, ma, al contempo, non rinuncia ad una loro rappresentanza quantomeno cumulativa e, quindi, ad un consiglio di amministrazione che non sia espressione soltanto di una parte, ma che, tramite il sistema di designazione dei suoi membri, garantisca una rappresentanza a tutti, anche alle minoranze.

9.3. Non si tratterebbe, dunque, di replicare nei numeri e duplicare l'assemblea.

9.4. Il vero problema, deduce Be Smart, è che il sistema di designazione vigente nel Consorzio – di cui al Regolamento generale per le elezioni – tramite un meccanismo elettorale di tipo plurinomiale maggioritario con voto di lista, escluderebbe *a priori* qualsiasi rappresentanza, nel consiglio di amministrazione, dei consorziati che abbiano espresso il proprio voto non per la lista vittoriosa, ma a favore di altra lista di candidati al consiglio di amministrazione.

9.5. Ciò che, in combinato disposto con il *quorum* deliberativo – a partire dalla terza votazione, la maggioranza semplice dei votanti – configurerebbe un consiglio di amministrazione che potrebbe essere espressione, addirittura, di una minoranza degli enti partecipanti.

9.6. Be Smart, poi, sottolinea – anche, e in particolare, nella memoria del 30 maggio 2025 in replica alle deduzioni sul punto articolate dal Ministero interventore *ad opponendum* – che, per quanto le novelle statutarie abbiano parzialmente inciso su

alcune delle prerogative ministeriali (in passato ritenute causa di insussistenza del requisito del controllo analogo, come ritenuto da questo Consiglio di Stato nella sentenza n. 2660 del 2015), ne residuano altre che continuano a garantire al Ministero dell'Istruzione e dell'Università e al Ministero della Ricerca una posizione differenziata e rafforzata.

9.7. In particolare, i Ministeri mantengono il sostanziale dominio del consiglio di amministrazione, con la designazione diretta di 2 componenti su 5 (art. 7 dello Statuto) e la nomina del Presidente, tra uno dei 3 consiglieri di designazione assembleare (art. 6).

9.8. Tale potere di nomina del Presidente implicherebbe – per logica – che almeno uno dei 3 membri di competenza dell'assemblea sia selezionato previo gradimento dei Ministeri.

9.4. Diversamente, si rischierebbe il blocco della nomina del Presidente, con l'effetto di paralizzare il funzionamento del Consorzio.

9.5. Il che equivarrebbe, in sostanza – anche se non formalmente positivizzato in una norma statutaria – ad un diritto di veto, in contrasto con quanto indicato in altre occasioni dalla giurisprudenza, ove si è rilevato che *«la partecipazione della singola amministrazione non può ritenersi effettiva quando vi siano soci di maggioranza in grado di imporre le proprie scelte alla minoranza, già a partire dalla nomina dell'organo amministrativo»* (Cons. St., sez. V, 30 aprile 2018, n. 2599).

9.6. Ma vi sarebbe di più, a dire dell'appellante, perché i citati Ministeri, tramite il consiglio di amministrazione, continuerebbero a controllare anche l'altro organo essenziale per la gestione del Consorzio e, cioè, il Direttore Generale, e, inoltre, hanno mantenuto il diritto di veto sullo scioglimento degli organi consortili (art. 16) e sulle modifiche statutarie (art. 15), nonché il potere di loro approvazione con decreto *ex art. 61 del R.D. n. 1592 del 1933*, che, in passato, è stato ritenuto dirimente ai fini del riconoscimento della posizione di primazia del Ministero ostativa ad un effettivo

controllo congiunto (Cons. St., sez. VI, 30 aprile 2018, n. 2583, secondo cui la «posizione di supremazia» del MIUR deriva «anzitutto all'art. 61 del Regio Decreto 31 agosto 1933, n. 1592, formalmente non abrogato, che attribuisce tuttora al MIUR il potere di approvare lo statuto del Consorzio»).

9.7. Be Smart sottolinea che non vi è alcuna contraddizione nel constatare la primazia dei Ministeri e, allo stesso tempo, lamentare l'assenza di strumenti di veto/coordinamento in capo agli altri consorziati.

9.8. Infatti, il controllo analogo congiunto non sussiste sia se sostanzialmente monopolizzato da uno o più soggetti partecipanti, sia se, rispetto agli altri, è talmente diluito da risolversi in una situazione di *no control*.

10. Ritiene questo Collegio che l'interpretazione preferibile da seguirsi, in ordine al c.d. controllo analogo, sia quella già seguita dalla Sezione nella più volte richiamata sentenza n. 9452 del 2 novembre 2023, alle cui argomentazioni si riporta, non ravvisando ancora una volta la necessità, perché esso sia effettivo, che detto controllo sia esercitato attraverso patti parasociali o accordi che ricalcano o replicano prassi, o schemi, del diritto societario.

11. Cionondimeno, le censure riproposte da Be Smart in ordine all'esistenza di un effettivo controllo analogo, nel presente giudizio, non sono coperte dal giudicato in quanto, come questo Consiglio di Stato ha già chiarito nella sentenza n. 9773 del 2024, peraltro, la nuova delibera, in questo giudizio gravata, è il frutto di una nuova rivalutazione dei presupposti per l'affidamento *in house* del servizio, rispetto al quale l'amministrazione ha l'obbligo di rivalutare, nell'attualità, i requisiti dell'affidamento *in house*, che sono sempre mutevoli, e dinamici, nel tempo.

11.1. Secondo il diritto dell'Unione, la nozione di controllo analogo, sin dalla nota sentenza *Teckal* (C-107/98), implica che «l'entità [in house] è assoggettata a un controllo che consente all'amministrazione aggiudicatrice di influenzare le decisioni dell'entità medesima», in quanto è necessario che tra l'entità controllata e

l'amministrazione aggiudicatrice vi sia un «*legame interno particolare*», analogo a quello che quest'ultima ha con i “*propri servizi*” interni.

11.2. Il controllo analogo deve quindi tradursi nella «*possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti di tale entità*» (Corte di Giustizia U.E., 29 novembre 2012, *Econord*, C-182/11 e C-183/11, punti 31-33).

11.3. In altre parole, l'amministrazione aggiudicatrice controllante, per usare le parole della Corte, «*deve essere in grado di esercitare su tale entità un controllo strutturale e funzionale*», oltre che «*effettivo*».

12. A fronte di tale quadro, dunque, i dubbi sollevati da Be Smart con il motivo in esame impongono a questo Consiglio di Stato, quale giudice di ultima istanza ai sensi dell'art. 267 del T.F.U.E., al fine di dissipare ogni residuo dubbio, di rimettere alla Corte di Giustizia, anzitutto, le seguenti questioni:

1) *se gli artt. 49 e 56 del T.F.U.E. e i principi di trasparenza e parità di trattamento, come interpretati dalla nota giurisprudenza Teckal (C-107/98), e l'art. 12 della Dir 2014/24/UE escludano che possa essere ravvisata una situazione di controllo analogo congiunto nell'ipotesi in cui un'amministrazione aggiudicatrice, quale l'Università di Reggio Calabria, affidi, senza effettuare una procedura di gara, un contratto di servizi informatici ad un consorzio, quale Cineca, partecipato da un numero elevatissimo di soggetti, al momento superiore a cento unità e suscettibile di aumentare ulteriormente;*

2) *se gli artt. 49 e 56 del T.F.U.E. e i principi di trasparenza e parità di trattamento, come interpretati dalla nota giurisprudenza Teckal (C-107/98), e l'art. 12 della Dir 2014/24/UE escludano che possa essere ravvisata una situazione di controllo analogo congiunto nell'ipotesi in cui un'amministrazione aggiudicatrice, quale l'Università di Reggio Calabria, affidi, senza effettuare una procedura di gara, un contratto di servizi informatici ad un consorzio, quale Cineca, che presenti le caratteristiche di*

*governance dianzi descritte e, in particolare, in cui il requisito dell'influenza determinante congiunta:*

*- sia soddisfatto dalla mera possibilità di partecipazione dei rappresentanti dei consorziati alle deliberazioni dell'assemblea consortile, in cui ciascun ente consorziato rappresenta soltanto 1/118 del deliberato che poi determina la volontà di tale organo e non dispone di diritto di veto o altro strumento atto ad impedire e/o condizionare l'adozione di decisioni contrarie ai propri interessi;*

*- e ciò specie in una situazione in cui i meccanismi decisionali dell'assemblea consortile fanno sì che le decisioni fondamentali strategiche siano adottate sulla base di maggioranze di volta in volta variabili;*

*3) se gli artt. 49 e 56 del T.F.U.E. e i principi di trasparenza e parità di trattamento, come interpretati dalla nota giurisprudenza Teckal (C-107/98), e l'art. 12 della Dir 2014/24/UE escludano che possa essere ravvisata una situazione di controllo analogo congiunto nell'ipotesi in cui un'amministrazione aggiudicatrice, quale l'Università di Reggio Calabria, affidi, senza effettuare una procedura di gara, un contratto di servizi informatici ad un consorzio, quale Cineca, che presenti le caratteristiche di governance dianzi descritte e, in particolare, in cui non è previsto alcun meccanismo che garantisca la rappresentanza, almeno cumulativa, di tutti i consorziati nel consiglio di amministrazione, ma soltanto di quelli in posizione di maggioranza, ovvero di coloro che hanno espresso la loro preferenza per la lista di candidati consiglieri risultata vittoriosa;*

*4) se gli artt. 49 e 56 del T.F.U.E. e i principi di trasparenza e parità di trattamento, come interpretati dalla nota giurisprudenza Teckal (C-107/98), e l'art. 12 della Dir 2014/24/UE escludano che possa essere ravvisata una situazione di controllo analogo congiunto, come anche precisato dalla citata giurisprudenza Econord (C-182/11 e C-183/11), nell'ipotesi in cui un'amministrazione aggiudicatrice, quale l'Università di Reggio Calabria, affidi, senza effettuare una procedura di gara, un contratto di servizi*

*informatici ad un consorzio, quale Cineca, che presenti le caratteristiche di governance dianzi descritte e, in particolare, in cui, anche dopo le modifiche introdotte dalle nuove disposizioni statutarie, l'influenza determinante ed effettiva sulle decisioni ordinarie, straordinarie e strategiche del Consorzio sia attribuita a due soli enti consorziati e, cioè, i Ministeri dell'Istruzione e dell'Università e della Ricerca, anche mediante il controllo esclusivo del consiglio di Amministrazione:*

- 1) che è l'organo fondamentale di gestione del Consorzio;*
- 2) a cui compete la nomina del direttore generale e, dunque, dell'altro organo essenziale per la gestione del Consorzio;*
- 3) e che pertanto, unitamente al direttore generale, riveste un ruolo essenziale anche nella formulazione della offerta di servizi tecnici (e, cioè, la tipologia di servizio, la modalità di erogazione e il prezzo) da fornire all'intera platea delle università consorziate.*

12. Invero, avuto riguardo agli organi e al concreto assetto dei processi decisionali interni al Cineca, escluso, come accennato (v., *supra*, § 6.3.3.), che al Cineca possano partecipare soggetti privati, ciò che è recisamente vietato dallo Statuto vigente, il quale richiede, all'art. 2, comma 4, la personalità giuridica pubblica quale indispensabile requisito per la partecipazione al Cineca ed esclusa, quindi, l'ammissibilità del primo quesito interpretativo formulato da Cineca, gli ulteriori quesiti, anche quello inerente all'incisività dei poteri di controllo da parte del Ministero dell'Istruzione e dell'Università della Ricerca, meritano un sicuro approfondimento da parte del giudice europeo, in assenza, del resto, di precedenti specifici della Corte di Giustizia su questioni analoghe a quelle sin qui individuate dai quesiti.

12.1. Al riguardo, va ricordato che secondo una giurisprudenza costante della Corte europea «*un giudice nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi ricorso giurisdizionale di diritto interno può astenersi dal sottoporre alla Corte una questione di interpretazione del diritto dell'Unione, e risolverla sotto la propria responsabilità,*

*qualora la corretta interpretazione del diritto dell'Unione si imponga con tale evidenza da non lasciar adito ad alcun ragionevole dubbio (sentenza del 6 ottobre 2021, Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi, C-561/19, EU:C:2021:799, punto 39 e giurisprudenza ivi citata)» (v., da ultimo, Corte di Giustizia U.E., 27 aprile 2023, Associazione Raggio Verde, C-482/22, ord.).*

12.2. Ai sensi dell'art. 267, comma 3, del T.F.U.E., le giurisdizioni di ultima istanza sono tenute a rivolgersi alla Corte quando siano chiamate a pronunciarsi su una questione di interpretazione o di validità del diritto dell'Unione, a meno che, per quanto riguarda in particolare l'obbligo di rinvio pregiudiziale interpretativo, non sussista una delle cause di esenzione previste dalla c.d. giurisprudenza *Cilfit*.

12.3. Tale giurisprudenza, ribadita e precisata dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 6 ottobre 2021, *Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi*, C-561/19, c.d. "Cilfit II"), esenta i giudici di ultima istanza dall'obbligo di rinvio quando:

- a) la questione sollevata non sia rilevante;
- b) la disposizione di diritto dell'Unione di cui trattasi sia già stata interpretata dalla Corte (c.d. *acte éclairé*);
- c) la corretta applicazione del diritto dell'Unione si imponga con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi (c.d. *acte claire*).

12.4. Ma, nel caso di specie, appare sin troppo evidente, a fronte di tutte le questioni esaminate, che non sussista nessuna delle tre ipotesi, sin qui ricordate, che esentano il giudice di ultima istanza dal rinvio.

12.5. Va aggiunto che sussistono in concreto profonde differenze rispetto alla situazione processuale definita con la più volte citata sentenza di questa Sezione n. 9452 del 2 novembre 2023, con cui era stato comunque confermato l'annullamento dell'affidamento e alcune delle questioni oggetto del presente rinvio non erano state esaminate per la scelta da parte di Cineca di ritenere integralmente soddisfattiva la conferma della statuizione di accoglimento del motivo della violazione dell'art. 192,

comma 2, del d. lgs. n. 50 del 2016 sotto il profilo della congruità economica dell'offerta di Cineca.

12.6. In quel giudizio la conferma dell'annullamento dell'affidamento e la sostanziale rinuncia ai motivi assorbiti e riproposti hanno reso non rilevanti le questioni pregiudiziali, che assumono invece rilievo in questo giudizio per le ragioni in precedenza esposte e per la già descritta assenza di un vincolo di giudicato derivante dalla appena menzionata sentenza sul potere riesercitato dall'Università, tenuto anche conto che i presupposti dell'affidamento *in house* assumono carattere dinamico e vanno sempre rivalutati in relazione a ogni specifico affidamento.

13. Anche in ordine al requisito della c.d. *attività prevalente*, sulla quale questo Collegio ha ritenuto, all'esito di approfondimenti istruttori, di svolgere, come detto, una consulenza tecnica d'ufficio contabile, sussistono, pur dopo – e, anzi, soprattutto dopo, come ora si dirà meglio – il deposito della relazione peritale, notevoli dubbi in ordine alla sussistenza del requisito, che questo stesso Collegio, in funzione di giudice di ultima istanza, ritiene doveroso sottoporre alla Corte ai sensi dell'art. 267 del T.F.U.E., sempre per le medesime ragioni di uniforme interpretazione del diritto europeo appena espresse, nei §§ 12.1. e ss., in ordine al requisito del c.d. controllo analogo.

13.1. Ai sensi dell'art 12, par 1, lett. b), della Dir 2014/24/UE, affinché si configuri l'*in house*, è necessario che oltre l'80% delle attività sia effettuato «*nello svolgimento dei compiti ad esso affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi*» e, per determinare tale percentuale di attività, occorre prendere in considerazione «*il fatturato totale medio [...] per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto*» (ex par 5 dell'art 12 cit.).

13.2. Si tratta, come appena evidenziato, di un requisito dinamico che, come tale, necessita di essere costantemente monitorato dall'amministrazione aggiudicatrice in occasione di ciascun affidamento diretto, con riferimento al triennio precedente.

13.3. È noto che, secondo la giurisprudenza della Corte Giustizia U.E., «è indispensabile che l'attività dell'ente affidatario sia rivolta principalmente all'ente o agli enti che lo controllano, mentre ogni altra attività può avere solo carattere marginale» e che «per verificare se la situazione sia in questi termini, il giudice competente deve prendere in considerazione tutte le circostanze del caso di specie, sia qualitative sia quantitative» e «a tal riguardo, il fatturato rilevante è rappresentato da quello che tale ente realizza in virtù delle decisioni di affidamento adottate dall'ente o dagli enti locali controllanti (v., in tal senso, sentenze dell'11 maggio 2006, *Carbotermo e Consorzio Alisei*, C-340/04, EU:C:2006:308, punti 63 e 65, nonché del 17 luglio 2008, *Commissione/Italia*, C-371/05, non pubblicata, EU:C:2008:410, punto 31)» (Corte di Giustizia U.E., 8 dicembre 2016, *Undis servizi s.r.l.*, C-553/15, punto 32).

14. Invero, nel presente giudizio, nella relazione di consulenza tecnica d'ufficio, depositata il 27 novembre 2025, il c.t.u., all'esito degli accertamenti contabili eseguiti, ha ipotizzato, in sintesi, tre scenari.

14.1. Nel primo scenario (pp. 90-95 della relazione), definito dal c.t.u. "formalistico e letterale", egli ha accertato il mancato rispetto ed il non raggiungimento della percentuale minima del 80% in favore dei consorziati per ciascuno dei tre anni del triennio esaminato (2021, 2022 e 2023), e con percentuale *in house* sul fatturato totale medio dell'intero triennio del 74,04%.

14.2. Nel secondo scenario (pp. 95-100 della relazione), definito dal c.t.u. "filologico e semplificato", egli ha accertato il rispetto e il raggiungimento della percentuale minima del 80% in favore dei consorziati per ciascuno dei tre anni del triennio

esaminato (2021, 2022 e 2023) e con percentuale *in house* sul fatturato totale medio dell'intero triennio del 80,60%.

14.3. Nel terzo scenario (pp. 100-105 della relazione), definito dal c.t.u. “teleologico e deterministico”, egli ha accertato il rispetto e il raggiungimento della percentuale minima dell'80% in favore dei consorziati per ciascuno dei tre anni del triennio esaminato (2021, 2022 e 2023) e con percentuale *in house* sul fatturato totale medio dell'intero triennio dell'86,96%.

14.4. Nel secondo scenario, invero, il c.t.u. include la considerazione anche dei “*Contributi per Progetti Nazionali e UE*” nel raggiungimento della soglia dell'80% in quanto, con riferimento a detti contributi, facendo proprie le osservazioni, in particolare, del Ministero e dell'Università (pp. 98-99 della relazione), presuppone che il supercalcolatore non sia un servizio, ma si tratti, come già rilevato da questo Consiglio di Stato nella sentenza della sez. VI, 22 ottobre 2018, n. 6009, di un'infrastruttura di ricerca, finanziata dal Ministero e dalla partecipazione del Cineca per conto dello stesso a progetti di ricerca strumentali all'avanzamento del sistema Paese nel campo del calcolo scientifico ad alte prestazioni.

14.5. L'attività del supercalcolatore, a prescindere dal fatto che i progetti vengano finanziati dai consorziati o altri soggetti pubblici, stante la rilevanza ai fini dell'interesse nazionale, rientrerebbe sempre in attività qualificabile come istituzionale in quanto svolta in aderenza alla missione statutaria del consorzio e delle ragioni per le quale è stato costituito dal Ministero, e nell'interesse della nazione.

14.6. In tale scenario, per dirla altrimenti, il c.t.u. include nel calcolo dell'attività prevalente di Cineca i contributi per i progetti di ricerca non intestati nominativamente al Consorzio (o ai singoli consorziati), ma che comunque sono stati ottenuti per scopi di ricerca compatibili con lo statuto di Cineca e negli interessi dei consorziati, anche se formalmente intestati a un soggetto capofila non consorziato.

14.7. Nel terzo scenario, infine, il c.t.u., estendendo ancor più il campo della propria analisi a valutazioni di carattere sostanzialistico e, appunto, “teleologico” ad ampio spettro, ha incluso – *ceteris paribus* – la considerazione anche delle “voci *ininfluenti*” nel raggiungimento della soglia dell’80%.

14.8. Il c.t.u., cioè, ha considerato nel calcolo dell’attività prevalente sia i contributi per progetti di ricerca non intestati nominativamente al Consorzio (o ai singoli consorziati) sia i ricavi derivanti dalle c.d. voci *ininfluenti*, in quanto comunque conseguite nell’interesse dei consorziati

14.9. Con riferimento a tale ultima ipotesi, il c.t.u., accogliendo e facendo propri, questa volta, i rilievi di Cineca (v. pp. 104-105 della relazione), presuppone che la documentazione contabile riferita alle voci considerate *ininfluenti* riguardi per la quasi totalità ricavi derivanti dalla valorizzazione da parte di Cineca di certificati energetici rilasciati dal GSE.

14.9.1. Si tratta di certificati che certamente non possono essere imputati ad attività di mercato, perché, per l’appunto, non sono il frutto di un’attività economica, tantomeno commerciale, svolta da Cineca.

14.9.2. Peraltro, seguendo sempre questa linea interpretativa, questi certificati sono stati ottenuti a seguito dell’installazione proprio di supercalcolatori destinati al sistema nazionale ed europeo della ricerca.

14.9.3. La richiesta di certificati energetici era prevista nei progetti sottoposti all’Unione europea come possibile fonte di co-finanziamento e comunque il relativo ricavo è stato reinvestito nei medesimi progetti di supercalcolo, ancora una volta nell’interesse dei nostri consorziati e in linea con la missione istituzionale di Cineca.

15. A queste conclusioni e, in particolare, agli scenari prefigurati dal c.t.u. nei citati scenari secondo e terzo si è opposta fermamente Be Smart, invocando, alla luce della giurisprudenza europea in materia di attività prevalente, i principi contabili secondo i quali:

a) nell'80% rilevavano contabilmente unicamente le poste per le quali esista o un giustificativo (fattura, nota spese ammissibili, ecc.) o contratto di affidamento intestato/sottoscritto da parte di un consorziato, unico soggetto a possedere per definizione di legge un controllo (analogo) sul Cineca;

b) nel contabilizzare le poste non rilevano le finalità dell'attività, ossia fini istituzionali, fini di mercato, ecc. ma unicamente il soggetto per le quali sono "svolte" e, precisamente, *«le attività svolte negli anni 2021, 2022 e 2023 dal Consorzio Interuniversitario nei confronti dei consorziati»*, come il Collegio ha disposto nell'ordinanza n. 5334 del 18 giugno 2025,

c) in particolare, nel 20%, contabilmente devono andare anche le attività "istituzionali" ordinate da un ente pubblico di rango superiore (come stabilito nel caso esaminato dalla citata sentenza della Corte di Giustizia U.E., 8 dicembre 2016, *Undis servizi s.r.l.*, C-553/15).

15.1. In base a tali principi contabili, i ricavi del Cineca che posseggono tutte le (necessarie) caratteristiche elencate ai punti che precedono sarebbero unicamente i ricavi computati nell'ipotesi del primo scenario delineato dal c.t.u., l'unico corretto da applicarsi in base ai principi sanciti dal diritto europeo e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

16. Be Smart deduce che, in presenza di questi connotati interpretativi, sarebbe evidente che – e a differenza di quanto si riporta negli scenari secondo e terzo della relazione del c.t.u. – rapporti con i terzi, quali quelli afferenti ai progetti finanziati dall'U.E. (o da altre entità pubbliche), non possono ritenersi compresi nell'attività prevalente del Consorzio.

16.1. Invero, secondo Be Smart, il Consorzio:

- in assenza di un affidamento da parte di un controllante/consorziato, vi partecipa da solo (senza le amministrazioni che esercitano il controllo analogo) e di propria sponte,

nell'esercizio della propria di libertà di azione (senza un preciso mandato delle amministrazioni che esercitano il controllo analogo);

- in tale quadro, prendendo parte alle procedure di selezione bandite dalla Commissione dell'U.E. o dalle sue agenzie esecutive, esso richiede i fondi dell'U.E., in concorrenza con altri enti o imprese, pubbliche o private, per i progetti più diversi che l'U.E. intende di volta in volta finanziare;

- così come tutti gli altri enti o imprese, pubbliche o private, che richiedono tali fondi, è un mero concorrente/richiedente che può o meno ottenere, da solo o insieme ad altri, i fondi di cui trattasi;

- qualora il suo progetto sia selezionato riceve i relativi contributi (corrispettivi) mediante la stipula di appositi contratti (*grant agreement*), senza la partecipazione delle amministrazioni che esercitano il controllo analogo, e la cui controparte è un'entità terza e, cioè, la Commissione o una sua agenzia esecutiva o altro soggetto pubblico.

16.2. Nelle proprie difese Cineca, al contrario di Be Smart, sostiene che, con i progetti di ricerca in questione (anche quelli in cui il Consorzio non è formalmente capofila), esso resta saldamente nel proprio perimetro naturale, non esorbita la propria dimensione, non invade spazi liberi di mercato e non pregiudica alcun operatore economico privato, se non altro perché le attività dei progetti di ricerca sono pacificamente relative alla funzione istituzionale di Cineca e, cioè, la gestione della infrastruttura scientifica di supercalcolo a favore della comunità nazionale e internazionale della ricerca.

16.3. Come già confermato proprio da questo Consiglio di Stato sin dalla sentenza n. 6009 del 22 ottobre 2018, l'attività di ricerca svolta attraverso l'infrastruttura del supercalcolo è da intendersi *«inestricabilmente connessa all'interesse pubblico e strategico di trasferimento delle conoscenze e delle tecnologie di avanguardia essenziali per la crescita del sistema Paese»*.

16.4. L'attività di ricerca che ne consegue, pertanto, come ancora una volta confermato dalla sentenza n. 6009 del 22 ottobre 2018, non è neppure qualificabile come attività di carattere economico.

16.5. La stessa decisione della Commissione Europea di novembre 2024 ha confermato che le attività di ricerca HPC, Big Data, PNRR e Horizon Europe sono attività non economiche e corrispondono a servizi di interesse generale non economici (NGEI: *Non-Economic General Interest*).

16.6. A fronte di quanto precede, secondo Cineca, sfuggirebbero davvero le basi giuridiche della tesi per cui una siffatta attività (di ricerca e addirittura neppure di carattere economico) debba essere ricondotta alla quota residuale del 20% e, cioè, alla quota deputata a misurare la porzione di attività che il soggetto in house svolge nell'ambito del libero mercato soggetto alle regole concorrenziali con altre imprese.

16.7. Escludere dal computo dei ricavi i contributi per attività che pacificamente sono progetti di ricerca apparirebbe già di per sé un fuor d'opera e giustificare, poi, tale esclusione, per il semplice fatto che in quei progetti di ricerca il soggetto formalmente capofila non era il Consorzio o un consorziato, apparirebbe operazione ancor meno attendibile sul piano logico e giuridico.

16.8. Lo stesso art. 5 del d. lgs. n. 50 del 2016, in piena aderenza alla Direttiva 2024/24/UE, nel riferirsi alle attività che il soggetto in house deve svolgere, in maniera prevalente, a favore dei propri soci, dispone che *«oltre l'80 per cento delle attività della persona giuridica controllata è effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore di cui trattasi»*

16.9. Nello stesso senso, l'art. 16, comma 3, del d. lgs. n. 175 del 2016 prevede che *«gli statuti delle società di cui al presente articolo devono prevedere che oltre*

*l'ottanta per cento del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci».*

17. Cineca sottolinea che tali disposizioni prevedono lo svolgimento dei compiti affidati dai soci, dunque, e non ricavi formalmente provenienti da pagamenti disposti dai soci.

18. In sintesi, Cineca sostiene che, anche alla luce di quanto affermato dalla Corte nella citata sentenza 8 dicembre 2016, *Undis servizi s.r.l.*, C-553/15, i ricavi derivanti dalla partecipazione dello stesso Cineca ai progetti di ricerca:

- non sono il frutto di una presenza di Cineca “*sul mercato*”;
- non possono neppure teoricamente impattare una dinamica di “*concorrenza con altre imprese*”, perché la partecipazione a progetti di ricerca istituzionali europei è quanto di più lontano possa immaginarsi dal concetto di concorrenza nel mercato;
- non sono espressione di una “*attività economica*” svolta “*presso altri operatori*”.

19. Ne risulterebbe allora che, dovendo il giudice nazionale, per la stessa sentenza della Corte di Giustizia, «*prendere in considerazione tutte le circostanze del caso di specie, sia qualitative sia quantitative*», i ricavi provenienti dalla partecipazione di Cineca ai progetti di ricerca, anche nei casi in cui il soggetto pagatore è formalmente un non consorziato, non potrebbero giammai essere imputati alla quota del 20%, non essendo in alcun modo sostenibile una loro equiparazione ad attività di mercato soggette a concorrenza tra imprese.

20. Anche il Ministero interveniente *ad opponendum* nel presente giudizio e l'Università deducono, alla luce delle risultanze della c.t.u., che ciò che rileva ai fini del test dell'80% non è l'identità formale del soggetto che eroga il corrispettivo, bensì la destinazione funzionale dell'attività verso i consorziati come committenti sostanziali.

20.1. Applicando questo canone, la percentuale si attesta all'80,77% nel 2021, all'80,46% nel 2022 e all'80,59% nel 2023 e la soglia è superata in ciascun anno del triennio, sia pure di misura.

20.2. Tale scenario (il secondo, per la precisione, delineato dal c.t.u.), peraltro, continuerebbe a classificare come “verso terzi” attività di rilievo per il sistema Paese in quanto rivolte alla ricerca scientifica (costituzionalmente tutelata) derivanti da EuroHPC, Horizon Europe, PNRR, infrastrutture HPC e digitali.

20.3. Tali attività invece, sostengono le amministrazioni appellate, sono qualificabili più correttamente, e propriamente, come istituzionali, in quanto rispondenti al progresso del sistema ricerca e formazione superiore, non economiche (NGEI), ma soprattutto svolte nell'interesse diretto del Ministero quale soggetto rappresentante del segmento.

20.4. Ne deriverebbe che la classificazione basata sulla provenienza del finanziamento non riflette la loro destinazione funzionale.

20.5. I ricavi riportati in tale voce sono quelli conseguenti alle attività che Cineca svolge in favore e per conto dei consorziati, non utilizzando il modello *in house* dell'affidamento diretto del contratto posto che si tratta, invero, di attività connesse alla gestione e all'impiego dei supercalcolatori, quali infrastrutture nazionali di ricerca.

20.6. Tali ricavi conseguirebbero, quindi, ad attività che, stante la loro natura indistinta rispetto all'attività istituzionale del Cineca, così come stabilita dallo Statuto, implicano che i proventi da esse derivanti debbano essere ricondotti all'attività svolta in favore dei consorziati (*rectius* computabile nell'80%).

21. Trattasi, infatti, di contributi così distinti.

21.1. Deducono il Ministero e l'Università che il contributo maggioritario è quello erogato annualmente dal Ministero dell'Università e della Ricerca stesso in favore del Cineca per il funzionamento e la gestione dell'infrastruttura di supercalcolo.

21.2. Il finanziamento annuale per le attività di supercalcolo è da sempre posto a carico del capitolo di bilancio del Ministero denominato “*Fondo per il finanziamento ordinario delle università e dei consorzi interuniversitari relativo alle spese di funzionamento, ivi comprese quelle per il personale docente, non docente e per i ricercatori e per la ricerca scientifica*”, dall’anno 2005, capitolo 1694.

21.3. Tale capitolo comprende, quindi, anche l’investimento annuo a supporto della valorizzazione della ricerca.

21.4. Come emerge dalla titolatura del capitolo stesso, una parte delle risorse è quindi sempre stata destinata al funzionamento dei Consorzi interuniversitari.

21.5. Si tratta di un capitolo di bilancio vincolato nella destinazione alle sole Università statali e ai Consorzi interuniversitari vigilati dal Ministero.

21.6. Il finanziamento ministeriale disposto a favore del Cineca è stato, negli anni, destinato sia all’acquisto/sostituzione periodica del supercalcolatore, quale contributo in conto esercizio per la copertura dei costi dei servizi di supporto alla gestione dell’infrastruttura messa a disposizione del sistema nazionale della ricerca per consentire l’accesso alla rete europea dei centri di calcolo scientifico. ad alte prestazioni.

21.7. Il supercalcolatore è infatti una fondamentale «*infrastruttura di ricerca*» per il Paese.

21.8. Solo grazie al sostegno ministeriale, l’Italia, per il tramite del Cineca, è saldamente nelle prime posizioni nella lista dei paesi che fruiscono dei 500 supercalcolatori più potenti al mondo, e costituisce il centro di calcolo più importante per la ricerca scientifica in Italia e nella Unione europea.

21.9. La legittimità del contributo erogato dal Ministero in favore del Cineca per la gestione dell’infrastruttura di ricerca supercalcolatore nei termini qui indicati è stata, inoltre, ampiamente vagliata e riconosciuta dalla Commissione europea, dal Consiglio di Stato e dalla Corte dei conti, deducono ancora il Ministero e l’Università.

22. La seconda voce rilevante di detti contributi riguarda la partecipazione del Cineca, per conto dell'Italia, ai progetti di ricerca europei ove competono i diversi Stati membri con i propri partner.

22.1. Considerato che il Ministero è stato l'ente promotore della fondazione del Cineca proprio come centro di calcolo nazionale e ha provveduto sin dalla sua costituzione a finanziare annualmente la gestione del supercalcolatore nei termini suindicati, il Cineca sarebbe, nell'interesse e per conto del Ministero, il soggetto deputato a partecipare in rappresentanza dello Stato membro Italia ai bandi/progetti di ricerca finanziati dalla Commissione europea per lo sviluppo di specifici progetti scientifici che passano attraverso l'uso di sistemi di calcolo ad alte prestazioni.

22.2. Il Cineca, pertanto, allo stato attuale rappresenta lo Stato italiano nelle procedure di competizione per il finanziamento di progetti di ricerca internazionali.

22.3. Anche la normativa successiva, finalizzata alla fusione dei centri di calcolo nazionali in ottica di *spending review*, avrebbe ribadito la necessità di valorizzare un centro di ricerca e servizi unico e rappresentativo del paese (Art. 42-*bis* del decreto legge 6 luglio 2012, n. 95: «*Il Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca promuove un processo di accorpamento dei consorzi interuniversitari CINECA, Cilea e Caspur al fine di razionalizzare la spesa per il funzionamento degli stessi attraverso la costituzione di un unico soggetto a livello nazionale con il compito di assicurare l'adeguato supporto, in termini di innovazione e offerta di servizi, alle esigenze del Ministero, del sistema universitario, del settore ricerca e del settore istruzione*»).

22.4. Le attività svolte con supercalcolatore non sarebbero, infatti, un servizio oggetto di affidamento, ma configurerebbero il risultato, come già rilevato da questo Consiglio di Stato, sez. VI, nella già citata sentenza n. 6009 del 22 ottobre 2018, della gestione di un'infrastruttura di ricerca, finanziata dal Ministero e dalla partecipazione del Cineca, per conto dello stesso, a progetti di ricerca strumentali all'avanzamento del sistema Paese nel campo del calcolo scientifico ad alte prestazioni, in quanto

22.5. Il Cineca pertanto, in quanto detentore di uno dei più avanzati sistemi di calcolo al mondo, per conto del Governo italiano, partecipa a dei progetti di ricerca e sviluppo banditi dalla Commissione europea (che prevedono un co-finanziamento delle attività da parte della Commissione e del Governo rappresentato ovvero sono interamente finanziati dalla Commissione) nell'interesse dell'intera comunità scientifica.

22.6. Nel partecipare ai singoli progetti banditi dalla Commissione europea, il Cineca, secondo le amministrazioni, opererebbe per conto del Ministero e nell'interesse degli *stakeholders* del Ministero stesso.

22.7. Ne deriverebbe che non può che trattarsi di attività istituzionale.

23. L'attività istituzionale del supercalcolatore così descritta, pertanto, rientrerebbe sempre in attività qualificabile in favore dei consorziati in quanto svolta in aderenza alla missione statutaria del Consorzio, alle ragioni per le quali è stato costituito dal Ministero, e nell'interesse della nazione, dato che, come ha ricordato la citata sentenza n. 6009 del 22 ottobre 2018, *«la messa a disposizione in favore del sistema nazionale della ricerca, pura e applicata, pubblica e privata, di supercalcolatori ad alte prestazioni – oltre che rispondere allo scopo statutario (art. 3, comma 1, dello Statuto) – appare inestricabilmente connessa all'interesse pubblico e strategico di trasferimento delle conoscenze e delle tecnologie di avanguardia essenziali per la crescita del sistema Paese»*.

24. Rispetto al primo scenario, per così dire, angusto e di ordine meramente contabilistico, tratteggiato dal c.t.u., le amministrazioni statali – il Ministero interventore *ad opponendum* e l'Università – deducono che il secondo scenario delineato dal c.t.u. rappresenterebbe un avvicinamento all'interpretazione funzionale che il quesito peritale sembrerebbe richiedere, ma non distingue e valorizza compiutamente le attività infrastrutturali comuni, i servizi digitali istituzionali, la gestione dell'HPC per conto dei consorziati rispetto all'attività verso terzi reali,

distinzione che, invero, è centrale per l'applicazione dell'art. 12 della Direttiva 2014/24/UE.

25. Il terzo scenario, da ultimo, evidenzerebbe, secondo il Ministero e l'Università, una piena e soddisfacente aderenza alla dimensione funzionale del quesito peritale e risulta del tutto coerente con la normativa dell'Unione e la giurisprudenza della Corte.

26. In particolare, risulterebbe chiaro che la Commissione U.E. è finanziatore dei progetti, non committente, che i beneficiari effettivi delle attività sono i consorziati e soprattutto che le attività HPC/PNRR sono istituzionali e costituiscono servizi di interesse generale non economici (NGEI: *Non-Economic General Interest*).

27. Ne deriverebbe, pertanto, un'imputazione coerente delle attività nella quota «*in favore dei consorziati*».

28. Tale scenario troverebbe solido fondamento anche nella recente decisione della Commissione del 21 novembre 2024, proprio riguardante il Cineca, che ha qualificato l'intera attività di Cineca – incluse le componenti di gestione dell'infrastruttura energetica e tecnica a supporto del supercalcolo – come attività non economica inscindibilmente legata alla funzione pubblica dei consorziati.

28.1. Se tali attività non costituiscono servizi economici erogati a terzi, esse non possono essere computate nel 20% residuale destinato all'attività di mercato.

28.2. Del resto, deducono ancora le amministrazioni statali, la loro assegnazione alla quota *in house* è, nella prospettiva teleologica, l'unica coerente con la *ratio* della normativa.

28.3. La decisione della Commissione europea, infatti, offrirebbe in tal senso un fondamento teorico ulteriore, avendo qualificato l'intera attività di gestione dell'infrastruttura di calcolo e di efficientamento energetico come attività non economica, ed essa conferma che quelle voci non appartengono all'area del mercato e non possono essere computate nel 20% residuale.

28.4. Potrebbe invero assumersi che vi sia una piena convergenza e un'assoluta coerenza tra quanto accertato dalla Commissione e le risultanze del terzo scenario, delineato dal c.t.u. nella relazione di consulenza tecnica.

28.5. Entrambi riflettono la stessa lettura sostanziale e funzionale dell'attività di Cineca, opposta alla lettura formalistica e atomistica che caratterizza il primo scenario, richiamato e valorizzato, invece, da Be Smart.

28.6. Né andrebbe trascurato che lo stesso c.t.u. ha definito quest'ultimo scenario "*paradossale*" nella sua applicazione pratica, rilevando come esso porti ad azzerare, ai fini del calcolo, un'intera area di attività pacificamente svolta nell'interesse dei consorziati per il solo fatto di presentare caratteristiche formali non perfettamente coincidenti con la voce contrattuale tipica.

29. Nondimeno, è doveroso segnalare che, nella propria memoria di replica depositata il 13 marzo 2026, Be Smart ha eccepito e ribadito che, alla luce della giurisprudenza europea in materia, a nulla rileverebbe il fatto che i progetti europei ai quali partecipa Cineca siano coerenti con la missione istituzionale del Consorzio – coerenza che, per il vero, dovrebbe rappresentare una *condicio sine qua non* per tutta l'attività del Consorzio – o in linea con gli interessi del sistema universitario nazionale, in quanto il ricavo che deriva da tali progetti è comunque riconducibile ad un soggetto terzo rispetto agli enti consorziati di Cineca.

29.1. Quanto alla decisione della Commissione del 21 novembre 2024 invocata dalle amministrazioni statali a favore della loro tesi, ora resa disponibile in versione non confidenziale e impugnata da Be Smart avanti al Tribunale dell'Unione (causa T-894/25, incardinata presso la Sezione VIII), la stessa Be Smart ha eccepito che la decisione ha unicamente valutato se il finanziamento pubblico riferito alle "*attività istituzionali/non commerciali*" del Cineca fosse coerente con le norme U.E. in materia di aiuti di Stato.

29.2. Nello specifico, la Commissione ha unicamente accertato se i contributi pubblici erogati dal Ministero per i servizi IT e HPC e i corrispettivi dei contratti con le Università pubbliche per la fornitura di *software* conferissero a Cineca un aiuto di Stato incompatibile, in applicazione dei quattro criteri cumulativi enunciati dall'art. 107, par. 1, del T.F.U.E.

29.3. In secondo luogo, sarebbe pacifico – e non è del resto contestato dalle amministrazioni statali – che la decisione, assunta ai sensi dell'art. 108 del T.F.U.E., ha ad oggetto soltanto la menzionata norma dello stesso T.F.U.E. in tema di aiuti di Stato (art. 107), mentre non riguarda – né del resto potrebbe – l'applicazione di altre norme dell'ordinamento UE, quali l'art. 12 della direttiva 2014/24/UE e i relativi presupposti di applicazione, fra cui segnatamente quello dell'attività prevalente.

29.4. In terzo luogo, deduce ancora Be Smart, dalla decisione della Commissione risulta invece che le attività di HPC finanziate da fondi UE sulla base di contratti con i competenti organi dell'Unione, non fanno parte delle “«Attività di supercalcolo istituzionali (ossia non commerciali)»”, bensì – in quanto “«Progetti finanziati (progetti UE)»” - delle attività tipicamente commerciali e d'impresa che il Consorzio svolge (v., ad esempio, par. 452).

29.5. Questa distinzione confermerebbe quindi che, anche nella stessa prospettiva della decisione adottata dalla Commissione, le attività di HPC finanziate a valere sui fondi UE non rientrano nelle attività istituzionali/non commerciali svolte da Cineca quale “compito affidato” dai suoi consorziati.

29.6. Né si tratterebbe di “servizi di interesse generale non economici”, come sostengono il Ministero e l'Università.

29.7. Al contrario, sono attività del tutto distinte non solo nella forma, ma anche nella sostanza in quanto, come già richiamato e come riconosce anche la decisione (v., in particolare, par. 471 in cui la Commissione richiama tra l'altro che «le rendicontazioni dei progetti finanziati dall'Unione europea seguono anche le direttive indicate dal

*singolo bando di progetto, vengono corredate da un certificato di audit emesso da un certificatore esterno e vengono sottoposte a verifiche a campione da parte della stessa Commissione europea»):*

- non solo il relativo finanziamento proviene dal *budget* dell'Unione;
- soprattutto – aspetto non contestato, a dire di Be Smart, dalle amministrazioni – l'accesso a tali progetti avviene, come più volte ribadito, mediante la partecipazione del Consorzio ad apposite procedure di selezione (*calls for proposal*), in concorrenza con altri soggetti che propongono analoghi servizi/progetti e richiedono l'ottenimento dei medesimi fondi (tali procedure sono pubblicate sull'apposito portale consultabile sul sito della Commissione europea: “*EU Funding & Tender portal*”): ciò che confermerebbe che, proprio perché compete con altre imprese per l'ottenimento dei fondi, Cineca prende parte a tali selezioni come un qualsiasi operatore economico che offre “*servizi su un mercato*”;
- coerentemente, l'eventuale esito positivo della selezione, darà luogo – e nella specie ha dato luogo – alla stipula di appositi contratti (c.d. *grant agreements*) tra il Consorzio e la Commissione europea (o con le sue agenzie esecutive), costituiti ai sensi del diritto civile di uno Stato membro (il Belgio), il cui ordinamento si applica in via sussidiaria per quanto specificamente regolato dalle specifiche e conferenti fonti dell'Unione.

30. La questione relativa ai contributi – nazionali e, soprattutto, europei – ricevuti da Cineca per la propria attività – e, in particolare, per il c.d. supercalcolo – è dirimente, come visto, per ritenere integrato o meno il requisito dell'attività prevalente, nella misura dell'80% del fatturato, nel presente giudizio.

31. Alla luce di quanto prospettato dal c.t.u. nella relazione di consulenza tecnica d'ufficio, dunque, e in accoglimento dell'istanza di rimessione formulata da Be Smart nella memoria depositata il 7 marzo 2026 (pp. 25-28) e ribadita anche nella memoria di replica depositata il 13 marzo 2026 (p. 16), il Collegio, a fronte dei dubbi interpretativi che sono emersi nel presente giudizio anche in ordine al requisito

dell'attività prevalente e delle contrapposte prospettazioni delle parti e in assenza, pure per questo profilo, di *acte claire* (v., *supra*, § 12.3.), ritiene doveroso, ancora una volta ai sensi dell'art. 267 del T.F.U.E., rimettere alla Corte di Giustizia un ulteriore – e quinto – quesito interpretativo, qui di seguito espresso:

*“se l'art. 12, par. 3, lett. b), e par. 5 della direttiva 2014/24/UE, letto alla luce del considerando 32 e della richiamata giurisprudenza della Corte UE, osti ad una interpretazione del requisito dell'attività prevalente enunciato da tali disposizioni secondo cui concorrano al suo soddisfacimento da parte dell'ente in house e, in particolare, della quota dell'80%, anche i fatturati rinvenienti da corrispettivi riconosciuti all'ente medesimo nell'ambito di rapporti contrattuali dallo stesso stipulati con soggetti terzi, diversi dalle amministrazioni che esercitano il controllo analogo e in assenza di un espresso compito o affidamento da parte delle stesse; e ciò con riferimento, segnatamente, ai rapporti quali quelli relativi a progetti finanziati da fondi UE erogati dalla Commissione e dalle sue agenzie esecutive, o da altri soggetti terzi, pubblici o privati, stipulati dall'ente di cui trattasi in esito alla partecipazione ad apposite procedure di selezione, in concorrenza con altri soggetti interessati, e senza la partecipazione delle sue amministrazioni controllanti”.*

32. Ne segue, conclusivamente e complessivamente, che devono essere rimesse alla Corte di Giustizia dell'Unione europea le questioni pregiudiziali, sin qui indicate, formulando i seguenti cinque quesiti:

1) *se gli artt. 49 e 56 del T.F.U.E. e i principi di trasparenza e parità di trattamento, come interpretati dalla nota giurisprudenza Teckal (C-107/98), e l'art. 12 della Dir 2014/24/UE escludano che possa essere ravvisata una situazione di controllo analogo congiunto nell'ipotesi in cui un'amministrazione aggiudicatrice, quale l'Università di Reggio Calabria, affidi, senza effettuare una procedura di gara, un contratto di servizi informatici ad un consorzio, quale Cineca, partecipato da un numero elevatissimo di*

*soggetti, al momento superiore a cento unità e suscettibile di aumentare ulteriormente;*

*2) se gli artt. 49 e 56 del T.F.U.E. e i principi di trasparenza e parità di trattamento, come interpretati dalla nota giurisprudenza Teckal (C-107/98), e l'art. 12 della Dir 2014/24/UE escludano che possa essere ravvisata una situazione di controllo analogo congiunto nell'ipotesi in cui un'amministrazione aggiudicatrice, quale l'Università di Reggio Calabria, affidi, senza effettuare una procedura di gara, un contratto di servizi informatici ad un consorzio, quale Cineca, che presenti le caratteristiche di governance dianzi descritte e, in particolare, in cui il requisito dell'influenza determinante congiunta:*

*- sia soddisfatto dalla mera possibilità di partecipazione dei rappresentanti dei consorziati alle deliberazioni dell'assemblea consortile, in cui ciascun ente consorziato rappresenta soltanto 1/118 del deliberato che poi determina la volontà di tale organo e non dispone di diritto di veto o altro strumento atto ad impedire e/o condizionare l'adozione di decisioni contrarie ai propri interessi;*

*- e ciò specie in una situazione in cui i meccanismi decisionali dell'assemblea consortile fanno sì che le decisioni fondamentali strategiche siano adottate sulla base di maggioranze di volta in volta variabili;*

*3) se gli artt. 49 e 56 del T.F.U.E. e i principi di trasparenza e parità di trattamento, come interpretati dalla nota giurisprudenza Teckal (C-107/98), e l'art. 12 della Dir 2014/24/UE escludano che possa essere ravvisata una situazione di controllo analogo congiunto nell'ipotesi in cui un'amministrazione aggiudicatrice, quale l'Università di Reggio Calabria, affidi, senza effettuare una procedura di gara, un contratto di servizi informatici ad un consorzio, quale Cineca, che presenti le caratteristiche di governance dianzi descritte e, in particolare, in cui non è previsto alcun meccanismo che garantisca la rappresentanza, almeno cumulativa, di tutti i consorziati nel consiglio di Amministrazione, ma soltanto di quelli in posizione di maggioranza,*

*ovvero di coloro che hanno espresso la loro preferenza per la lista di candidati consiglieri risultata vittoriosa;*

*4) se gli artt. 49 e 56 del T.F.U.E. e i principi di trasparenza e parità di trattamento, come interpretati dalla nota giurisprudenza Teckal (C-107/98), e l'art. 12 della Dir 2014/24/UE escludano che possa essere ravvisata una situazione di controllo analogo congiunto, come anche precisato dalla citata giurisprudenza Econord (C-182/11 e C-183/11), nell'ipotesi in cui un'amministrazione aggiudicatrice, quale l'Università di Reggio Calabria, affidi, senza effettuare una procedura di gara, un contratto di servizi informatici ad un consorzio, quale Cineca, che presenti le caratteristiche di governance dianzi descritte e, in particolare, in cui, anche dopo le modifiche introdotte dalle nuove disposizioni statutarie, l'influenza determinante ed effettiva sulle decisioni ordinarie, straordinarie e strategiche del Consorzio sia attribuita a due soli enti consorziati e, cioè, i Ministeri dell'Istruzione e dell'Università e della Ricerca, anche mediante il controllo esclusivo del consiglio di Amministrazione:*

*1) che è l'organo fondamentale di gestione del Consorzio;*

*2) a cui compete la nomina del direttore generale e, dunque, dell'altro organo essenziale per la gestione del Consorzio;*

*3) e che pertanto, unitamente al direttore generale, riveste un ruolo essenziale anche nella formulazione della offerta di servizi tecnici (i.e. tipologia di servizio, modalità di erogazione e prezzo) da fornire all'intera platea delle università consorziate.*

*5) se, infine, l'art. 12, par. 3, lett. b), e par. 5 della direttiva 2014/24/UE, letto alla luce del considerando 32 e della richiamata giurisprudenza della Corte UE, osti ad una interpretazione del requisito dell'attività prevalente enunciato da tali disposizioni secondo cui concorrano al suo soddisfacimento da parte dell'ente in house e, in particolare, della quota dell'80%, anche i fatturati rinvenienti da corrispettivi riconosciuti all'ente medesimo nell'ambito di rapporti contrattuali dallo stesso stipulati con soggetti terzi, diversi dalle amministrazioni che esercitano il controllo*

*analogo e in assenza di un espresso compito o affidamento da parte delle stesse; e ciò con riferimento, segnatamente, ai rapporti quali quelli relativi a progetti finanziati da fondi UE erogati dalla Commissione e dalle sue agenzie esecutive, o da altri soggetti terzi, pubblici o privati, stipulati dall'ente di cui trattasi in esito alla partecipazione ad apposite procedure di selezione, in concorrenza con altri soggetti interessati, e senza la partecipazione delle sue amministrazioni controllanti”.*

33. La rilevanza nel presente giudizio delle sopra indicate questioni è evidente, dipendendo dalla risposta della Corte di Giustizia la legittimità o meno dell'affidamento disposto dall'Università Mediterranea di Reggio Calabria in favore di Cineca.

34. In attesa della pronuncia della Corte di Giustizia, il Collegio dispone, ai sensi dell'art. 79, comma 1, c.p.a., la sospensione del presente processo, riservando alla sentenza definitiva ogni altra pronuncia, anche in merito alle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Settima), non definitivamente pronunciando sull'appello proposto da Be Smart s.r.l., così provvede:

- a)* rimette alla Corte di Giustizia dell'Unione europea le cinque questioni pregiudiziali indicate in motivazione;
- b)* ordina alla Segreteria della Sezione di trasmettere alla medesima Corte copia conforme all'originale della presente ordinanza nonché copia integrale del fascicolo di causa;
- c)* sospende il processo nelle more della pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione europea;
- d)* riserva alla sentenza definitiva ogni pronuncia, anche in ordine alle spese di lite del presente giudizio.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 24 marzo 2026, con l'intervento dei magistrati:

Roberto Chieppa, Presidente

Massimiliano Noccelli, Consigliere, Estensore

Angela Rotondano, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

Pietro De Berardinis, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Massimiliano Noccelli**

**IL PRESIDENTE**

**Roberto Chieppa**

**IL SEGRETARIO**