Ufficio Studi **CODAU**

"Documento redatto con il CONTRIBUTO DEI COMPONENTI dell'Ufficio Studi e VALIDATO dal Comitato Scientifico del Codau".

QUESITO

Spettabile Ufficio Studi CODAU,
nel nostro Ateneo, come in altri, sta nascendo l'esigenza di gestire le partecipazioni non solo dal punto di vista legale ma anche economico finanziario alla luce delle molteplici richieste di dati statistici in questo ambito, ma soprattutto in un'ottica di contabilità economica e patrimoniale. Considerato che l'università può detenere partecipazioni in società di capitali, fondazioni, consorzi, associazioni ed enti strumentali di diritto pubblico (es EDISU), sarebbe utile che il sistema universitario adottasse regole e definizioni omogenee.
Vi sottoponiamo, quindi, il seguente quesito: è possibile definire in modo univoco quando l'università detiene una partecipazione, o meglio quali sono i criteri identificativi della medesima per le diverse fattispecie giuridiche.
Inoltre le partecipazioni in un consorzio come deve essere trattata in termini di esposizioni e valorizzazione percentuale?

RISPOSTA AL QUESITO

Deve premettersi che l'attuale disciplina normativa, *art. 3, comma 27, legge n. 244/2007*, esclude la possibilità per le pubbliche amministrazioni di cui all'*art. 1 D.Lgs. n. 165/2001 (quindi anche le Università)* di costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. Rimane, viceversa, ammessa la costituzione o l'acquisizione di partecipazioni in società senza scopo di lucro che siano strumentali al perseguimento di interessi di carattere generale. La legge finanziaria del 2008 prevede, inoltre, una disposizione di coordinamento con il precedente regime. Il comma 29 del medesimo articolo dispone sul punto che, entro il termine di trentasei mesi dalla data di entrata in vigore della legge, le amministrazioni *de quibus*, nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, devono cedere a terzi le società e le partecipazioni vietate ai sensi del comma 27.

Il quadro normativo descritto non presenta particolari dubbi interpretativi, anche se è opportuno inquadrare brevemente il fenomeno. La costituzione, da parte delle pubbliche amministrazioni, di società a capitale pubblico, così come quello della detenzione di quote delle medesime è assai risalente nel tempo. Sul piano normativo esso si colloca in epoca ben anteriore ai processi inerenti alla privatizzazione ed ha assunto nel tempo proporzioni all'origine inaspettate. A tale proliferazione delle c.d. società pubbliche, denominate anche imprese pubbliche, ha sicuramente contribuito il progressivo riconoscimento di un'autonomia nei confronti delle amministrazioni territoriali e non territoriali (tra cui le Università). L'autonomia di organizzazione è frutto del decentramento amministrativo dello Stato apparato e consente all'amministrazione di organizzare la propria attività anche attraverso la costituzione o l'acquisto di un ente societario che sia strumentale alle finalità istituzionali.

L'adozione del modello di gestione dei servizi di tipo privatistico rispondeva, originariamente, al perseguimento di una maggiore efficienza dell'*agere* pubblico. Con il trascorrere del tempo si è tuttavia assistito ad una eccessiva espansione dell'oggetto sociale degli enti ed un conseguente potenziale incrinamento degli assetti strutturali del mercato concorrenziale. Tali società pubbliche, infatti, non si sono limitate a svolgere le attività tipiche dell'*outsourcing* o esternalizzazione. Gli statuti societari iniziarono a presentare, sempre più frequentemente, oggetti ampi, generici e sostanzialmente *omnibus*.

Di conseguenza tali società cominciarono ad agire sul mercato in concorrenza con gli enti societari a capitale integralmente privato, svuotando, di fatto, la competizione economica. Le amministrazioni pubbliche (proprietarie del capitale sociale o di parte di esso) si mostrarono sempre più favorevoli a concedere affidamenti diretti nei confronti delle società a capitale pubblico, con riferimento alla produzione di beni e servizi che viceversa dovrebbero essere messi in gara sul mercato.

La mutazione della sola veste giuridica, da pubblica a privata, comportava, inoltre, la non applicazione di tutta la disciplina sui controlli che erano stati originariamente ideati per le sole amministrazioni pubbliche. La situazione creatasi era a dir poco paradossale: soggetti formalmente privati ma sostanzialmente pubblici sfuggivano ai controlli preposti a tutela della correttezza dell'attività pubblica.

Alla luce delle considerazioni esposte appare chiara la *ratio* sottesa al divieto generale sancito all'*art.3, comma 27, legge n. 244/2007*, secondo il quale le pubbliche amministrazioni non possono costituire né assumere o mantenere partecipazioni in società aventi per oggetto attività di produzione non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali. L'intento di tale normativa era dunque quella di arginare il fenomeno suddetto a tutela della concorrenza e del libero mercato, principi questi che permeano l'intero assetto della normativa comunitaria.

Sulla questione si ricorda la decisione della Corte cost. n.148/2009. Nella sentenza in parola si delinea l'esistenza di un'intrinseca diversità concettuale tra l'esercizio di funzioni amministrative in forma privata e l'esercizio di impresa. Secondo la Corte, se si può ritenere ammissibile l'esercizio delle funzioni amministrative in forma privata, deve, in senso opposto, escludersi che possa essere ammesso lo svolgimento di attività di impresa, da parte del soggetto pubblico, che, avvalendosi delle agevolazioni che ne caratterizzano la relativa attività, potrebbe determinare una distorsione della concorrenza sul mercato, a detrimento della attività degli altri operatori economici privati.

La vigente normativa prevede che le Università possano attuare, per lo più con un impegno economico abbastanza contenuto, forme di collaborazione e di coordinamento dell'attività didattica e di ricerca attraverso la partecipazione a consorzi, fondazioni o società. Le finalità istituzionali che le Amministrazioni pubbliche (e quindi le Università) possono perseguire mediante lo strumento societario sono le sole attività di gestione ed erogazione dei servizi d'interesse generale, esclusa dunque ogni finalità lucrativa. Il problema si sposta su quali sono i principi e i criteri per decidere se una certa attività si mantenga oppur no entro il perimetro delle finalità istituzionali con riferimento alla strumentalità rispetto ai fini istituzionali.

Da un lato vi è una strumentalità di tipo "sostanziale", che riguarda i tratti caratteristici dell'attività esercitata o da esercitare, che possono essere di per sé non riconducibili ad alcuna strumentalità. Da un altro emerge una strumentalità di tipo organizzativo. La costituzione di una società (per gli enti non aventi fini di lucro), si dice, è generalmente ammissibile solo se il modello utilizzato è quello della società *in house* (si veda a questo proposito il commento dell'Ufficio Studi all'art. 4 del Decreto Legge 6/7/2012 n.95 sulla *spending review* recentemente convertito nella legge 135/2012), perché si tratta di uno strumento organizzativo neutrale, che rientra nell'autonomia organizzativa dell'ente, con il limite intrinseco che ogni forma organizzativa è sempre e necessariamente strumentale al perseguimento dei fini istituzionali dell'ente medesimo.

Ne deriva che non esiste una definizione specifica del concetto di partecipazione. L'università può partecipare ad una associazione, fondazione, consorzio quando la sua partecipazione è prevista dall'atto costitutivo o da un atto successivo. Anche ad una società di capitali o a una società consortile a.r.l. quando sottoscrive una quota del capitale o di azioni. La tipologia di partecipazione dovrebbe anche indicarci il tipo di impegno finanziario che viene dedicato. Si veda anche a questo proposito il Decreto Interministeriale 1.9.2009 n.90 relativo alla ridefinizione dell'indicatore di indebitamento delle università statali, in particolare gli artt. 4 e 5 e successivi interventi normativi.
Si traggono alcuni spunti dalla sentenza dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato del 3 giugno 2011 n.10 specificamente pronunciata con riferimento all'Università. Le modalità di partecipazione sono diverse a seconda dell'organismo di riferimento e non è quindi possibile fornire una definizione univoca di partecipazione. Gli atti adottati dall'Università, ente le cui esclusive finalità sono quelle della didattica e della ricerca, devono soddisfare i due criteri che giustifichino il concetto di strumentalità in relazione al perseguimento dei fini istituzionali. Il punto è il rapporto fra il criterio della strumentalità "sostanziale", cioè lo specifico contenuto dell'attività che si intende esercitare, e la strumentalità desumibile dal regime giuridico organizzativo adottato . Il criterio prioritario dovrebbe essere il primo (nel caso forse già di per sé sufficiente) e non il secondo. Il fattore organizzativo dovrebbe essere utilizzato solo quando i profili sostanziali non danno un risultato concludente. Quando un esito del genere è possibile, il profilo organizzativo non serve; può invece, produrre distorsioni. Se l'attività, per i suoi caratteri sostanziali, appare strumentale, l'ente potrà organizzarsi come vuole. Il ricorso al criterio del modello organizzativo finisce dunque per costituire un'indebita ingerenza nell'autonomia dell'ente, dal punto di vista, naturalmente, solo delle (già rispettate) finalità istituzionali, fermi limiti di altro genere. Se, invece, sempre sul piano sostanziale, l'attività non può essere strumentale, non è facile pensare che la sola circostanza dell'utilizzo del modello dell'*in house* possa cambiare la situazione.