

Publicato il 26/01/2021

N. 01027/2021 REG.PROV.COLL.
N. 01162/2019 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1162 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Be Smart S.r.l, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Filippo Arturo Satta, Gian Michele Roberti, Anna Romano e Isabella Perego, con domicilio digitale come da PEC dei Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il loro studio in Roma, Foro Traiano, 1a;

contro

Autorità Nazionale Anticorruzione, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso cui è domiciliata *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Ministero dell'Università e della Ricerca, in persona del Ministro in carica, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso cui è domiciliato *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Cineca – Consorzio Interuniversitario, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv.ti Damiano Lipani, Francesca Sbrana, Fabio Baglivo e Antonio Catricalà, con domicilio digitale come da PEC dei Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il loro studio in Roma, Vittoria Colonna n. 40;

Università degli Studi di Palermo, non costituita in giudizio;

Ministero dell'istruzione e Ministero dell'Università e della Ricerca, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso cui sono domiciliati *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo:

- della Delibera del Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione n. 1172 del 19 dicembre 2018, depositata presso la Segreteria del Consiglio in data 2 gennaio 2019 e successivamente pubblicata nella Sezione “Amministrazione trasparente” del sito istituzionale, con la quale gli Enti aderenti al Consorzio Interuniversitario Cineca sono stati iscritti nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house* di cui all'art. 192, comma 1, D.Lgs. 50/2016, in ragione degli affidamenti *in house* al Consorzio;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o conseguente eventualmente adottato, ivi incluso, ove occorrer possa, l'atto recante gli esiti dell'attività istruttoria svolta dagli Uffici competenti (prot. 103802 del 17 dicembre 2018), richiamato nella Delibera n. 1172 del 19 dicembre 2018 e non conosciuto;

nonché per l'accertamento dell'insussistenza in capo al Consorzio Interuniversitario Cineca dei requisiti prescritti dalla legge ai fini della configurazione dell'*in house providing* e della conseguente iscrizione dei soggetti controllanti nell'Elenco di cui all'art. 192 D.Lgs. 50/2016 e la

conseguente condanna dell'Autorità Nazionale Anticorruzione alla cancellazione degli Enti consorziati dal suddetto Elenco;

quanto ai motivi aggiunti del 23 marzo 2019:

- degli atti impugnati con ricorso introduttivo e di ogni altro atto presupposto, connesso e/o conseguente eventualmente adottato, ivi inclusi, ove occorrer possa, tutti gli atti del procedimento istruttorio conosciuti dalla ricorrente in sede di accesso agli atti e, tra quest'ultimi, in particolar modo: l'atto recante gli esiti dell'attività istruttoria svolta dall'Ufficio Qualificazione Stazioni Appaltanti (c.d. Appunto istruttorio), prot. 103802 del 17 dicembre 2018, richiamato nella Delibera n. 1172 del 19 dicembre 2018 e conosciuto dalla ricorrente in sede di accesso, in data 19 febbraio 2019; la nota ANAC di trasmissione della predetta Delibera, prot. 4415 del 18 gennaio 2019, anch'essa conosciuta dalla ricorrente in sede di accesso, in data 19 febbraio 2019;

quanto ai motivi aggiunti del 19 novembre 2019:

- della nota dell'ANAC – Ufficio Qualificazione Stazioni Appaltanti prot. 78803 dell'8 ottobre 2019, con la quale è stata comunicata la decisione del Consiglio dell'Autorità, adottata nell'adunanza del 2 ottobre 2019, di non accogliere l'istanza di riesame della Delibera ANAC n. 1172/2018, presentata da Be Smart S.r.l. in data 13 maggio 2019, e quindi di confermare l'iscrizione all'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*, di cui all'art. 192, comma 1, D.Lgs. 50/2016, del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca e degli Enti consorziati ivi indicati, in relazione degli affidamenti in regime di *in house providing* al Consorzio Interuniversitario Cineca;

- della Nota ANAC prot. 62099 del 30 luglio 2019, nella misura in cui ha negato a Be Smart. S.r.l. l'esercizio delle prerogative di cui all'art. 10 della L.

241/1990;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o conseguente eventualmente adottato, ivi inclusi l'eventuale provvedimento formale recante la deliberazione del Consiglio dell'Autorità adottata nell'adunanza del 2 ottobre 2019 e l'atto recante gli esiti dell'attività istruttoria svolta dagli Uffici competenti, non conosciuti dalla ricorrente;

quanto ai motivi aggiunti del 23 dicembre 2019:

- della Nota dell'ANAC prot. 78803 dell'8 ottobre 2019 già impugnata e di ogni altro atto presupposto, connesso e/o conseguente eventualmente adottato e non conosciuto dalla ricorrente, ivi inclusi, ove occorrer possa, tutti gli atti del procedimento di riesame e, tra quest'ultimi, in particolar modo: la nota dell'Ufficio Qualificazione Stazioni Appaltanti (c.d. Appunto per il Consiglio), prot. 76288 del 30 settembre 2019, trasmessa alla ricorrente, a seguito di accesso agli atti, in data 21 novembre 2019, nella parte in cui reca gli esiti dell'attività istruttoria svolta dal suddetto Ufficio e le conseguenti ragioni ritenute idonee a confermare la Delibera ANAC n. 1172/2018; ogni altro atto menzionato nella suddetta nota, ma non trasmesso alla ricorrente, e, segnatamente, la Delibera del Consiglio dell'Autorità del 25 settembre 2019 e la “nota di riscontro di mera conferma della Delibera n. 1172/2018”;

nonché, ex art. 116, comma 2, c.p.a.:

- della Nota dell'Ufficio Qualificazione Stazioni Appaltanti, prot. 93595 del 21 novembre 2019, con la quale, in asserita osservanza degli artt. 22 e 24 del “Regolamento disciplinante i procedimenti relativi all'accesso civico, all'accesso civico generalizzato ai dati e ai documenti detenuti dall'ANAC e all'accesso ai documenti amministrativi ai sensi della legge 241/1990”, è stato parzialmente negato l'accesso agli atti richiesto da Be Smart S.r.l. con istanza del 14 ottobre 2019, omettendo la trasmissione di alcuni dei documenti richiesti ovvero oscurando parte del contenuto di quelli inviati;

- di ogni altro atto ad essa presupposto, connesso o conseguente, ivi incluso, ove occorrer possa: la Nota dell'Ufficio Qualificazione Stazioni Appaltanti, prot. 91185 del 14 novembre 2019, con la quale l'ANAC, nel comunicare l'accoglimento della suddetta istanza di accesso, ha indicato le modalità per il suo concreto esercizio, anche ai sensi degli artt. 22 e 24 del citato Regolamento;

per il conseguente accertamento del diritto della società ricorrente di accedere a tutta la documentazione richiesta con l'istanza di accesso del 14 ottobre 2019 e la conseguente condanna dell'ANAC all'esibizione di tale documentazione;

quanto ai motivi aggiunti del 13 febbraio 2020, aventi ad oggetto istanza ex art. 116, comma 2, c.p.a.:

- della Nota del Ministero dell'Università e della Ricerca – Dipartimento per la Formazione Superiore e per la Ricerca, prot. n. 455 del 14 gennaio 2020, inviata a mezzo PEC in pari data, con la quale è stata accolta soltanto parzialmente l'istanza di accesso presentata da Be Smart S.r.l. in data 3 dicembre 2019, oscurando la quasi totalità dei dati riportati nel documento oggetto di ostensione;

- di ogni altro atto ad essa presupposto, connesso o conseguente, ivi inclusa, ove occorrer possa, la Nota del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca – Dipartimento per la Formazione Superiore e per la Ricerca, prot. n. 12 del 3 gennaio 2020, trasmessa a mezzo PEC in pari data, con il quale è stato comunicato il differimento di 11 giorni dell'accesso *de quo*, ex art. 9 del DPR 184/2006;

e per l'accertamento del diritto di Be Smart s.r.l. di accedere pienamente alla documentazione richiesta con l'istanza di accesso del 3 dicembre 2019 e la conseguente condanna del Ministero dell'Università e della Ricerca all'esibizione di tale documentazione in forma integrale e senza omissioni;

quanto ai motivi aggiunti del 19 giugno 2020:

- della Delibera del Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione n. 399 dell'8 maggio 2020, di variazione dell'iscrizione degli Enti aderenti al Consorzio Interuniversitario Cineca nell'Elenco di cui all'art. 192, comma 1, D.Lgs. 50/2016, a seguito dell'intervenuta adozione del nuovo Statuto di Cineca da parte dell'Assemblea consortile del 6 maggio 2020;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o conseguente eventualmente adottato, ivi incluso, ove occorrer possa, l'atto recante gli esiti dell'attività istruttoria svolta dagli Uffici competenti, richiamato nella Delibera n. 399/2020 e non conosciuto dalla ricorrente;

nonché per l'accertamento dell'insussistenza in capo al Consorzio Interuniversitario Cineca, anche a seguito dell'ultima modifica statutaria, dei requisiti prescritti dalla legge ai fini della configurazione dell'*in house providing* e della conseguente iscrizione dei soggetti controllanti nell'Elenco di cui all'art. 192 D.Lgs. 50/2016 e la conseguente condanna dell'ANAC alla cancellazione degli Enti consorziati dal suddetto Elenco.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'ANAC del Ministero dell'istruzione con il Ministero dell'Università e della Ricerca e di Cineca;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatrice la dott.ssa Laura Marzano;

Uditi, nell'udienza del giorno 13 gennaio 2021, i difensori in collegamento da remoto in videoconferenza, ai sensi dell'art. 4 D.L. 28/2020, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1 L. 25 giugno 2020, n. 70, cui rinvia l'art. 25 D.L. 137/2020, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato il 18 gennaio 2019 Be Smart S.r.l. ha impugnato, unitamente agli atti presupposti, la delibera del Consiglio dell’Autorità Nazionale Anticorruzione n. 1172 del 19 dicembre 2018, depositata presso la Segreteria del Consiglio in data 2 gennaio 2019 e successivamente pubblicata nella Sezione “Amministrazione trasparente” del sito istituzionale, con la quale gli Enti aderenti al Consorzio Interuniversitario Cineca sono stati iscritti nell’Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house* di cui all’art. 192, comma 1, D.Lgs. 50/2016, in ragione degli affidamenti *in house* al Consorzio.

Quindi la ricorrente ha chiesto l’accertamento dell’insussistenza, in capo al Consorzio Interuniversitario Cineca, dei requisiti dell’*in house providing* e, quindi dei requisiti prescritti dalla legge per l’iscrizione dei soggetti controllanti nell’Elenco di cui all’art. 192 D.Lgs. 50/2016; di conseguenza ha chiesto la condanna dell’ANAC alla cancellazione degli Enti consorziati dal suddetto Elenco.

Ha esposto di essere una società specializzata nella progettazione e sviluppo di sistemi *software* ad elevato contenuto tecnologico, attiva dal 1999, che offre sul mercato dell’*Information and Communication Technology* (ICT) *software* gestionali essenzialmente dedicati alle Università e alle pubbliche amministrazioni. Si occupa, inoltre, dello sviluppo di applicazioni *internet* (siti *web* ed applicazioni di *e-commerce*), con particolare competenza nei portali integrati con banche dati complesse. Essa è il secondo operatore nazionale del mercato anche se, in realtà, ne detiene una quota di circa il 5%, percentuale modesta rispetto a quella di cui è titolare il suo principale concorrente, ovvero il Consorzio Interuniversitario Cineca (“Cineca” o “Consorzio”), che occupa addirittura l’80% del mercato.

Tale Consorzio – di cui attualmente fanno parte il Ministero dell’Istruzione, dell’Università e della Ricerca (“MIUR” o “Ministero”), il 90 % delle Università italiane e nove Enti Nazionali di Ricerca – nato come centro di ricerca e di supercalcolo, ha notevolmente ampliato la propria sfera di attività e ha assunto una veste spiccatamente imprenditoriale, con la quale ha acquisito una posizione dominante nel mercato, in danno dei diretti concorrenti, primo fra tutti Be Smart.

Con l’impugnata delibera dell’ANAC la ricorrente si vede precludere l’accesso ad una importante fetta del mercato delle commesse di servizi e prodotti informatici, alle quali potrebbe aspirare legittimamente partecipando alle gare relative, ove fossero indette in luogo degli affidamenti *in house*. Fa presente che tali affidamenti in tanto sono possibili in quanto il Cineca è ritenuto soggetto *in house* degli Enti consorziati, come riconosciuto con l’impugnata delibera ANAC.

La ricorrente, viceversa, sostiene che il Cineca non possieda le caratteristiche dell’*in house* e, quindi, difetti dei requisiti per l’iscrizione dei soggetti controllanti nell’Elenco di cui all’art. 192 D.Lgs. 50/2016.

Dopo aver descritto il quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento ed essersi soffermata sulla natura provvedimento dell’atto impugnato, la ricorrente analizza a lungo e partitamente le ragioni per le quali ritiene che manchino del tutto dei presupposti declinati dalla costante giurisprudenza della Corte di giustizia dell’UE, a partire dalla nota giurisprudenza Teckal (C-107/98) e ora codificati nell’art. 12 Dir. 2014/24/UE, che consentano di qualificare Cineca quale entità *in house* dei suoi consorziati e, in particolare, delle diverse decine di università statali, che vi fanno parte.

Afferma che le sopravvenute previsioni di cui all’art. 9, commi 11 *bis-quater*, D.L. 78/2015 e il nuovo statuto, non avrebbero comunque reso coerente la composizione e la *governance* di Cineca con tali presupposti.

In subordine, qualora permangano dubbi circa la corretta interpretazione di principi e previsioni europee in materia di entità *in house*, sollecita di sottoporre questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia, ai sensi dell'art. 267 TFUE.

La ricorrente lamenta, in ogni caso, le illegittimità del procedimento esitato nell'adozione della delibera impugnata e il totale difetto di istruttoria.

L'ANAC si è costituita formalmente in giudizio per resistere al gravame.

Con un primo atto di motivi aggiunti, notificato il 21 marzo 2019, la parte ricorrente ha impugnato alcuni atti del procedimento, conosciuti a seguito di accesso agli atti, segnatamente: l'atto recante gli esiti dell'attività istruttoria svolta dall'Ufficio Qualificazione Stazioni Appaltanti (c.d. Appunto istruttorio), prot. 103802 del 17 dicembre 2018, richiamato nella Delibera n. 1172 del 19 dicembre 2018 e la nota ANAC di trasmissione della predetta Delibera, prot. 4415 del 18 gennaio 2019.

A parere della ricorrente tali documenti confermerebbero i vizi denunciati nel ricorso introduttivo. Segnatamente, nell'Appunto istruttorio - recepito pedissequamente dalla Delibera gravata e recante quindi, nella sostanza, la motivazione *per relationem* della stessa - l'Autorità darebbe atto dell'esito dei propri accertamenti e, conseguentemente, della ritenuta idoneità del mutato assetto statutario del Consorzio a garantire il possesso dei requisiti dell'*in house*.

Analizzando l'Appunto istruttorio la ricorrente fa osservare che l'ANAC:

- con riferimento al controllo analogo congiunto, avrebbe rilevato una criticità ostativa, necessitante di un'ulteriore integrazione dello Statuto, volta a prevedere “un potere di intervento diretto all'Assemblea consortile nei confronti del Consiglio di amministrazione in caso di scostamenti dalle decisioni assunte ovvero un sistema di garanzie tese ad assicurare il rispetto delle disposizioni impartite”;

- quanto al requisito dell'attività prevalente, si sarebbe limitata a rilevare che “dallo stralcio del rendiconto 2017 e pre consuntivo 2018 risulterebbe, salva ed impregiudicata ogni ulteriore verifica anche in merito al computo delle attività svolte dalle controllate CINECA, rispettato il parametro dell'80% di cui al punto 6.5 delle linee guida n. 7 di cui alla Determinazione ANAC n. 951 del 20 settembre 2017”.

Sulla base di tali premesse, l'ANAC ha disposto l'iscrizione nell'Elenco di cui all'articolo 192, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca e degli altri enti consorziati in relazione agli affidamenti in regime di *in house providing* a Cineca “ferma restando la necessità di integrare alla prima occasione utile e nel più breve tempo possibile lo statuto consortile con delle previsioni tese ad assicurare un più stringente controllo contestuale sulle decisioni del consiglio di amministrazione da parte dell'assemblea consortile”.

Secondo la ricorrente, così facendo l'ANAC avrebbe riconosciuto la sussistenza di una causa ostativa all'iscrizione ma, contraddittoriamente, avrebbe adottato un abnorme ed atipico provvedimento di iscrizione con riserva.

Con un secondo atto di motivi aggiunti, notificato il 7 novembre 2019 la ricorrente ha impugnato la nota dell'ANAC – Ufficio Qualificazione Stazioni Appaltanti dell'8 ottobre 2019, con la quale è stata comunicata la decisione del Consiglio dell'Autorità di non accogliere l'istanza di riesame della delibera ANAC n. 1172/2018, presentata da Be Smart S.r.l. in data 13 maggio 2019 (prot. ANAC n. 38200 del 14 maggio 2019), e, pertanto, di confermare l'iscrizione all'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*, di cui all'art. 192, comma 1, D.Lgs. 50/2016, del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca e degli Enti consorziati ivi

indicati, in relazione degli affidamenti in regime di *in house providing* al Consorzio Interuniversitario Cineca.

La ricorrente ha, altresì, impugnato la nota ANAC del 30 luglio 2019, nella parte in cui ha negato a Be Smart. S.r.l. l'esercizio delle prerogative di cui all'art. 10 L. 241/1990.

Con memoria depositata il 19 dicembre 2019 l'ANAC ha eccepito preliminarmente l'inammissibilità del ricorso e dei gravami fin lì proposti osservando che l'iscrizione non avrebbe portata immediatamente lesiva, trattandosi di requisito che facultizza all'affidamento *in house* ma non obbliga a tanto.

Che l'affidamento non sia una conseguenza diretta dell'accertamento sotteso al provvedimento impugnato, secondo la difesa erariale sarebbe provato anche dal fatto che, in ogni caso ai sensi del comma 2, dell'articolo 192 del codice dei contratti, è richiesta all'Amministrazione, all'atto dell'affidamento stesso, un'approfondita analisi e un adeguato impianto motivazionale in ordine all'opportunità, congruità ed efficienza dello stesso. Solo laddove la procedura sia conforme ai requisiti ivi richiesti l'Amministrazione potrà di fatto affidare *in house*.

Aggiunge, poi, che non sarebbe conferente il rinvio di controparte al parere n. 282/2017 reso dal Consiglio di Stato in merito all'effetto pregiudizievole del diniego di iscrizione per sostenere, specularmente, l'immediata lesività del provvedimento di iscrizione; evidenzia la difesa erariale che, mentre è chiaro che il diniego di iscrizione spieghi i suoi effetti lesivi immediatamente, precludendo il successivo affidamento diretto, non altrimenti potrebbe dirsi per il provvedimento favorevole di iscrizione.

Nel merito ha contestato gli assunti della ricorrente.

Si è costituito in giudizio il Consorzio Cineca per resistere al gravame, con memoria depositata il 23 dicembre 2019.

Con un terzo atto di motivi aggiunti notificato il 23 dicembre 2019, recante altresì, istanza ex art. 116, comma 2, c.p.a., la ricorrente ha impugnato la nota dell'Ufficio Qualificazione Stazioni Appaltanti dell'ANAC del 21 novembre 2019, con la quale, in asserita osservanza degli artt. 22 e 24 del “Regolamento disciplinante i procedimenti relativi all'accesso civico, all'accesso civico generalizzato ai dati e ai documenti detenuti dall'ANAC e all'accesso ai documenti amministrativi ai sensi della legge 241/1990”, è stato parzialmente negato l'accesso agli atti richiesti da Be Smart S.r.l. con istanza del 14 ottobre 2019, omettendo la trasmissione di alcuni documenti ovvero oscurando parte del contenuto di quelli inviati.

Con istanza ex art. 116, comma 2, (erroneamente caricata in digitale come atto di motivi aggiunti), notificata il 12 febbraio 2020, la ricorrente ha impugnato la nota del Ministero dell'Università e della Ricerca – Dipartimento per la Formazione Superiore e per la Ricerca, del 14 gennaio 2020, con la quale è stata accolta soltanto parzialmente l'istanza di accesso presentata da Be Smart S.r.l. in data 3 dicembre 2019, oscurando la quasi totalità dei dati riportati nel documento oggetto di ostensione; ha impugnato, altresì, e la nota del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca – Dipartimento per la Formazione Superiore e per la Ricerca, del 3 gennaio 2020, trasmessa a mezzo PEC in pari data, con la quale è stato comunicato il differimento di 11 giorni dell'accesso *de quo*, ex art. 9 del DPR 184/2006.

Il Cineca ha resistito a tale gravame con memoria del 9 marzo 2020.

In pari data si sono, altresì, costituiti in giudizio i neoistituiti dicasteri Ministero dell'istruzione e Ministero dell'Università e della Ricerca, resistendo all'istanza di accesso, ritenuta inammissibile in quanto diretta ad esercitare un controllo generalizzato sull'attività della PA.

Con un quarto atto di motivi aggiunti, notificato in data 8 giugno 2020, la ricorrente ha impugnato infine la delibera del Consiglio dell'ANAC n. 399

dell'8 maggio 2020 – successivamente pubblicata nella Sezione “Albo delle deliberazioni del Consiglio” del sito istituzionale – di variazione dell'iscrizione degli Enti aderenti al Consorzio Interuniversitario Cineca nell'Elenco di cui all'art. 192, comma 1, D.Lgs. 50/2016, a seguito dell'intervenuta adozione del nuovo Statuto di Cineca da parte dell'Assemblea consortile del 6 maggio 2020, unitamente agli atti presupposti, incluso il non conosciuto atto recante gli esiti dell'attività istruttoria svolta dagli Uffici competenti, richiamato nella Delibera n. 399 dell'8 maggio 2020.

In vista della trattazione del merito le parti hanno depositato memorie conclusive: la ricorrente, in particolare, ha insistito per ottenere l'accesso integrale agli atti richiesti all'ANAC con l'istanza del 14 ottobre 2019 e al MIUR con l'istanza del 3 dicembre 2019.

All'udienza del 13 gennaio 2021, sentiti a lungo i difensori delle parti sulle rispettive eccezioni, deduzioni e richieste, la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Come esposto nella parte narrativa la ricorrente impugna la delibera del Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione n. 1172 del 19 dicembre 2018, con la quale gli Enti aderenti al Consorzio Interuniversitario Cineca sono stati iscritti nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house* di cui all'art. 192, comma 1, D.Lgs. 50/2016, in ragione degli affidamenti *in house* al Consorzio.

Be Smart radica il suo interesse a ricorrere nell'essere una società specializzata nella progettazione e sviluppo di sistemi *software* ad elevato contenuto tecnologico, che opera nello stesso settore in cui opera il Cineca ed è il secondo operatore nazionale del mercato, tuttavia con una quota di circa il

5%, essendo detenuto l'80% del mercato dal suo principale concorrente, ovvero il Consorzio Interuniversitario Cineca.

Al fine di sostenerne l'autonoma impugnabilità, la ricorrente afferma la natura provvedimentale della delibera ANAC di iscrizione, che ricava, *a contrario*, dal parere n. 282/2017 reso dal Consiglio di Stato sullo schema di «Linee guida per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house* previsto dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016» (poi adottate con delibera n. 235 del 15 febbraio 2017), laddove ha rilevato che l'effetto pregiudizievole discendente dal diniego di iscrizione (consistente nell'incapacità di procedere, per il futuro, ad affidamenti diretti a quello specifico ente) consente di qualificare tale atto alla stregua di provvedimento amministrativo, espressione di potere autoritativo, come tale impugnabile davanti agli organi della giustizia amministrativa.

Quindi la ricorrente sostiene che all'iscrizione debba essere attribuito il medesimo valore giuridico (provvedimentale) espressamente riconosciuto al provvedimento negativo. Argomenta che l'iscrizione ed il suo diniego sarebbero atti simmetrici adottati all'esito dello stesso tipo di procedimento e nell'esercizio della medesima funzione/potere, sicchè una diversa qualificazione non sarebbe ammissibile, pena il sospetto di incompatibilità dell'art. 192, comma 1, con i principi comunitari e costituzionali, in particolare sotto il profilo di irragionevolezza ed ingiustificata compressione del diritto alla tutela giurisdizionale costituzionalmente garantito.

3. L'ANAC si oppone a tale ricostruzione eccependo l'inammissibilità del ricorso.

Nella memoria del 19 dicembre 2019 la difesa erariale, per conto dell'ANAC, obietta che gli atti impugnati non avrebbero alcuna portata immediatamente lesiva nei confronti della ricorrente, sia perché la verifica dei requisiti del

soggetto *in house* non dà luogo all'affidamento in concreto e non determina una contrattazione vincolata, sia perché ai sensi del comma 2, dell'articolo 192 del codice dei contratti, è richiesta all'Amministrazione, all'atto dell'affidamento stesso, un'approfondita analisi e un adeguato impianto motivazionale in ordine all'opportunità, congruità ed efficienza dello stesso.

Ne discenderebbe la natura di mero atto presupposto della delibera gravata, la quale non avrebbe portata lesiva o escludente.

4. Anche il Cineca si oppone alla ricostruzione della ricorrente eccependo l'inammissibilità del ricorso sia per difetto di legittimazione sia per carenza di interesse.

Il Consorzio in primo luogo obietta che Be Smart non sarebbe un effettivo concorrente di Cineca, tantomeno per tutte le attività di carattere istituzionale e di "supercalcolo" svolte dal Consorzio in favore dei soggetti pubblici consorziati; in secondo luogo fa presente che la natura giuridica di "accertamento" dell'iscrizione nell'Elenco ANAC impedirebbe da un lato, di ravvisare, in capo a Be Smart, una posizione sufficientemente differenziata rispetto alla porzione di attività amministrativa oggetto di contestazione, dall'altro lato, di individuare una lesione effettiva e già attuale della stessa posizione giuridica.

Il Cineca ha, inoltre, eccepito l'inammissibilità del ricorso anche per mancata impugnazione dell'art. 6.5 delle Linee Guida n. 7, avendo tale disposizione sancito la sufficienza, ai fini dell'iscrizione nell'Elenco, della presenza nello Statuto di una clausola volta al rispetto del requisito dell'attività prevalente.

Osserva il Cineca che le Linee Guida ANAC rappresentano l'atto amministrativo presupposto, espressamente qualificato vincolante dal Consiglio di Stato nel parere n. 282/2017, laddove ha chiarito che "*L'art. 192, comma 1, ha investito l'ANAC del potere di dettare disposizioni vincolanti sulla tenuta dell'Elenco, nell'esercizio di un potere che si traduce in atti che*

non sono regolamenti in senso proprio (art. 213, comma 2, del codice), ma atti di regolazione flessibile, di portata generale e con efficacia vincolante, come tali sottoposti alle garanzie procedurali e giustiziabili davanti agli organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'art. 120 del codice del processo amministrativo”.

5. L'eccezione di inammissibilità sollevata dall'ANAC e dal Cineca è fondata.

5.1. L'art. Art. 192 del D.Lgs. 50/2016, al comma 1, per quanto qui di interesse, recita: *“E' istituito presso l'ANAC, anche al fine di garantire adeguati livelli di pubblicità e trasparenza nei contratti pubblici, l'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house di cui all'articolo 5. L'iscrizione nell'Elenco avviene a domanda, dopo che sia stata riscontrata l'esistenza dei requisiti, secondo le modalità e i criteri che l'Autorità definisce con proprio atto. ... La domanda di iscrizione consente alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori sotto la propria responsabilità, di effettuare affidamenti diretti dei contratti all'ente strumentale. Resta fermo l'obbligo di pubblicazione degli atti connessi all'affidamento diretto medesimo secondo quanto previsto al comma 3”.*

5.2. Nel parere n. 282/2017 del 1° febbraio 2017, reso sullo schema di "Linee guida per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house* previsto dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016", la Commissione speciale del Consiglio di Stato, dopo una ricognizione normativa dell'art. 192 del codice dei contratti, ha affermato: *“In presenza di tale dettato legislativo, questa Commissione speciale ritiene di accedere a un'interpretazione, coerente con il sistema normativo di riferimento, in cui la funzione di controllo assegnata all'ANAC sia pienamente compatibile con lo schema funzionale secondo cui l'autoproduzione mediante organismi*

domestici è subordinata soltanto al rispetto delle condizioni fissate direttamente dalla legge. L'impostazione ricostruttiva che meglio concilia i due descritti elementi appare essere la seguente. La domanda di iscrizione nell'Elenco – doverosa e presidiata dalle sanzioni di cui all'art. 213 del codice – non costituisce un atto di iniziativa procedimentale diretto ad assegnare all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore un "titolo" abilitativo necessario per procedere ad affidamenti diretti. Essa ha, piuttosto, una duplice rilevanza. Da un lato – secondo uno schema concettuale che estende al potere amministrativo sottoposto a controllo pubblicistico il paradigma della segnalazione certificata delle attività private di cui all'art. 19 della legge 7 agosto 1990, n. 241 – essa consente ex se di procedere all'affidamento senza gara, rendendo operativa in termini di attualità concreta, senza bisogno dell'intermediazione di un'attività provvedimento preventiva, la legittimazione astratta riconosciuta dal legislatore. Dall'altro lato, detta domanda innesca una fase di controllo dell'ANAC, tesa a verificare la sussistenza dei presupposti soggettivi ai quali la normativa – comunitaria e nazionale – subordina la sottrazione alle regole della competizione e del mercato. Tale controllo, quando si esercita con esito positivo, non si realizza mediante l'espressione di un "consenso", incompatibile con l'assenza di un regime autorizzatorio, bensì si esaurisce nel mero "riscontro" della sussistenza dei requisiti di legge, con conseguente iscrizione che consolida una legittimazione già assicurata, nei termini descritti, dalla presentazione della domanda. La verifica dell'ANAC si traduce in un provvedimento solo se si conclude con un esito negativo (diniego di iscrizione nell'Elenco o cancellazione dallo stesso). In tal caso, l'Autorità non adotta un provvedimento di rigetto di un'istanza, bensì un atto di accertamento negativo, assimilabile a un provvedimento di esercizio del potere inibitorio analogo a quello del citato art. 19 della legge n. 241 del

1990. Tale determinazione rende le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori incapaci (rebus sic stantibus) di procedere (per il futuro) ad affidamenti diretti a quella specifica società. È evidente, infatti, che se la domanda di iscrizione consente all'ente controllato di avvalersi della facoltà legale di affidamento domestico, il rigetto della medesima o la cancellazione dell'iscrizione non può non riverberarsi, per coerenza nel sistema, nel venir meno, per il futuro, del presupposto legittimante. L'effetto pregiudizievole evidenziato da tale deminutio consente di qualificare tali atti alla stregua di provvedimenti amministrativi, esercizio di potere autoritativo, come tali impugnabili davanti agli organi della giustizia amministrativa”.

5.3. E' possibile rilevare che, nel riportato parere, il Consiglio di Stato ha chiarito:

- che l'iscrizione nell'Elenco non costituisce un “titolo” abilitativo necessario per procedere ad affidamenti diretti essendo la legittimazione astratta già riconosciuta dal legislatore;
- che il controllo dell'ANAC si esaurisce nel mero “riscontro” della sussistenza dei requisiti di legge, con la conseguenza che l'iscrizione consolida una legittimazione già assicurata dalla presentazione della domanda;
- che *“la verifica dell'ANAC si traduce in un provvedimento solo se si conclude con un esito negativo”* (diniego di iscrizione nell'Elenco o cancellazione dallo stesso);
- che, il provvedimento di “accertamento negativo” è assimilabile a un provvedimento di esercizio del potere inibitorio analogo a quello dell'art. 19 della legge n. 241 del 1990;
- che tale determinazione, in quanto preclusiva della possibilità di procedere (per il futuro) ad affidamenti diretti a quella specifica società, produce un effetto pregiudizievole che consente di qualificare gli atti di accertamento

negativo *“alla stregua di provvedimenti amministrativi, esercizio di potere autoritativo, come tali impugnabili davanti agli organi della giustizia amministrativa”*.

Il Consiglio di Stato ha ricondotto il procedimento finalizzato all'iscrizione nell'Elenco allo schema concettuale del potere amministrativo sottoposto a controllo pubblicistico, come avviene nel paradigma della segnalazione certificata delle attività private di cui all'art. 19 della legge 7 agosto 1990, n. 241, con la conseguenza che la mera proposizione della domanda di iscrizione nell'Elenco consente *ex se* di procedere all'affidamento senza gara, salvo il successivo esercizio del potere inibitorio dell'Autorità, in caso di eventuale controllo esitato in accertamento negativo.

Osserva il Collegio che, in forza di tutte le considerazioni che precedono, il gravame in esame è nel complesso inammissibile laddove è diretto a censurare l'accertamento positivo dell'ANAC stante la già rilevata assenza di portata provvedimento del suddetto atto di accertamento positivo.

5.4. Il ricorso è inammissibile anche per l'evidente assenza di lesività immediata dell'atto impugnato.

Recita il secondo comma dell'art. 192 D.Lgs. 50/2016: *“Ai fini dell'affidamento in house di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche”*.

Dalla lettura della riportata disposizione emerge che il legislatore, pur avendo previsto al primo comma l'iscrizione delle stazioni appaltanti nell'Elenco per cui è causa, richiede comunque, ai fini dell'esercizio in concreto di ciascun affidamento *in house*, che le stazioni appaltanti assolvano ad un puntuale obbligo di motivazione sulla valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti *in house*, dando conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato, “*nonchè dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche*”.

Osserva il Collegio che, in definitiva, per le amministrazioni aggiudicatrici e per gli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*, di cui all'articolo 5 del codice dei contratti, iscritte nell'Elenco di cui al comma 1 dell'art. 192 id., tale iscrizione è condizione necessaria ma non sufficiente per procedere, in concreto, ad un affidamento *in house* essendo, a tal fine, richiesta anche una dettagliata e specifica motivazione per ciascun affidamento.

Ne discende che l'effetto pregiudizievole nei confronti di un soggetto (asseritamente) concorrente si attualizza soltanto in occasione del provvedimento di affidamento *in house* da parte di una amministrazione aggiudicatrice e non, come opinato dalla ricorrente, all'esito della mera iscrizione di tale ente nell'Elenco di cui all'art. 192, comma 1, D.Lgs. 50/2016, la quale, dunque, non è autonomamente impugnabile.

5.5. Che l'obbligo di motivazione imposto dal secondo comma dell'art. 192 cit. non sia un adempimento meramente formale è testimoniato dal fatto che tale disposizione, su cui si sono appuntati sospetti di incostituzionalità, ha in realtà passato indenne non solo il vaglio di costituzionalità ma anche la verifica di conformità alla normativa europea.

La Corte costituzionale, con la recente sentenza n. 100 del 27 maggio 2020, ha statuito che *“L'obbligo di motivazione sulle ragioni del mancato ricorso al mercato imposto dall'art. 192, comma 2, del codice dei contratti pubblici, che risponde agli interessi costituzionalmente tutelati della trasparenza amministrativa e della tutela della concorrenza, non è dunque in contrasto con il criterio previsto dall'art. 1 comma 1, lettera a), della legge delega n. 11 del 2016”* aggiungendo che *“Nemmeno sussiste la violazione dell'art. 1, comma 1, lettera eee), della medesima legge delega, che impone, per quanto qui rileva, di garantire «adeguati livelli di pubblicità e trasparenza delle procedure anche per gli appalti pubblici e i contratti di concessione tra enti nell'ambito del settore pubblico, cosiddetti affidamenti in house, prevedendo, anche per questi enti, l'obbligo di pubblicazione di tutti gli atti connessi all'affidamento, assicurando, anche nelle forme di aggiudicazione diretta, la valutazione sulla congruità economica delle offerte, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione»”*.

Il Giudice delle leggi ha evidenziato che il criterio direttivo trova il suo epicentro non tanto nel generico obbligo di adeguata pubblicità e trasparenza - principio fondamentale dell'azione amministrativa (art. 97 Cost. e art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241) che non richiede una conferma nelle normative di settore - quanto nel suo essere riferito, in particolare, agli affidamenti diretti, segno di una specifica attenzione a questo istituto già da parte del legislatore delegante.

Pertanto, secondo la Corte, è alla stregua di questo dato che occorre valutare la scelta del legislatore delegato di imporre, per tali casi, un onere di motivazione circa il mancato ricorso al mercato.

Ciò posto osserva che la norma delegata *“è espressione di una linea restrittiva del ricorso all'affidamento diretto che è costante nel nostro ordinamento da oltre dieci anni, e che costituisce la risposta all'abuso di tale istituto da parte*

delle amministrazioni nazionali e locali”, ricordando che si tratta di una scelta di fondo già vagliata con specifico riferimento alle condizioni in precedenza poste dall'art. 23 *bis* D.L. 112/2008 (sentenza n. 325 del 2010; nello stesso senso, sentenza n. 46 del 2013).

La Corte si è anche pronunciata su un secondo profilo, ossia quello del divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie (il cosiddetto *gold plating*) che non è un principio di diritto comunitario, il quale, se da una parte vincola gli Stati membri all'attuazione delle direttive, dall'altra li lascia tuttavia liberi di scegliere la forma e i mezzi ritenuti più opportuni per raggiungere i risultati prefissati (salvo che per le norme direttamente applicabili).

Dopo aver ricordato che nel nostro ordinamento il divieto di *gold plating* è stato introdotto dall'art. 15, comma 2, lettera b), della legge 12 novembre 2011, n. 183, recante «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato. (Legge di stabilità 2012)», con l'inserimento nell'art. 14 della legge 28 novembre 2005, n. 246 (Semplificazione e riassetto normativo per l'anno 2005), dei commi 24 *bis*, *ter* e *quater*, la Corte osserva che *“da tali disposizioni emerge con chiarezza che la ratio del divieto, assunto a criterio direttivo nella legge delega n. 11 del 2016, è quella di impedire l'introduzione, in via legislativa, di oneri amministrativi e tecnici, ulteriori rispetto a quelli previsti dalla normativa comunitaria, che riducano la concorrenza in danno delle imprese e dei cittadini, mentre è evidente che la norma censurata si rivolge all'amministrazione e segue una direttrice proconcorrenziale, in quanto è volta ad allargare il ricorso al mercato”*.

5.6. Anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea si è pronunciata, con ordinanza della Sez. IX del 6 febbraio 2020, resa nelle cause riunite da C-89/19 a C-91/19, su una questione pregiudiziale sottoposta dal Consiglio di Stato, con ordinanza dell'8 novembre 2018, con cui si chiedeva alla Corte di

chiarire se il diritto dell'Unione e, segnatamente, il principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche e il principio di sostanziale equivalenza fra le diverse modalità di affidamento e di gestione dei servizi di interesse delle amministrazioni pubbliche, osti a una normativa nazionale, come quella dell'articolo 192, comma 2, del codice dei contratti pubblici, la quale colloca gli affidamenti *in house* su un piano subordinato ed eccezionale rispetto agli affidamenti tramite gara di appalto: i) consentendo tali affidamenti soltanto in caso di dimostrato fallimento del mercato rilevante, nonché ii) imponendo comunque all'amministrazione che intenda operare un affidamento in regime di delegazione interorganica di fornire una specifica motivazione circa i benefici per la collettività connessi a tale forma di affidamento.

In risposta a tale quesito la Corte UE ha affermato che *“l'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che non osta a una normativa nazionale che subordina la conclusione di un'operazione interna, denominata anche «contratto in house», all'impossibilità di procedere all'aggiudicazione di un appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna”*.

Invero la Corte ha osservato che *“la libertà degli Stati membri di scegliere il metodo di gestione che ritengono più appropriato per l'esecuzione dei lavori o la prestazione dei servizi non può essere illimitata. Essa deve al contrario essere esercitata nel rispetto delle regole fondamentali del trattato FUE, segnatamente della libertà di circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché dei principi che ne derivano come la parità di trattamento, il divieto di discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza”* aggiungendo che *“la*

libertà degli Stati membri di scegliere il modo di prestazione di servizi mediante il quale le amministrazioni aggiudicatrici provvederanno alle proprie esigenze li autorizza a subordinare la conclusione di un'operazione interna all'impossibilità di indire una gara d'appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna".

Osserva il Collegio che l'obbligo di motivazione imposto dall'art. 192, comma 2, del Codice dei contratti, rappresentando, come ampiamente chiarito dalle pronunce riportate, un presidio di legalità e di trasparenza degli affidamenti *in house*, ulteriore rispetto alla mera sussistenza dei requisiti per configurare l'*in house providing* ed avente proprio la finalità di porre dei paletti alle amministrazioni nell'avvalersi di tali forme di affidamenti, porta ed escludere in radice che la mera iscrizione di una amministrazione o di un ente nell'Elenco di cui al comma 1 dell'art. 192 abbia portata immediatamente lesiva per i soggetti concorrenti operanti sullo stesso mercato.

Invero, tutte le questioni dedotte nel presente giudizio possono assumere rilevanza in concomitanza con un concreto atto di affidamento, adottato (anche) sul presupposto di tale iscrizione: deve rilevarsi che Be Smart, secondo quanto risulta in atti (cfr. "Appunto per il Consiglio" del 30 settembre 2019 – doc. 36 del fascicolo di parte ricorrente), ha già pendente dinanzi al T.A.R. Sicilia, Sez. Palermo, un giudizio (n. 1768/2018 R.G.) che, sebbene non involga tutte le questioni e tutte le parti coinvolte nel presente giudizio, ha ad oggetto proprio un affidamento senza gara disposto dall'Università degli Studi di Palermo in favore del Cineca in ragione della ritenuta sussistenza dei requisiti dell'*in house providing*.

Tutto quanto precede depone definitivamente e in modo assorbente per l'inammissibilità complessiva del gravame laddove diretto a impugnare la delibera dell'ANAC n. 1172 del 19 dicembre 2018, la determinazione di

conferma della suddetta delibera all'esito del procedimento di riesame, nonché la delibera dell'ANAC n. 399 dell'8 maggio 2020, di variazione dell'iscrizione degli Enti aderenti al Consorzio Interuniversitario Cineca nell'Elenco di cui all'art. 192, comma 1, D.Lgs. 50/2016, a seguito dell'intervenuta adozione del nuovo Statuto di Cineca da parte dell'Assemblea consortile del 6 maggio 2020.

6. L'inammissibilità del gravame principale non preclude, tuttavia, al Collegio lo scrutinio della domanda incidentale di accesso agli atti, proposta ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.a..

Si tratta, invero, di domanda autonoma la cui decisione prescinde dalle sorti del giudizio in cui confluisce (cfr. *ex multis*: T.A.R. Veneto, Sez. III, 26 luglio 2019, n. 894; da ultimo T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, ord. 22 dicembre 2020, n. 18834 laddove afferma. “*Il riconoscimento dell'interesse della ricorrente all'accesso, dunque, prescinde da ogni indagine sull'ammissibilità o sulla fondatezza del giudizio principale*”).

Con la memoria conclusiva la ricorrente ha, infatti, insistito ancora una volta per ottenere l'accesso integrale agli atti richiesti all'ANAC con l'istanza del 14 ottobre 2019 e al MIUR con l'istanza del 3 dicembre 2019.

6.1. In particolare, con l'istanza del 14 ottobre 2019 la ricorrente ha chiesto all'ANAC i seguenti documenti:

- (i) i contributi fatti pervenire da Cineca, MIUR e/o altri Consorziati in opposizione all'istanza di riesame presentata da Be Smart (prot. ANAC n. 38200 del 14 maggio 2019) e a supporto dell'asserita sussistenza dei requisiti prescritti dalla legge ai fini della configurazione dell'*in house providing*;
- (ii) il documento recante gli esiti dell'attività istruttoria svolta dai competenti Uffici dell'ANAC;
- (iii) ogni altro atto e documento, connesso o collegato, anche se ivi meramente richiamato, raccolto e/o impiegato nell'ambito della procedura in

questione.

Con l'impugnata nota del 14 novembre 2019 prot. 91185, l'Autorità, nel comunicare l'accoglimento dell'istanza di accesso e indicare le modalità per il suo concreto esercizio, ha escluso dall'accesso "ai sensi dell'articolo 24 del citato Regolamento le note, gli appunti, le proposte degli uffici ed ogni altra elaborazione con funzione di studio e di preparazione del contenuto di atti o provvedimenti ad eccezione delle parti che costituiscono motivazione *per relationem* dell'atto o provvedimento" ed ha oscurato "ai sensi dell'articolo 22 del detto Regolamento, tutta la documentazione relativa alla situazione finanziaria, economica e patrimoniale di persone, gruppi, imprese ed associazioni, ovvero contenente informazioni riservate di carattere commerciale, industriale e finanziario, comunque utilizzata ai fini dell'attività amministrativa".

Quindi, con la nota del 21 novembre 2019 prot. n. 93595, l'ANAC ha consentito l'accesso soltanto ai seguenti documenti:

- l'opposizione all'istanza di riesame presentata da Cineca in data 10 giugno 2019, parzialmente omissata a pagina 3 e priva degli allegati;
- l'opposizione all'istanza di riesame presentata dal MIUR, recante prot. ANAC n. 46720 dell'11 giugno 2019;
- la Nota dell'Ufficio Qualificazione Stazioni Appaltanti, prot. 76288 del 30 settembre 2019, avente ad oggetto il c.d. Appunto per il Consiglio.

Aggiunge la ricorrente che, successivamente, l'ANAC ha depositato in giudizio alcuni degli atti inizialmente negati a Be Smart ossia: l'opposizione di Cineca senza omissioni; l'opposizione dell'Università di Palermo; la nota di Cineca del 2 agosto 2019; copia della modifica statutaria approvata dall'Assemblea consortile di Cineca.

Tuttavia la ricorrente lamenta la perdurante incertezza su ulteriori contributi raccolti in corso di istruttoria e, quindi, insiste per averne accesso.

6.2. Inoltre, con istanza del 3 dicembre 2019, la ricorrente ha chiesto al MIUR di avere accesso agli atti menzionati dallo stesso Ministero nella procedura di riesame.

L'accesso è stato dapprima differito e poi accolto; tuttavia la ricorrente lamenta che l'accoglimento sarebbe stato solo formale perché il documento rilasciato, ossia il documento presentato dal Cineca al MIUR in data 10 dicembre 2018, recante i dati di fatturato del 2015, 2016 e 2017, è in gran parte oscurato, segnatamente nella parte riferita alle prestazioni rese in favore di terzi.

I neocostituiti dicasteri Ministero dell'istruzione e Ministero dell'Università e della Ricerca (d'ora in avanti, per brevità, "MIUR"), con la memoria depositata il 9 marzo 2020 (erroneamente caricata nel fascicolo digitale come memoria dell'ANAC) si sono opposti all'ostensione osservando che, a fronte delle argomentate e motivate ragioni opposte dal Cineca, il Ministero ha ritenuto opportuno tutelare le ragioni di riservatezza dallo stesso addotte, atteso che la documentazione nel suo insieme determina una ricostruzione per intero dell'attività del Consorzio e riguarda anche gli introiti e le parti del fatturato che rientrano nel limite del 20% riservato all'attività di mercato e come tale riconducibile alle strategie di impresa.

Inoltre hanno obiettato che il documento richiesto e i dati di fatturato ivi contenuti non sarebbero pertinenti perché non riguarderebbero il procedimento di iscrizione nell'elenco dell'ANAC ma l'esito dell'attività di vigilanza interna, svolta dal Ministero nei riguardi del Cineca, rispetto ai quali la ricorrente non vanterebbe alcun interesse diretto, concreto e attuale corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento per il quale è chiesto l'accesso, così come richiesto dall'art. 22, comma 1, lettera a) L. 241/90.

Quindi, secondo la difesa erariale, l'istanza di Be Smart sarebbe finalizzata ad esercitare un controllo generalizzato sull'operato della PA, espressamente ritenuto inammissibile dall'art. 23, comma 3, L. 241/90.

A ulteriore riprova di tale intento il MIUR fa rilevare che il provvedimento impugnato dalla ricorrente, ossia la delibera ANAC n. 1172/2018, si fonda sulla valutazione dei criteri imposti dall'art. 5 del codice degli appalti in merito agli anni 2017/2018 laddove, viceversa, il documento richiesto con l'esitata istanza di accesso concerne ricostruzioni dell'attività di impresa del Cineca riferibile agli anni 2015/2016/2017: pertanto solo quest'ultimo anno risulta sovrapponibile.

La ricorrente, invece, afferma che tali dati sarebbero estremamente rilevanti proprio perché, sulla base degli stessi, il MIUR, nell'atto di opposizione al riesame, ha affermato che in base a tale documento risulterebbe che Cineca svolge in favore dei consorziati l'attività rilevante.

7. Deve premettersi che la disciplina legale dettata dalla legge 241/1990 prevede, quale regola generale, l'accessibilità dei documenti amministrativi ed individua alcune eccezioni tassative e non estensibili (per i documenti coperti da segreto di Stato; nei procedimenti tributari; nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione; nei procedimenti selettivi, nei confronti dei documenti amministrativi contenenti informazioni di carattere psicoattitudinale relativi a terzi).

Al di fuori delle ipotesi di esclusione previste all'art. 24, anche laddove vengano in rilievo esigenze di riservatezza, deve *“comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici”*.

Il significato della norma è quello di consentire *“comunque”* l'accesso a scopi difensivi dei propri interessi giuridici. Il legislatore ha cioè operato a monte

un bilanciamento degli interessi, affermando la cedevolezza delle esigenze connesse alla segretezza, dinanzi a quelle alla difesa degli interessi dell'istante, ove i documenti risultino perciò necessari (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 3 settembre 2014, n. 4493).

I documenti oggetto della presente controversia, sia quelli richiesti all'ANAC sia quelli richiesti al MIUR, non rientrano tra quelli per i quali, in via di eccezione, è negato il diritto di accesso. Né possono venire in rilievo esigenze di riservatezza considerando la finalità "difensiva" dell'istanza di accesso presentata dalla ricorrente, motivata da specifiche esigenze di tutela dei propri interessi giuridici (cfr. T.A.R. Valle d'Aosta, 8 gennaio 2018, n. 1).

Secondo condivisibile giurisprudenza *"il principio di cui all'art. 24, comma 7, L. n. 241/1990, secondo cui "deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici", impone al giudice di accertare se la conoscenza della documentazione amministrativa richiesta è potenzialmente utilizzabile ai fini di difesa, giudiziale o stragiudiziale, di interessi giuridicamente rilevanti"* (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 21 dicembre 2018, n. 7283).

Va ricordato infatti che, *"a livello ordinamentale la giurisprudenza amministrativa si è ormai consolidata nel senso che l'art. 22 comma 2, L. n. 241 del 1990 secondo cui l'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza, introduce al comma 3 il principio della massima ostensione dei documenti amministrativi, salve le limitazioni giustificate dalla necessità di contemperare il suddetto interesse con altri interessi meritevoli di tutela, riconoscendo il diritto di accesso agli atti a chiunque vi abbia interesse in quanto finalizzato alla tutela di situazioni*

giuridicamente rilevanti, ossia a quei soggetti, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso” (Cons. Stato, Sez. IV, 15 maggio 2020, n. 3101).

La giurisprudenza ha anche precisato che *“occorre però, ai fini dell’accesso, che l’interesse dell’istante, pur in astratto legittimato, possa considerarsi concreto, attuale, diretto, e, in particolare, che preesista all’istanza di accesso e non ne sia, invece, conseguenza; in altri termini, che l’esistenza di detto interesse ...sia anteriore all’istanza di accesso documentale che, quindi, non deve essere impiegata e piegata a “costruire” ad hoc, con una finalità esplorativa, le premesse affinché sorga ex post. ... Diversamente, infatti, l’accesso documentale assolverebbe ad una finalità, espressamente vietata dalla legge, perché preordinata ad un non consentito controllo generalizzato sull’attività, pubblicistica o privatistica, delle pubbliche amministrazioni (art. 24, comma 3, della l. n. 241 del 1990)” (Cons. Stato, Ad. Plen, 2 aprile 2020, n. 10).*

Alla stregua dei riportati principi il Collegio evidenzia come, nel caso di specie, l’interesse difensivo della ricorrente sia non soltanto concreto, attuale e diretto ma anche pacificamente preesistente all’istanza di accesso, ditalchè sussistono entrambi i presupposti richiesti dalla legge e chiariti dalla giurisprudenza per consentire l’accesso richiesto.

Né coglie nel segno l’argomentazione per cui la ricorrente punterebbe ad esercitare un inammissibile controllo generalizzato sull’operato delle amministrazioni intimate, essendo palese che le istanze in parola riguardano atti specifici, la cui rilevanza a fini difensivi è del tutto evidente.

Si tratta di atti con i quali la parte ricorrente ritiene di poter supportare la sua tesi, strenuamente affermata, circa l’insussistenza in capo al Cineca e agli enti

consorziate dei requisiti per ottenere l'iscrizione dell'Elenco dell'ANAC, di cui all'art. 192 D.Lgs. 50/2016.

7.1. Ciò posto in linea generale, quanto all'istanza di accesso rivolta all'ANAC la ricorrente afferma che, dopo aver ottenuto l'accesso, a suo dire parziale e perciò impugnato, permarrrebbe incertezza su ulteriori contributi raccolti in corso di istruttoria e, quindi, l'interesse ad accedere alla prima opposizione del MIUR prot. n. 41656 del 23 maggio 2019 e agli atti endoprocedimentali, tra cui, in particolare, la delibera del Consiglio dell'Autorità del 25 settembre 2019: atti che, in virtù del rinvio operato dall'Appunto per il Consiglio, sarebbero indispensabili per la ricostruzione del percorso logico-giuridico seguito dall'Autorità per giungere alla decisione di rigetto del riesame.

Osserva il Collegio che la delibera ANAC del 25 settembre 2019 è stata depositata in giudizio dalla difesa erariale, in data 25 febbraio 2020, soltanto in estratto, non risultando da tale documento né le evidenze istruttorie del procedimento di riesame, né le ragioni per le quali l'ANAC abbia ritenuto "in parziale difformità", di adottare un atto meramente confermativo.

Neanche la "prima opposizione" del MIUR di cui alla nota prot. n. 41656 del 23 maggio 2019 risulta depositata in atti.

Inoltre, alla stregua dei principi innanzi declinati, secondo i quali il diritto alla riservatezza è recessivo rispetto all'interesse all'accesso per esigenze difensive, deve anche essere concesso dal MIUR l'accesso al documento citato dallo stesso MIUR nell'opposizione al riesame, ossia il documento presentato dal Cineca al MIUR in data 10 dicembre 2018, tuttavia limitatamente ai dati di fatturato del 2017 che, come ammesso dallo stesso Ministero nella sua memoria, è un anno che ha assunto rilevanza nella valutazione (circa la sussistenza in capo al Cineca dei requisiti imposti dall'art. 5 del codice degli appalti per la configurazione dell'*in house*

providing, fra cui l'attività prevalente, di cui al comma 1, lett. b), preordinata all'adozione della delibera ANAC n. 1172/2018, oggetto di impugnazione.

7.2. In conclusione deve essere accolta l'istanza ex art. 116, comma 2, c.p.a. formulata con i terzi motivi aggiunti e, per l'effetto deve essere ordinato all'ANAC di consentire l'accesso alla delibera ANAC del 25 settembre 2019 in versione integrale e alla "prima opposizione" del MIUR, sempre in versione integrale, di cui alla nota prot. n. 41656 del 23 maggio 2019.

Deve, essere, altresì, parzialmente accolta l'istanza ex art. 116, comma 2, c.p.a. formulata con atto notificato il 12 febbraio 2020 (erroneamente caricata in digitale come atto di motivi aggiunti), e, per l'effetto, deve essere ordinato al MIUR (e, per esso, al Ministero che attualmente detiene tale atto, dopo l'intervenuta costituzione dei due dicasteri Ministero dell'istruzione e Ministero dell'Università e della Ricerca) di consentire l'accesso al documento presentato dal Cineca al MIUR in data 10 dicembre 2018, limitatamente ai dati di fatturato del 2017.

A tanto le intime amministrazioni dovranno provvedere entro trenta giorni dalla comunicazione o, se anteriore, dalla notificazione della presente sentenza.

8. Le spese del giudizio, tenuto conto dell'accoglimento soltanto parziale, possono essere compensate fra tutte le parti in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Roma, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe e sui motivi aggiunti, li dichiara in parte inammissibili, come da motivazione.

Accoglie le istanze ex art. 116, comma 2, c.p.a., disponendo come da motivazione.

Compensa fra tutte le parti le spese del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 gennaio 2021, in collegamento da remoto in videoconferenza, ai sensi dell'art. 4 D.L. 28/2020, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1 L. 25 giugno 2020, n. 70, cui rinvia l'art. 25 D.L. 137/2020, con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Laura Marzano, Consigliere, Estensore

Francesca Petrucciani, Consigliere

L'ESTENSORE

Laura Marzano

IL PRESIDENTE

Antonino Savo Amodio

IL SEGRETARIO