

24 FEBBRAIO 2016

Il partenariato tra università ed enti locali: strumenti pattizi e modello fondazionale

di Sergio Foà

Professore Ordinario di Diritto amministrativo
Università di Torino

e Michele Ricciardo Calderaro

Dottorando di ricerca in Business and Law
Università di Brescia



Il partenariato tra università ed enti locali: strumenti pattizi e modello fondazionale*

di Sergio Foà

Professore Ordinario di Diritto amministrativo
Università di Torino

e Michele Ricciardo Calderaro

Dottorando di ricerca in Business and Law
Università di Brescia

Sommario: 1. La cooperazione tra enti pubblici tra attività contrattuale e partenariato – 2. I moduli in deroga agli appalti: la restrizione europea del PP elusivo e gli spazi per recuperarlo - 3. Concetto cooperativistico e fini istituzionali di ricerca (anche applicata) - 4. Le fondazioni di partecipazione e l'esternalizzazione delle attività strumentali delle Università - 5. La trasformazione delle Università pubbliche in fondazioni di diritto privato: una soluzione irrealistica - 6. Osservazioni conclusive.

1. La cooperazione tra enti pubblici tra attività contrattuale e partenariato

Il crescente ricorso a forme di cooperazione fra soggetti pubblici mediante modelli convenzionali impone di tratteggiare la linea di demarcazione tra il partenariato e la disciplina dei contratti ad evidenza pubblica¹.

L'analisi è legata alla ampia previsione dell'art. 15 della l. n. 241 del 1990, che consente alle amministrazioni pubbliche di concludere fra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in

* Articolo sottoposto a referaggio. S. Foà è Autore dei paragrafi da 1 a 3; M. Ricciardo Calderaro è Autore dei paragrafi da 4 a 6. Il lavoro riprende e sviluppa le relazioni tenute al seminario “Il partenariato tra Università e enti locali” nell'ambito del Convegno “I giovani e l'iniziativa legislativa”, Università degli Studi di Torino, 23 ottobre 2015.

¹ Per una ricostruzione aggiornata, G. TACCOGNA, *I partenariati pubblico-pubblico orizzontali, in rapporto alla disciplina dell'aggiudicazione degli appalti*, in *Federalismi*, 2015. Sulle nuove direttive UE relative all'aggiudicazione degli appalti e delle concessioni, C.E. GALLO (a cura di), *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014*, Torino, 2014, ed ivi spec. S. FOÀ, *I soggetti partecipanti alle gare*, 25 ss.



collaborazione di attività di interesse comune, nonché alle disposizioni settoriali riferite agli enti locali e alle Università².

Le nuove direttive sull'aggiudicazione dei contratti pubblici, in corso di recepimento, si mostrano sensibili alla questione e pongono alcune indicazioni di sistema.

In primo luogo intendono escludere dal proprio ambito di applicazione i casi in cui un soggetto giuridico agisce, secondo le disposizioni del diritto nazionale, quale “strumento o servizio tecnico di determinate amministrazioni aggiudicatrici”, sì da essere obbligato a eseguire le istruzioni ricevute da tali amministrazioni, non potendo influire sulla remunerazione della prestazione resa. Si tratta di un rapporto che le direttive considerano “puramente amministrativo”, che in considerazione della sua natura extracontrattuale dovrebbe escludere l'applicazione delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici³. Di conseguenza, nella parte precettiva, le stesse direttive escludono dal proprio ambito di applicazione gli accordi, le decisioni o altri strumenti giuridici che disciplinano “i trasferimenti di competenze e responsabilità per la realizzazione di compiti pubblici” tra amministrazioni aggiudicatrici o associazioni di amministrazioni aggiudicatrici e non prevedono una remunerazione in cambio di una prestazione contrattuale. Tali accordi sono considerati “questioni di organizzazione interna” dello Stato membro interessato e non interessano la materia degli appalti e delle concessioni⁴.

La riconduzione delle forme di cooperazione nel novero dei rapporti “puramente amministrativi” è complicata dalla attitudine degli enti pubblici a essere qualificati come operatori economici.

Sul punto le nuove direttive sulle procedure di aggiudicazione di appalti e concessioni superano, almeno in parte, gli alterni orientamenti giurisprudenziali succedutisi a livello nazionale. Quello più risalente escludeva la possibilità di ammettere gli enti pubblici a partecipare alle gare di appalto per assicurare il rispetto del principio europeo di concorrenza effettiva. Il principio sarebbe stato violato ammettendo la partecipazione delle Università alle gare, in quanto le stesse, quali enti pubblici non economici, sono in grado di fornire il servizio in condizioni di vantaggio (disponibilità di attrezzature pubbliche - tra l'altro distolte dal loro fine proprio - acquisite a costo

² Cfr. art. 30, d. lgs. n. 267 del 2000, Testo unico sull'ordinamento degli enti locali, ove è previsto che, al fine di svolgere in modo coordinato funzioni e servizi determinati, gli enti locali possono stipulare fra loro apposite convenzioni. In letteratura, S. CIVITARESE, Art. 30, in “Commentario Breve al Testo Unico sulle Autonomie Locali”, a cura di R. CAVALLO PERIN e Alb. ROMANO, Torino, 2006. Per le Università, cfr. art. 66 d.P.R. n. 382 del 1980, che consente agli Atenei di stipulare convenzioni con enti pubblici (e con soggetti privati) al fine di potenziare le proprie attività di ricerca e didattica o offrire servizi di consulenza.

³ Considerando (34) Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici (settori ordinari), che abroga la direttiva 2004/18/CE.

⁴ Art. 1, par. 6, Direttiva 2014/24/UE, cit.

zero e nello svolgimento di attività istituzionali), non dovendo sopportare gli stessi costi dei soggetti che forniscono i servizi nell'esercizio dell'attività d'impresa⁵.

Il giudizio era fondato altresì sulla valutazione di compatibilità tra oggetto dell'appalto e compiti istituzionali dell'ente: gli organismi universitari non avrebbero potuto aggiudicarsi appalti pubblici, in proprio o associati con altri enti pubblici o privati, ogniqualvolta l'oggetto dell'appalto comportasse l'assolvimento di compiti che richiedono un'organizzazione imprenditoriale incompatibile con le attività istituzionali di insegnamento, ricerca e studio⁶. L'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, con posizione rigida, ha inizialmente ritenuto tassativo l'elenco dei soggetti ammessi alle gare di cui al d.lgs. n. 163 del 2006, così escludendo in via generale la possibilità di aggiungere a tale elenco gli enti pubblici non economici⁷.

La necessità di valutare in concreto la compatibilità tra l'attività oggetto d'appalto e i fini istituzionali dell'ente pubblico partecipante è stata condivisa dalla successiva giurisprudenza nazionale e da quella della Corte di Giustizia dell'Unione europea⁸.

⁵ T.a.r. Campania, Napoli, Sez. I, 12 giugno 2002, n. 3411, in relazione ad una controversia che verteva sulla partecipazione di un'ATI, comprendente il Dipartimento Scienze Mediche Preventive della Università Federico II, ad una gara avente a oggetto l'aggiudicazione di un appalto di servizi per l'attuazione di un programma di sorveglianza sanitaria.

⁶ Consiglio di Stato, Sez. V, 29 luglio 2003, n. 4327, pur confermando la sentenza del T.a.r. Campania citata alla nota precedente, ha precisato: *“Per completezza deve, peraltro, aggiungersi che tale capacità non risulta esclusa o limitata dalla circostanza che l'organismo pubblico percepisca sovvenzioni da amministrazioni aggiudicatrici o che fruisca di altri analoghi benefici economici, essendosi, al riguardo, ritenuto che i principi della concorrenza e della par condicio non vengono vulnerati per effetto della sola partecipazione alla gara di soggetti che godono di finanziamenti pubblici ed in mancanza di fattori concretamente distortivi”*.

⁷ Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, deliberazione 18 aprile 2007, n. 119, secondo cui *“L'articolo 34, comma 1, lettere a), b), c), d) e f), del d. Lgs. n. 163/2006 individua i soggetti cui possono essere affidati i contratti pubblici [...]. La caratteristica che accomuna le figure sopra individuate è l'esercizio professionale di una attività economica. Giova richiamare al riguardo l'articolo 2082 del codice civile, secondo il quale “imprenditore” è colui il quale svolge un'attività con le seguenti caratteristiche: a) esercizio di un'attività economica, b) in modo professionale, c) mediante organizzazione, d) al fine della produzione e dello scambio di beni o servizi. Gli elementi sopra richiamati consentono di individuare il discrimen fra gli operatori economici e quei soggetti, quali gli Enti pubblici non economici, le Università ovvero i Dipartimenti universitari, non rientranti in tale categoria, in quanto rivestono una finalità diversa dall'attività economica, come noto rivolta alla produzione di ricchezza. [...] l'articolo 34 del d. Lgs. n. 163 del 2006, che contiene un elenco tassativo dei soggetti ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici”*. La stessa AVCP ha poi mutato orientamento, recependo le censure della Commissione europea in occasione della procedura di infrazione avviata nei confronti del Governo italiano (AVCP, parere n. 127 del 23 aprile 2008).

⁸ Corte di Giustizia, Sez. IV, sentenza 23 dicembre 2009, in causa C-305/08: sebbene gli Stati membri possano decidere di non autorizzare alcuni soggetti ad operare sul mercato in funzione dell'incompatibilità di certi tipi di attività con i loro fini istituzionali, qualora tali soggetti conseguano l'autorizzazione di offrire determinati servizi sul mercato - e nei limiti della stessa - la normativa nazionale non può vietare a questi ultimi di partecipare a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici aventi ad oggetto la prestazione dei medesimi servizi. L'implicito riconoscimento normativo di detta facoltà era ritenuto ravvisabile nell'art. 4, n. 1, della direttiva 2004/18/CE, in virtù del quale *“I candidati o gli offerenti che, in base alla normativa dello Stato membro nel quale sono stabiliti, sono autorizzati a fornire la prestazione di cui trattasi non possono essere respinti soltanto*



Il contrapposto orientamento giurisprudenziale ha riconosciuto la possibilità per soggetti collettivi, pur statutariamente e istituzionalmente non lucrativi, di svolgere attività organizzate per la produzione o lo scambio di beni o di servizi compatibili con il perseguimento delle finalità per le quali sono stati costituiti⁹.

In seguito a rinvio pregiudiziale disposto dal Consiglio di Stato in sede consultiva¹⁰, la Corte di Giustizia, pur preoccupata di evitare distorsioni alla concorrenza¹¹, ha ritenuto che la posizione di vantaggio di un operatore economico derivante dal godimento di finanziamenti pubblici o di aiuti di Stato non può giustificare l'esclusione *a priori* di tali soggetti dalla partecipazione ad una procedura di aggiudicazione di un appalto¹².

Le disposizioni delle precedenti direttive, al pari di quelle nuove in corso di recepimento, devono quindi essere interpretate nel senso che consentono a soggetti che non perseguono un preminente scopo di lucro, non dispongono della struttura organizzativa di un'impresa e non assicurano una presenza regolare sul mercato, quali le università e gli istituti di ricerca nonché i

per il fatto che, secondo la normativa dello Stato membro nel quale è aggiudicato l'appalto, essi avrebbero dovuto essere persone fisiche o persone giuridiche".

⁹ T.a.r. Toscana, Sez. I, 13 febbraio 2006, n. 395, con riferimento alla legittimazione del Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa) a partecipare ad una gara di appalto indetta dalla Regione Toscana; Consiglio di Stato, Sez. VI, 16 giugno 2009, n. 3897, che ha ammesso la partecipazione alle gare d'appalto delle c.d. ONLUS, precisando che l'assenza di fine di lucro non esclude che un soggetto giuridico esercitante un'attività economica possa essere considerato impresa alla luce dell'art. 3, commi 19 e 20 del Codice dei contratti e dell'art. 1, comma 8, 4 e 44 della direttiva 2004/18/CE. Più recentemente, sulla stessa linea, Cons. Stato, Sez. III, 15 aprile 2013, n. 2056; Id., Sez. VI, 23 gennaio 2013, n. 387; T.a.r. Basilicata, Potenza, Sez. I, 23 giugno 2014, n. 411, secondo le quali l'assenza di fini di lucro non esclude che le associazioni di volontariato esercitino un'attività economica e costituiscano imprese ai sensi delle disposizioni del Trattato istitutivo dell'Unione europea relative alla concorrenza.

¹⁰ Consiglio di Stato, Sez. II, 23 aprile 2008, n. 167, evidenziati i rischi per la concorrenza connessi alla partecipazione delle Università e dei Consorzi dalle stesse costituiti alle procedure di gara, ha chiesto alla Corte di pronunciarsi in ordine alla compatibilità con la direttiva 2004/18/CE di una interpretazione della normativa nazionale che limiti la partecipazione alle gare d'appalto ai soli operatori che offrono professionalmente sul mercato beni o servizi, con esclusione dei soggetti che non perseguono un preminente fine di lucro.

¹¹ Corte di Giustizia, Sez. IV, sentenza 23 dicembre 2009, in causa C-305/08, cit.: "[...] il quarto 'considerando' della direttiva 2004/18 enuncia l'obbligo per gli Stati membri di provvedere affinché una distorsione di questo tipo non si produca per il fatto della partecipazione di un organismo di diritto pubblico a un appalto pubblico. Detto obbligo si impone anche con riguardo ad entità come il suddetto ricorrente".

¹² "[...] Il principio della parità di trattamento non è violato per il solo motivo che le amministrazioni aggiudicatrici ammettono la partecipazione ad un procedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico di organismi che beneficiano di sovvenzioni che consentono loro di presentare offerte a prezzi notevolmente inferiori a quelli degli offerenti concorrenti non sovvenzionati [...]" Sul punto, cfr., Corte di Giustizia UE, 7 dicembre 2000, n. C-94/99. Per ciò che concerne, più in generale, l'esaltazione dei principi di neutralità delle forme e libera concorrenza, si veda, Corte di Giustizia UE, 18 dicembre 2007, n. C-357/06.



raggruppamenti costituiti da università e amministrazioni pubbliche, di partecipare a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici.

La Corte di Giustizia ha ribadito che gli Stati membri possono decidere liberamente se autorizzare o meno determinati soggetti ad operare sul mercato in ragione della compatibilità di tali attività con i fini istituzionali che sono chiamati a perseguire. Tuttavia, precisa la Corte, qualora tali soggetti conseguano l'autorizzazione di offrire determinati servizi sul mercato, la normativa nazionale non può vietare a questi ultimi di partecipare a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici.

Confortata da tale interpretazione del giudice europeo, la giurisprudenza nazionale ha accolto un'interpretazione estensiva dell'art. 34 del Codice, in virtù della quale la nozione di 'operatore economico' include qualunque soggetto che offre sul mercato la prestazione di beni o di servizi, indipendentemente dalla qualificazione giuridica assunta¹³.

Un limite a tale estensione potrebbe tuttavia leggersi nella posizione successivamente assunta dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che ha ricondotto il rapporto di necessaria compatibilità tra le finalità statutarie dell'ente pubblico e l'attività oggetto della prestazione dedotta nell'appalto ad una valutazione di "stretta strumentalità".

In tal senso l'attività di ricerca e consulenza, anche se in favore di enti pubblici, non può essere indiscriminata, solo perché compatibile, ma deve essere "strettamente strumentale alle finalità istituzionali dell'Ente, che sono la ricerca e l'insegnamento". Tale attività, quindi, *"deve giovare al progresso della ricerca e dell'insegnamento, o procacciare risorse economiche da destinare a ricerca e insegnamento. Non si può pertanto trattare di un'attività lucrativa fine a sé stessa, perché l'Università è e rimane un ente senza fine di lucro"*¹⁴.

La decisione sui limiti di ammissione alle procedure di gara e sulle esenzioni è rimessa agli Stati membri, come recentemente ribadito dalla Corte di Giustizia chiamata a pronunciarsi sulla possibilità per un'azienda ospedaliera, che beneficia stabilmente di risorse pubbliche e che è affidataria in via diretta del servizio pubblico sanitario, di partecipare alle gare di cui al d.lgs. n. 163 del 2006, lucrando un vantaggio competitivo determinante nel confronto concorrenziale con

¹³ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 15 luglio 2013, n. 3849. Allo stesso modo, anche l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, nella determinazione del 21 ottobre 2010, n. 7, si è adeguata alla giurisprudenza comunitaria riconoscendo che *"l'elenco riportato nell'art. 34 del d.lgs. 163/2006 non è da considerarsi esaustivo dei soggetti di cui è ammessa la partecipazione alle gare indette per l'affidamento dei contratti pubblici"*.

¹⁴ Consiglio di Stato, Ad. Plen., 3 giugno 2011, n. 10, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 287 (m), n. MARZUOLI.

altri operatori economici, senza che siano al contempo previste misure correttive volte ad evitare un simile effetto distorsivo della concorrenza¹⁵.

Nel caso in esame il giudice di primo grado, in accoglimento del ricorso presentato dalla seconda classificata, una società commerciale, aveva ritenuto sussistente per gli enti pubblici un vero e proprio divieto di partecipare alle gare d'appalto¹⁶.

Le perplessità del Consiglio di Stato hanno riguardato le limitazioni normative interne al principio della libertà di iniziativa economica privata degli enti pubblici, volte a evitare che la presenza di soggetti dotati di privilegi alteri il corretto funzionamento del mercato nella “nevralgica fase concorrenziale”¹⁷.

La facoltà riconosciuta agli Stati membri di negare l'autorizzazione a operare sul mercato è funzionalizzata e può essere esercitata solo allorché la presenza sul mercato di determinati soggetti risulti incompatibile con i fini istituzionali che sono chiamati a perseguire¹⁸.

Lo stesso giudice italiano ritiene che potrebbe violare il diritto dell'Unione europea l'estensione del divieto a operare sul mercato riferita al sistema sanitario nazionale, in ragione del suo assetto organizzativo o, per analogia, desunta da norme relative ad altri soggetti di natura pubblica: tale interpretazione si porrebbe oggi peraltro contro le richiamate previsioni delle nuove direttive, che espressamente includono gli enti pubblici nel novero degli operatori economici.

Anche il divieto di operare liberamente sul mercato tratto dalla c.d. Legge Bersani deve essere quindi riferito solo alle società commerciali partecipate, in tutto o in parte, da enti pubblici e non può giustificare una aprioristica esclusione degli enti pubblici dalla partecipazione alle gare di appalto, pena la violazione dei principi del diritto dell'Unione europea ampiamente esaminati dalla richiamata giurisprudenza¹⁹.

¹⁵ CGUE, Sez. V, 18 dicembre 2014, n. C-568/13, AOU Careggi di Firenze, punto 36, su rinvio pregiudiziale del Cons. Stato, Sez. III, ord. 30 ottobre 2013, n. 5241, in *Giurisdiz. amm.*, 2013, ant., 164. A commento S. VARONE, *La partecipazione degli enti pubblici alle gare di appalto e la tutela della concorrenza*, in *Rass. Adv. Stato*, n. 3/2015, 101 ss.

¹⁶ T.a.r. Lombardia, sez. I, 24 novembre 2006, n. 2840: “*Nel caso di specie la Regione Lombardia aveva la potestà legislativa, regolamentare e amministrativa per provvedere ad un affidamento diretto del servizio di controllo di qualità dei laboratori convenzionati all'azienda ospedaliera (...) tramite il ricorso a moduli pubblicistici anche di carattere convenzionale, trattandosi in particolare di un controllo attinente allo stesso esercizio di propri poteri pubblicistici in materia di controllo del sistema sanitario regionale. Se questi sono gli strumenti previsti dalla normativa per l'affidamento di un servizio ad un organismo di diritto pubblico, questo non può partecipare alle gare pubbliche solo perché dotato di una capacità giuridica generale, come nel caso di specie, in quanto ente pubblico*”.

¹⁷ Significative, sul punto, alcune pronunce del Giudice delle leggi richiamate dall'ordinanza in commento; cfr., per tutte, Corte Costituzionale n. 326 del 2008, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 11 (m), n. URSI.

¹⁸ Si veda, Corte di Giustizia, 23 dicembre 2009, *cit.*

¹⁹ Consiglio di Stato, Sez. VI, 8 maggio 2014, n. 2362: “*Viene quindi compiuta da tali società (id est le società in house), sostanzialmente, un'attività amministrativa in forma privatistica, da non confondere con l'attività di impresa svolta*



Meno convincente, anche secondo il Consiglio di Stato, è l'argomento della asimmetria e del vantaggio economico di cui godono gli enti pubblici, grazie ad un sistema di finanziamento che permetterebbe loro la formulazione di offerte economiche manifestamente più basse rispetto a quelle presentate dagli operatori privati²⁰. La Corte di Giustizia ha chiarito che il principio di parità di trattamento degli offerenti non è violato per il solo fatto che l'amministrazione aggiudicatrice ammette a partecipare a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi organismi che ricevono, da essa stessa o da altre amministrazioni aggiudicatrici, sovvenzioni, indipendentemente dalla loro natura, che consentono a questi organismi di presentare offerte a prezzi notevolmente inferiori a quelli degli altri offerenti che non beneficiano di tali sovvenzioni²¹.

La Corte di Giustizia ha quindi ribadito che gli Stati membri hanno certamente il potere di autorizzare o meno talune categorie di operatori economici a fornire certi tipi di prestazioni. Essi possono disciplinare le attività dei soggetti, quali le università e gli istituti di ricerca, non aventi finalità di lucro, ma volti principalmente alla didattica e alla ricerca. In particolare, essi possono autorizzare o non autorizzare tali soggetti a operare sul mercato in funzione della circostanza che l'attività in questione sia compatibile, o meno, con i loro fini istituzionali e statutari. Tuttavia, se, e nei limiti in cui, siffatti soggetti siano autorizzati a offrire taluni servizi contro corrispettivo sul mercato, anche a titolo occasionale, gli Stati membri non possono vietare loro di partecipare a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici aventi a oggetto la prestazione degli stessi servizi. Un simile divieto contrasterebbe infatti con le previsioni delle direttive UE di settore²².

da enti pubblici, in regime di concorrenza: si pone solo nel primo caso infatti l'esigenza di non consentire che un soggetto – in posizione giuridica tale da godere delle prerogative proprie di una pubblica amministrazione – possa svolgere al tempo stesso attività imprenditoriale”.

²⁰ Sul punto, peraltro, il Collegio precisa che “difficilmente tale disomogeneità potrebbe trovare il suo correttivo in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta, essendo probabile che il modello organizzativo che è proprio dell'azienda ospedaliera, con i vantaggi che assicura nell'organizzazione dei fattori produttivi, le permetta di sostenere un simile ribasso”.

²¹ Corte di Giustizia, 7 dicembre 2000, causa C-94/99.

²² Nel caso controverso era rilevata la violazione dell'art. 1, lettere a) e c), della direttiva 92/50. Per quanto concerne le corrispondenti disposizioni della direttiva 2004/18, sentenze CoNISMa, EU:C:2009:807, punti da 47 a 49, nonché Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a., EU:C:2012:817, punto 27.



2. I moduli in deroga agli appalti: la restrizione europea del PP elusivo e gli spazi per recuperarlo

La richiamata estensione della nozione di operatore economico corrisponde a una speculare restrizione degli strumenti di collaborazione convenzionali tra autorità pubbliche, riassumibili nelle modalità del partenariato pubblico-pubblico²³.

La Commissione dell'Unione europea, nel Documento di lavoro sulla cooperazione pubblico-pubblico, ha ribadito l'esclusione dall'ambito di applicazione delle norme in materia di appalti nei seguenti casi:

- cooperazione istituzionalizzata/verticale – *in house* – ossia la cooperazione tramite persone giuridiche distinte;
- cooperazione non istituzionalizzata/orizzontale volta a garantire congiuntamente l'assolvimento di compiti di interesse pubblico²⁴.

Sulla seconda tipologia, quella convenzionale, le nuove direttive ammettono l'esistenza di “una notevole incertezza giuridica circa la misura in cui i contratti conclusi tra enti nel settore pubblico debbano essere disciplinati dalle norme relative agli appalti pubblici”²⁵ e ricordano che la giurisprudenza della Corte di giustizia a tale riguardo viene interpretata in modo divergente dai diversi Stati membri e anche dalle diverse amministrazioni aggiudicatrici²⁶.

²³ AVCP, determinazione n. 7 del 21 ottobre 2010: “*Del resto, un'interpretazione della normativa comunitaria incline alla massima apertura delle procedure selettive per l'affidamento di commesse pubbliche a soggetti tradizionalmente esclusi, come le Università, è perfettamente in linea con l'intento di circoscrivere il ricorso all'affidamento diretto: si tratta di un “modus operandi” che prima della pronuncia menzionata poteva trovare una qualche giustificazione nella considerazione secondo la quale, essendo al mondo della ricerca precluso all'origine l'accesso al mercato dei contratti pubblici, lo strumento dell'accordo-convenzione-contratto permetteva alla stazione appaltante di assicurarsi la collaborazione sinergica con un polo di eccellenza, come il settore universitario, non altrimenti conseguibile*”.

²⁴ Documento di lavoro della Commissione europea “*concernente l'applicazione del diritto UE in materia di appalti pubblici ai rapporti tra amministrazioni aggiudicatrici (“cooperazione pubblico-pubblico”)*” SEC (2011) 1169 def., del 4 ottobre 2011. Per una esame congiunto dei due modelli “derogatori”, M. MAZZAMUTO, *L'apparente neutralità comunitaria sull'autoproduzione pubblica: dall'in house al Partenariato “Pubblico-Pubblico”*, in *Giur. it.*, 2013, 1416 ss.

²⁵ Cfr. Considerando (31) direttiva 2014/24/UE settori ordinari.

²⁶ In letteratura, A. BARTOLINI, *Accordi organizzativi e diritto europeo: la cooperazione pubblico-pubblico (CPP) e la disciplina degli appalti*, in *Urb. app.*, 2013, 1260 ss.; R. CARANTA, *Accordi tra amministrazioni e contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2013, 393; E. STICCHI DAMIANI, *Gli accordi di collaborazione tra Università e altre amministrazioni pubbliche*, in *DPA*, 2012, 807 ss.; C.E. GALLO, *Affidamenti diretti e forme di collaborazione tra enti locali*, in *Urb. app.*, 2009, 1180 ss.



Con riferimento all'ordinamento italiano, sono strumento di partenariato pubblico-pubblico non istituzionalizzato gli accordi conclusi tra pubbliche amministrazioni ai sensi dell'art. 15 della legge n. 241 del 1990²⁷.

Sollecitata la necessità di precisare in quali casi i contratti conclusi nell'ambito del settore pubblico non sono soggetti all'applicazione delle norme in materia di appalti pubblici, le stesse direttive ricordano che:

- il solo fatto che entrambe le parti di un accordo siano esse stesse autorità pubbliche non esclude di per sé l'applicazione delle norme sugli appalti;
- tuttavia, l'applicazione delle norme in materia di appalti pubblici non dovrebbe interferire con la libertà delle autorità pubbliche di svolgere i compiti di servizio pubblico loro affidati utilizzando le loro stesse risorse, compresa la possibilità di cooperare con altre autorità pubbliche.

In via speculare rispetto a quanto si è visto riguardo all'estensione della nozione di operatore economico, le medesime direttive si preoccupano che la cooperazione pubblico-pubblico esentata non dia luogo a una distorsione della concorrenza nei confronti di operatori economici privati, nella misura in cui pone un fornitore privato di servizi in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti.

Secondo la Corte di Giustizia, gli accordi tra pubbliche amministrazioni non rientrano nel campo di applicazione delle direttive sugli appalti pubblici solo qualora siano conclusi esclusivamente tra amministrazioni aggiudicatrici, siano ispirati da considerazioni legate al pubblico interesse, non pongano nessun operatore privato in una posizione di vantaggio rispetto ai suoi concorrenti e si fondino su di un concetto cooperativistico in virtù del quale le parti pubbliche ricorrono al modello convenzionale al fine di coordinare l'esercizio delle funzioni ad essi attribuite in vista del conseguimento di un risultato comune²⁸.

Le tre nuove direttive sulle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici di appalti e concessioni, riprendendo la ricostruzione pretoria, escludono dal proprio ambito di applicazione i

²⁷ Sui quali, da ultimo, R. FERRARA, *Gli accordi fra le amministrazioni pubbliche*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2012, 673 ss.

²⁸ Corte di giustizia (grande sezione), 9 giugno 2009, causa C-480/06, *Commissione/Repubblica federale di Germania*; Corte di Giustizia, 19 dicembre 2012, C-159/11; nonché Parlamento Europeo, risoluzione del 18 maggio 2010. In ambito nazionale, Consiglio di Stato, Sez. V, 15 luglio 2013, n. 3849: “*Gli accordi tra enti pubblici stipulati ai sensi dell'art. 15, l. 241/1990, anche denominati contratti 'a oggetto pubblico', differiscono dal contratto privatistico di cui all'art. 1321 c.c., del quale condividono solo l'elemento strutturale dell'accordo, senza che a esso si accompagni l'ulteriore elemento del carattere patrimoniale del rapporto regolato. Le amministrazioni pubbliche stipulanti partecipano all'accordo in posizione di equiordinazione, ma non già al fine di comporre un conflitto di interessi di carattere patrimoniale, bensì di coordinare i rispettivi ambiti di intervento su oggetti di interesse comune*”. Cfr. anche Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, deliberazione 8 febbraio 2012, n. 14.



contratti conclusi esclusivamente tra due o più amministrazioni aggiudicatrici dall'ambito di applicazione della normativa europea, allorquando siano soddisfatte cumulativamente le seguenti condizioni:

- a) il contratto sia volto a stabilire o realizzare una cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti, finalizzata a garantire che i servizi pubblici che esse sono tenute a svolgere siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che esse hanno in comune;
- b) l'attuazione di tale cooperazione sia retta esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico;
- c) le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti svolgano sul mercato aperto meno del 20% delle attività interessate dalla cooperazione²⁹.

In carenza di definizioni sulla comune natura degli interessi perseguiti, pare necessaria la dimostrazione di una strategia comune condivisa dalle parti che si accordano, evitando che una sola si assuma il compito di interesse pubblico e le altre un ruolo meramente strumentale³⁰.

Ove difettino i requisiti esaminati, occorrerà l'esperimento di una procedura competitiva, anche quando gli enti pubblici si presentano nella veste di operatori economici³¹.

²⁹ Cfr. art. 12, par. 4, dir. 2014/24/UE (settori ordinari); art. 28, par. 4, dir. 2014/25/UE (settori speciali); art. 17, par. 4, dir. 2014/23/UE (concessioni). Per calcolare la percentuale delle attività svolte sul mercato, le stesse norme precisano che deve prendersi in considerazione il fatturato totale medio, o un'adeguata misura alternativa basata sull'attività, quali i costi sostenuti dalla persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice in questione, nei campi dei servizi, delle forniture e dei lavori, per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto (o concessione). Se, tuttavia, a causa della data di costituzione o di inizio dell'attività della persona giuridica o dell'amministrazione aggiudicatrice in questione, ovvero a causa della riorganizzazione delle sue attività, il fatturato o l'indicata misura alternativa (quali i costi), non dovesse essere disponibile per i tre anni precedenti (o non più pertinente), è sufficiente dimostrare, segnatamente in base a proiezioni dell'attività, che la misura sia "credibile".

³⁰ Così le conclusioni dell'Avvocato generale Trstenjak in causa C-159/11, *ASL Lecce*, ove può leggersi: «Non è sufficiente che l'obbligo legale di svolgere le funzioni pubbliche in questione incomba su una sola delle autorità pubbliche coinvolte, mentre l'altra si limiti ad un ruolo di ausiliare dell'adempimento, che assume in appalto l'esecuzione di detta funzione altrui. Ciò appare comprensibile qualora si rammenti il significato etimologico della parola *cooperazione*, in quanto l'essenza di [essa] consiste proprio in una strategia comune condivisa dalle parti, che si basa sullo scambio e sull'armonizzazione dei rispettivi interessi». C.P. SANTACROCE, *Osservazioni sul «partenariato pubblico-pubblico», tra elaborazioni ed applicazioni giurisprudenziali del modello e nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in *Giust. amm.*, 2014, n. 6. In precedenza, P. DE LUCA, *Il partenariato pubblico-pubblico nel diritto comunitario degli appalti pubblici*, in *Dir. Un. Eur.*, 2013 fasc. 2, 381 ss.

³¹ Cfr. Corte di Giustizia UE, Sez. V, sentenza 13 giugno 2013, causa C-386/11, *Piepenbrock*, ove si afferma che «Un contratto come quello di cui trattasi nel procedimento principale, con il quale, senza instaurare una cooperazione tra gli enti pubblici contraenti al fine di adempiere una funzione di servizio pubblico comune, un ente pubblico conferisce ad un altro il compito di pulizia di taluni edifici a uso uffici, locali amministrativi e istituti scolastici, riservandosi al contempo la facoltà di controllare l'esecuzione di tale compito, dietro pagamento di un corrispettivo che si presuppone corrispondere alle spese comportate dall'espletamento dell'incarico, con la possibilità, peraltro, per il secondo ente di ricorrere a terzi che siano eventualmente in grado di operare sul mercato per l'esecuzione dello stesso, costituisce un appalto pubblico di servizi ai sensi



Il recepimento e l'applicazione delle nuove direttive europee dovrà evitare che si passi dal rischio di elusione formale dei principi concorrenziali (ricorrendo ad accordi e a forme di partenariato PP) a più sottili forme di elusione sostanziale, ammettendo alle gare enti pubblici dotati di un tale vantaggio competitivo rispetto agli altri operatori economici da trasformare la stessa procedura di gara in una forma di affidamento diretto.

Di tali nuovi equilibri si è avveduto il Consiglio di Stato, con l'ultima ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia sopra richiamata, ove evidenzia che *“Il superamento dei vecchi divieti di partecipazione alle gare, ove risulti definitivamente confermato, rende probabilmente improcrastinabile, per prevenire ogni possibile abuso sul lato opposto, l'accrescimento dei controlli e la ricerca di meccanismi correttivi volti a riequilibrare le disomogeneità di partenza tra i diversi operatori”*.

La stessa Corte di giustizia, nella citata sentenza 'CoNISMa', evidenzia la sussistenza di un obbligo per gli Stati membri di predisporre un sistema di adeguate misure correttive volto a tutelare il libero esplicarsi del confronto concorrenziale³².

Infatti, la condivisa volontà di tutelare il fondamentale principio di concorrenza effettiva non comporta la necessità di escludere gli enti pubblici dai mercati concorrenziali – pregiudicando così utili forme di collaborazione tra autorità pubbliche e, in definitiva, l'efficienza dell'apparato amministrativo nel suo complesso – quanto piuttosto un'attiva collaborazione dei Governi nazionali per il comune perseguimento di tale obiettivo.

Occorre evitare che l'estensione dei confini applicativi della normativa sugli appalti pubblici presti il fianco a forme abusive di affidamento diretto. In tal senso è indispensabile rivitalizzare le forme di partenariato pubblico-pubblico esentate, ove ne esistano i presupposti legittimanti sopra richiamati.

3. Concetto cooperativistico e fini istituzionali di ricerca (anche applicata)

Per giustificare l'esenzione dalla applicazione delle direttive appalti è necessario indagare quale consistenza assuma il carattere necessariamente strumentale dell'attività oggetto di affidamento rispetto al perseguimento dei fini istituzionali dell'ente prestatore.

Per le Università e gli enti di ricerca il legislatore nazionale ha riconosciuto la piena capacità di stipulare accordi di collaborazione con altre amministrazioni pubbliche, attraverso i quali promuovere l'attività di ricerca coniugandola con i fini istituzionali delle altre pp.aa., reperendo

dell'articolo 1, paragrafo 2, lettera d), della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi”.

³² Corte di Giustizia, 23 dicembre 2009, *cit*.

risorse da parte di queste ultime a fronte della prestazione, da parte dell'ente pubblico di ricerca, di servizi afferenti alla medesima attività di ricerca³³.

Tale potenzialità può essere espressa in materia di implementazione e sperimentazione sui territori delle tecnologie, mediante cooperazione tra Università e enti locali nell'ambito dello sviluppo e dell'organizzazione delle c.d. *Smart Cities*³⁴.

Già il richiamato d.P.R. n. 382 del 1980, recante “Riordinamento della docenza universitaria, relativa fascia di formazione, nonché sperimentazione organizzativa e didattica”, riconosceva che le Università “possono eseguire attività di ricerca e consulenza stabilite mediante contratti e convenzioni con enti pubblici (...) l'esecuzione di tali contratti e convenzioni sarà affidata, di norma, ai Dipartimenti”.

La successiva legge sull'autonomia degli Atenei, in attuazione dell'art. 33, ult. comma, Cost., ha stabilito i seguenti principi:

- “le Università sono sedi primarie della ricerca scientifica” (art. 6, comma 4);
- la ricerca scientifica pubblica, oltre che dalle Università, può essere svolta anche da altri “enti e istituzioni pubbliche nazionali di ricerca a carattere non strumentale”, quali ad esempio il Consiglio Nazionale delle Ricerche, l'Istituto Nazionale di Fisica Nucleare, etc. (art. 8);
- gli enti pubblici di ricerca diversi dalle Università sono sostanzialmente equiparati a queste ultime sotto il profilo dell'autonomia (art. 8);
- le Università hanno diritto, per poter essere messe in condizioni di svolgere la propria attività di ricerca scientifica e tecnologica, oltre che a contributi obbligatori e trasferimenti finanziari da parte dello Stato, alla fruizione di “forme autonome di finanziamento”, tra le quali i “corrispettivi di contratti e convenzioni” (art. 7)³⁵.

³³ Per una ricognizione, si veda CRUI, Osservazioni sul documento di base “Problematiche relative alla partecipazione alle gare di cui al D.lg. n. 163/2006 delle Università e degli istituti similari”, Audizione presso l'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture svoltasi in data 7 luglio 2010. Sull'Università quale ente pubblico rappresentativo della Comunità scientifica, S. BATTINI, *La nuova governance delle Università*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2011, fasc. 2, 359 ss.

³⁴ E. FERRERO, *Le smart cities nell'ordinamento giuridico*, in *Foro amm.*, 2015, 1267, che vede la città come un luogo di apprendimento, che promuove la creatività incentivando le innovazioni e le sperimentazioni e che incoraggia alleanze con le Università. F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *Smart City: condividere per innovare (e con il rischio di escludere?)*, in *Federalismi*, 2015. Sul tema, cfr. inoltre le Relazioni al Convegno “L'evoluzione delle città tra riforma e innovazione: città metropolitane e Smart Cities”, Università degli Studi di Torino, 7 maggio 2015.

³⁵ Legge 9 maggio 1989, n. 168, Istituzione del Ministero dell'Università e della ricerca scientifica e tecnologica. In letteratura, R. FINOCCHI, *Le Università*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Parte speciale, Milano, 2000, 981 ss.; S. FOIS, *Intervento*, in *L'autonomia universitaria*, Padova, 1990, 67 ss.; L. MAZZAROLI, *L'autonomia delle Università e delle Accademie nella Costituzione Italiana*, in *Scritti Amorth*,



L'equiparazione, ai sensi dell'art. 33 u.c., Cost., tra l'autonomia delle Università quali sedi primarie della ricerca e l'autonomia degli altri enti pubblici nazionali incaricati istituzionalmente di svolgere attività di ricerca, è stata ulteriormente ribadita dalle fonti normative dedicate al riordino degli enti di ricerca³⁶.

Così il Consiglio Nazionale delle Ricerche (CNR) agisce “attraverso accordi di collaborazione” e promuove una “più agevole stipula di intese ed accordi di programma”³⁷; “svolge, promuove e coordina attività di ricerca con obiettivi di eccellenza in ambito nazionale e internazionale (...) finalizzate all'ampliamento delle conoscenze nei principali settori di sviluppo, individuati nel quadro della cooperazione ed integrazione europea e della collaborazione con le Università e con altri soggetti sia pubblici che privati (...) collabora con le Regioni e le amministrazioni locali, al fine di promuovere attraverso iniziative di ricerca congiunte lo sviluppo delle specifiche realtà produttive del territorio (...) promuove la valorizzazione a fini produttivi e sociali e il trasferimento tecnologico dei risultati della ricerca svolta o coordinata dalla propria rete scientifica”³⁸.

Lo stesso CNR “svolge, su richiesta, attività di consulenza tecnico-scientifica sulle materia di propria competenza, a favore del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, delle altre pubbliche amministrazioni”³⁹ e le relative entrate sono costituite anche “dai contratti stipulati con terzi pubblici (...) per la fornitura di servizi”⁴⁰, oltre che “dalle assegnazioni e dai

I, Milano, 1982, 392 ss.; D. SORACE, *L'autonomia universitaria degli anni novanta: problemi e prospettive*, in *Dir. pubb.*, 1996, 143; W. GASPARRI, *Università degli studi* (ad vocem), in *Digesto disc. pubb., agg.*, Torino, 2000, 627; F. MERLONI, *Autonomia, responsabilità, valutazione nella disciplina delle Università e degli enti di ricerca e degli enti strumentali*, in *Dir. pubb.*, 2004, 602 ss.

³⁶ Art. 1 della legge-delega n. 165 del 2007 (“Delega al Governo in materia di riordino degli enti di ricerca”) e D.lgs. di attuazione della legge n. 213 del 2009 (“Riordino degli enti di ricerca in attuazione dell'art. 1 della L. n. 165 del 2007”). Le disposizioni richiamate hanno riconosciuto agli “enti pubblici nazionali di ricerca vigilati dal Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca”, in analogia con quanto già previsto dalla L. n. 168 del 1989 per le Università, oltre all'autonomia regolamentare, scientifica, organizzativa, finanziaria e contabile, anche una “autonomia statutaria nel rispetto dell'art. 33, comma 6, della Costituzione, ed in coerenza con i principi della Carta europea dei ricercatori”, imponendo “forme di sinergia tra gli enti di ricerca e le strutture universitarie” (artt. 1 e 2 D.lgs. n. 213 del 2009, cit.). In letteratura F. MERLONI, *La nuova autonomia “statutaria” degli enti di ricerca nella legge n. 165 del 2007*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, fasc. 4, 368 ss.

³⁷ D.lgs. 4 giugno 2003, n. 127, artt. 1 e 2. A commento, F. MERLONI, *Il nuovo riordino del Cnr: si consolida il controllo politico sulla ricerca italiana*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, fasc. 10, 1016 ss.

³⁸ Art. 3, comma 1, lettere a), h) e i), D.lgs. n. 127 del 2003, cit.

³⁹ Art. 3, comma 1, lett. o), D.lgs. n. 127 del 2003, cit.

⁴⁰ Art. 17, comma 1, lett. e), D.lgs. n. 127 del 2003, cit.



contributi da parte di pubbliche amministrazioni centrali e locali per l'esecuzione di particolari progetti o accordi di programma"⁴¹.

In via generale, la disciplina normativa specifica relativa agli "Strumenti", stabilisce che il CNR, per svolgere le proprie attività istituzionali di ricerca, "può (...) stipulare accordi e convenzioni" in collaborazione "con soggetti pubblici"⁴².

Lo stesso vale per altri enti pubblici di ricerca, quali l'Agenzia Spaziale Italiana (ASI)⁴³ e l'Ente per le nuove tecnologie, energia e ambiente (ENEA)⁴⁴.

Da tali richiami normativi emerge la tendenza generale a riconoscere agli enti pubblici nazionali incaricati di svolgere attività di ricerca scientifica e tecnica, di base o applicata, la capacità di stipulare con altre pubbliche amministrazioni accordi di collaborazione attraverso i quali coniugare i fini istituzionali delle amministrazioni stipulanti con il fine istituzionale (proprio dell'ente di ricerca) di promuovere la ricerca scientifica e tecnica.

La cooperazione pubblico-pubblico ai fini della promozione della ricerca, così configurata, avviene in attuazione dell'art. 9 Cost.⁴⁵

In una logica di sistema, anche per le Università vale la possibilità di stipulare in via diretta accordi di collaborazione con altre pubbliche amministrazioni, vista l'equiparazione dell'art. 33, ult. comma, Cost. con il regime previsto per gli enti pubblici nazionali di ricerca.

Rimane da comprendere se tale attività di servizio sia configurabile quale "strumento o servizio tecnico di determinate amministrazioni aggiudicatrici", nel quale si instaura un rapporto

⁴¹ Art. 17, comma 1, lett. c), D.lgs. n. 127 del 2003, cit.

⁴² Art. 18, D.lgs. n. 127 del 2003, cit.

⁴³ Art. 3, comma 1, lett. h), D.lgs. n. 128 del 2003: "Fornisce, su richiesta, a soggetti pubblici (...) servizi di consulenza, di ricerca e di formazione, nonché supporto ed assistenza tecnica in campo spaziale e aerospaziale, o in settori comunque connessi alle attività di cui al presente comma", a fronte della correlativa percezione da parte delle pubbliche amministrazioni ausiliate di risorse che consentono il finanziamento dell'Agenzia, e "può (...) stipulare accordi e convenzioni" in collaborazione con "soggetti pubblici" (art. 16).

⁴⁴ Il D.lgs. n. 257 del 2003 stabilisce che l'ENEA può istituzionalmente "fornire a soggetti pubblici (...) servizi ad alto contenuto tecnologico, studi, ricerche, misure, prove e valutazioni con i settori di competenza (...) valutare il grado di sviluppo di tecnologie avanzate, inclusi gli impatti economici e sociali (...) con particolare riferimento alle richieste formulate dalle pubbliche amministrazioni interessate (...) collaborare con le regioni e con le amministrazioni locali, al fine di promuovere attraverso iniziative congiunte lo sviluppo delle specifiche realtà produttive del territorio" (art. 3, comma 1, lettere c], d] e h]). A fronte delle prestazioni di tali servizi di ricerca da parte dell'ENEA, l'art. 19 del D.lgs. n. 257 del 2003 stabilisce che "le entrate dell'ENEA sono costituite" anche "dalle assegnazioni e dai contributi da parte di pubbliche amministrazioni centrali e locali per l'esecuzione di specifiche iniziative di ricerca" e "dai contratti stipulati con terzi pubblici ... per la fornitura di beni e servizi"; l'art. 17, infine, ribadisce che l'ENEA, per lo svolgimento delle proprie funzioni e attività istituzionali, "può (...) stipulare convenzioni, accordi, accordi di programma e contratti con soggetti pubblici (...)".

⁴⁵ In linea generale, già E. SPAGNA MUSSO, *Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana*, Napoli, 1961, 66 ss.



amministrativo non contrattuale, non potendo l'ente di ricerca influire sulla remunerazione della prestazione resa.

Le forme di collaborazione pattizie con altre amministrazioni pubbliche possono prevedere l'erogazione da parte delle Università o degli enti di ricerca di attività di ricerca scientifica e tecnica, di base o applicata a fronte della corresponsione, da parte delle pp.aa. beneficiarie, di somme almeno in grado di coprire i costi della ricerca svolta, nella prospettiva di una convergenza dei risultati della ricerca con il perseguimento delle finalità istituzionali che l'ordinamento affida alle pp.aa. parti dell'accordo⁴⁶.

In tale quadro si possono richiamare diverse disposizioni normative di settore che riconoscono la possibilità per altre amministrazioni pubbliche di affidare direttamente alle Università la prestazione di servizi di ricerca a fronte della corresponsione di contributi, assegnazioni o rimborsi in denaro per lo svolgimento di tale attività.

Così la Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione (SSPA), oggi Scuola Nazionale dell'Amministrazione, può svolgere "attività di ricerca (...) finalizzata al perseguimento dell'eccellenza nell'attività di formazione legata ai processi di riforma ed innovazione della pubblica amministrazione ... in collaborazione con Università ..."⁴⁷; in materia di "ricerca scientifica" relativa al perseguimento di "obiettivi di interesse sanitario generale", stabilisce che "le regioni si avvalgono delle Università (...) per lo svolgimento delle attività relative alla definizione dei modelli metodologici e alla supervisione tecnico-scientifica (...) "⁴⁸; la Scuola Superiore di Polizia può "stipulare convenzioni o accordi con le Università per lo sviluppo di forme di collaborazione nel campo (...) della ricerca nei settori di interesse dell'Amministrazione della pubblica sicurezza"⁴⁹.

Il d.M. n. 363 del 1998 ("Regolamento recante norme per l'individuazione delle particolari esigenze delle Università e degli istituti di istruzione universitaria ai fini delle norme contenute nel D.lgs. 626/1994"), in disparte le esigenze di un suo adeguamento alla sopravvenuta disciplina della materia, sottolinea nelle premesse che connotano specificamente lo svolgimento delle attività di ricerca universitaria proprio "le frequenti collaborazioni tra Università ed enti di ricerca,

⁴⁶ In tal senso, prima dell'approvazione delle nuove direttive UE sull'aggiudicazione degli appalti e delle concessioni, CRUI, Osservazioni sul documento di base "Problematiche relative alla partecipazione alle gare di cui al D.lg. n. 163/2006 delle Università e degli istituti similari", cit.

⁴⁷ Art. 3, D.lgs. n. 178 del 2009.

⁴⁸ Art. 6, L. n. 323 del 2000.

⁴⁹ Art. 4, d.P.R. n. 256 del 2006.



di servizio, assistenziali e produttivi, pubblici (...) nello svolgimento delle quali il personale delle Università e quello degli enti coinvolti concorre direttamente al raggiungimento dei fini comuni”. I molteplici richiami normativi che legittimano gli enti pubblici di ricerca a stipulare con altre pubbliche amministrazioni accordi di collaborazione possono inserirsi nel quadro del partenariato pubblico-pubblico, laddove all’evidente rispetto dei fini istituzionali delle amministrazioni stipulanti si accompagni il rispetto degli altri requisiti previsti dalle nuove direttive UE, come ricostruiti dalla giurisprudenza e ormai recepiti dal legislatore sovranazionale⁵⁰.

Se tali accordi sfuggono alla *vis expansiva* del mercato concorrenziale, ciò nondimeno paiono imporre alla Amministrazione “committente”, o “coordinatrice” dell’attività in cooperazione, una approfondita attività istruttoria nella selezione dei partner pubblici, che garantisca il rispetto dei principi di economicità e di efficienza che devono governare ogni adempimento procedimentale. Si suggerisce a tal fine un’applicazione aggiornata della c.d. *Best Value Performance* che, ispirandosi ad altri ordinamenti, già governa le scelte sul modello di gestione di attività a rilevanza economica in termini di efficienza e efficacia⁵¹. La sua applicazione non si limiterebbe più all’alternativa tra esternalizzazione e gestione interna alla p.a., ma estenderebbe il proprio ambito d’azione alle condizioni di prestazione offerte da diversi soggetti pubblici nell’ambito del partenariato orizzontale, imponendo all’Amministrazione “coordinatrice” la scelta del partner pubblico che in tali termini sia risultata più conveniente.

4. Le fondazioni di partecipazione e l'esternalizzazione delle attività strumentali delle Università

Il partenariato tra Amministrazioni può essere altresì realizzato mediante il ricorso alle fondazioni di partecipazione⁵².

⁵⁰ Non vi sono indicazioni specifiche sul punto nel disegno di legge n. 1678, di recepimento delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, approvato dal Senato della Repubblica il 18 giugno 2015, modificato dalla Camera dei deputati il 17 novembre 2015, trasmesso dal Presidente della Camera dei deputati alla Presidenza il 18 novembre 2015 e pubblicato come legge 28 gennaio 2016, n. 11.

⁵¹ SULLA C.D. BEST VALUE PERFORMANCE, CFR. A. MASSERA, *L’ATTIVITÀ CONTRATTUALE*, IN G. NAPOLITANO (A CURA DI), *DIRITTO AMMINISTRATIVO COMPARATO*, MILANO, 2007, 242 SS.

⁵² LA MATERIA DEL PARTENARIATO PUBBLICO-PUBBLICO CONCERNE, INEVITABILMENTE, anche il tema delle partecipate, che nel presente contributo tuttavia non è approfondito. Per completezza, si ricordi che gli artt. 16 e 18, legge 7 agosto 2015, n. 124, c.d. Riforma Madia, hanno previsto l’adozione da parte del Governo di un Testo Unico volto a semplificare il settore delle partecipazioni societarie delle Amministrazioni pubbliche, semplificazione che può e deve essere raggiunta attraverso una riduzione del numero delle partecipate pubbliche, una disciplina loro dedicata che sia chiara e semplificata rispetto al disorganico quadro normativo oggi esistente, una precisa definizione del regime di responsabilità degli amministratori delle stesse e delle Amministrazioni partecipanti nonché un’ampia promozione del

Le fondazioni, come noto dallo studio del diritto privato, sono enti a struttura istituzionale che si avvalgono di un patrimonio per il perseguimento di uno scopo non economico.

In altri termini, si tratta di enti di diritto privato, il cui riconoscimento della personalità giuridica è subordinato all'iscrizione nel registro delle persone giuridiche, ove l'elemento patrimoniale, a differenza delle associazioni, è predominante in quanto funzionale al perseguimento di uno specifico scopo non economico in relazione al quale la fondazione è costituita⁵³.

Le fondazioni di partecipazione ne costituiscono una variante atipica.

Ed infatti, queste sono fondazioni in cui a determinati soggetti, che contribuiscono in via continuativa alla realizzazione degli scopi dell'ente mediante un apporto in denaro o in prestazione di servizi, viene riconosciuta la qualifica di partecipanti, alla cui assemblea è riservato il diritto di nominare componenti dell'organo amministrativo, oltre che una funzione consultiva sull'attività ed i programmi della fondazione, nonché sui suoi bilanci⁵⁴.

principio della trasparenza. Ad oggi, lo schema di Testo Unico, esaminato dal Consiglio dei Ministri il 20 gennaio 2016, sembra muoversi in tal senso: si ritrovano, difatti, stringenti disposizioni in materia di costituzione di partecipate (che possono essere costituite solo se aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi strettamente necessarie per il perseguimento delle finalità istituzionali delle Amministrazioni), di gestione ed alienazione delle partecipazioni, di crisi d'impresa delle società a controllo pubblico, di affidamenti diretti di contratti pubblici a società a controllo pubblico, di società miste nonché specifiche norme finanziarie sulle società partecipate dalle Amministrazioni locali. Per un primo commento alle disposizioni previste dalla riforma Madia e dallo schema di Testo Unico cfr. H. BONURA, G. FONDERICO, *La riforma della Pubblica Amministrazione. Le partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche e i servizi pubblici locali di interesse economico generale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 651 ss.; G. GUZZO, *Il testo unico sulle partecipate: prime prove tecniche di messa a punto*, in *www.lexitalia.it*, 2016, 1 ss.; M. PANI, C. SANNA, *Il controllo analogo: dalla direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 al testo unico sulle società partecipate*, in *www.lexitalia.it*, 2016, 1 ss.; sulla razionalizzazione delle società locali a partecipazione pubblica cfr. R. PEREZ, *La legge di stabilità per il 2015. La razionalizzazione delle società partecipate e gli equilibri finanziari locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 202 ss.; con riferimento ai provvedimenti volti a contenere la spesa pubblica ed ai riflessi che si producono sulla coerenza della disciplina propria delle società partecipate dalle Amministrazioni cfr. S. VALAGUZZA, *Le società a partecipazione pubblica e la vana ricerca della coerenza nell'argomentazione giuridica*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 862 ss.; sulla *spending review* e l'estensione del patto di stabilità interno alle società partecipate dagli enti locali cfr. R. PEREZ, F. BATTINI, *La legge di stabilità per il 2014*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 233; sul punto cfr. altresì E. PICOZZA, *Il diritto dell'economia, I principali istituti nazionali*, in E. PICOZZA, V. RICCIUTO, *Diritto dell'economia*, Giappichelli, Torino, 2013, 199 ss.

⁵³ Sul modello fondazionale e l'utilizzo che ne viene fatto dalle Amministrazioni cfr. L. GIANI, *L'organizzazione amministrativa*, in *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. COCA, Giappichelli, Torino, 2015, 157.

⁵⁴ Sul punto cfr., ad esempio, A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, a cura di F. ANELLI, C. GRANELLI, Giuffrè, Milano, 2013, 166; P. ZATTI, V. COLUSSI, *Lineamenti di diritto privato*, Cedam, Padova, 2007, 177.



Siamo pertanto in presenza di un modello organizzativo in cui si uniscono elementi propri della fondazione con quelli caratterizzanti invece l'associazione⁵⁵.

Il modello fondazionale, ed in particolare quello della fondazione di partecipazione, è utilizzato sempre più spesso dalle Amministrazioni per esternalizzare parte delle proprie attività con la conseguenza che può ipotizzarsi l'esistenza nel nostro ordinamento di una fondazione di origine pubblica, pur mancando una disciplina organica e razionale ad essa dedicata, risultando invece regolamentata da interventi estemporanei e non sempre coerenti del legislatore⁵⁶.

È ampiamente dibattuta, poi, la natura giuridica della fondazione che si origina attraverso i processi di esternalizzazione da parte delle Amministrazioni: è autorevole opinione quella secondo cui in questi casi, così come nelle ipotesi di privatizzazione di soggetti pubblici mediante la costituzione di fondazioni, non saremmo dinnanzi a vere e proprie fondazioni di diritto privato ma ad enti pubblici, qualunque sia il *nomen* utilizzato dal legislatore⁵⁷.

Il ricorso al modello fondazionale da parte delle Amministrazioni è in ogni caso oramai proprio del nostro ordinamento⁵⁸.

⁵⁵ A. ROMANO TASSONE, *Le fondazioni di diritto amministrativo: un nuovo modello*, in *Dir. amm.*, 2005, 473 ss., pone in connessione la diffusione di questa variante atipica delle fondazioni con l'emersione del c.d. terzo settore.

⁵⁶ Interessanti, al riguardo, le riflessioni di S. AMOROSINO, *Dalla fondazione alle fondazioni: autonomia privata e funzioni di interesse pubblico*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2008, 143, secondo cui un indice delle contraddizioni proprie del nostro ordinamento "è la presenza sulla scena di figure giuridiche eterogenee, ma tutte accomunate dal nomen fondazioni. Talune sono certamente pubbliche, talaltre private, ma alcune sono di incerta natura quasi fossero centauresse, metà donne e metà cavalle (per riprendere una famosa immagine usata da M.S. Giannini), alle quali occorre fare l'esame del d.n.a. giuridico per accertare la loro prevalente natura"; M.S. GIANNINI, *Introduzione a V. MAZZARELLI, Le convenzioni urbanistiche*, Il Mulino, Bologna, 1979, 5, parlava di centauresse con riferimento alle convenzioni urbanistiche per sottolinearne la natura inintelligibile tramite gli strumenti concettuali forniti dalla scienza giuridica: così è altresì per molti soggetti giuridici ibridi presenti nel nostro ordinamento che esercitano funzioni riconducibili ad un interesse generale.

⁵⁷ Così il magistrato scritto di F. MERUSI, *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 2004, 447 ss., che evidenzia come di per sé la fondazione sarebbe un utile strumento nei processi di privatizzazione posti in essere dal legislatore se di questo strumento non se ne fosse fatto e non se ne facesse un abuso. In ogni caso, secondo l'Autore, è possibile distinguere, per quanto interessa il rapporto con il potere pubblico, tre tipologie di fondazioni: "1) ritorno alla forma originaria di fondazioni in passato trasformate in enti pubblici; 2) trasformazione in fondazioni di diritto privato di enti originariamente pubblici; 3) creazione ex novo di fondazioni per esternalizzare attività svolte da una pubblica amministrazione"; è proprio quest'ultima la tipologia di fondazione che interessa ai nostri fini, ovvero la fondazione strumentale ad una Amministrazione, pur particolare come l'Università. Sulle diverse tipologie di fondazioni cfr., inoltre, G. NAPOLITANO, *Le fondazioni di origine pubblica: tipi e regole*, in *Dir. amm.*, 2006, 573 ss. Discorso diverso, anche se in ogni caso attinente al labile confine esistente tra pubblico e privato, è quello relativo alle fondazioni bancarie: sul punto cfr. L. CIMELLARO, *Le fondazioni bancarie tra pubblico e privato*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2008, 1091 ss.

⁵⁸ Sul punto E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, a cura di F. FRACCHIA, Giuffrè, Milano, 2015, 128; P. CARPENTIERI, *Risarcimento del danno e provvedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 857 ss.; S. AMOROSINO, *op.cit.*, 145 ss.



Nella disciplina positiva, difatti, si trovano diversi esempi di partenariato realizzato attraverso il ricorso alla fondazione e, in particolare, alla fondazione di partecipazione: il riferimento corre agli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico, c.d. IRCCS, la cui trasformazione da istituti pubblici di ricerca in fondazioni, fermo restandone per espressa previsione legislativa la natura pubblica, è stata disposta dall'art. 2, d.lgs. 16 ottobre 2003, n. 288⁵⁹, ma anche alle fondazioni per la gestione dei beni culturali⁶⁰, che possono essere costituite a' sensi dell'art. 112, co. 5, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, c.d. codice dei beni culturali e del paesaggio, ed infine alle fondazioni strumentali delle Università.

Come si vedrà, il discorso per quanto concerne le fondazioni universitarie è più complesso in virtù della facoltà concessa alle Università pubbliche di trasformarsi direttamente in fondazioni di diritto privato; procediamo, tuttavia, con ordine principiando dalle fondazioni strumentali, che rappresentano un modello che ha trovato concreta attuazione nel nostro ordinamento.

Le fondazioni strumentali delle Università, tipico esempio di fondazioni di partecipazione⁶¹, sono state disciplinate per la prima volta con un emendamento alla legge finanziaria per il 2001.

L'art. 59, co. 3, legge 23 dicembre 2000, n. 388 ha difatti previsto che le Università, per lo svolgimento delle attività strumentali e di supporto alla didattica ed alla ricerca, possono costituire fondazioni di diritto privato con la partecipazione di enti ed Amministrazioni nonché di soggetti privati interessati.

Con successivo regolamento di delegificazione, emanato con il d.p.r. 24 maggio 2001, n. 254, è stata dettata la disciplina organica delle fondazioni strumentali costituite dalle Università: si è esplicitato che attraverso lo strumento fondazionale le Università statali possono, oltre che svolgere attività di supporto alla didattica ed alla ricerca, procedere all'acquisizione di beni e servizi alle migliori condizioni esistenti sul mercato; si sono chiarite quali sono le attività che possono essere svolte dalle fondazioni per perseguire gli scopi ad esse attribuiti (tra queste, promuovere la raccolta di fondi privati e pubblici, stipulare contratti, convenzioni e accordi con

⁵⁹ Sulle fondazioni IRCCS cfr. M. OCCHIENA, *Le fondazioni istituti di ricovero e cura a carattere scientifico*, in *www.giustamm.it*, 2006, 1 ss.; S. FOÀ, *Le fondazioni IRCCS di diritto pubblico tra salvaguardia delle competenze regionali e rispetto dell'autonomia fondazionale. La fondazione strumentale all'ente pubblico fondatore*, commento a Corte cost., 7 luglio 2005, n. 270, in *Foro amm. CdS*, 2005, 3196 ss.

⁶⁰ Sulla gestione dei beni culturali ed il modello fondazionale cfr. C. BARBATI, *Esternalizzazioni e beni culturali: le esperienze mancate e le prospettive possibili (dopo i decreti correttivi del codice Urbani)*, in *Riv. giur. ed.*, 2006, 159 ss.; sull'esternalizzazione dell'attività di gestione dei beni culturali e l'utilizzo delle fondazioni di partecipazione cfr. altresì S. FOÀ, *La gestione dei beni culturali*, Giappichelli, Torino, 2001, 327 ss.

⁶¹ Sulla natura giuridica, definita di incerta qualificazione, delle fondazioni di partecipazione costituite dalle Amministrazioni cfr. F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Dir. amm.*, 2014, 45 ss.



soggetti pubblici e privati, nonché promuovere e partecipare ad iniziative congiunte con altri istituti di ricerca nazionali e stranieri); si sono delineati gli organi interni delle fondazioni ed i rapporti intercorrenti con le Università di riferimento, che sono titolari di funzioni di indirizzo e di riscontro dell'effettiva coerenza dell'attività svolta dalle fondazioni con l'interesse delle Università stesse⁶².

Il regolamento ha inoltre chiarito che le fondazioni, disciplinate dalle relative disposizioni del codice civile (art. 14 ss.) per quanto non espressamente previsto dal d.p.r. n. 254 del 2001, sono persone giuridiche private senza fini di lucro ed operanti esclusivamente nell'interesse delle Università di riferimento; in altri termini, le fondazioni previste dal legislatore sono enti strumentali e debbono svolgere la propria attività esclusivamente a vantaggio e sotto il controllo del soggetto fondatore⁶³.

Le fondazioni universitarie sono, come si anticipava, un tipico esempio di fondazione di partecipazione mediante cui si esternalizzano diversi ambiti di intervento pubblico, nel caso di specie tutta quella categoria di attività che sono strumentali alle finalità primarie poste in capo alle Università, ovvero la didattica e la ricerca⁶⁴.

Tutto ciò attraverso uno schema organizzativo che consente all'ente fondatore di mantenere un incisivo potere di intervento sulla fondazione strumentale⁶⁵.

L'idea del legislatore voleva essere pertanto quella di prevedere un modello giuridico che assicurasse, da un lato, una forma di supporto efficace ed efficiente alle Università pubbliche

⁶² Oltre ai fondatori, che contribuiscono a costituire il fondo di dotazione iniziale ed il fondo di gestione della fondazione, possono far parte delle fondazioni strumentali universitarie, a' sensi dell'art. 6, d.p.r. n. 254 del 2001, i c.d. partecipanti istituzionali o semplici a seconda che il loro apporto allo svolgimento delle attività della fondazione sia continuativo o episodico.

⁶³ G. CAIA, *Trasformazione delle Università e fondazioni universitarie*, in *Università e riforme*, a cura di F. ROVERSI-MONACO, Bononia University Press, Bologna, 2013, 64 ss., osserva come questo regolamento, che applica, anche alla materia universitaria, il principio di specializzazione organizzativa, riproduca un intento in realtà già presente negli articoli 60 e 61 del r.d. 31 agosto 1933, n. 1592, Testo Unico delle leggi sull'istruzione superiore; in particolare, l'art. 60 ove si prevede che "*i rettori e direttori hanno il dovere di promuovere qualsiasi forma d'interessamento e di contribuzione finanziaria da parte di enti o di privati a favore delle università e istituti cui sono rispettivamente preposti*". L'Autore evidenzia la piena attualità di tali disposizioni legislative che si pongono nel solco dell'autonomia universitaria; l'autonomia si realizza anche con la possibilità di scegliere "*le soluzioni organizzative più adeguate nelle differenti situazioni, ivi compresa una collaborazione con l'esterno, senza aprioristiche limitazioni tra soggetti pubblici o soggetti privati, anche attuando forme di cooperazione strutturale nel rispetto (e con la garanzia) di una inalterata inerenza ad interessi generali del munus publicum universitario*".

⁶⁴ Sulle fondazioni universitarie strumentali cfr. A. POLICE, *Le fondazioni universitarie tra mito e realtà*, in *Finanziamento, competizione ed accountability nel governo dell'Università*, a cura di G. COLOMBINI, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, vol. III, 82 ss.

⁶⁵ Sui profili problematici della presenza di enti pubblici nelle fondazioni di partecipazione cfr. A. POLICE, *Le fondazioni di partecipazione*, in *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, a cura di F. MASTRAGOSTINO, Giappichelli, Torino, 2011, 401 ss.

relativamente a tutta una serie di attività strumentali da svolgere con l'apporto finanziario di investitori privati e, dall'altro, forme trasparenti di coinvolgimento nelle attività di formazione e di ricerca delle varie risorse istituzionali, economiche ed imprenditoriali presenti sul territorio, con l'intento ultimo, probabilmente, di costituire un modello organizzativo del sistema universitario diverso da quello tradizionale⁶⁶.

Così poi non è stato con l'intervento della riforma Gelmini, ultimo grande intervento sulla *governance* delle Università, che si è mosso nel senso di una maggiore eteronormazione della funzione universitaria⁶⁷.

Con l'istituzione delle fondazioni strumentali e l'esternalizzazione⁶⁸ di alcune delle attività collaterali delle Università si è, tuttavia, conseguito certamente un obiettivo altrettanto importante: laddove istituite, difatti, con il coinvolgimento delle istituzioni locali⁶⁹ e delle imprese, le Università, esternalizzando le attività strumentali, hanno potuto concentrare la maggior parte delle proprie risorse finanziarie ed umane sui propri fini istituzionali⁷⁰, nell'ottica di una maggiore efficacia ed efficienza della propria azione⁷¹.

⁶⁶ Cfr. D. MARCETTA, *Le nuove fondazioni universitarie*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 761 ss.

⁶⁷ Diversi sono stati gli scritti che si sono succeduti nel commento alla riforma apportata dalla legge 30 dicembre 2010, n. 240: tra gli ultimi, cfr. S. MONZANI, *L'evoluzione dell'ordinamento e la "riforma Gelmini"*, in *Il futuro dell'Università italiana dopo la riforma*, a cura di S. PALEARI, Giappichelli, Torino, 2014, 53 ss.; C. BARBATI, *Il governo del sistema universitario: soggetti in cerca di un ruolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 337 ss.; F.G. COCA, *Considerazioni iniziali sulla riforma universitaria del 2010*, in *Università e riforme*, cit., 5 ss.; C.E. GALLO, *L'articolazione interna delle Università*, in *Università e riforme*, cit., 43 ss.; E.M. MARENGHI, *L'organizzazione delle Università tra riforma e controriforma*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2012, 791 ss.; F. MERLONI, *La nuova governance*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 353 ss.; S. BATTINI, *op.loc.ult.cit.*

⁶⁸ Secondo S. MAINARDI, *La trasformazione delle Università in Fondazioni. Profili di diritto del lavoro*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 1169 ss., le esternalizzazioni vengono viste dal legislatore come fondamentale leva di restituzione di efficienza alle attività ed alle funzioni attribuite ai soggetti pubblici.

⁶⁹ Diversa era la previsione dell'art. 113-bis, co. 3, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 – dichiarato incostituzionale con la sentenza 27 luglio 2004, n. 272, in *Giur.it*, 2005, 836 – secondo cui "gli enti locali possono procedere all'affidamento diretto dei servizi culturali e del tempo libero anche ad associazioni e fondazioni da loro costituite o partecipate": anche in questo caso era previsto il ricorso al modello fondazionale ma per le esternalizzazioni dei servizi culturali da parte degli enti locali, con finalità pertanto diverse rispetto alle fondazioni strumentali delle Università.

⁷⁰ Ricerca scientifica ed insegnamento sono strettamente collegate tra loro ed in questa integrazione sta la ragione specifica e peculiare dell'autonomia universitaria: così P. PERLINGIERI, P. PISACANE, *Art. 33*, in *Commento alla Costituzione italiana*, a cura di P. PERLINGIERI, Editoriale Scientifica, Napoli, 2001, 217; sul punto cfr. già U. POTOTSCHNIG, *Strutture di governo e di autogoverno*, in *L'autonomia universitaria, Atti del Convegno dell'Associazione dei costituzionalisti (Bologna 25/26 novembre 1988)*, Cedam, Padova, 1990, 29 ss. Da ultimo, d'altronde, a' sensi dell'art. 1, co. 1, legge 30 dicembre 2010, n. 240 le Università sono "sede primaria di libera ricerca e di libera formazione nell'ambito dei rispettivi ordinamenti e sono luogo di apprendimento ed elaborazione critica delle conoscenze; operano, combinando in modo organico ricerca e didattica, per il progresso culturale, civile ed economico della Repubblica".

⁷¹ Così D. MARCETTA, *op.cit.*, 766 ss., secondo cui "le fondazioni, in sostanza, devono rappresentare un'occasione per riprogettare alcune attività degli atenei secondo criteri di mercato, contribuendo al rinnovamento della didattica e della



In realtà, l'esperienza concreta ha dimostrato come le fondazioni strumentali, specialmente grazie alla partecipazione di importanti investitori privati, possano fornire un contributo non secondario anche alla stessa attività di ricerca delle Università, senza alterare al contempo l'autonomia che le contraddistingue⁷².

Ed infatti, da un recente studio è emerso che le fondazioni universitarie oggi attive, che sono diciannove⁷³, sono impegnate attivamente nell'attività di ricerca, muovendosi su svariati fronti: dal *fundraising* alla ricerca applicata, dal trasferimento tecnologico alla formazione, dagli incubatori di impresa al *placement*⁷⁴.

È evidente, pertanto, come queste fondazioni costituiscano un'importante opportunità di sviluppo per le stesse Università e per l'obiettivo proprio del settore della terza missione, che è quello di sviluppare l'economia della conoscenza⁷⁵.

Se così è, occorre valorizzarne il ruolo attraverso una revisione normativa che adegui la disciplina a quanto successivamente previsto dal legislatore in materia di trasformazione delle Università

ricerca attraverso il continuo confronto dell'università con gli utilizzatori dei propri prodotti e mediante lo scambio-arricchimento con istituzioni e imprese, ma è necessario che tutto ciò avvenga senza che ne risultino intaccati i principi fondamentali della libertà di insegnamento e dell'autonomia della ricerca".

⁷² Tradizionalmente definita come autonomia funzionale: così, ad esempio, A. POGGI, *Le autonomie funzionali "tra" sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, Giuffrè, Milano, 2001, 127 ss. Cfr., invece, F. MERUSI, *Legge e autonomia nelle Università*, in *Dir. amm.*, 2008, 748, contrario a qualificare in simili termini l'autonomia universitaria: secondo l'Autore occorrerebbe parlare di "*autonomia nell'ambito di una funzione predeterminata dall'etero finanziamento e dalla necessaria uniformità del risultato per quanto riguarda i titoli di studio*"; i limiti dell'autonomia universitaria, nell'ambito di una funzione essenzialmente statale qual è quella dell'alta istruzione, sono da sempre al centro del dibattito, specialmente a seguito del formale riconoscimento operato dall'art. 33 Cost. Sui limiti e sull'autonomia universitaria quale forma di autoamministrazione si rimanda al sempre attuale studio, pur nei mutamenti subiti dall'ordinamento, di A.M. SANDULLI, *L'autonomia delle Università statali*, in *Annali Triestini*, 1948, I, 61 ss.; i limiti dettati dal legislatore, in ogni caso, "*devono restare entro una misura tale da non comprimere un minimum insuperabile di autodeterminazione (autonormazione, autorganizzazione, autogoverno)*": così M. CAMELLI, *Autonomia universitaria. Ovvero: il caso e la necessità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 162 ss.

⁷³ Dato rinvenibile dal sito www.hubmiur.pubblica.istruzione.it.

⁷⁴ Il riferimento è al recente studio di M. BARTOLONI, *Le fondazioni universitarie protagoniste della terza missione: "Vanno incluse nel riparto del Ffo"*, in *Scuola 24, Il Sole 24 ore*, 12 ottobre 2015; le fondazioni sono concentrate soprattutto nel Centro Nord del nostro Paese: si pensi alla fondazione del Politecnico di Milano, alla fondazione universitaria tecnomed dell'Università Bicocca di Milano, alla fondazione universitaria IULM di Milano, alla fondazione IUAV di Venezia, alla fondazione dell'Università Ca' Foscari di Venezia ma anche alle fondazioni delle Università di Roma Tre e Roma Tor Vergata.

⁷⁵ È sufficiente analizzare lo statuto della fondazione del Politecnico di Milano ed osservare i soggetti che vi partecipano per comprendere l'importanza di questi soggetti quale supporto all'attività di ricerca delle Università: in questa fondazione ritroviamo tra i fondatori gli enti territoriali di riferimento, nella prospettiva del partenariato pubblico-pubblico, quali il Comune di Milano, la Provincia (oggi, Città Metropolitana) di Milano e la Regione Lombardia, nonché importanti investitori privati quali Banca Intesa Sanpaolo S.p.A., Gruppo Pirelli e Siemens Italia.

pubbliche in soggetti di diritto privato e della stessa complessiva riorganizzazione della *governance* universitaria.

E dovrebbe peraltro trattarsi di una nuova regolamentazione che promuova in modo più evidente le forme di partenariato non solo pubblico-privato⁷⁶ ma altresì pubblico-pubblico⁷⁷ mediante una più attiva inclusione nelle fondazioni degli enti territoriali, per loro natura interessati alla valorizzazione del territorio di riferimento, tenendo conto in questo caso delle riforme *in itinere* riguardanti il potere locale⁷⁸ (da ultimo, a livello ordinario, la legge 7 aprile 2014, n. 56 ed in prospettiva la revisione del Titolo V della Costituzione) ma anche delle nuove opportunità, quanto a possibili strumenti di cooperazione, che possono derivare dal prossimo recepimento delle direttive dell'Unione europea sugli appalti pubblici del febbraio 2014.

Ciò in forza di un'ultima considerazione che si impone: il Consiglio di Stato, sia in fase consultiva che giurisdizionale, ha avallato la costituzione di questa variante atipica delle fondazioni da parte delle Amministrazioni - tra queste, le Università - quale valido ed efficace strumento di partenariato tra poteri pubblici, fermo restando il perseguimento del fine istitutivo, che rimane il tratto caratterizzante del tipo fondazionale, ancor di più se riferito alla missione tipica delle Università⁷⁹.

⁷⁶ Sul partenariato pubblico-privato, come evoluzione comune a tutti i principali Paesi europei, cfr. G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2014, 181.

⁷⁷ Sul partenariato tra pubbliche Amministrazioni cfr., tra gli altri, G. TACCOGNA, *op.cit.*, 3 ss.; S. FOÀ, *I soggetti partecipanti alle gare*, in *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014*, cit., 38 ss.; C.P. SANTACROCE, *Osservazioni sul "partenariato pubblico-pubblico"*, tra elaborazioni ed applicazioni giurisprudenziali del modello e nuove direttive europee in tema di appalti e concessioni, in *Riv. giur. urb.*, 2014, 174 ss.; M. MAZZAMUTO, *op.loc.ult.cit.*; E. STICCHI DAMIANI, *op.loc.ult.cit.*; A. DE MICHELE, *Modelli di collaborazione pubblico-pubblico*, in *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, cit., 699 ss. Al riguardo, con riferimento alla (im)possibilità che l'Università pubblica ricorra ad un modello di cooperazione verticale, c.d. *in house*, e non possa quindi procedere all'affidamento diretto dei servizi informatici in favore di un Consorzio interuniversitario quale il CINECA cui partecipano anche Atenei privati, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 787 ss., con commento di L. ANIBALLI, *Ancora sulla partecipazione privata all'in house*, nonché il commento alla sentenza di S. FOÀ, D. GRECO, *L'in house providing nelle direttive appalti 2014: norme incondizionate e limiti dell'interpretazione conforme*, in *Federalismi*, 2015, 12 ss.; da ultimo, sul modello *in house* previsto dalle nuove direttive appalti cfr. C. VOLPE, *Le nuove direttive sui contratti pubblici e l'in house providing: problemi vecchi e nuovi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 1168 ss.

⁷⁸ In tema, solo a titolo di esempio, B.G. MATTARELLA, *La riforma del Titolo V: bilancio e prospettive*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 731 ss.; C. TUBERTINI, *La riforma degli enti locali dopo il giudizio di legittimità costituzionale*, commento a Corte cost., 26 marzo 2015, n. 50, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 489 ss.; G. VESPERINI, *Il disegno del nuovo governo locale: le città metropolitane e le province*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 786 ss.

⁷⁹ Sul punto cfr. Cons. Stato, Comm. spec., parere 20 dicembre 2000, n. 288, in *Ragiusan*, 2001, 203-3, 36 e, tra le righe, essendo principalmente riferita all'attività a carattere imprenditoriale posta in essere da un ente pubblico, con riferimento alla fondazione IUAV di Venezia, Cons. Stato, Ad. Plen., 3 giugno 2011, n. 10, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 287 ss., con commento di C. MARZUOLI, *Le università e l'uso di forme organizzative di diritto privato*, e in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1351 ss., con nota di F. GOISIS, *La strumentalità pubblicistica delle società a partecipazione pubblica: profili critici di diritto nazionale e comunitario e implicazioni di riparto di giurisdizione*.



Si tratta, pertanto, di uno strumento di collaborazione che, con l'occasione rappresentata dall'imminente scadenza del termine di recepimento delle direttive appalti⁸⁰, deve essere valorizzato.

Discorso diverso, invece, deve essere compiuto relativamente alla facoltà di trasformazione delle Università pubbliche in fondazioni prevista dall'art. 16, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito in legge 6 agosto 2008, n. 133, e derivante da una lettura non corretta del nostro ordinamento da parte del legislatore.

5. La trasformazione delle Università pubbliche in fondazioni di diritto privato: una soluzione irrealistica

L'art. 16, d.l. 25 giugno 2008, n. 112 ha previsto la possibilità per le Università pubbliche di deliberare la propria trasformazione in fondazioni di diritto privato, chiamate a subentrare in tutti i rapporti attivi e passivi e nella titolarità del patrimonio delle Università cui succedono⁸¹.

È stata prevista, pertanto, una successione *in universum ius* a favore delle fondazioni costituite, espressamente definite quali enti non commerciali, con conseguente divieto assoluto di distribuzione di qualsiasi forma di utile realizzato, da devolvere interamente, qualora prodotto, al perseguimento degli scopi istituzionali delle stesse.

I dubbi sia formali che sostanziali su questa previsione legislativa sono molteplici ed infatti la sua applicazione nella prassi è stata pressoché nulla.

Anzitutto, non è convincente l'*incipit* della disposizione in commento secondo cui questa possibilità di trasformazione sarebbe stata prevista in attuazione dell'articolo 33 della Costituzione, a' sensi del quale le Università hanno il diritto di darsi ordinamenti autonomi nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato.

Sembrerebbe che, in assenza di questa previsione normativa, l'autonomia universitaria non abbia mai potuto trovare piena attuazione: così non è, pur con tutte le critiche che possono essere

⁸⁰ La legge 28 gennaio 2016, n. 11 ha delegato il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi per il recepimento delle direttive ed il riordino della materia degli appalti pubblici (così l'art. 1, co. 1). Sul recepimento delle nuove direttive appalti quale “occasione decisiva non solo per il rilancio dello sviluppo economico del Paese, ma anche per la modernizzazione del sistema amministrativo italiano” cfr. A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 1127 ss.

⁸¹ È utile ricordare come le Università - prodotto del medioevo o, meglio, del rinascimento del dodicesimo secolo - non nascono come istituzioni pubbliche, bensì come istituzioni private, della specie delle corporazioni: sul tema cfr. l'ampio saggio di S. CASSESE, *L'Università e le istituzioni autonome nello sviluppo politico dell'Europa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, 756 ss.



mosse specialmente nei confronti dell'articolazione interna delle Università delineata dalla riforma Gelmini⁸².

In secondo luogo, un'attenta analisi della norma fa emergere una serie di indici che dimostrano come in realtà la prevista trasformazione delle Università pubbliche in fondazioni di diritto privato comporta semplicemente la presenza nell'ordinamento di un soggetto pubblico con forme diverse.

Si tratta, in altri termini, di una privatizzazione soltanto apparente mutando il *nomen* ma non la sostanza del soggetto giuridico, che rimarrebbe pur sempre pubblico⁸³.

Diversi sono gli indici, come si diceva, che rivelano la natura pubblicistica delle fondazioni universitarie: la trasformazione, deliberata dal Senato accademico, è sottoposta ad approvazione ministeriale; la vigilanza sulle fondazioni universitarie è esercitata dal Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze; il controllo sulle fondazioni universitarie è affidato alla Corte dei conti a' sensi della legge 21 marzo 1958, n. 259, che sancisce il controllo del giudice contabile sugli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria (secondo l'elenco originario vi rientravano l'Enel, l'Eni, l'INA, l'IRI); da ultimo, si sancisce che le fondazioni universitarie hanno autonomia contabile, non eliminandosi tuttavia il sistema di finanziamento pubblico.

Lo strumento previsto dal legislatore, a differenza delle fondazioni di partecipazione, è del tutto inutile, perché nulla cambia rispetto all'esistente⁸⁴.

⁸² Basta far riferimento all'impostazione autonomistica propria della legge 9 maggio 1989, n. 168; in tema cfr. G. FONTANA, *Art. 33*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, Utet, Torino, 2006, vol. I, 696 ss.; per un'ampia riflessione sull'autonomia universitaria, alla vigilia della approvazione della legge n. 168 del 1989, cfr. L. PALADIN, *Stato e prospettive dell'autonomia universitaria*, in *Quad. cost.*, 1988, 161 ss.

⁸³ Concorde l'opinione di A. POLICE, *Le fondazioni universitarie tra mito e realtà*, cit., 70, secondo cui queste sarebbero fondazioni solo in senso improprio, "anzi non sono fondazioni affatto, sono enti pubblici e questa trasformazione è una, l'ennesima, trasformazione apparente".

⁸⁴ M. COCCONI, *La manovra finanziaria prevista dalla legge n. 133/2008. La trasformazione delle Università pubbliche (artt. 16, 64, 66)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 1216 ss., evidenzia l'opportunità ed il rischio derivanti da questa previsione del legislatore: da un lato, "la costituzione in fondazioni di diritto privato, se opportunamente governata e disciplinata, potrebbe effettivamente rappresentare un'opportunità per lo sviluppo di un sistema universitario e della ricerca più efficace ma soprattutto più coerente con gli orientamenti che discendono dalla dimensione ormai europea dell'istruzione superiore"; dall'altro, tuttavia, l'ingresso di soggetti privati finanziatori nella *governance* delle fondazioni "potrebbe risultare in qualche misura condizionante la stessa scelta della direzione o degli oggetti della ricerca scientifica delle Università o costituire un'occasione di significativa ingerenza della classe politica locale nel Consiglio di amministrazione delle Università-Fondazioni". Si tratta, specialmente con riferimento a quest'ultima, di osservazioni condivisibili perché l'esternalizzazione non può riguardare l'attività scientifica, comprensiva dell'insegnamento, delle Università pubbliche, che sono chiamate a fornire un servizio alla comunità.



Ciò non vuol dire che la trasformazione delle Università pubbliche in soggetti di diritto privato, se si vuole in fondazioni, non sia una strada percorribile.

Perché lo sia, pur dovendo sempre tenere in considerazione le peculiarità del nostro ordinamento in cui la funzione dell'insegnamento universitario rimane una funzione essenzialmente statale e risultando pertanto inappropriato il richiamo di chi si riferisce al modello delle fondazioni universitarie statunitensi e della piena apertura al mercato⁸⁵, la trasformazione deve essere effettiva e non soltanto nella forma.

Il finanziamento, anzitutto, non potrebbe essere solamente a carico dello Stato dovendosi aprire agli investitori privati, con limiti stringenti quanto all'utilizzo delle risorse che non potrebbero essere in alcun caso distolte dalle finalità proprie delle Università, ossia la didattica e la ricerca scientifica.

Si tratta, ad oggi, di un modello soltanto ipotetico, che non ha trovato attuazione e che d'altronde non potrebbe trovarla alla luce dell'attuale legislazione concernente l'organizzazione universitaria, specialmente a seguito della riforma Gelmini che si è mossa in altre direzioni⁸⁶.

6. Osservazioni conclusive

La legge 30 dicembre 2010, n. 240 ha riformato incisivamente il sistema universitario quanto ad organizzazione interna degli Atenei ed alle procedure di reclutamento del personale docente⁸⁷.

Diverse sono oramai le critiche mosse alla riforma Gelmini che, nel disciplinare dettagliatamente la *governance* universitaria⁸⁸, avrebbe imposto una uniformità organizzativa molto forte dall'esterno,

⁸⁵ Non si condivide, in altri termini, quanto ipotizzato da A. POLICE, *Le fondazioni universitarie tra mito e realtà*, cit., 71, secondo cui, laddove si scegliesse di optare per una reale trasformazione delle Università statali in fondazioni di diritto privato, l'opzione potrebbe cadere per il modello fondazionale proprio delle Università private statunitensi, "con risorse drenate dal mercato a cui è demandata la valutazione del merito, con sussidi ai capaci e meritevoli, un modello di fondazione di diritto privato che rappresenta un altro modello di Università". Al di là di ogni valutazione politica della scelta che si compirebbe, occorre tenere in considerazione la profonda differenza esistente tra i due ordinamenti, con la conseguenza che una piena apertura al mercato, chiamato, in altri termini, a guidare le modalità di erogazione del servizio universitario, non è né possibile né auspicabile in un contesto quale il nostro ove ricerca e didattica si confondono in un servizio che deve restare essenzialmente pubblico; sul servizio pubblico universitario "che lo Stato ha l'obbligo di mettere a disposizione di coloro che intendono fruirne avendone i requisiti" cfr. D. SORACE, *op.cit.*, 144 ss.

⁸⁶ Concorde G. CAIA, *op.cit.*, 60, che sottolinea la sostanziale inconciliabilità tra l'ipotesi di trasformazione delle Università pubbliche a' sensi del d.l. n. 112 del 2008 ed il sistema universitario come delineato dalla riforma introdotta con la legge n. 240 del 2010.

⁸⁷ Da ultimo, sul tema del reclutamento dei docenti universitari, cfr. A. BANFI, *L'abilitazione scientifica nazionale: un edificio fragile, alla prova del giudice*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 605 ss., che evidenzia la debolezza del sistema normativo adottato dal legislatore ed il conseguente vasto contenzioso che in materia si è incardinato presso il giudice amministrativo; ID., *Prima che la nave affondi: un rapido bilancio della riforma dell'Università e qualche possibile intervento normativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 548 ss.



disattendendo l'impostazione autonomistica, attuativa dell'art. 33 Cost., propria della precedente legge 9 maggio 1989, n. 168⁸⁹.

Nel disciplinare così dettagliatamente l'organizzazione universitaria, la legge Gelmini, tuttavia, non prevede alcuna disposizione specifica relativamente alle fondazioni di cui si è ampiamente parlato: né di quelle strumentali né di quelle derivanti dalla trasformazione delle Università pubbliche in soggetti di diritto privato.

In realtà, la legge n. 240 del 2010, laddove detta le norme transitorie e finali, ovvero all'art. 29, non prevede neppure alcuna forma di abrogazione delle disposizioni del d.p.r. n. 254 del 2001 e dell'art. 16, d.l. n. 112 del 2008.

Queste norme sono, pertanto, sicuramente ancora vigenti, restando tuttavia un problema di compatibilità con il riassetto organizzativo derivante dalla riforma del 2010.

Occorre però distinguere.

Quanto alle fondazioni strumentali non è ravvisabile alcun problema di compatibilità, costituendo queste degli utili strumenti di cooperazione tra Amministrazioni differenti e tra il settore pubblico ed i privati nonché un efficace supporto all'attività universitaria, non solo relativamente allo svolgimento di attività strumentali ma altresì per l'importante coinvolgimento di tutti i soggetti istituzionalmente interessati alla valorizzazione del territorio di riferimento⁹⁰ e delle giovani generazioni in attività collaterali alla stessa ricerca (si pensi, ad esempio, all'esperienza, oramai divenuto prassi, degli incubatori di impresa).

Tutto ciò senza limitare l'autonomia universitaria⁹¹, che anzi in forza della cooperazione con gli enti locali e gli investitori privati ne risulta implementata.

Ne consegue la necessità di una valorizzazione, che passi da un aggiornamento della normativa di riferimento, delle fondazioni di partecipazione costituite dalle Università, fondazioni che, proprio

⁸⁸ Sugli effetti derivanti dalla iperregolamentazione delle Università cfr. G. VESPERINI, *Iperregolazione e burocratizzazione del sistema universitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 947 ss.

⁸⁹ Così, ad esempio, G. CAIA, *op.cit.*, 62.

⁹⁰ Secondo F. MERLONI, *Università*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Giuffrè, Milano, 2006, vol. VI, 6106 ss., le Università sono organizzazioni ad elevata connotazione personale non locali che tuttavia, data l'insistenza su un determinato territorio, possono instaurare con questo particolari interrelazioni. Così è, e per quanto l'Università debba avere una vocazione il più possibile aperta ed internazionale (sul punto si veda, da ultimo, M. GIOVANNINI, *Internazionalizzazione e lingua degli insegnamenti universitari: la desiderabile autonomia delle università italiane*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 139 ss.), è innegabile che il collegamento con un territorio condizioni la sua stessa attività didattica e di ricerca scientifica.

⁹¹ Sull'autonomia universitaria cfr. L.A. MAZZAROLI, *Il principio dell'autonomia universitaria nella Costituzione*, in *La riforma dell'Università tra legge e statuti*, a cura di M. BROLO, R. DE LUCA TAMAJO, Giuffrè, Milano, 2011, 19 ss., nonché E. FOLLIERI, *L'autonomia statutaria delle Università statali nella legge n. 240/2010*, in *La riforma dell'Università tra legge e statuti*, cit., 31 ss.



attraverso la partecipazione degli enti locali e di soggetti privati disponibili a collaborare con il mondo universitario, potrebbero essere tra i protagonisti di progetti ad elevato tasso di innovazione scientifica e tecnologica⁹² nell'ottica, tra gli altri obiettivi, di un rinnovamento delle nostre città allo scopo di renderle finalmente *smart*⁹³.

Se le fondazioni strumentali, che hanno già trovato una concreta attuazione nel corso degli ultimi quindici anni, sono chiamate a svolgere un importante ruolo di collegamento tra le Università, le realtà locali ed i privati, il discorso è diverso per quanto concerne la previsione di cui all'art. 16, d.l. n. 112 del 2008.

Si tratta, come detto, di una disposizione che, prevedendo una privatizzazione solo apparente delle Università, non ha mai trovato implementazione nell'esperienza pratica.

La legge n. 240 del 2010, pur non abrogando espressamente l'art. 16, d.l. n. 112 del 2008, non contempla l'ipotesi della trasformazione delle Università pubbliche in soggetti di diritto privato, prevedendo, al suo art. 3, solamente l'ipotesi della federazione e fusione di Atenei, al fine di migliorare la qualità, l'efficienza e l'efficacia dell'attività didattica, di ricerca e gestionale.

Il legislatore, al di là di ogni riflessione sulla compatibilità di una tale trasformazione con un'organizzazione amministrativa delle Università meno autonomistica rispetto al passato, è probabilmente conscio che la trasformazione così come immaginata nel 2008 non può avere successo, proprio perché di una trasformazione non si tratta.

Se si vuole intraprendere un percorso di tal specie, altre devono essere le scelte da compiersi a livello legislativo, ma ancor prima probabilmente a livello politico.

⁹² Sulla "terza funzione" delle Università, di servizio alla comunità con un'apertura al territorio e di motore per lo sviluppo del contesto di riferimento, funzione che implementa quelle tradizionali di produzione e trasmissione della conoscenza, ovvero la ricerca e la didattica, cfr. R. MORZENTI PELLEGRINI, *La riforma del sistema universitario e il riordino della scuola secondaria in Italia: l'istruzione quale fondamentale fattore di sviluppo e progresso?*, in *www.ius-publicum.com*, 2013, 22; C. BARBATI, *Territori e università: l'incontro di due autonomie*, in *Ist. fed.*, 2012, 20 ss.

⁹³ Sull'evoluzione del concetto di *Smart Cities* nell'ordinamento italiano cfr. E. FERRERO, *op.cit.*, 1267 ss. Occorre ricordare, da ultimo, il riconoscimento, a livello giuridico, del diritto alla città, che consiste "in un complesso di diritti che spettano a colui che viva in città ma che spettano anche a chi voglia recarsi a vivere in città e che corrisponde alla pretesa di incontrare un ambiente urbano che sia connotato dalla presenza di una serie di servizi minimi, che non sono soltanto dei servizi di prestazione ma sono anche dei servizi di protezione": così C.E. GALLO, *L'ambiente e le situazioni giuridiche soggettive*, in R. FERRARA, M.A. SANDULLI, *Trattato di diritto dell'ambiente*, a cura di R. FERRARA, C.E. GALLO, Giuffrè, Milano, 2014, tomo I, 438.



Ad oggi, tuttavia, l'auspicio è che si valorizzino le fondazioni strumentali, che hanno già dimostrato di essere un utile strumento di partenariato tra Amministrazioni differenti⁹⁴ e di supporto all'attività di ricerca delle Università⁹⁵.

Le diciannove fondazioni oggi presenti sul territorio non devono, pertanto, costituire una eccezione ma la regola del *networking* presente su ogni territorio⁹⁶.

⁹⁴ Le fondazioni di partecipazione consentono l'instaurazione di una proficua collaborazione tra enti - Università ed enti locali - la cui autonomia, costituzionalmente riconosciuta, si pone però su piani diversi, non rappresentando le Università enti con funzioni politiche così come invece gli enti locali: sul punto cfr. D. SORACE, *op.cit.*, 142 ss.; si ricordi come, secondo G.F. FERRARI, *Accademia*, in *Dig. disc. pubbl.*, Utet, Torino, vol. I, 1987, 9 ss., le Università apparterebbero al versante della società civile e non dell'Amministrazione statale; sulla differente forma di autonomia riconosciuta agli enti locali ed alle Università cfr. altresì F. BENVENUTI, *L'Università: autonomia e decentramento*, in *Scritti giuridici*, Vita e Pensiero, Milano, 2006, vol. IV, 3572 ss. Sui rapporti (non sempre semplici) tra Università ed enti territoriali cfr. G. VESPERINI, *Per uno studio delle tendenze di riforma del sistema universitario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 198; R. FINOCCHI, *Le Università*, in *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, a cura di S. CASSESE, Giuffrè, Milano, 2003, Tomo II, 1407 ss.

⁹⁵ L'obiettivo dichiarato dal nostro legislatore di destinare più fondi alla ricerca spesso non è seguito da previsioni normative coerenti: si veda, ad esempio, in commento alla legge di stabilità per il 2015, legge 23 dicembre 2014, n. 190, A. VILLA, *Gli enti pubblici di ricerca: la spending review alla (ennesima) prova dei fatti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 191 ss.; negli obiettivi di *spending review* rientra anche la razionalizzazione degli apparati ministeriali: cfr. M. COCCONI, *La riorganizzazione del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 35 ss. Sul finanziamento del sistema universitario cfr. altresì G. VESPERINI, *Sulla valutazione della ricerca e il finanziamento delle Università*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 7 ss., nonché, da ultimo, l'art. 1, co. 206 ss., legge 28 dicembre 2015, n. 208, legge di stabilità per il 2016.

⁹⁶ Gli enti pubblici di riferimento di ogni territorio sono, come noto, gli enti territoriali, enti a fini generali, altresì definibili quali "enti che trovano nel territorio una limitazione alla validità dei propri atti amministrativi (e non anche di quelli che sono espressione di attività svolte in forme privatistiche)": così C. FRANCHINI, G. VESPERINI, *L'organizzazione*, in *Istituzioni di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Giuffrè, Milano, 2015, 116.