

La partecipazione delle Università ad enti di diritto privato nella prospettiva della Terza Missione

di Raffaele Picaro

SOMMARIO: 1. Analisi del contesto. – 2. Gli enti partecipati dalle università: criticità sistemiche o opportunità per il decollo della Terza Missione? Spunti per una riflessione. – 3. Perimetro degli organismi partecipati dalle università alla ricerca di un nuovo assetto nel mutato contesto sociale e di mercato. – 4. Strumenti giuridici per l'affidamento di servizi strumentali. Declinazione del modello dell'*in house providing*: analisi critica della sua implementazione in ambito universitario. – 5. Recenti approcci normativi: dall'adozione dei piani operativi di razionalizzazione delle partecipate pubbliche al TUSP. Esiti delle politiche di contenimento della spesa pubblica nel contesto degli enti partecipati dalle università. – 5.1. *Segue*. Il processo di razionalizzazione e le università. – 6. Criticità gestionali delle partecipate pubbliche e strategie di rilancio dei servizi erogati dalle università nell'ambito della Terza Missione. – 7. Dal modello umboldtiano alla *entrepreneurial university*.

1. *Analisi del contesto*

Di recente approdo, la Terza Missione¹ è intesa come l'insieme delle attività con le quali le università e gli enti di ricerca entrano in relazione diretta con la società, ovvero che hanno un effetto, diretto ed indiretto, sull'economia, la cultura e la società del territorio in cui operano². Precipua prerogativa di tale funzione è di essere il principale agente di innovazione delle altre due missioni dell'istituzione universitaria – didattica e ricerca – e, quindi, del modo stesso di essere e di operare delle università nei rispettivi territori³.

¹ G. VESPERINI, *Per uno studio delle tendenze di riforma del sistema universitario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 2, p. 197 ss.; A. SANDULLI, *Il cantiere giuridico dell'università*, *ivi*, 2016, 5, p. 35 ss.; M. VAROTTO, *Tertium non datur. La terza missione come strumento di legittimazione pubblica: un'agenda per la geografia italiana*, in *Boll. soc. geog. it.*, 2014, p. 637 ss. Cfr. N. PAPARELLA, *L'università alle soglie del terzo millennio*, in L. MARTINIELLO (a cura di), *Università. Verso nuovi modelli di management*, Napoli, 2012, p. 15 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *Ci vuole poco per fare una Università migliore. Guardando oltre la "Riforma Gelmini"*, Fagnano Alto, 2011, *passim*; M. MICHELINI (a cura di), *Idee di università e strategie degli atenei italiani*, Firenze-Milano, 2016, *passim*. In materia F. GALGANO, F. ADDIS, P. GROSSI, G. VISINTINI e M. GRONDONA, *Dibattito a più voci intorno alla crisi delle università italiane e al libro di Vincenzo Zeno Zencovich, Ci vuole poco per fare una Università migliore. Guardando oltre la "Riforma Gelmini"*, in *Contr. impr.*, 2012, 2, p. 315 ss. Da ultimo ASSOCIAZIONE TREELLE, *Dopo la riforma: università italiana, università europea? Proposte per il miglioramento del sistema terziario*, 13, Genova, 2017, *passim*.

² T. AGASISTI, *Terza missione delle università: aspetti metodologici ed esperienze applicative*, in *Master SUM*, Politecnico di Milano, 15 gennaio 2016.

³ Sul tema C. BARBATTI, *La natura e il regime giuridico delle università e degli enti pubblici di ricerca*, in G. CATALANO (a cura di), *L'inquadramento fiscale delle università e degli enti di ricerca: vincoli e opportunità*, Bologna, 2013, p. 15 ss.

Già dal finire del secolo scorso e più attivamente nel primo decennio di quello corrente, le università e gli enti di ricerca hanno assunto un nuovo ruolo nell'ambito della propria *mission* istituzionale, affiancando alla didattica e alla ricerca, anche il trasferimento tecnologico. Successivamente, ed in prospettiva di superamento della più ristretta nozione di tale funzione, è intervenuta l'istituzionalizzazione della Terza Missione, nell'ambito della quale sono state ricomprese l'attività di valorizzazione della ricerca (brevetti, *spin-off*, contratti conto-terzi e convenzioni, intermediari) e di produzione di beni pubblici sociali e culturali (*public engagement*, patrimonio culturale, formazione continua, sperimentazione clinica). Non va sottaciuto come, in questo percorso, l'influenza anglosassone, statunitense *in primis*, abbia giocato un ruolo decisivo. Invero siffatte attività, piuttosto "nuove" per gli atenei italiani, invece già consolidate nel Nord America e in Gran Bretagna, stavano crescendo a ritmo elevato nel resto dell'Europa. La l. 20 dicembre 2010, n. 240 (cd. legge Gelmini), introducendo l'obbligo di rinnovo degli statuti universitari, ha favorito il processo di istituzionalizzazione della Terza Missione, affiancando di fatto e a pieno titolo le attività ad essa riconducibili alle tradizionali funzioni di didattica e ricerca. Per effetto della novella, con la Valutazione della Qualità della Ricerca (VQR) 2011-2014⁴, per la prima volta in Italia sono state oggetto di valutazione sistematica le attività di Terza Missione delle università e degli enti di ricerca. Invero, già nell'esperienza VQR 2004-2010⁵ era stato avviato un processo di valutazione delle attività riconducibili a detta funzione con la definizione di alcuni indicatori di valutazione sia dal punto di vista strettamente tecnologico⁶, che da quello delle scienze umane⁷. Dunque, aderendo agli *standard* e alle linee guida per l'assicurazione della qualità dell'istruzione superiore nello spazio europeo⁸, che hanno ricevuto il loro abbrivio dal Processo di Bologna⁹, il concetto di apertura verso il contesto socio-economico mediante la valorizzazione e il trasferimento delle conoscenze aveva già fatto ingresso nel sistema univer-

⁴ D.m. 27 giugno 2015, n. 458. Sul tema ANVUR, *La valutazione della terza missione nell'ambito della VQR 2011-2014: un confronto con le università e gli enti di ricerca*, Roma, 28 giugno 2016.

⁵ D.m. 15 luglio 2011, n. 17, in G.U. 7 novembre 2011.

⁶ Contratti di ricerca e consulenza con committenza esterna, brevetti, creazione di imprese *spin-off*, partecipazione a incubatori e consorzi con finalità di trasferimento tecnologico.

⁷ Gestione di siti archeologici e poli museali e altre attività di Terza Missione.

⁸ Cfr. da ultimo ESG 2015, *Standard e Linee Guida per l'Assicurazione della Qualità nello Spazio Europeo dell'Istruzione Superiore approvate dalla Conferenza Ministeriale a Yerevan*, 14-15 maggio 2015.

⁹ Lo Spazio Europeo dell'Istruzione Superiore si basa su un accordo intergovernativo di collaborazione formalmente sottoscritto nella Conferenza interministeriale tenuta a Budapest e Vienna nel marzo 2010. L'iniziativa era stata lanciata come Processo di Bologna alla conferenza dei ministri dell'istruzione superiore che si era tenuta a Bologna nel giugno 1999 ed era stata ispirata dall'incontro dei Ministri di Francia, Germania, Italia e Regno Unito del 1998 alla Sorbona.

sitario. Ma si deve al d.lgs. n. 19 del 2012¹⁰, che definisce i principi del sistema di Autovalutazione, Valutazione Periodica ed Accredimento, e al successivo d.m. n. 47 del 2013¹¹, che identifica gli indicatori e i parametri di valutazione periodica dell'attività universitaria, il riconoscimento esplicito della Terza Missione come funzione istituzionale delle università, accanto a quelle tradizionali di insegnamento e ricerca. In ultimo, sulla base dell'art. 2, co. 6, d.m. 27 giugno 2015, n. 458, nell'ambito della Valutazione della Qualità della Ricerca 2011-2014 è stato considerato il profilo di competitività delle università per le attività di Terza Missione. Secondo le linee guida ANVUR sulla VQR 2011-2014, le attività di Terza Missione possono essere classificate in due sottocategorie principali e varie sottoclassi: attività di trasferimento tecnologico (gestione della proprietà intellettuale, *spin-off*, attività conto terzi, attività di intermediazione); produzione di beni pubblici (produzione di beni e servizi culturali, *trials* clinici, formazione continua *public engagement*). Di particolare interesse ai fini del presente lavoro sono gli indicatori che l'ANVUR individua con specifico riferimento agli *spin-off*: impatto sul mercato del lavoro; impatto economico; evoluzione degli *spin-off*¹². L'attivazione di imprese *spin-off*, infatti, è l'elemento di principale novità nelle attività di trasferimento tecnologico e quello che ha destato maggiore attenzione dei ricercatori e degli osservatori per le conseguenze immediate e rilevanti a livello locale¹³. Così come altrettanto interesse suscitano le attività di intermediazione verso l'esterno che includono incubatori, consorzi, parchi scientifici. Nel caso di specie la valutazione dell'ANVUR riguarda l'occupazione creata mediante gli intermediari.

Compito sfidante della Terza Missione è la ridefinizione dei confini dell'attività universitaria, in termini di contributo allo sviluppo economico e sociale del territorio in cui essa opera. In particolare, tale funzione favorisce l'emersione del contributo delle università per lo sviluppo di una nuova imprenditorialità in grado di affermarsi sul mercato sfruttando le potenzialità progettuali e tecniche dell'ambiente accademico, così favorendo l'occupazione giovanile attraverso la

¹⁰ D.lgs. 27 gennaio 2012, n. 19, in G.U. 8 marzo 2012, n. 57.

¹¹ D.m. 30 gennaio 2013, n. 47. Sul tema cfr. anche d.m. 23 dicembre 2013, n. 1059.

¹² Con il termine *spin-off* universitario si intende quella particolare modalità di creazione di impresa che si propone di inserire nel mondo imprenditoriale studenti dei corsi di studio, laureandi, neolaureati, allievi dei corsi di specializzazione e di dottorato, borsisti post laurea e postdottorato, titolari di assegni di ricerca, ricercatori, professori, dipendenti delle università appartenenti al personale tecnico amministrativo, proiettando sul mercato strutture istituzionali quali i Dipartimenti e ancorando in maniera più incisiva la formazione universitaria di tutti i livelli alle esigenze della realtà economica esterna costituita dalle imprese produttrici di beni e servizi. Sul tema P. ZANELLI, *Nuovi percorsi dalla ricerca all'impresa: l'esperienza di spin-off intrapresa dall'università di Bologna*, in *Contr. impr.*, 2000, 3, p. 1461.

¹³ Alla fine del 2015 le università italiane avevano promosso quasi 1200 *spin-off* (a partire dal 2001). Dopo un calo di attivazioni nel 2008 e 2009, dal 2010 il numero di *spin-off* avviati nelle università italiane si è mantenuto sopra le 100 unità per anno.

creazione di nuovi posti di lavoro e di nuove figure professionali. L'approccio si conforma agli attuali *trend* volti ad agevolare il trasferimento tecnologico, le competenze scientifiche e tecniche dall'università all'industria attraverso interventi finanziari flessibili e diversificati di sostegno alla ricerca applicata. Non va, tuttavia, sottaciuta la preoccupazione che l'esplicazione di una tale prerogativa possa snaturare la vocazione originaria delle università, trasformandole da luogo di produzione del sapere in soggetti erogatori di servizi.

2. *Gli enti partecipati dalle università: criticità sistemiche o opportunità per il decollo della Terza Missione? Spunti per una riflessione*

Tra le principali politiche di contenimento della spesa pubblica degli ultimi anni, emerge con profili di particolare evidenza l'attenzione che il legislatore ha rivolto agli organismi partecipati dagli enti pubblici, la cui gestione è stata sottoposta a verifica con riguardo alla tutela della concorrenza ma soprattutto in relazione ai riflessi delle esternalizzazioni sul bilancio degli enti soci, senza mancare di considerare i fenomeni elusivi dei vincoli di finanza pubblica. Per conseguire tali obiettivi sono stati posti limiti alla costituzione delle società partecipate pubbliche, disponendone la razionalizzazione mediante la ristrutturazione o la liquidazione. La materia, tuttavia, – almeno sino al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175¹⁴ (di seguito TUSP) – è stata disciplinata da disposizioni non omogenee, adottate in mancanza di un disegno sistematico, che si sono sovrapposte alla disciplina di diritto comune alla quale, comunque, sono soggetti gli enti costituiti in base alla disciplina del codice civile. In questo contesto, un incisivo ruolo di indirizzo è stato assunto dalla giurisprudenza della magistratura contabile, alla quale si devono le principali linee interpretative del settore emanate negli ultimi anni. In ambito universitario, la partecipazione a soggetti giuridici esterni trova fondamento negli statuti di ateneo, in varie disposizioni ora più puntuali ora di principio o anche di rinvio alla normativa generale, nelle norme del codice civile, e in alcune disposizioni speciali, quale l'art. 91 *bis* del d.P.R. n. 382 del 1980¹⁵ –

¹⁴ In conseguenza di Corte Cost. n. 251 del 2016, il Consiglio di Stato (parere n. 83 del 17 gennaio 2017) ha esplicitato i criteri per conformarsi ai rilievi della Consulta, e successivamente il Consiglio dei ministri del 9 giugno 2017, ha approvato, in esame definitivo, un intervento integrativo e correttivo del testo entrato in vigore il 23 settembre 2016.

¹⁵ Disposizione inserita dall'art. 13, l. 9 dicembre 1985, n. 705, «Le università possono partecipare a consorzi o a società di capitale per la progettazione e l'esecuzione di programmi di ricerca finalizzati allo sviluppo scientifico e tecnologico ai sensi delle leggi 25 ottobre 1968, n. 1089, 2 maggio 1976, n. 183, 21 maggio 1981, n. 240, 17 febbraio 1982, n. 46, 1° dicembre 1983, n. 651, a condizione che: la loro partecipazione sia rappresentata da esclusivo apporto di prestazione di opera scientifica; l'atto costitutivo preveda l'esclusione per esse da eventuali obblighi dei soci di versare contributi in denaro e che gli utili non vengano ripartiti ma reinvestiti per finalità di

ritenuta dai più la principale norma di riferimento in tema di partecipazioni delle università a soggetti di diritto privato – e principalmente nella legge Gelmini. A tali riferimenti normativi si aggiungono le previsioni del TUSP che, in maniera oltremodo significativa, trovano applicazione, in quanto compatibili, anche per le università. Dunque, alle istituzioni universitarie, in quanto enti pubblici aventi finalità di didattica e ricerca nonché di Terza Missione – come di seguito si specificherà –, nell'ambito della propria autonomia organizzativa e finanziaria, è consentita la costituzione di nuovi soggetti giuridici, anche in veste societaria, e partecipare agli stessi solo per il perseguimento dei propri fini istituzionali, in virtù di un principio generale dell'ordinamento, già codificato dall'art. 3, co. 27, l. n. 244 del 2007 ed ora ribadito dal TUSP.

La disposizione legislativa appena richiamata, conformandosi ad un orientamento già emerso in sede di giurisprudenza di legittimità, al precipuo scopo di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato nonché di assicurare la parità degli operatori economici, dettava disposizioni precise riguardanti i presupposti per il mantenimento e la dismissione delle società medesime¹⁶. Dunque, a partire dalla legge sopracitata, si è dato avvio al processo di riordino delle società partecipate dalle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, co. 2, del d.lgs. n. 165 del 2001, e in adempimento agli obblighi imposti dalla suddetta normativa le università hanno proceduto all'analisi delle proprie partecipazioni societarie, avviando inoltre il lavoro di ricognizione e verifica di tutte le proprie partecipazioni in enti esterni, con l'adeguamento e l'aggiornamento delle proprie linee guida. In tale contesto, occorre precisare che con la l. n. 190 del 2014 (legge di stabilità 2015) – che ha introdotto ai co. 611 ss. dell'unico articolo di cui è composta, alcune disposizioni volte a disciplinare il processo di riorganizzazione e riduzione delle società partecipate – anche le università¹⁷ hanno dovuto avviare un processo di razionalizzazione delle società e delle partecipazioni societarie direttamente o indirettamente possedute, in modo da conseguire la riduzione

carattere scientifico; sia assicurata la partecipazione paritaria della università, nell'impostazione dei programmi di ricerca; le relative iniziative fruiscono di finanziamenti non inferiori alla metà da parte di organismi pubblici nazionali, internazionali o esteri; ogni eventuale emolumento corrisposto ai professori universitari o ai ricercatori che facciano parte degli organi sociali sia versato alle università di appartenenza. I proventi derivanti da eventuali contratti di ricerca o di consulenza richiesti ad università siano corrisposti secondo quanto stabilito nel precedente articolo 66. Gli eventuali utili spettanti alle università siano da queste destinati a fini di ricerca. La partecipazione dell'università è deliberata dal consiglio di amministrazione, udito il collegio dei revisori».

¹⁶ Disponendo in particolare al co. 27 che le predette Amministrazioni «non possono 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 o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società, ammettendo comunque sempre la costituzione di società che producono servizi di interesse generale ...».

¹⁷ «Al fine di assicurare il coordinamento della finanza pubblica, il contenimento della spesa, il buon andamento dell'azione amministrativa e la tutela della concorrenza e del mercato».

delle stesse entro il 31 dicembre 2015. Ulteriori adempimenti, da effettuarsi entro il 31 marzo 2016, si connettevano alla predisposizione di una relazione sui risultati conseguiti, che doveva essere trasmessa alla competente sezione regionale di controllo della Corte dei conti e pubblicata nel sito *internet* istituzionale dell'amministrazione interessata. È importante segnalare come la pubblicazione del piano di razionalizzazione nonché della relazione connessa, costituiva obbligo di pubblicità ai sensi del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33. Da questo punto di vista, appare evidente come anche per le università si sia posto il problema di avere un quadro chiaro ed approfondito degli effetti che le loro partecipazioni in società, consorzi ed enti pubblici e privati hanno sul bilancio degli atenei¹⁸ e di darne adeguata informativa¹⁹.

Come si è avuto modo di sottolineare, allo scopo di realizzare un riassetto normativo degli organismi partecipati dagli enti pubblici, nel quadro della riforma del sistema delle autonomie territoriali, con intuibili riflessi anche per gli enti pubblici non territoriali, è stato emanato il TUSP, che ambisce a definire una compiuta disciplina degli organismi partecipati pubblici. L'esercizio della delega contenuta nella l. n. 124 del 2015 ha fornito l'opportunità di perseguire l'obiettivo di realizzare una semplificazione normativa in materia, in uno con l'occasione di delineare una più efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche nonché una disciplina adeguata della concorrenza, della razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica. Come è noto, il recente arresto della Consulta²⁰ ha imposto l'adozione di alcuni correttivi al d.lgs. n. 175 del 2016. Dando conto di una precisa opzione di politica legislativa, l'art. 15, co. 1, lett. d), d.lgs. 16 giugno 2017, n. 100²¹ ha introdotto all'art. 26, d.lgs. n. 175 del 2016 (rubri-

¹⁸ Sul tema cfr. anche art. 3, co. 27, l. 24 dicembre 2007, n. 244 (finanziaria anno 2008) ed art. 19, co. 2, d.l. n. 78 del 2009, convertito con l. 3 agosto 2009, n. 102.

¹⁹ Art. 22, d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 (Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni).

²⁰ Corte cost., 25 novembre 2016, n. 251, in *Foro it.*, 2017, 2, 1, c. 451, con nota di G. MONACO, *La pronuncia della Corte costituzionale sulla "Riforma Madia" incide sul sistema della fonti del diritto*, in *Giur. it.*, 2017, 3, p. 733, con nota di A. MEALE, *Organizzazione della P.A. Il principio di leale collaborazione tra competenze statali e regionali*, in *Urb. app.*, 2017, 3, p. 366. Cfr. B. G. MATTARELLA, *Delega legislativa e principio di leale collaborazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 2, p. 179 ss.

²¹ Su cui G. CAIA, *La disciplina sulle società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 5, p. 601 ss.; B. G. MATTARELLA, *Le società a partecipazione pubblica. Tipologie, efficienza e questioni interpretative*, Relazione al 63° Convegno di Studi Amministrativi, Varenna, 21-23, settembre 2017. In materia cfr. A. NIUTTA e A. POLICE, *Forma e realtà nella società per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Rin. dir. comm.*, 1999, p. 477 ss.; M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle S.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome dello Stato*, Torino, 1997, *passim*; ID., *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004, p. 116 ss.; R. URSI, *Il patrimonio delle società a capitale pubblico*, in A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici tutela, valorizzazione e gestioni*, Milano, 2008, p. 131 ss.; G. PANZIRONI, *Impresa pubblica e organismo di diritto pubblico*, in *Serv. pubb. app.*, 2004, p. 131 ss.; F. R. FANTETTI, *La responsabilità degli organi delle società a partecipazione pubblica*, in

cato “Altre disposizioni transitorie”) il co. 12 *ter*, per effetto del quale, le società costituite, ai sensi degli artt. 2 e 3, d. lgs. n. 297 del 1999²² con caratteristiche di *spin off* o di *start up* universitari previste dall’art. 6, co. 9, della l. n. 240 del 2010, nonché quelle degli enti di ricerca recanti caratteristiche analoghe, ed ancora le società costituite dalle università per la gestione di aziende agricole con funzioni didattiche, dovranno conformarsi alle disposizioni di cui all’art. 20 del TUSP (“Razionalizzazione periodica delle partecipazioni pubbliche”) decorsi cinque anni dalla loro costituzione²³.

3. *Perimetro degli organismi partecipati dalle università alla ricerca di un nuovo assetto nel mutato contesto sociale e di mercato*

In via preliminare preme evidenziare come il tema dell’esercizio di attività di impresa da parte delle università aveva ricevuto un approfondito vaglio da parte dal Consiglio di Stato in adunanza plenaria²⁴: il quesito aveva riguardato la possibilità ed i limiti in cui le università, alle quali l’ordinamento chiede una maggiore interazione con la comunità e che avvertono la necessità di ricorrere all’esterno per reperire risorse finanziarie, possono esercitare attività di impresa. La questione nodale posta al vaglio della Plenaria è stata la costituzione da parte delle università di società con finalità lucrative, destinate ad operare sul mercato, in regime di concorrenza per offrire prodotti o per prestare servizi. Deve premettersi che la disciplina normativa di cui all’art. 3, co. 27, l. n. 244 del 2007 (legge finanziaria 2008) esclude la possibilità per le pubbliche amministrazioni di cui all’art. 1 d.lgs. n. 165 del 2001 di costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie al 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 prevedeva,

Resp. civ., 2012, 6, p. 459 ss. e da ultimo C. IBBA, *Società a partecipazione pubblica e responsabilità erariale*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 2, p. 443 ss.

²² Rubricato “Riordino della disciplina e snellimento delle procedure per il sostegno della ricerca scientifica e tecnologica, per la diffusione delle tecnologie, per la mobilità dei ricercatori”.

²³ M. CALCAGNILE, *La razionalizzazione delle società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 4, p. 441 ss.

²⁴ Cons. stato, adunanza plenaria, 3 giugno 2011, n. 10, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 3, p. 287 ss., con commento di C. MARZUOLI, *Le università e l’uso di forme organizzative di diritto privato* e in *Urb. app.*, 2011, 12, p. 1457 ss., con commento di S. SPUNTARELLI, *Questioni interpretative in ordine alla costituzione di società commerciali da parte delle Università*.

inoltre, una disposizione di coordinamento con il precedente regime. Il co. 29 del medesimo articolo dispone 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 co. 27. Il quadro normativo descritto non presenta particolari dubbi interpretativi ed è stato confermato dal TUSP. La questione rimessa al vaglio dell'Adunanza plenaria riguardava, invece, una controversia temporalmente anteriore alla legge finanziaria del 2008. L'interrogativo posto ai giudici di Palazzo Spada era se le disposizioni di cui alla suddetta innovazione legislativa fossero null'altro che la positivizzazione di un principio già implicitamente presente nel nostro ordinamento ovvero si trattasse di una disciplina innovativa e come tale applicabile solo alle controversie nel frattempo insorte. La decisione, invero, desta particolare interesse laddove si occupa in maniera specifica della questione relativa al ricorso alle forme private di organizzazione ed azione dell'amministrazione, nonché quella della natura degli atti adottati al riguardo, rimarcandosi la rilevanza del principio della stretta strumentalità. Un'università può costituire o partecipare a società destinate ad operare sul mercato a condizione che sussista un nesso di stretta strumentalità con le sue finalità istituzionali (ricerca e didattica ma oggi anche, con risvolti inediti, Terza Missione); tale connessione deve trovare dettagliata esplicazione nella disciplina in concreto adottata ed anche in relazione alle formalità tese ad assicurare la finalizzazione delle attività di siffatte società ai predetti fini istituzionali. La decisione del Consiglio di Stato, pur occupandosi di università e della correlata possibilità di svolgere un'attività di tipo imprenditoriale, afferma un principio di carattere generale che riguarda ogni ente pubblico e ogni tipo di attività²⁵. I giudici di Palazzo Spada hanno ribadito che le finalità istituzionali costituiscono un vincolo ineludibile per ogni ente pubblico, comprese le università; che detto vincolo si precisa in termini di strumentalità; che gli atti con cui si provvede alla costituzione, all'adesione o alla modificazione di un ente del libro I o del libro V del codice civile, sono provvedimenti amministrativi per ciò che attiene alla fase prodromica, negoziali, e dunque di diritto privato, invece i successivi²⁶. Tanto chiarito, la questione rimaneva aperta: occorre, infatti, individuare i principi e i criteri per decidere se una certa attività si mantenga entro il perimetro delle finalità istituzionali. In questa direzione, i giudici di Palazzo Spada, offrendo argomentazioni puntuali,

²⁵ C. MARZUOLI, *loc. ult. cit.*

²⁶ C. MARZUOLI, *loc. ult. cit.* Cfr. G. TORREGROSSA, *Capacità di diritto privato degli enti pubblici economici e disciplina degli appalti pubblici*, in *Dir. soc.*, 1983, pp. 102-103; G. ALPA, *Diritto privato e diritto pubblico. Una questione aperta*, in *Econ. dir. terz.*, 1999, pp. 346-347.

non mancano di soffermarsi sul concetto di strumentalità rispetto ai fini istituzionali, chiarendo il rapporto tra strumentalità sostanziale e meramente organizzativa. La costituzione di una società (per gli enti non aventi fini di lucro), si afferma, è generalmente ammissibile solo se il modello utilizzato è quello della società *in house*, perché si tratta di un modulo organizzativo neutrale, che rientra nell'autonomia dell'ente, con il limite intrinseco che ogni articolazione è sempre e necessariamente strumentale al perseguimento dei fini istituzionali dell'ente medesimo²⁷.

Quanto al perimetro degli enti partecipati dalle università, in via preliminare si osserva che se è vero che la nozione di pubblica amministrazione si declina al plurale, *a fortiori* risulta mutevole l'elenco delle unità istituzionali rientranti nel cd. "settore S13", che comprende, accanto agli organismi pubblici dello Stato e degli enti territoriali, le unità istituzionali che producono beni non destinabili alla vendita soggetti a controllo pubblico, a prescindere dalla forma giuridica da esse rivestita. L'appartenenza o meno alla predetta categoria è foriera di rilevanti effetti giuridici, tra cui la soggezione a determinati vincoli negli acquisti di beni e servizi²⁸. Ancora diversa è la definizione di "organismo di diritto pubblico" accolta nel precedente codice dei contratti pubblici (art. 3, co. 26, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) ma trasfusa anche nel nuovo codice (art. 3, co. 1, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), che, in attuazione della normativa sovranazionale, include tra i soggetti obbligati a seguire le procedure di evidenza pubblica qualsiasi organismo, anche in forma societaria, che presenti determinate caratteristiche²⁹. Dunque, il gruppo "amministrazione pubblica territoriale e non territoriale" è formato da un'aggregazione di soggetti eterogenei nati per soddisfare bisogni o interessi collettivi.

Le partecipazioni universitarie sono classificabili in fondazioni, associazioni, centri di competenza, consorzi a partecipazione mista, consorzi interuniversitari, distretti tecnologici, g.a.l., società di capitali, *spin-off* universitari. Particolarmente problematica è l'interpretazione delle disposizioni che disciplinano i rapporti con tali organismi. A fronte del chiaro intento del legislatore di estendere il perimetro del consolidamento e del

²⁷ Cons. stato, adunanza plenaria, 3 giugno 2011, n. 10, cit.

²⁸ Cfr. art. 6, d.l. n. 78 del 2010; art. 1, co. 7 e 5, d.l. n. 95 del 2012; art. 1, co. 141, l. 24 dicembre 2012, n. 228.

²⁹ In particolare deve trattarsi di organismo: a) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; b) dotato di personalità giuridica; c) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

controllo, si evidenzia, nelle singole misure, una tendenza alla frammentazione dell'universo che li riguarda³⁰. In realtà, le società di capitali, partecipate da enti pubblici per le loro finalità istituzionali, conservano la propria natura privatistica, ancorché di diritto singolare: la Relazione illustrativa all'art. 2458 c.c. (attuale art. 2449 c.c.) conferma che «è lo Stato medesimo che si assoggetta alla legge delle società per azioni per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici». Anche i rapporti tra ente socio e società partecipata (e i relativi poteri di controllo) sono disciplinati dal diritto civile. La soggezione delle società pubbliche alle regole del codice civile, da un lato, è aderente ai principi di economicità dell'azione amministrativa (art. 97, co. 1, cost.) e, dall'altro, è coerente con la tutela della concorrenza. Tuttavia, il profilo privatistico e quello pubblicistico si coniugano quando il capitale/fondo di dotazione è interamente posseduto da pubbliche amministrazioni, derivando da tale condizione rilevanti quanto numerosi vincoli gestori.

Sebbene privo di ricadute applicative, l'ampio processo di ristrutturazione dell'organizzazione pubblica e di privatizzazione delle università ha trovato un importante suggello con l'art. 59, co. 3, l. n. 388 del 2000, che ha previsto la possibilità di costituire, singolarmente o in forma associata, fondazioni di diritto privato disciplinate da uno specifico regolamento di attuazione (d.P.R. 24 maggio 2000, n. 254). La "fondazione di partecipazione" corrisponde alla tipologia delle "fondazioni strumentali agli enti pubblici fondatori" (c.d. fondazione amministrativa)³¹. Essa, nascendo per iniziativa di una o più entità senza assumere per questo carattere associati-

³⁰ A tal riguardo le Sez. Riun. della Corte dei Conti (Audizione sul disegno di legge in materia di "Riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche" (AC 3098), del 3 giugno 2015) avevano ritenuto riduttivo il perimetro tracciato dall'art. 14 del d.d.l. "Riordino della disciplina delle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche", essendo ben più ampio l'universo degli organismi partecipati/controllati dalle pubbliche amministrazioni.

³¹ In argomento P. RESCIGNO, *Negoziato privato di fondazione e atto amministrativo di riconoscimento*, in *Giur. it.*, 1968, cc. 1353-1358; G. ALPA (a cura di), *Le fondazioni: tradizioni e modernità*, Padova, 1988, *passim*; G. NAPOLITANO, *Le fondazioni di origine pubblica: origine e regole*, in *Id.*, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, *passim*; F. MERUSI, *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 463; S. CASSESE, *La disciplina delle fondazioni: situazioni e prospettive*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, Milano, 1998, II, 1, p. 161; *Id.*, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1998, p. 583; A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995, p. 64 ss.; A. POLICE, *Le fondazioni di partecipazione*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, 2011, p. 394; G. IORIO, *Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni*, Milano, 2010, p. 38; A. FUSARO, *Profili giuridici della partecipazione dell'impresa nel soggetto non profit: l'opzione tra fondazione e associazione*, in *Notariato*, 2007, p. 328 ss.; *Id.*, *La trasformazione delle fondazioni di partecipazione*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 267; S. DI DIEGO, *La fondazione di partecipazione: un patrimonio di destinazione a struttura aperta*, in *Enti non profit*, 2005, p. 99 ss.; P. MANES, *Le nuove prospettive in materia di fondazioni*, in *Contr. impr.*, 2004, p. 265 ss.

vo, è formata da una pluralità di soggetti che costituiscono un patrimonio “a struttura aperta” con destinazione a uno specifico scopo di pubblica utilità. Un istituto atipico, dunque, la cui disciplina si desume, in via di interpretazione sistematica, per effetto del combinato disposto dell’art. 45 cost., che promuove lo sviluppo della cooperazione senza fini speculativi, e dell’art. 1332 c.c. che consente, nei contratti aperti, l’adesione di altre parti, disciplinandone le modalità ove non previste.

Guardando al futuro delle università, occorre sottolineare che tra le previsioni più interessanti dal recente TUSP, anche nella versione proposta dal correttivo, vi sono le disposizioni relative al futuro perimetro delle società partecipate e agli obblighi di razionalizzazione (artt. 4, 5, 20, 25 TUSP). Riguardo alle finalità perseguibili mediante la costituzione di società e acquisizione nonché gestione di partecipazioni pubbliche, il testo unico ripropone, rafforzandola, l’impostazione dell’art. 3, co. 27, della legge finanziaria 2008, che vieta alle amministrazioni pubbliche di costituire società aventi ad oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali e di assumere o mantenere direttamente partecipazioni anche di minoranza in tali società. Rimane tutto da esplorare l’impatto che l’inveramento della Terza Missione come funzione istituzionale e, dunque, legittimante in termini di strumentalità la costituzione o partecipazione in soggetti terzi, realizzerà nella rideterminazione in concreto delle attività erogate dalle università e se una tale revisione provocherà una destrutturazione delle funzioni tradizionalmente assolute a scapito della didattica e della ricerca.

4. *Strumenti giuridici per l’affidamento di servizi strumentali. Declinazione del modello dell’in house providing: analisi critica della sua implementazione in ambito universitario*

Si è già evidenziato³² come la qualificazione di una società come “strumentale” si connette alla specifica attività svolta, rivolta agli stessi enti azionisti per svolgere un ruolo di supporto delle amministrazioni pubbliche, in relazione alle funzioni di cui sono titolari gli enti serviti. Occorre, tuttavia, precisare che nella considerazione che in talune circostanze i servizi strumentali si traducono in attività economiche potenzialmente contendibili sul mercato e, quindi, in contrasto con la finalità istituzionale della società strumentale – che resta quella dello svolgimento di attività amministrativa in forma privatistica – sono state poste alcune restrizioni rinvenibili nell’art. 13, d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito dalla

³² Cfr. *supra sub* § 2.

l. 4 agosto 2006, n. 248, che ha consentito la costituzione di tali società soltanto in caso di inerenza dell'oggetto sociale alle funzioni istituzionali dell'ente e con la previsione del vincolo di esclusività³³. Con riferimento alle *attività strumentali*, il percorso verso la riduzione è insito nella valutazione della "inerenza" delle partecipazioni detenute alle finalità istituzionali perseguite dagli enti proprietari; infatti, dalla ricognizione delle partecipazioni ritenute necessarie discende la decisione di dismettere quelle estranee alle finalità istituzionali, ai sensi del citato art. 3, co. 27, l. n. 244 del 2007³⁴ e dell'art. 20 TUPS³⁵. Non v'è dubbio che l'intervenuta istituzionalizzazione della Terza Missione quale funzione delle università, accanto alla didattica e alla ricerca, nelle ampie declinazioni che la connotano, determinerà una revisione del perimetro degli enti partecipati dalle università con un ampliamento della latitudine ermeneutica della inerenza e della strumentalità³⁶. Ne risulterà travolta anche la tradizionale limitazione per gli enti non lucrativi dell'*in house providing*. È noto che, a tutela del libero mercato e della parità di trattamento tra imprese pubbliche e private, il modello dell'*in house providing* è rigorosamente circoscritto ai casi di: a) società a capitale interamente pubblico; b) esercizio di attività prevalente per l'ente pubblico; c) controllo analogo da parte del socio pubblico³⁷. Da ultimo il Consiglio di Stato traendo spunto da questioni

³³ La regolamentazione normativa posta dall'art. 1, co. 611, l. n. 190 del 2014, sostanzialmente trasfusa nel TUSP, ai fini del processo di razionalizzazione dettava, con riferimento ai servizi strumentali, i seguenti criteri: a) eliminazione delle società e delle partecipazioni societarie non indispensabili al perseguimento delle proprie finalità istituzionali, anche mediante messa in liquidazione o cessione; b) soppressione delle società che risultino composte da soli amministratori o da un numero di amministratori superiore a quello dei dipendenti; c) eliminazione delle partecipazioni detenute in società che svolgono attività analoghe o similari a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali, anche mediante operazioni di fusione o di internalizzazione delle funzioni. Precisava, inoltre, che restano in vigore le disposizioni che impongono la liquidazione delle società *in house* diverse da quelle che gestiscono servizi pubblici locali in caso di perdite registrate per quattro dei cinque esercizi precedenti (art. 1, co. 555, l. n. 147 del 2013).

³⁴ Tale percorso, punteggiato dall'intervento di una normativa stringente ormai inattuale (art. 4, co. 1-3, l. n. 95 del 2012), è proseguito con la legge di stabilità 2014, che ha previsto la liquidazione delle società *in house* diverse da quelle che gestiscono servizi pubblici locali in caso di perdite registrate per quattro dei cinque esercizi precedenti (art. 1, co. 555, l. n. 147 del 2013).

³⁵ Su cui M. CALCAGNILE, *La razionalizzazione delle società a partecipazione pubblica*, cit., p. 441 ss.; A. MALTONI, *Le società in house nel T.U. sulle partecipate pubbliche*, in *Urb. app.*, 2017, 1, p. 7 ss.

³⁶ In maniera dirompente cfr. TAR Lazio, Roma, 23 gennaio 2017, n. 1234, in *lex24*, 18 aprile 2017, laddove si evidenzia un rapporto di funzionalità tra l'attività ricettiva secondaria extralberghiera svolta da un'associazione costituita da un ateneo e l'attività culturale svolta dal medesimo.

³⁷ Tali requisiti, di derivazione comunitaria, sono stati recepiti dalla legislazione nazionale. Sotto il primo aspetto, occorre tener conto dell'evoluzione delle regole comunitarie, a seguito dell'emanazione della direttiva n. 2014/24/UE del 26 febbraio 2014, che estende il modello dell'*in house* alla partecipazione privata di minima entità. Con riguardo al secondo profilo, la

inerenti il consorzio universitario Cineca – organismo *in house* del MIUR e delle università italiane – con due pronunce, si è posto in modo differente rispetto al tema della diretta applicabilità della direttiva 2014/24/UE. Nello specifico, *prima facie*, con il parere 30 gennaio 2015, n. 298, i giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto direttamente applicabile nel campo dell'*in house*, la direttiva in materia di appalti ed hanno affermato che alla luce della stessa sia ammissibile la partecipazione dei privati al consorzio. Nella successiva sentenza del 26 maggio 2015, n. 2660, il Consiglio di Stato ha mutato orientamento sul tema, escludendo l'applicabilità della direttiva prima della scadenza per il suo recepimento (su cui cfr. d.lgs. n. 50 del 2016)³⁸. Il differente orientamento tra le Sezioni II e IV del Consiglio di Stato, a distanza di pochi mesi ed in riferimento allo stesso soggetto affidatario, non può che lasciare l'interprete perplesso. Tanto più in quanto inerisce a una materia già segnata da molti dubbi, sui quali proprio l'intervento del legislatore comunitario aveva provato a fare chiarezza e porre dei punti fermi. È evidente che la vicenda non poteva non avere delle ripercussioni rilevanti sul consorzio, visto il ruolo da questo ricoperto nel panorama universitario italiano. Sull'argomento è intervenuto in maniera tranciante il Tar Lazio³⁹, che ha sancito l'illegittimità del contributo di 18,7 milioni di euro versato dal MIUR in favore del consorzio interuniversitario Cineca, ritenuto aiuto di stato illegale ai sensi dell'articolo 107 TFUE, idoneo ad alterare le regole di mercato a tutto svantaggio degli altri operatori del medesimo settore. La decisione evidenzia, in particolare, come il consorzio interuniversitario Cineca abbia, nel corso degli anni, assunto una veste imprenditoriale e commerciale, producendo e vendendo servizi non solo agli enti consorziati, ma anche a terzi e, nello specifico, privati (tra cui società italiane ed internazionali di rilievo), fino ad arrivare ad assumere, nel mercato di riferimento, un ruolo dominante, favorito da due elementi idonei

condizione della “prevalenza” si realizza quando il soggetto affidatario realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente pubblico, senza fornire i suoi servizi a soggetti terzi (diversi dall'ente affidante), oppure qualora li fornisca in misura esigua o saltuaria. Per quanto concerne il “controllo analogo” è noto che si tratta di un controllo effettivo e strutturale da parte dell'ente pubblico; modello che è configurabile in mancanza di un rapporto contrattuale intersoggettivo tra aggiudicante e affidatario, perché quest'ultimo è, in realtà, solo la *longa manus* del primo. Trattasi dell'esercizio di poteri pubblicistici più intensi di quelli spettanti al socio in base al regime civilistico, al punto che tutte le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante. Nelle società titolari di affidamenti *in house* è, quindi maggiormente pregnante l'obbligo dell'ente di vigilare sui risultati di bilancio, trattandosi di un obbligo di diligenza che discende dal dovere di equilibrio economico settoriale e complessivo.

³⁸ Cons. stato, 26 maggio 2015, n. 2660, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 6, p. 787 ss., con nota di L. ANIBALLI, *Ancora sulla partecipazione privata all'in house*. Sul tema A. BARTOLINI, *Società in house providing. Prime pronunce giurisprudenziali sull'in house nella Dir. 2014/24/UE: il caso Cineca*, in *Giur. it.*, 8-9, 2015, p. 1976.

³⁹ TAR Lazio, Roma, Sez. III, 27 febbraio 2017, n. 2922.

a produrre effetti distorsivi della concorrenza: la prassi degli affidamenti diretti e l'erogazione annuale di contributi da parte del MIUR⁴⁰. Per i giudici amministrativi la determinazione, unilaterale e non negoziale, del contributo da parte del MIUR non dimostra assolutamente in modo certo e inequivocabile il carattere non economico delle attività cui gli stessi si riferiscono. Peraltro, è lo stesso statuto del Cineca che riconosce espressamente la possibilità di porre in essere anche attività di impresa con riferimento ai suoi scopi istituzionali. In questo senso il tribunale amministrativo conclude ritenendo che il contributo concesso dal MIUR al Cineca con il d.m. impugnato e relativo al “supercalcolo” per la somma complessiva di euro 11.000.000 non è da ritenersi aiuto di stato ai sensi dell’art. 107, § 1, TFUE, in quanto il Cineca, oltre ad aver impiantato una contabilità separata nel senso richiesto dalla normativa comunitaria sulla trasparenza, ha utilizzato il finanziamento pubblico quasi esclusivamente per attività di natura non economica, con la relativa conseguenza in ordine alla sottrazione integrale del finanziamento di cui trattasi al supercalcolo dalla normativa in materia di aiuti. Diversamente il contributo concesso dal MIUR al Cineca con il d.m. impugnato e relativo al “funzionamento dei servizi informativi messi a disposizione del MIUR” per la somma complessiva di euro 18.700.000 è da considerarsi un aiuto di stato ai sensi dell’art. 107, § 1, TFUE ed in quanto tale illegale per la mancata notifica di cui all’art. 108, § 3, TFUE. Ciò in quanto le attività di supporto informatico al MIUR comprendono un ampio spettro di servizi che sono tipici del comparto dell’*Information and Communication Technology*⁴¹. Dette attività non possono fondatamente essere ricondotte alle “attività [non economiche] che normalmente ricadono sotto la responsabilità dello Stato” ed, inoltre, tali servizi potrebbero essere acquisiti da parte del MIUR direttamente sul mercato presso qualsiasi altro fornitore attivo nel predetto comparto dell’*i.c.t.*⁴².

Lo scenario determinatosi indicava come strade percorribili essenzialmente due: ridisegnare l’assetto delle partecipazioni del Cineca, escludendo quelle dei privati di cui il Consiglio di Stato aveva negato la legittimità e consentendo, quindi, di potere realizzare per le università pubbliche partecipanti il “controllo analogo” richiesto; in alternativa, mantenere tale configurazione e partecipare alle procedure di selezione indette da atenei pubblici alla stregua di qualsiasi altro operatore privato. In ogni caso dette opzioni vanno confrontate con l’impianto tracciato dagli artt. 5 e 192 del d.lgs. n. 50 del 2016, che, pur continuando

⁴⁰ TAR Lazio, Roma, Sez. III, 27 febbraio 2017, n. 2922, in *osservatoriouniversita.unimib.it*, con nota redazionale *Consorzio interuniversitario Cineca: i contributi Miur sono “Aiuti di Stato illegali”*.

⁴¹ Progettazione di appositi portali tematici, la progettazione di banche dati, la gestione dei canali di comunicazione di dati e la loro raccolta, la informatizzazione dei processi e la loro dematerializzazione.

⁴² CODAU, *Documento redatto con il contributo dei componenti dell’Ufficio Studi e validato dal Comitato Scientifico del Codau*, in *codau.it*, 10 aprile 2017.

a richiedere l'esclusione della partecipazione dei privati nel contesto dell'ente controllato ai fini dell'affidamento di un appalto pubblico da parte di una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato, senza l'applicazione delle disposizioni previste dal codice dei contratti pubblici, introduce come eccezione quelle forme di partecipazione di capitali privati che non esercitano un'influenza determinante (art. 5, co. 2)⁴³.

5. *Recenti approcci normativi: dall'adozione dei piani operativi di razionalizzazione delle partecipate pubbliche al TUSP. Esiti delle politiche di contenimento della spesa pubblica nel contesto degli enti partecipati dalle università*

Le novità legislative di maggior rilievo desumibili dal TUSP⁴⁴ che si collegano con le disposizioni della legge di stabilità 2014, già volte ad una maggiore responsabilizzazione degli enti nella gestione delle esternalizzazioni, sono legate alla previsione, nella legge di stabilità 2015, dei piani operativi di razionalizzazione e con l'inciso del co. 612 dell'unico articolo della citata legge, secondo cui «entro il 31 marzo 2016, gli organi di vertice delle amministrazioni [...] predispongono una relazione sui risultati conseguiti»⁴⁵. La previsione dei piani di razionalizzazione, ad opera della l. n. 190 del 2014, si salda con le ulteriori innovazioni normative caratterizzate dall'intento di pervenire ad una più penetrante responsabilizzazione degli enti soci, anche mediante la rimodulazione dei vincoli

⁴³ G. VELTRI, *L'in house nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 4, p. 488 ss.; L. ANIBALLI, *Ancora sulla partecipazione privata all'in house*, cit., p. 787 ss.; G. VELTRI, *In house e anticipata efficacia della direttiva 2014/24/UE*, in *Urb. app.*, 2015, 6, p. 655 ss.

⁴⁴ H. BONURA e G. FONDERICO, *Il testo unico sulle società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 6, p. 722 ss.; A. GIUSTI, *I requisiti dell'in house fra principi giurisprudenziali e nuove regole codificate*, in *Giur. it.*, 2017, 2, p. 439 ss.; G. CAIA, *La disciplina sulle società a partecipazione pubblica*, cit., p. 601 ss.; B. G. MATTARELLA, *Le società a partecipazione pubblica. Tipologie, efficienza e questioni interpretative*, cit.

⁴⁵ Con l'art. 23, d.l. 24 aprile 2014, n. 66, convertito dalla l. 23 giugno 2014, n. 89, è stato avviato un programma di razionalizzazione degli organismi partecipati. Nell'art. 1, co. 611-612, l. 23 dicembre 2014, n. 190, sono state trasfuse in legge alcune indicazioni emerse nel rapporto pubblicato il 7 agosto 2014 avuto riguardo, nello specifico, agli enti di natura societaria. È stato previsto, in particolare, l'obbligo di presentazione dei piani operativi di razionalizzazione da parte ciascun ente proprietario, con l'obiettivo della riduzione delle società partecipate – direttamente o indirettamente – anche mediante le aggregazioni nei servizi pubblici locali e la dismissione delle partecipazioni non indispensabili. I predetti piani, corredati da una relazione tecnica, dovevano indicare modalità e tempi di attuazione, nonché l'esposizione in dettaglio dei risparmi da conseguire. I piani riguardano tutte le società detenute dagli enti territoriali, senza che rilevi la natura del servizio affidato. Essi dovevano essere predisposti dai Presidenti di Regioni e Province e dai Sindaci entro il 31 marzo 2015 e la loro efficacia avrebbe dovuto essere oggetto di valutazione da parte delle Sezioni regionali di controllo entro il 31 marzo 2016 (art. 1, co. 612, l. n. 190 del 2014).

diretti nei confronti degli organismi partecipati. La riduzione delle partecipazioni societarie resta un obiettivo prioritario nel processo di razionalizzazione degli organismi partecipati avviato con la legge di stabilità 2015, ma la dismissione di tali società non costituisce più un obbligo *tout court* per l'ente proprietario, bensì un obiettivo da perseguire, previa valutazione delle singole fattispecie, e da incentivare con opportune misure.

5.1. Segue. *Il processo di razionalizzazione e le università*

Fermo il disposto di cui al richiamato art. 15, co. 1, lett. d), d.lgs. 16 giugno 2017, n. 100, il punto di partenza da cui avviare il processo di razionalizzazione è il perseguimento dello scopo istituzionale per il quale ogni ateneo ha ritenuto di assumere partecipazioni. La normativa, infatti, così operando, ha introdotto un meccanismo di diritto di recesso *ex lege* per consentire l'uscita dalle entità partecipate per le quali non ricorrono più le condizioni di strumentalità, ovvero viene meno lo scopo istituzionale. Preliminare è la verifica della rispondenza delle attività delle partecipate alle finalità istituzionali dell'università, in particolare, al miglioramento dei servizi didattici, alla valorizzazione dell'attività di ricerca e al beneficio dello sviluppo socio-economico del territorio.

È importante sottolineare che in gran parte dei piani di razionalizzazione adottati dalle università non sono state contemplate le partecipazioni in società *spin-off*, né quelle nei gruppi di azione locale. La ragione di siffatta impostazione era conseguente alle finalità di tali partecipate, ovvero la promozione dello scopo istituzionale degli atenei di favorire il trasferimento tecnologico e lo sviluppo locale. Nondimeno, se dal piano di riorganizzazione fossero emerse situazioni di rischio finanziario anche per tali tipologie di entità partecipate, si sarebbero dovute adottare le soluzioni previste dalla normativa d'ambito. Peraltro, in ambito CRUI il problema delle partecipazioni in imprese *spin-off* della ricerca era stato oggetto di specifica discussione, rimasta, tuttavia, priva di conclusione in quanto connessa agli esiti di un apposito orientamento ministeriale. In ogni caso la questione è stata dipanata dal richiamato art. 15, co. 1, lett. d), d.lgs. 16 giugno 2017, n. 100.

L'impulso legislativo iniziale che ha favorito le attività di trasferimento tecnologico nelle università è riconducibile al d. lgs. 27 luglio 1999, n. 297, successivamente abrogato dal d.l. 22 giugno 2012 n. 83, convertito, con modificazioni, in l. 7 agosto 2012, n. 134. Lo scopo del citato decreto era di rafforzare la competitività tecnologica dei settori produttivi ed accrescere la quota di produzione e di occupazione di alta qualificazione, nel quadro del programma nazionale per la ricerca (PNR) e dei program-

mi dell'Unione europea, nonché di disciplinare gli interventi di sostegno alla ricerca industriale, alla connessa formazione e alla diffusione delle tecnologie derivanti dalle medesime attività. Venivano inoltre previste specifiche misure finanziarie a favore di società di recente costituzione ovvero da costituire, finalizzate all'utilizzazione industriale dei risultati della ricerca, con la partecipazione azionaria o il concorso di professori e ricercatori universitari, università, enti di ricerca, società di assicurazione e banche. Disposizioni normative così specifiche hanno portato gli atenei, nel corso degli anni, a dotarsi di uffici dedicati con il compito di occuparsi delle attività di trasferimento tecnologico, procedendo, nel contempo, alla regolamentazione della partecipazione universitaria al capitale delle società *spin-off*, disciplinandone le condizioni di partecipazione, anche in ragione dell'autonomia universitaria riconosciuta sin dalla l. n. 168 del 1989. Appare rilevante segnalare che il decreto MIUR, 5 agosto 2004, n. 262, in sede di ripartizione delle risorse finanziarie previste per la programmazione del sistema universitario relativa al triennio 2004-2006, aveva istituito specifici finanziamenti a favore di progetti di incentivazione delle azioni per la valorizzazione e la diffusione dei risultati della ricerca ed il loro utilizzo nei processi produttivi caratterizzati da un alto indice di innovazione. I suddetti finanziamenti erano destinati a università statali per la costituzione o il sostegno di *industrial liaison office* aventi i seguenti compiti: avviare sistematici rapporti con il tessuto economico e produttivo locale ed in particolare con le pmi, per la diffusione dei programmi e dei risultati di ricerca delle università; promuovere idonee forme di cooperazione con il tessuto imprenditoriale al fine della risoluzione delle problematiche correlate anche al trasferimento tecnologico ed al sostegno degli *spin-off*. La legge Gelmini all'art. 6 disciplina il regime del personale universitario che intende partecipare ad una iniziativa di *spin-off* o *start up* universitario e il decreto MIUR, 10 agosto 2011, n. 168, pone in evidenza, all'art. 3, la possibilità di partecipazione al capitale sociale delle società *spin-off* per gli atenei.

Il contesto normativo pertanto, se da una parte sembra acconsentire, e per certi aspetti sostenere, l'assunzione di partecipazioni in società *spin-off* da parte delle università, dall'altra, sembra porre questa tipologia di partecipazioni sullo stesso piano delle partecipate pubbliche di altra natura, rendendo di fatto difficoltosa per l'ateneo l'interpretazione sistematica ed unitaria delle disposizioni normative in esame e la corretta programmazione annuale e triennale delle attività di trasferimento tecnologico. Trattandosi di società generate nell'ambito della valorizzazione della ricerca, le società di *spin-off* delle università si basano sui risultati della stessa e in particolare di quella avente natura applicativa e ad elevato contenuto tec-

nologico. Oltre all'ateneo cui è riservata una quota minoritaria del capitale sociale, annoverano fra i soci anche il personale universitario nonché eventuali soggetti terzi (ad es. imprese industriali e/o commerciali). Non configurano una fattispecie di società *in house* dell'università, in quanto non erogano servizi e non commercializzano prodotti destinati all'ateneo e non sono costituite al fine di esternalizzare compiti e servizi a quest'ultimo spettanti per legge o per statuto. In particolare erogano servizi e commercializzano prodotti che si inseriscono in nicchie di mercato a volte poco rappresentate, in settori ove la competenza tecnologica avanzata è essenziale per la riuscita del progetto di impresa e per la messa a punto di prodotti idonei alle richieste del mercato. Altro aspetto qualificante degli *spin-off* è l'impatto occupazionale prodotto, nonché il loro essere fattore di successo nell'applicazione della ricerca al mondo produttivo. Infatti tali iniziative generano cultura di imprenditorialità nei giovani che hanno raggiunto nel contesto universitario un profilo scientifico di alto livello e non impattano, per le considerazioni già esposte, sulla concorrenza del mercato se non nella direzione di favorire la crescita produttiva e incentivare l'inserimento di nuovi *players* in nicchie tecnologiche avanzate, spesso occupate da un numero ristretto di imprese. Alla luce di quanto esposto, appare chiaro il carattere distintivo delle società *spin-off* partecipate dall'università rispetto alle partecipate delle altre pp.aa., giustificandosi in tale prospettiva un loro trattamento differenziato nell'ambito dei processi di razionalizzazione delle società e delle partecipazioni societarie direttamente o indirettamente possedute dalle pp.aa., la definizione delle modalità e i tempi di attuazione, nonché l'esposizione in dettaglio dei risparmi da conseguire.

6. *Criticità gestionali delle partecipate pubbliche e strategie di rilancio dei servizi erogati dalle università nell'ambito della Terza Missione*

Nelle attuali condizioni sociali e di mercato le università per vedersi garantito il proprio futuro, in conseguenza della funzione pubblica assegnata dalla *Grundnorm*, devono vestire panni nuovi e la prospettiva indicata dalla Terza Missione, rappresenta sicuramente il possibile scenario di riferimento per una rinnovata funzione⁴⁶. Ma il processo è delicato. Le possibilità offerte dalla legislazione al momento vigente debbono essere utilizzate ma anche governate con misura; e forse si dovrebbero anche assumere iniziative adeguate per delineare un assetto normativo idoneo a chiudere una fase di interregno, per incamminarsi verso

⁴⁶ Per un quadro di sintesi cfr. C. BOLOGNA e G. ENDRICI (a cura di), *Governare le università. Il centro del sistema*, Bologna, 2011, *passim*.

prospettive strutturate che sappiano coniugare le potenzialità delle università ed il contesto produttivo e di mercato, senza per questo ledere le regole della concorrenza, ma soprattutto senza snaturare la funzione originaria delle università trasformandole in aziende di servizi.

Siffatto indirizzo si rivela vieppiù determinante laddove si consideri che le dinamiche dell'economia postindustriale hanno spinto il legislatore domestico ad introdurre, per l'esercizio dell'impresa, nuovi modelli organizzativi flessibili ed aperti, con l'obiettivo di favorire la nascita e l'incremento delle attività economiche, per assicurare crescita e benessere collettivo⁴⁷. Vengono così assecondati il radicamento e lo sviluppo dei caratteri tipici dell'impresa che si muove in un mercato dinamico e globalizzato, ossia la capacità innovativa e la competitività⁴⁸. In questo contesto non va sottaciuto che anche gli enti partecipati dalle università soffrono di talune criticità, tra cui un certo indebitamento, la presenza di perdite, carenze nell'esercizio delle verifiche spettanti al socio, la mancata conciliazione dei rapporti debiti/crediti, l'espansione delle spese per il personale impiegato, l'aumento delle spese per studi ed incarichi di consulenza, l'incremento dei compensi percepiti dagli amministratori. Da tale punto di vista è indispensabile l'impiego di politiche normative che nel cogliere i benefici che il sistema Paese conseguirà per effetto della implementazione delle attività di Terza Missione, con riguardo alle attività di produzione di servizi mediante organismi partecipati dalle università, siano in grado di favorirne lo sviluppo e nel contempo orientarne la gestione verso modelli virtuosi notoriamente incarnati dalla cd. tripla elica conosciuta da Henry Etzkowitz, capaci di rispondere ad una società sempre più liquida, in cui emerge il ruolo imprenditoriale e proattivo delle università. In questo senso la Terza Missione può rappresentare, non senza imbattersi in un cammino critico, il ponte tra università e industria ed affermare la reciproca responsabilità di mondo formativo e mondo produttivo nell'evoluzione e integrazione dei saperi.

7. *Dal modello umboldtiano alla entrepreneurial university*

L'attuale configurazione dell'università evidenzia il superamento di un modello basato sull'esclusiva erogazione di formazione e ricerca verso un soggetto erogatore di servizi sociali ed economici sempre più connotato da una logica imprenditoriale⁴⁹. Nel corso del presente lavoro la Terza Missione è stata declinata in un duplice approccio: "*Knowledge Transfer*" (KT), come trasferimento tecnologico, inteso quale trasformazione della conoscenza prodotta dalla ricerca

⁴⁷ M. MAZZUCATO, *Lo stato innovatore*, Bari-Roma, 2014, p. 37 ss.

⁴⁸ A. CAPRARA, *Innovazione e impresa innovativa*, in *Contr. impr.*, 2015, 4-5, p. 1154 ss.

⁴⁹ Sul tema V. MODERANA, *L'università tra competizione globale e sviluppo della persona*, OECD e policy-making dell'istruzione superiore, Milano, 2017, *passim*.

in conoscenza direttamente utilizzabile per fini produttivi; “*Social Engagement*” (SE), come produzione di beni pubblici che aumentano il benessere della società (ovvero, beni di natura socio-culturale fruibili dalla società). In entrambe le direzioni si prospetta il problema della natura e dello sviluppo della Terza Missione ed è inquietante la preoccupazione che il valore sociale che si presume insito in tale funzione nasconda il disegno legislativo di introdurre un’attività di diretto *fundraising* in correlazione compensativa con la diminuzione del fondo di finanziamento ordinario. L’insidia è la snaturazione della originaria funzione dell’università pubblica: il suo essere formazione sociale intermedia è, in uno, garanzia di pluralismo e di tutela della persona che ivi svolge la propria individualità ma anche funzione di presidio della libertà che la Costituzione vuole assicurare alla scienza e al suo insegnamento⁵⁰.

Si parte da un dato certo e certamente voluto dall’ordinamento: svincolare l’università da una dimensione autoreferenziale, elitaria quanto velleitaria, di esclusiva depositaria del sapere e di sterile censore della vita sociale, per aprire l’istituzione universitaria, le sue attività e i risultati realizzati, al confronto con i bisogni e le esigenze che si agitano nella società, così contribuendo in collaborazione o in concorrenza con altri operatori a interpretare e indirizzare le dinamiche sociali.

Però, acquisito tale risultato benefico, inevitabilmente l’università è posta innanzi ad un terribile bivio che alimenta un inquietante interrogativo: la Terza Missione addita una *ulteriore funzione sociale* delle università, che apre nuovi settori di intervento e persegue nuovi valori da attuare nella società, ovvero integra una *nuova funzione economica* delle università, che propone obiettivi economici di autofinanziamento attraverso un intervento di partecipazione secondo strategie di mercato? Peraltro il quadro di articolazione dell’interrogativo non è univoco né monolitico, perché inevitabilmente aperto alla natura dell’università, pubblica o privata. Senz’altro maggiore autonomia arride all’università privata⁵¹, che può azionare entrambe le alternative e realizzare la funzione pubblica di formazione e di elevazione sociale unitamente al conseguimento di scopi di lucro, direttamente o avvalendosi di strutture societarie esterne. Non così si ritiene che possa avvenire per le università statali che istituzionalmente non svolgono un fine di lucro. Emerge, dunque, l’idea che, per le università statali, la Terza Missione resti caratterizzata dalla realizzazione di una più complessa funzione sociale, rispetto

⁵⁰ P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell’ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 65 ss. G. B. FERRI, *Persona umana e formazioni sociali*, in *Iustitia*, 1977, p. 81 ss.; P. RESCIGNO, *Le formazioni sociali intermedie*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 301; G. ALPA, *Il riconoscimento delle associazioni*, in *Quaderni del pluralismo*, 1984, II, p. 33 ss.; ID., *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, 2000, p. 334 ss.

⁵¹ Su cui M. CALABRÒ, *Università non statali e procedure ad evidenza pubblica*, in *Foro amm.*, 2005, 5, p. 1769.

alla quale la dimensione della economicità può assumere unicamente un carattere di strumentalità.

Nell'università statale la realizzazione dei valori di carattere costituzionale deve restare la stella polare di ogni intervento universitario anche di Terza Missione. L'apertura alle relazioni sociali, alle incentivazioni economiche e alla gestione del territorio deve svolgersi in una guisa di costante elevazione sociale (es. ricerche sanitarie nell'attuazione del diritto alla salute, innovazioni nell'utilizzo di materiali e nuove fonti di energia meno inquinanti, pianificazione del territorio con recupero di periferie degradate, valorizzazione di tecniche di salvaguardia dell'ambiente, recupero di beni culturali, investimenti nella diffusione e realizzazione dei diritti umani e dei modelli di *welfare* sostenibile, ecc.).

C'è peraltro un campo nel quale la Terza Missione universitaria potrebbe svolgere un ruolo importante. Dopo le intuizioni di Schumpeter di valorizzare l'innovazione come strumento di crescita dell'impresa e del sistema economico, ormai da tempo è avvertita l'esigenza di stimolare l'educazione e la conoscenza come strumenti di prosperità individuale e collettiva. Con "la teoria del capitale umano", il premio Nobel Theodore Schultz, raccogliendo stimoli provenienti dalla economia liberale classica, costruiva l'educazione come un *investimento* nell'uomo, e le sue conseguenze come una forma di capitale (umano), diverso dal capitale fisico, in grado di conseguire maggiore produttività. L'università che, per funzione istituzionale è orientata alla formazione, si pone come interlocutore essenziale di ogni iniziativa economica rivolta alla educazione, non solo produttiva ma anche culturale e umana, in una direzione di sviluppo del benessere economico e sociale, come migliore contributo alla vita democratica.

Del resto tutti gli enti pubblici concorrono allo sviluppo del paese con le specificità e le funzioni istituzionali che li caratterizzano; le università statali, come quelle private, bene potranno mettere le proprie conoscenze e ricerche a servizio della società, realizzare intese con altri enti, assumere partecipazioni in determinate società e partecipare a consorzi o addirittura svolgere attività imprenditoriali, ma a differenza delle private non quali neutrali operatori economici di ricerca e di formazione, ma sempre in via *strumentale* al perseguimento dei fini istituzionali pubblici, e perciò finalizzando i risultati della propria ricerca alla elevazione sociale, anzitutto con l'inclusione degli studenti nel mondo lavorativo, e poi perseguendo le evenienze e gli obiettivi di carattere generale che la società storicamente propone.

Abstract

The participation of Universities and private law legal Entities
in the perspective of the Third Mission

by Raffaele Picaro

Considered on the whole as the complex of activities through which Universities and Research Authorities directly relate to society, the Third Mission presents the question of the limits of private right legal instruments. This theme is scanned by current law trends, recently merged into the T.U.S.P., destined to the rationalization of the constellation of public participation Bodies. Against the background we may easily outline the fear that the establishment of the activities of the Third Mission may compromise the original function of public University which, as an intermediate social entity, represents altogether a guarantee of pluralism and of tutelage of the person, with the correlative individualism implementation, but also the protection of the freedom that our Constitution is to ensure to science and education.