Presidente

OMISSIS

Prot. n. 39124 del 22 maggio 2022

Oggetto: Richiesta di parere del legale rappresentante del Centro regionale *OMISSIS* s.c.r.l in merito all'applicazione a tale società della normativa in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza (prot. n. 5747 del 23.01.2023) - **Riscontro.**

Con la nota in oggetto, si è chiesto all'Autorità di chiarire se codesta società rientri tra i soggetti definiti "*società a partecipazione pubblica non di controllo*" secondo la determinazione ANAC n. 8 del 17 giugno 2015 e se sia assoggettata alle prescrizioni in materia di prevenzione della corruzione ex legge 190/2012 e in materia di trasparenza di cui al d.lgs. 33/2013. In particolare se sia tenuta: a) a nominare il RPCT; b) ad adottare il PTPCT e se sia sufficiente il modello 231 finalizzato anche alla prevenzione dei reati corruttivi; c) a redigere e pubblicare la relazione annuale di prevenzione e corruzione e trasparenza e in caso di assenza del Responsabile chi sia il soggetto deputato alla compilazione della relazione; d) alle attestazioni previste dalla delibera n. 201 del 13 aprile 2022.

Si rappresenta al riguardo che il Consiglio dell'Autorità ha esaminato la questione, nell'adunanza del 9 maggio 2023, disponendo l'invio delle considerazioni che seguono.

Il principale riferimento normativo è l'art. 2-bis del d.lgs. n. 33/2013 che individua macro categorie di soggetti cui si applica la normativa sulla trasparenza e, in virtù del richiamo a tale disposto dall'art. 1, co. 2bis, della l. 190/2012, quella sulla prevenzione della corruzione.

In particolare, il citato art. 2-bis, al co. 2, estende il regime applicabile alle pubbliche amministrazioni in quanto compatibile, fra l'altro, alle società in controllo pubblico, come definite dal combinato disposto dell'art. 2, co. 1, lettera b) ed m) del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica* - TUSP) ossia le società in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo ai sensi dell'art. 2359 del codice civile. Il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo. Giova precisare, peraltro, che rientrano nell'ambito di applicazione del d.lgs. n. 175/2016 le società, anche consortili, costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata, anche in forma cooperativa, in cui vi è una «partecipazione» pubblica (art. 3).

Dal regime previsto per le pubbliche amministrazioni il comma 2 dell'art. 2-bis del d.lgs. n. 33/2013 esclude, invece, le società quotate, ex art. 2, co. 1, lett. p), del citato d.lgs. n. 175/2016, nonché le società da esse partecipate, salvo che queste ultime siano, non per il tramite di società quotate, controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche (lett. b).

Il comma 3 del citato art. 2-bis delinea poi una disciplina meno stringente, stabilendo che quanto previsto dal d.lgs. n. 33/2013 per le pubbliche amministrazioni trovi applicazione «*limitatamente ai dati e ai documenti inerenti all'attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea*», ed in quanto compatibile, a società in partecipazione, associazioni, fondazioni o comunque ad altri enti di

diritto privato con un bilancio superiore a 500.000 euro e che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle pubbliche amministrazioni o di gestione di servizi pubblici.

Questa distinzione sul piano soggettivo rileva, peraltro, anche ai fini della normativa di prevenzione della corruzione di cui alla l. 190/2012. L'art. 1, co. 2-bis, di tale legge non fa, invero, riferimento agli enti di cui all'art 2-bis, co. 3, del d.lgs. 33/2013, per cui ne consegue che essi non sono tenuti ad adottare le misure di prevenzione previste dalla medesima legge, né a nominare un RPCT.

Si ricorda che l'Autorità, nella delibera dell'8 novembre 2017 n. 1134 recante «*Nuove 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*» - che ha sostituito la determinazione ANAC n. 8/2015 - cui si rinvia, ha fornito indicazioni generali ai fini di una corretta applicazione da parte dei soggetti di cui all'art 2-bis delle disposizioni normative sia in materia di trasparenza, che prevenzione della corruzione (cfr. § 1.3).

Ciò posto, al fine di valutare se le suddette discipline si applichino o meno alla società OMISSIS s.c.r.l, si è verificata la natura e le caratteristiche della stessa, in particolare, mediante l'analisi delle disposizioni previste nell'atto costitutivo, nello Statuto nonché delle informazioni pubblicate sul sito istituzionale.

Dall'istruttoria svolta, allo stato degli atti, è emerso che OMISSIS è una società consortile a responsabilità limitata costituita nel 2005 come evoluzione del progetto di realizzazione di un Centro Regionale di Competenza *sull'Information e Communication Technology* (CRdC ICT) nato nel 2002 da un'iniziativa della Regione OMISSIS, con l'obiettivo di rispondere alla crescente domanda di ricerca di medio e lungo periodo nel settore delle ICT da parte del tessuto produttivo sia regionale che nazionale.
In base all'art. 1 dello Statuto (da ultimo modificato con delibera del 14 aprile 2014, come risulta dagli atti trasmessi dall'istante) tale società è nata su iniziativa dei seguenti fondatori: l'Università degli studi del OMISSIS; l'Università degli studi di OMISSIS"; l'Università degli studi OMISSIS; la Seconda Università degli studi OMISSIS (ora denominata Università degli Studi OMISSIS); l'Università degli Studi OMISSIS"; il Consorzio interuniversitario nazionale OMISSIS. Alla società hanno successivamente aderito il Consiglio Nazionale delle Ricerche e l'Istituto Nazionale per lo Studio e la Cura dei Tumori OMISSIS, entrambi soggetti di diritto pubblico partecipanti al progetto originario CRdC ICT, che, per difficoltà operative, non avevano potuto partecipare all'atto costitutivo stesso.
Nel settembre 2014, a seguito di aumento di capitale, hanno aderito a OMISSIS anche l'Università degli Studi di Napoli OMISSIS e l'Università degli Studi OMISSIS (art. 1, co. 2, dello Statuto), quest'ultima non ricompresa fra le università statali, ma promossa e sostenuta dall'Ente morale di pubblica istruzione Istituto OMISSIS e non avente scopi di lucro, ma solo fini pubblici.
Lo Statuto, precisa, peraltro, che a tale società possono aderire solo soggetti che abbiano le stesse caratteristiche dei fondatori e quindi: Università, centri pubblici di ricerca, consorzi di ricerca, Fondazioni, consorzi o società consortili a presenza pubblicistica e senza fine di lucro. Potrà, inoltre, aderire alla società consortile la Regione OMISSIS. Non è consentito, invece, l'ingresso di società a scopo di lucro (art. 1, co 3).
I soci della società- in prevalenza soggetti pubblici, come sopra indicati- partecipano al capitale sociale, nella misura indicata nel sito istituzionale dell'ente, nella sottosezione "organi di governo", e le quote di partecipazione, come precisato dall'art. 5.2 dello Statuto, costituiscono la misura dei diritti di partecipazione e gestione del socio all'interno della società nonché degli stessi diritti sociali.
Dall'esame di alcune disposizioni statutarie e dall'assetto societario si evince che il capitale è detenuto quasi interamente da soggetti pubblici che, di fatto, esercitino, anche se non singolarmente, ma congiuntamente, un controllo sulla società, potendo condizionare l'andamento complessivo della gestione e il funzionamento della società.

A tal riguardo assumono rilievo, in particolare, alcune previsioni che richiedono la necessità di un consenso maggioritario, se non a volte unanime, dei soci per l'assunzione delle decisioni strategiche. Ci si riferisce, ad esempio, a quanto previsto nei seguenti articoli dello Statuto:

- nell'art. 13.2. che riserva alla competenza dei soci decisioni rilevanti come ad esempio a) l'approvazione del bilancio e la destinazione degli utili; b) la nomina del Consiglio di amministrazione; c) l'eventuale nomina dell'organo di controllo; d) le modificazioni dell'atto costitutivo, l'aumento e la diminuzione del capitale; e) la decisione che comportano una sostanziale modifica dell'oggetto sociale o una rilevante modificazione dei diritti dei soci; f) lo scioglimento anticipato della società.

- nell'art. 17.3. che precisa ulteriormente che sono in ogni caso assunte con il voto favorevole dei soci che rappresentino almeno il 65% (sessantacinque per cento) del capitale sociale, le decisioni inerenti a) le modificazioni dell'atto costitutivo; b) le operazioni che comportino una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale; c) le operazioni che comportino una rilevante modificazione dei diritti dei soci; d) la trasformazione, la fusione e la scissione della società e) l'ammissione di nuovi soci attraverso apposito aumento di capitale. Si tratta, quindi, di decisioni che richiedono necessariamente il concorso volitivo della maggioranza dei soci.

- nell'art 18.1. relativo al Consiglio di amministrazione composto da un numero di sette consiglieri, di cui sei sono designati dai soci prestabili, mentre il rimanente è eletto dall'assemblea con deliberazione riservata a tutti gli altri soci diversi, ma che va assunta con una maggioranza qualificata non inferiore al 75% (settantacinque per cento) dell'ammontare delle quote dei soci aventi diritto alla nomina. In mancanza del raggiungimento del *quorum* per tre votazioni, la designazione del consigliere è effettuata dall'assemblea ordinaria con il concorso di tutti i soci.

- nell'art. 18.5. in base al quale gli amministratori sono revocabili con decisione dei soci assunta a maggioranza del 65% (sessantacinque per cento) del capitale sociale in qualunque momento.

- negli artt. 19.5. e 19.7. ai sensi dei quali il Consiglio di amministrazione è validamente costituito e può deliberare qualora siano presenti tutti gli amministratori; le riunioni del Consiglio sono valide con la presenza effettiva della maggioranza dei membri in carica; le deliberazioni sono approvate con il voto favorevole della maggioranza assoluta dei presenti.

Ciò chiarito, si rappresenta che sul tema della configurabilità del controllo pubblico in una società partecipata da una pluralità di amministrazioni pubbliche nessuna delle quali detiene la maggioranza assoluta, ai fini dell'applicazione sia delle misure di prevenzione della corruzione di cui alla l. n. 190/2012, sia delle misure di trasparenza, in quanto compatibili, previste dal d.lgs. 33/2013, l'Autorità ha dottato la delibera n. 859 del 25.09.2019 "*Configurabilità del controllo pubblico congiunto in società partecipate da una pluralità di pubbliche amministrazioni ai fini dell'avvio del procedimento di vigilanza per l'applicazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza di cui alla legge 190/2012 e al d.lgs. 33/2013*". In particolare, ANAC - nel dar conto dell'esistenza di diversi orientamenti giurisprudenziali sul tema, tanto da auspicare, in ragione dell'incertezza interpretativa, l'intervento chiarificatore del legislatore - ha precisato che, laddove non emerga chiaramente la qualificazione della società da desumersi anche da pronunce giurisprudenziali, la partecipazione pubblica maggioritaria al capitale sociale può essere considerata quale indice presuntivo della situazione di controllo pubblico. Si tratta, in ogni caso, di una presunzione suscettibile di prova contraria, in quanto spetta alla società interessata, che intenda rappresentare la non configurabilità del controllo pubblico, dimostrare l'assenza di un coordinamento formalizzato tra i soci pubblici ovvero l'influenza dominante del socio privato, ove presente.
In base anche all'orientamento espresso da ANAC nella delibera 859/2019, la società OMISSIS appare inquadrabile nell'ambito delle società in controllo pubblico ex art. 2-bis, co.2, del d.lgs. n. 33/2013 e tenuta

quindi sia agli obblighi di trasparenza del medesimo decreto, con riguardo all'organizzazione e all'attività svolta, sia alle misure di prevenzione della corruzione di cui alla l. 190/2012, secondo le indicazioni fornite dall'Autorità nella sopra citata delibera n. 1134/2017, cui si rinvia.

Ove la società ritenesse di confutare tale qualificazione mediante ulteriori elementi informativi e l'Autorità, in esito al contraddittorio, ritenesse di escludere l'integrazione del controllo pubblico congiunto, la società è comunque da ricondursi nell'ambito delle società partecipate da pubbliche amministrazioni che svolgono attività di pubblico interesse, di cui all'art. 2-bis, co.3, del decreto trasparenza.

Al riguardo, vale evidenziare, infatti, che si tratta di una società costituita e partecipata per la quasi totalità da Università pubbliche e da enti pubblici di ricerca e non avente scopo di lucro. L'obiettivo perseguito– attraverso l'aggregazione delle risorse – è quello di rafforzare la competitività della ricerca nel settore ICT, allo scopo di rispondere alla crescente domanda di ricerca di medio e lungo periodo in tale settore delle ICT da parte del tessuto produttivo sia regionale che nazionale, come sopra già evidenziato.

Da tale qualificazione, ne discenderebbe che la società sarebbe tenuta solo con riferimento all'attività di interesse pubblico svolta, secondo le indicazioni fornite dall'Autorità nella delibera n. 1134/2017, ad assicurare il rispetto degli obblighi di pubblicazione e l'accesso civico semplice e generalizzato. Ad essa non sarebbe applicabile, invece, la normativa di prevenzione della corruzione. Di conseguenza la società OMISSIS non sarebbe in tal caso tenuta alla predisposizione del PTPCT o di misure integrative al modello 231 né alla nomina del RPCT, fermo restando l'auspicio di ANAC all'adozione di misure integrative anticorruzione (§ 3.1.1. delibera 1134/2017 cit.).

Si richiama, da ultimo, il pieno rispetto da parte della società della normativa in materia di contratti pubblici.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Atto firmato digitalmente

SLP-PA