

Linee guida whistleblowing - Parte prima - Ambito soggettivo § 1.1

1. Approfondimenti sull'ambito soggettivo - Gli enti del settore pubblico

Di seguito si descrivono in dettaglio gli enti del settore pubblico tenuti ad applicare il nuovo d.lgs. n. 24/2023.

- **Le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, co. 2, del d.lgs. n. 165/2001¹.**
Nella norma vi è l'elenco di pubbliche amministrazioni. Con riferimento agli enti pubblici non economici è comunque necessario considerare le disposizioni normative e statutarie, nonché gli indici elaborati dalla giurisprudenza (ad esempio gli ordini professionali ove qualificati come tali a livello legislativo; le Autorità di sistema Portuale, definite dall'art. 6, co. 5 della legge n. 84/1994 come modificato dal d.lgs. n. 169/2016, "enti pubblici non economici");
- **Le Autorità amministrativa indipendenti.** Si tratta, in particolare, di: Autorità garante della concorrenza e del mercato, Commissione nazionale per le società e la borsa, Banca d'Italia, Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni, Autorità di regolazione dei trasporti, Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, Garante per la protezione dei dati personali, Autorità nazionale anticorruzione, Commissione di vigilanza sui fondi pensione e Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali.
- **Gli enti pubblici economici.** Giova ricordare che ad essi si applica la disciplina sulla prevenzione della corruzione e trasparenza al pari delle pubbliche amministrazioni, con il limite della compatibilità.
- **Gli organismi di diritto pubblico** ossia qualsiasi soggetto, anche aventi forma societaria: 1) dotato di capacità giuridica; 2) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, attraverso lo svolgimento di un'attività priva di carattere industriale o commerciale; 3) 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 pubblico².
- **I concessionari di pubblico servizio.** Si tratta dei soggetti cui è affidata da un soggetto pubblico la gestione di un servizio pubblico con assunzione in capo ai concessionari di un rischio operativo³.
- **Gli enti di diritto privato in controllo pubblico ai sensi dell'art. 2359 del c.c.** Si può trattare di enti che rivestono forma "societaria" o di altri enti, ad esempio associazioni o fondazioni. In particolare:

¹ Si tratta di amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e le scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative; aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo; Regioni, Province, Comuni, Comunità montane e loro consorzi e associazioni; istituzioni universitarie; Istituti autonomi case popolari; Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni; gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali; Amministrazioni, aziende e enti del SSN; ARAN; Agenzie fiscali di cui al d. l. 300/1999; CONI.

² Si rappresenta che con l'adozione del nuovo codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 per la definizione di organismo di diritto pubblico occorre fare riferimento all'art.1, lett e) dell'Allegato I.1 "Definizioni dei soggetti, dei contratti, delle procedure e degli strumenti" del Libro I del nuovo codice appalti che in parte modifica la precedente definizione di cui al citato art. 3, co. 1, lett. d) del d.lgs. 50/2016.

³ A tal fine cfr. il combinato disposto delle seguenti disposizioni del nuovo codice appalti che:

- all'art. 1, lett. b) dell'Allegato I.1 "Definizioni dei soggetti, dei contratti, delle procedure e degli strumenti" del Libro I, fornisce la definizione di "ente concedente" come, qualsiasi amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore, ovvero altro soggetto pubblico o privato, che affida contratti di concessione di lavori o di servizi e che è comunque tenuto, nella scelta del contraente, al rispetto del codice;
- all'art. 2, lett. c) definisce i contratti di concessione quali "i contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto a pena di nullità in virtù dei quali una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l'esecuzione di lavori o la fornitura e la gestione di servizi a uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i lavori o i servizi oggetto dei contratti o in tale diritto accompagnato da un prezzo";
- all'art. 177, co. 1, precisa che "L'aggiudicazione di una concessione comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato, alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi e comprende un rischio dal lato della domanda o dal lato dell'offerta o da entrambi".

Linee guida whistleblowing - Parte prima - Ambito soggettivo § 1.1

Le società a controllo pubblico che coincidono con quelle disciplinate dall'apposito Testo Unico n. 175 del 19 agosto 2016 (in particolare dall'art. 2, co. 1, lett. m)⁴.

Rientrano nell'ambito di applicazione del decreto anche le società a controllo pubblico quotate, ossia quelle che emettono azioni quotate in mercati regolamentati o che hanno emesso, alla data del 31 dicembre 2015, strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati⁵.

Gli altri enti di diritto privato in controllo pubblico ai sensi dell'art. 2359 del c.c.

Il nuovo decreto, all'art. 3, co. 3, lett. b), fa espresso riferimento anche ad "*enti di diritto privato sottoposti a controllo pubblico ai sensi dell'art. 2359 del c.c.*". L'Autorità ritiene che si possa fare riferimento per la loro individuazione all'art. 2-bis, co. 2, lett. c), del d.lgs. n. 33/2013, norma cardine sul perimetro di applicazione della normativa sulla prevenzione della corruzione e della trasparenza. Vi rientrano associazioni, fondazioni e enti di diritto privato, comunque denominati, anche privi di personalità giuridica, che soddisfino contemporaneamente i seguenti requisiti: a) bilancio superiore a cinquecentomila euro; b) attività finanziata in modo maggioritario per almeno due esercizi finanziari consecutivi nell'ultimo triennio da pubbliche amministrazioni; c) totalità dei titolari o dei componenti dell'organo d'amministrazione o di indirizzo designata da pubbliche amministrazioni. L'Autorità ha declinato le caratteristiche di tali enti nella Delibera n. 1134/2017 (§ 2.3.3.), cui si rinvia.

Tenuto conto che tali soggetti sono tenuti all'applicazione della disciplina sulla prevenzione della corruzione e sulla trasparenza, seppure con alcuni accorgimenti, l'Autorità ritiene coerentemente che gli stessi siano sottoposti anche alla disciplina sul *whistleblowing* che costituisce una misura di carattere generale della più ampia normativa di prevenzione della corruzione.

Le società *in house*, cioè le società nelle quali:

- un'amministrazione esercita il controllo analogo o più amministrazioni esercitano il controllo analogo congiunto⁶;
- la partecipazione di capitali privati avviene in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società;
- oltre l'ottanta per cento del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci⁷.

Tali società sono incluse nell'ambito di applicazione del decreto n. 24/2023 anche se emettono azioni quotate in mercati regolamentati o hanno emesso, alla data del 31 dicembre 2015, strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati.

⁴ Tale disposizione definisce "*società a controllo pubblico*": le società in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo ai sensi della lettera b)". In base all'art. 2, co. 1, lett. b) del TUSP il controllo corrisponde alla situazione descritta nell'art. 2359 c.c. rubricato in "*Società controllate e società collegate*". Tale ultima disposizione contempla tre ipotesi di "controllo", considerando come "controllate":

- 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria;
- 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria;
- 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.

Secondo l'orientamento del MEF del 15 febbraio 2018 nella nozione di controllo di cui all'art. 2, co. 1, lett. b), del TUSP, rientra anche il controllo indiretto e, cioè, quello esercitato tramite una società controllata o soggetto diverso.

Le società in controllo pubblico sono già state ricomprese nell'ambito di applicazione delle norme in tema di trasparenza e di prevenzione della corruzione ai sensi dell'art. 2-bis, co. 2, lett. b), del d.lgs. 33/2013. L'Autorità ha dato indicazioni per la corretta individuazione di tali società nella Delibera n. 1134/2017 (§ 2.1), e, con riferimento alle società in controllo pubblico congiunto, nella Delibera n. 859 del 25 settembre 2019, cui si rinvia.

⁵ A tali società non si applica la normativa sulla prevenzione della corruzione e della trasparenza ma, in base alle disposizioni del d.lgs. 24/2023, tali società sono assoggettate alla disciplina sul *whistleblowing*. Si rammenta, infatti, che la l. 190/2012 all'art. 1, co. 2-bis, annovera, tra i soggetti tenuti all'adozione del PTPCT e per i quali il PNA costituisce atto di indirizzo, anche tutti quelli elencati all'art. 2-bis del d.lgs. 33/2013. Tale ultima disposizione, al co. 2 lett. b), esclude dal proprio ambito di applicazione le società quotate come definite dall'articolo 2, co. 1, lettera p), del d.lgs. n. 175 del 2016 nonché le società da esse partecipate, salvo che queste ultime siano, non per il tramite di società quotate, controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche. (cfr. sul punto Delibera 1134/2017).

⁶ Ai sensi dell'art. 2, lett. c) del d.lgs. 175/2016 il «controllo analogo» è la situazione in cui l'amministrazione esercita su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, esercitando un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione partecipante.

⁷ Cfr. artt. 2, co. 1, lett. o) e 16, co. 1 e 3, del d.lgs. n. 175/2016.