

Ufficio Studi CODAU

"Documento redatto con il contributo dei componenti dell'Ufficio Studi e VALIDATO dal Comitato Scientifico del Codau".

Profili applicativi art. 22 D.lgs. 33/2013: il caso CODAU

Contesto normativo

L'art. 22 del D.lgs 33/2013 (*Obblighi di pubblicazione dei dati relativi agli enti pubblici vigilati, e agli enti di diritto privato in controllo pubblico, nonché' alle partecipazioni in società di diritto privato*), com'è noto, stabilisce degli obblighi di pubblicazione in capo alle Pubbliche Amministrazioni.

In particolare ciascuna Amministrazione è tenuta a pubblicare:

"a) l'elenco degli enti pubblici, comunque denominati, istituiti, vigilati e finanziati dalla amministrazione medesima ovvero per i quali l'amministrazione abbia il potere di nomina degli amministratori dell'ente, con l'elencazione delle funzioni attribuite e delle attività svolte in favore dell'amministrazione o delle attività di servizio pubblico affidate;

b) l'elenco delle società di cui detiene direttamente quote di partecipazione anche minoritaria indicandone l'entità, con l'indicazione delle funzioni attribuite e delle attività svolte in favore dell'amministrazione o delle attività di servizio pubblico affidate (sono escluse le società quotate);

c) l'elenco degli enti di diritto privato, comunque denominati, in controllo dell'amministrazione, con l'indicazione delle funzioni attribuite e delle attività svolte in favore dell'amministrazione o delle attività di servizio pubblico affidate. Ai fini delle presenti disposizioni sono enti di diritto privato in controllo pubblico gli enti di diritto privato sottoposti a controllo da parte di amministrazioni pubbliche, oppure gli enti costituiti o vigilati da pubbliche amministrazioni nei quali siano a queste riconosciuti, anche in assenza di una partecipazione azionaria, poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi; "

Per ciascuno degli enti sono pubblicati:

- dati relativi alla ragione sociale;
- misura della eventuale partecipazione dell'amministrazione, durata dell'impegno, onere complessivo a qualsiasi titolo gravante sul bilancio dell'amministrazione;
- numero dei rappresentanti dell'amministrazione negli organi di governo e trattamento economico complessivo ad essi spettante;
- risultati di bilancio degli ultimi tre esercizi finanziari;

- dati relativi agli incarichi di amministratore dell'ente e relativo trattamento economico complessivo;
- link al sito istituzionale degli enti.

L'art. 11 comma 2 lettera b) del D.lgs. 33/2013 nel definire l'ambito di estensione soggettivo delle norme sulla trasparenza raccoglie sotto la definizione "enti di diritto privato in controllo pubblico":

- Società e altri enti di diritto privato che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici, sottoposti a controllo ai sensi dell'art. 2359 del cc da parte di PA oppure enti nei quali siano riconosciuti alla PA anche in assenza di una partecipazione azionaria, poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi.

Il comma 3 del medesimo articolo stabilisce che alle società partecipate dalle pubbliche amministrazioni, in caso di partecipazione non maggioritaria, si applicano, limitatamente all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione Europea, le disposizioni dell'articolo 1, commi da 15 a 33, della legge 6 novembre 2012, n. 190.

Le medesime definizioni sono richiamate anche dal D.lgs. 39/2013 recante le disposizioni in materia di inconfiribilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico, adottato a sua volta sulla base di una previsione della Legge 190/2012, che reca questa definizione:

"enti di diritto privato sottoposti a controllo pubblico esercitanti funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici".

Come efficacemente messo in evidenza dall'ANAC nella Deliberazione n. 8 del 17 giugno 2015 (*«Linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici»*), la ratio sottesa alla legge n. 190 del 2012 e ai decreti di attuazione appare quella di estendere le misure di prevenzione della corruzione e di trasparenza, e i relativi strumenti di programmazione, a soggetti che, indipendentemente dalla natura giuridica, sono controllati dalle amministrazioni pubbliche, si avvalgono di risorse pubbliche, svolgono funzioni pubbliche o attività di pubblico interesse.

La medesima Autorità, peraltro, fa presente che il quadro normativo che emerge dalla legge n. 190 del 2012 e dai decreti di attuazione è *"particolarmente complesso, non coordinato, fonte di incertezze interpretative, non tenendo adeguatamente conto delle esigenze di differenziazione in relazione ai soggetti, pubblici e privati, a cui si applica"*.

E' possibile desumere dalla normativa e dalla delibera citate alcuni elementi utili a discernere la questione.

Innanzitutto, l'Autorità fa presente, per le società partecipate ma con considerazioni estensibili *mutatis mutandis* anche agli altri enti di diritto privato, che agli effetti dell'applicazione della normativa sulla prevenzione della corruzione e sulla trasparenza, si raccomanda alle amministrazioni controllanti o partecipanti di dare attuazione a quanto

previsto dall'art. 22, co. 1, del d.lgs. n. 33 del 2013 pubblicando sul proprio sito istituzionale la lista delle società a cui partecipano o che controllano “con l'elencazione delle funzioni attribuite e delle attività svolte in favore delle amministrazioni o delle attività di servizio pubblico affidate”.

L'individuazione puntuale da parte delle amministrazioni delle società e degli enti in questione, oltre che corrispondere ad un obbligo di legge, è necessaria per consentire all'ANAC di esercitare i propri poteri di vigilanza.

Risulta dunque evidente che ciascuna Amministrazione dovrà valutare con particolare attenzione quali società o enti rientrino nella definizione dell'art. 22, e siano dunque oggetto di pubblicazione ai sensi del medesimo articolo, con particolare attenzione (e con una valutazione auspicabilmente omogenea con riferimento agli enti partecipati da più amministrazioni), poiché da questa valutazione prende le mosse l'Autorità per vigilare che gli enti oggetto di pubblicazione adempiano a loro volta agli oneri previsti dalla normativa sulla prevenzione della corruzione e sulla trasparenza e nel caso delle società partecipate anche di definire la diversa estensione di tali obblighi in relazione alla misura della partecipazione pubblica.

Per quanto specificamente concerne gli enti di diritto privato, diversi dalle società, in controllo dell'Amministrazione, l'Autorità premette che dalla disciplina positiva e dall'analisi giurisprudenziale emerge che il fenomeno degli enti di diritto privato in controllo pubblico è particolarmente complesso. Gli enti in questione hanno caratteristiche e struttura eterogenee, non sono riconducibili ad una categoria omogenea.

Ai sensi dell'art. 1, co. 60, della legge n. 190 del 2012, dell'art. 11 del d.lgs. n. 33 del 2013 e dell'art. 1, co. 2, lettera c), del d.lgs. n. 39 del 2013, sono tenuti all'applicazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione anche gli altri enti di diritto privato in controllo pubblico diversi dalle società, con particolare riguardo agli enti costituiti in forma di “fondazione” o di “associazione” ai sensi del Libro I, Titolo II, capo II, del codice civile. Anche per tali enti si pone infatti, analogamente a quanto avviene per le società controllate, il problema dell'esposizione al rischio di corruzione che il legislatore ha inteso prevenire con la normativa anticorruzione in relazione alle pubbliche amministrazioni.

Per quanto concerne l'individuazione degli enti in parola, l'art. 1, co. 2, lettera c), del d.lgs. n. 39/2013 prevede che per «enti di diritto privato in controllo pubblico» si intendono «*le società e gli altri enti di diritto privato che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici, sottoposti a controllo ai sensi dell'art. 2359 del codice civile da parte di amministrazioni pubbliche, oppure gli enti nei quali siano riconosciuti alle pubbliche amministrazioni, anche in assenza di una partecipazione azionaria, poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi*». Il medesimo testo è riproposto nell'art. 11 del d.lgs. n. 33 del 2013, come sostituito dall'art. 24-bis, co. 1, del dl. n. 90 del 2014, in cui si precisa, tuttavia, che l'attuazione delle disposizioni in materia di trasparenza deve avvenire da parte di questi enti solo limitatamente all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea.

L'Autorità specifica dunque che *“si deve trattare di enti, in particolare associazioni e fondazioni, che hanno natura privatistica, non necessariamente con personalità giuridica, rispetto ai quali sono riconosciuti in capo alle amministrazioni pubbliche poteri di controllo che*

complessivamente consentono di esercitare un potere di ingerenza sull'attività con carattere di continuità ovvero un'influenza dominante sulle decisioni dell'ente". A tal fine l'Autorità ha individuato nelle medesima direttiva anche una serie di indici la cui ricorrenza nel caso concreto può considerarsi sintomatica della sussistenza di un controllo pubblico.

L'Autorità specifica inoltre che, "sempre in via generale, può avere rilievo, ai fini della individuazione della categoria, il carattere delle attività svolte, quali, come si è visto, la finalizzazione delle attività alla realizzazione di un interesse pubblico: gli enti in questione, pur avendo natura privatistica, svolgono funzioni che rientrano nell'ambito dei compiti tipicamente appartenenti ai pubblici poteri, ossia funzioni cui le pubbliche amministrazioni, in loro mancanza, dovrebbero sopperire. L'assimilazione alle amministrazioni pubbliche si deve alla pubblicità delle attività svolte dai suddetti enti, alla strumentalità degli stessi rispetto al conseguimento di finalità di chiara impronta pubblicistica. In particolare, secondo il tenore letterale del d.lgs. n. 33 del 2013 e del d.lgs. n. 39 del 2013, occorre ricondurre alla categoria degli enti di diritto privato in controllo pubblico quelli che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore a favore delle amministrazioni pubbliche, gestiscono servizi pubblici, ossia servizi qualificati tali perché l'attività in cui consistono si indirizza istituzionalmente al pubblico, mirando a soddisfare esigenze della collettività in coerenza con i compiti dell'amministrazione pubblica."

Dunque, ricondotti sia nella legge che nell'esegesi che l'Autorità ne dà all'interno di un'unica definizione integrata e inscindibile (quella di "enti di diritto privato in controllo pubblico", emergono tuttavia due distinti requisiti che operano congiuntamente:

- da un lato il configurarsi di una posizione di controllo di una o più amministrazioni pubbliche (cosiddetto controllo congiunto) su un ente di diritto privato che si estrinsechi in poteri di controllo che consentano a tale/i amministrazione/i di esercitare un potere di ingerenza con carattere di continuità ovvero un'influenza dominante;
- dall'altro il carattere delle attività svolte, ovvero sia il fatto che tali attività siano finalizzate alla realizzazione di un interesse pubblico poiché tali enti, pur avendo natura privatistica svolgono attività di pubblico interesse regolate dalla legge nazionale o dell'unione europea oppure, o esercitano funzioni amministrative, o svolgono attività di produzione di beni e servizi a favore della amministrazioni pubbliche o gestiscono servizi pubblici.

I medesimi elementi, per inciso, erano già definiti anche nella Circolare n. 1 del 14 febbraio 2014 del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione.

Dalla fattispecie astratta all'applicazione concreta dell'art. 22 comma 1: CODAU

Per definire se il CODAU sia da inserire o meno nell'elenco degli enti da pubblicarsi ai sensi dell'art. 22, con tutte le conseguenze che discendono da tale scelta, occorre analizzare lo Statuto del CODAU, tra l'altro oggetto di un significativo intervento di modifica nel 2014, e verificare la ricorrenza di entrambi i requisiti che concorrono, agli effetti illustrati, a definire la categoria degli altri "enti privati in controllo pubblico".

Ai sensi dell'art. 1, commi 1 e 2, dello Statuto, il CODAU è costituito e opera in forma di associazione non riconosciuta ai sensi degli artt. 36 e seguenti del Codice Civile e ne sono soci i Direttori Generali, o figure statutariamente equivalenti, in rappresentanza delle Università e degli Istituti di istruzione superiore universitaria statali e non statali.

Gli organi di indirizzo del CODAU sono l'Assemblea Generale il Presidente e la Giunta; la designazione dei componenti di tali organi è direttamente o indirettamente riconducibile alle università aderenti e per quel che qui interessa in misura maggioritaria a quelle statali (data la larga preminenza di queste ultime all'interno dell'associazione).

Passando ad analizzare il secondo requisito, ai sensi dell'art. 2 dello Statuto le finalità del CODAU sono:

- svolgere attività di coordinamento e di indirizzo nella gestione delle Istituzioni universitarie, nel rispetto dell'autonomia delle stesse;
- instaurare rapporti sistematici con: Ministeri, CRUI, ANVUR, CNSU, OO.SS., ARAN, Comitati di settore e altri Organismi istituzionali per la promozione di studi congiunti, ricerche e proposte di soluzioni su problematiche attinenti la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa delle Istituzioni universitarie per il miglior funzionamento e l'organizzazione delle medesime, anche al fine di favorire una omogenea applicazione delle norme di specifico riferimento e la diffusione di buone pratiche;
- attivare relazioni con organismi e rappresentanze parlamentari, di governo, sindacali, in ordine alle problematiche di interesse delle Istituzioni Universitarie, della dirigenza e del personale universitario in genere;
- instaurare rapporti di collaborazione con analoghe Organizzazioni nazionali e sovranazionali, per scambi di esperienze e conoscenza di esigenze e orientamenti, al fine di formulare valutazioni e proposte anche di provvedimenti normativi, per il miglioramento ed il consolidamento dell'integrazione a livello europeo ed extraeuropeo;
- promuovere e valorizzare i dirigenti delle Istituzioni universitarie, anche attraverso iniziative volte a favorirne la formazione, la crescita e lo sviluppo professionale.

Dall'elenco delle finalità, fatta eccezione per l'ultima che richiama più una funzione *latu sensu* di associazione professionale, si configura per il CODAU un doppio ruolo:

- un luogo di confronto e di diffusione di interpretazioni omogenee delle norme e buone pratiche in materia di gestione delle università;
- un soggetto che intende porsi come interlocutore qualificato di tutti i soggetti che a vario titolo hanno competenze e funzioni in ordine alle problematiche di interesse delle istituzioni universitarie, al di fuori di qualunque contesto formale, e senza alcuna funzione di rappresentanza istituzionale in senso stretto (come, per fare un esempio, esempio è stabilito espressamente dallo Statuto per l'A.N.C.I.).

Da una prima lettura si può affermare che le attività che il CODAU porta avanti nel perseguimento dei propri scopi statutari rappresentano un'indubbia utilità per tutte le istituzioni universitarie aderenti, ma che il loro inquadramento nella categoria dell'attività di pubblico interesse come definita dal complesso delle fonti normative e dall'esegesi resane dall'ANAC e dal DPF, non appare scontato.

Il legislatore prima e gli interpreti poi hanno infatti circoscritto e dettagliato la nozione di attività di interesse pubblico attraverso il ricorso a tre differenti tipologie di attività: l'esercizio di funzioni amministrative, la produzione di beni o servizi nei confronti di pubbliche amministrazioni, la gestione di servizi pubblici.

Per definire efficacemente il perimetro di tali attività è significativo quanto l'Autorità scrive per definire l'ambito delle "attività di pubblico interesse regolate dal diritto nazionale o dell'Unione europea" oggetto degli obblighi di trasparenza: *"sono certamente da considerarsi tali quelle così qualificate da una norma di legge o dagli atti costitutivi e dagli statuti degli enti e delle società e quelle previste dall'art. 11, co. 2, del d.lgs. n. 33 del 2013, ovvero le attività di esercizio di funzioni amministrative, di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche, di gestione di servizi pubblici"*.

Orbene, in primo luogo va evidenziato come il CODAU non svolga alcuna attività qualificata come di pubblico interesse da una norma di legge o statutaria.

Con riferimento, poi, alle attività previste dall'art. 11 comma 2, per certo il CODAU non svolge nessuna attività di gestione di un servizio diretto al pubblico e nemmeno produce beni o servizi nei confronti delle pubbliche amministrazioni, di talché se non vi fosse esse dovrebbero sopperire altrimenti (in effetti la "produzione" del CODAU si estrinseca in studi, relazioni, analisi, proposte, rassegne normative e giurisprudenziali, che rappresentano la sintesi di un lavoro comunque condotto negli atenei e non sono assimilabili ad un servizio di consulenza).

Resta da verificare se le attività siano inquadrabili come svolgimento di funzioni amministrative che rientrano nell'ambito dei compiti tipicamente appartenenti ai pubblici poteri.

In tal senso non si può fare a meno di ribadire che il CODAU non è stato istituito da una fonte normativa e come non è dato rinvenire alcun atto normativo in cui se ne prevedano le finalità; non esiste del pari nessuna norma da cui sia dato ricavare l'attribuzione al CODAU di funzioni amministrative (nemmeno consultive) in cui si espliciti l'esercizio di pubblici poteri. D'altronde l'esercizio di tali funzioni non è previsto dallo Statuto del CODAU.

In conclusione, e in sintesi, si può dunque affermare che l'Associazione rappresenta uno spazio di confronto ad alto livello, di elaborazione di studi, analisi e proposte sulle problematiche di gestione delle università e che essa favorisce lo sviluppo del sistema universitario nel suo complesso, attraverso la diffusione di buone pratiche e di una interpretazione omogenea e coerente della normativa di settore, ponendosi come interlocutore qualificato per tutelare l'interesse comune di tutti gli atenei alla migliore gestione; in tal senso svolge senza dubbio una funzione meritoria e di grande utilità sia per gli atenei che per la *governance* del sistema universitario nel suo complesso.

Essa, tuttavia, non è definibile come "ente di diritto privato in controllo pubblico" ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 11 e 22 del dlgs 33/2013, in quanto le attività che svolge non sono inquadrabili come attività di pubblico interesse secondo la definizione che se ne ricava dalla norme citate.

Il CODAU, pertanto, non deve essere indicato nell'elenco degli enti di cui all'art. 22 comma 1 lettera b da pubblicare nella sezione "Amministrazione Trasparente" e conseguentemente non

risulta soggetto alle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza di cui alla legge 190/2012 e successivi decreti attuativi.

19 novembre 2015