



Working Paper Netval n.1/18

La costituzione e la partecipazione degli enti di ricerca e delle università pubbliche alle imprese spin-off alla luce di un parere recente dell'ANAC. Note critiche e ricostruttive

Massimiliano Granieri (Università degli Studi di Brescia)

Giunta esecutiva Netval

Novembre 2018

Working Paper Netval

Netval ha pensato di iniziare una serie di Working Paper per due motivi principali. Il primo, perché, durante convegni, corsi di formazione, ecc., vengono spesso prodotti contenuti molto interessanti che rischierebbero di non essere facilmente fruibili in mancanza di una versione scritta. Il secondo, perché è talvolta necessario che Netval analizzi una questione, la approfondisca ed esprima una sua posizione, a beneficio degli associati e del sistema del trasferimento tecnologico in generale. Verranno quindi in futuro pubblicati Working Paper su temi diversi, ma sempre con uno stile rigoroso ma concreto. Per informazioni rivolgersi a segreteria@netval.it

Gli autori



Massimiliano Granieri. Professore associato di Diritto privato comparato presso il Dipartimento di Ingegneria Meccanica e Industriale dell'Università degli Studi di Brescia Health & Wealth. Membro dell'Academic Advisory Board della European Patent Academy e della Giunta esecutiva di Netval. È stato membro dell'IPR Expert Group della Commissione europea sulla valorizzazione dei brevetti e Vice presidente di ASTPProton.

Sommario

Premessa	1
Il quesito del CNR e il valore giuridico parere dell'ANAC	2
Il quadro normativo di riferimento sulle società spin-off e le società pubbliche	3
Segue. Le imprese spin-off e l'applicazione del diritto comune	5
Il fenomeno delle imprese spin-off in Italia tra dinamiche universitarie e riferimenti normativi	6
L'argomentazione dell'ANAC e i relativi problemi interpretativi e applicativi	7
Conclusioni	9

Premessa

Sul tema del regime giuridico delle società spin-off degli enti pubblici di ricerca (comprese le università pubbliche) è intervenuto di recente un parere dell'ANAC. In risposta ad uno specifico quesito del CNR, l'ANAC ha fornito indicazioni che, sia pure apparentemente corrette e rigorose sotto il profilo formale, appaiono in realtà problematiche, perché argomentate lungo una linea interpretativa che non assume i corretti referenti del fenomeno dal punto di vista delle dinamiche concrete e, con l'obiettivo evidente, ancorché non dichiarato, di estendere 'a tutti i costi' la disciplina dei contratti pubblici e dell'evidenza pubblica a questa materia, propone soluzioni di dubbio rigore metodologico che non possono essere condivise. Inoltre, l'ANAC non si fa carico di valutare le possibili implicazioni di una posizione come quella adottata e di fornire indicazioni su come dovrebbero essere affrontate le problematiche teoriche e pratiche derivanti dalla eventuale osservanza del suo parere.

In questo documento si cercherà di rileggere il parere dell'ANAC alla luce del più corretto quadro normativo di riferimento e, soprattutto, alla luce del più fedele inquadramento del fenomeno degli spin-off della ricerca pubblica, che rappresenta l'inevitabile e indispensabile presupposto di ogni ragionamento giuridico di qualificazione della fattispecie e individuazione delle conseguenze.

In questa sede, si vuole portare rispettosamente sul tema il punto di vista di Netval, cioè dell'associazione rappresentativa di chi quotidianamente, ormai da più di quindici anni, segue e anima le dinamiche del trasferimento tecnologico in Italia nell'interesse generale della ricerca pubblica. Il contributo è doppiamente tecnico, nel senso che muove dai profili giuridici della materia, ma non manca di attingere dalla prassi per restituire – ai fini della comprensione generale – l'immagine più fedele possibile della realtà. Se la ricostruzione alternativa di Netval è corretta, allora bisogna confidare nella lettura attenta degli operatori, che sapranno trarne beneficio operativo. Se, al contrario, risultasse non del tutto appropriata, dovrebbe costituire lo spunto per propiziare il cambiamento delle norme e contribuire alla creazione di un quadro regolatorio che, nell'assicurare la legalità dell'azione amministrativa, non scoraggi o ostacoli il lavoro di chi è impegnato sul fronte del trasferimento tecnologico per tradurre in termini concreti la missione assegnata alla ricerca pubblica di concorrere alla crescita economica e sociale del Paese.

Il quesito del CNR e il valore giuridico parere dell'ANAC

Con la delibera 620 del 4 luglio 2018 a firma del presidente Raffaele Cantone, l'Autorità Nazionale Anticorruzione ha reso un parere in risposta ad un quesito del CNR circa l'applicabilità del Testo Unico sulle società partecipate (decreto legislativo 175 del 2016 e s.m.i.) alle società con caratteristiche di spin-off o start-up universitari costituiti ai sensi del decreto legislativo 297/1999.

Benché l'applicazione del T.U. sulle società partecipate non ricada tra le competenze dell'ANAC, quest'ultima ritiene che, trattandosi di questioni interpretative dell'art. 7 del T.U. (Costituzione di società a partecipazione pubblica) dove si fa riferimento alla partecipazione dell'ente all'atto costitutivo – che ha evidentemente natura negoziale – sia necessariamente chiamata in causa la materia dei contratti pubblici dai cui discenderebbe la legittimazione dell'ANAC a rendere parere.

La conclusione dell'ANAC è nel senso che “ai fini della costituzione di società spin-off, nella forma di società di capitali cui partecipi anche un soggetto privato, l'individuazione di quest'ultimo deve avvenire con procedura ad evidenza pubblica (...)” e con applicazione delle disposizioni in tema di trasparenza.

Occorre prima di tutto chiedersi che valore giuridico assume il parere dell'ANAC rispetto a tutti gli enti di ricerca che normalmente sono partecipi dei processi di creazione di imprese spin-off. Il quesito vale anche per le università pubbliche, posto che la stessa ANAC ritiene che i principi enucleati nel suo parere devono “estendersi anche alla costituzione delle società spin-off da parte di università” quando è contemplato il coinvolgimento di soci privati, secondo dinamiche analoghe a quelle descritte nel quesito del CNR. Non si può ignorare, inoltre, la validità del quesito in riferimento agli I.R.C.C.S. (Istituti di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico) pubblici, ai quali il D. Lgs. 16-10-2003 n. 288 (artt. 8-9) estese la possibilità di costituzione e/o partecipazione in società “...al fine di trasferire i risultati della ricerca in ambito industriale”, pur dovendo qui precisarsi che l'analogia con il CNR e le università pubbliche sconta l'inapplicabilità di quanto invece non inteso, per gli enti vigilati dal Ministero della Salute, da strumenti normativi quali D.Lgs 297/1999 e Legge 240/2010.

Per espressa indicazione dell'ANAC, per come si legge sul sito internet dell'autorità, la sua missione può “essere individuata nella prevenzione della corruzione nell'ambito delle amministrazioni pubbliche, nelle società partecipate e controllate anche mediante l'attuazione della trasparenza in tutti gli aspetti gestionali, nonché mediante l'attività di vigilanza nell'ambito dei contratti pubblici, degli incarichi e comunque in ogni settore della pubblica amministrazione che potenzialmente possa sviluppare fenomeni corruttivi, evitando nel contempo di aggravare i procedimenti con ricadute negative sui cittadini e sulle imprese, orientando i comportamenti e le attività degli impiegati pubblici, con interventi in sede consultiva e di regolazione, nonché mediante attività conoscitiva”. Si dà per scontato che il fenomeno degli spin-off sia esposto ai rischi che l'ANAC è diretta a prevenire, ma non si hanno notizie di fenomeni di questo tipo negli anni né la corruzione è configurabile, vista la natura stessa dello spin-off, su cui varrà la pena tornare nei paragrafi che seguono.

Dunque, per il perseguimento delle proprie funzioni, l'ANAC può svolgere attività consultiva, anche a fronte di richieste da parte di altre pubbliche amministrazioni. I pareri, tuttavia, non sono configurati dalla normativa di riferimento come vincolanti. La giurisprudenza amministrativa – intervenuta a dirimere questioni relative a pareri resi nell'ambito della funzione di vigilanza

riconducibile all'art. 6 d.leg. n. 163 del 2006 – ha chiarito che il soggetto istituzionale al quale il parere è indirizzato potrebbe discostarsi dal medesimo con determinazione opportunamente motivata. D'altra parte, se il parere fosse vincolante, bisognerebbe anche ammettere che, contro di esso, siano esperibili i mezzi di giustizia (ricorso al TAR) quando il parere appaia viziato e, come tale, lesivo di interessi legittimi e diritti soggettivi.

Come nel caso di specie, l'ANAC esprime un orientamento che però, nonostante la tentazione generalizzatrice del testo, non è vincolante nemmeno per l'ente che lo ha sollecitato. Va tuttavia evidenziato che, per il ruolo politico e istituzionale che l'ANAC riveste, nei fatti il parere reso assume una particolare forza e persuasività che potrebbero ben costituire il fondamento di un orientamento suscettibile di divenire diffuso, ancorché non condiviso, e come tale difficilmente contestabile, anche a fronte delle difficoltà che esso potrebbe generare e di cui si dirà più oltre. In altre parole, si tratta di un parere che inevitabilmente gli organi di governo di università e enti pubblici di ricerca prenderanno in seria considerazione nell'orientare la propria azione amministrativa.

Anche in ragione di quanto precede, appare indispensabile circoscrivere il significato del parere dell'ANAC e valutarne i correnti fondamenti metodologici e interpretativi.

Il quadro normativo di riferimento sulle società spin-off e le società pubbliche

Come noto, il decreto 175/2016 ha ad oggetto la costituzione di società da parte di amministrazioni pubbliche, nonché l'acquisto, il mantenimento e la gestione di partecipazioni da parte di tali amministrazioni, in società a totale o parziale partecipazione pubblica, diretta o indiretta. Lo stesso testo chiarisce che le relative norme sono applicate avendo riguardo all'efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche, alla tutela e promozione della concorrenza e del mercato, nonché alla razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica. Si tratta evidentemente di un obiettivo dettato dall'esigenza di evitare che la pubblica amministrazione interferisca con le dinamiche di mercato creando in maniera indiscriminata, o partecipando a, soggetti che, attesa la natura giuridica, dovrebbero sottostare alla logica concorrenziale e, come tali, essere disciplinati dal diritto comune anche per quanto riguarda l'attività negoziale con la quale vengono venduti beni e offerti servizi.

Nel dubbio se la disciplina fosse applicabile alle società spin-off della ricerca pubblica, è intervenuta una modifica recente. L'art. 4, comma 8, come modificato dall' art. 5, comma 1, lett. c), D.Lgs. 16 giugno 2017, n. 100 (a decorrere dal 27 giugno 2017, ai sensi di quanto disposto dall' art. 22, comma 1, del medesimo D.Lgs. n. 100/2017), fa salva la possibilità di costituire, ai sensi degli articoli 2 e 3 del decreto legislativo 27 luglio 1999, n. 297, le società con caratteristiche di spin off o di start up universitari previste dall'articolo 6, comma 9, della legge 30 dicembre 2010, n. 240, nonché quelle con caratteristiche analoghe degli enti di ricerca. È inoltre fatta salva la possibilità, per le università, di costituire società per la gestione di aziende agricole con funzioni didattiche.

Andrebbe forse detto che il doppio riferimento al decreto legislativo 297/1999 e alla legge 240/2010 (legge Gelmini) è ultroneo e potenzialmente fonte di dubbi, perché il fenomeno al quale si fa riferimento è unitario e trova unico fondamento – almeno a livello primario – nel decreto 297/1999. La legge Gelmini se ne occupa – evidentemente tralasciando il medesimo oggetto – per chiarire a quale condizione lo status giuridico dei professori e dei ricercatori è compatibile con lo svolgimento dell'attività nello spin-off, sia a titolo di amministratore, sia a titolo di collaboratore; anche la legge Gelmini assume evidentemente come punto di riferimento la normativa del 1999.

Si tratta ora di capire se l'eccezione introdotta dal nuovo comma 8 dell'art. 4 valga semplicemente e unicamente a rimuovere il divieto di costituzione di società da parte dell'ente di

ricerca – “è fatta salva la costituzione ...” – o se abbia implicazioni più ampie. Il dubbio interpretativo è legittimo, perché la formula è poco significativa e, peraltro, non è contenuta nell’art. 3 (dedicato a spiegare quali sono le società in cui è ammessa la partecipazione pubblica) ma nell’art. 4, che parla delle finalità perseguibili mediante l’acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche. La collocazione, se pure casuale, non è però priva di conseguenze.

Se l’effetto del comma in questione è semplicemente quello di rimuovere un divieto, allora il T.U. si applica in tutte le sue altre parti e, con esso, il suo art. 7 (la disposizione sulla quale si appunta il quesito del CNR). L’art. 7, ai commi 1 e 2, disciplina i contenuti della delibera che l’ente adotta per la costituzione della società e rinvia all’art. 5 sull’onere di motivazione analitica della necessità di costituire e partecipare la società coerentemente con le finalità istituzionali dell’ente

Lo stesso art. 7 dispone (al comma 5) l’applicazione delle norme sull’evidenza pubblica quando sia prevista la partecipazione dell’ente “all’atto costitutivo” di soci privati; qui si dà per implicito che vi sia una delibera a monte da parte dell’ente con la quale gli organi direttivi hanno deliberato di voler costituire – per le finalità ammesse dalla norma – una società alla quale, in sede di costituzione, parteciperanno anche privati. Si badi bene – ma sul punto occorrerà tornare – il comma in questione fa soltanto riferimento alla partecipazione che avvenga contestualmente alla costituzione, mentre non è prevista nessuna formalità procedimentale quando il privato entri, anche un istante dopo la costituzione, mediante un aumento di capitale riservato, come potrebbe essere per i finanziatori o i partner industriali di uno spin-off. E ciò risulta chiaro perché il comma 7 dell’art. 7 estende le formalità dei commi 1 e 2 anche ad altre vicende della società ma non si fa mai riferimento all’aumento di capitale, probabilmente perché, una volta costituita, la decisione di aumentare il capitale è formalmente una decisione della società e non dell’ente che vi partecipa¹. Dunque, non soltanto l’aumento di capitale sembrerebbe non essere soggetto alle procedure ad evidenza pubblica, ma con la medesima modalità non troverebbe nemmeno applicazione l’onere di motivazione ex art. 5, perché in nessun’altra disposizione si fa riferimento alla delibera di aumento di capitale come determinativa dell’applicazione dell’onere di motivazione analitica, se non nello stesso articolo 5. Ma se la società costituita – della quale faccia parte già l’ente di ricerca – delibera un aumento di capitale riservato per far accedere un terzo, in quale sede dovrebbe essere formulata la motivazione analitica che l’art. 5 prevede anche per l’aumento di capitale sociale? Il difetto di coordinamento tra norme crea qui un circolo vizioso interpretativo dal quale è difficile uscire.

Per la verità, vi è ragione di ritenere che – sulla scorta di una interpretazione letterale – l’art. 5 non sia mai applicabile nel caso di delibera di costituzione dello spin-off (e, a fortiori, nel caso di aumento di capitale sociale). Infatti, l’art. 5 impone un onere [però forse più correttamente è un obbligo] di motivazione analitica “ad eccezione dei casi in cui la costituzione di una società o l’acquisto di una partecipazione, anche attraverso aumento di capitale, avvenga in conformità a espresse previsioni legislative”. Il che è proprio ciò che accade nel caso di costituzione delle società spin-off, che possono venire ad esistenza soltanto perché previste – come strumento di trasferimento tecnologico – dal decreto legislativo 297/1999 al quale il T.U. inevitabilmente rinvia.

D’altra parte, quando ex art. 5 l’atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica (anche nei casi di società *in house* ex art. 16, o di acquisto di partecipazioni, anche indirette, da parte di amministrazioni pubbliche in società già costituite) deve essere analiticamente motivato, l’obbligo è imposto con riferimento alla necessità che sia evidente – mediante la costituzione o la partecipazione alla società – il perseguimento delle

¹ Anche se non si può escludere che a livello di patti parasociali l’ente di ricerca si riservi il diritto di deliberare espressamente in punto di decisione di aumento di capitale. La circostanza, tuttavia, è soltanto eventuale, nel senso che la decisione resta formalmente una decisione della società.

finalità istituzionali di cui all'articolo 4 (ma non del suo comma 8). La delibera deve pure evidenziare le ragioni e le finalità che giustificano la scelta (che per lo spin-off non possono che essere quelle già previste dal decreto legislativo 297/1999 per la definizione stessa di spin-off) e argomentare sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato. E, ancora, la motivazione deve anche dare conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa, ma si deve tener conto che nel caso di spin-off la finalità lucrativa informa complessivamente l'impresa assorbendo ogni altra considerazione sull'economicità della gestione che deve esserci necessariamente perché l'attività sia sostenibile. Si capisce chiaramente dal tenore della disposizione che il legislatore ha in mente un fenomeno completamente diverso, connesso con l'esternalizzazione di servizi e non con il processo, molto più articolato, complesso e peculiare, dell'avvio di uno spin-off.

Segue. Le imprese spin-off e l'applicazione del diritto comune

A questo punto è legittimo chiedersi se non sia più corretta l'alternativa opzione interpretativa, vale a dire quella che porta a ritenere il comma 8 dell'art. 4 come diretto ad escludere nel complesso le imprese spin-off dalla disciplina del T.U. Una interpretazione siffatta è giuridicamente più corretta rispetto allo spirito e, soprattutto, alla lettera del T.U. e più coerente con il fenomeno economico-sociale di cui si sta parlando. Mentre questo secondo aspetto verrà trattato nel paragrafo che segue, è qui necessario soffermarsi sull'esigenza di una interpretazione sistematica delle disposizioni del T.U.

Come noto, l'art. 1, comma 3, del T.U. dispone che per tutto quanto non derogato dalle disposizioni decreto stesso, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato. Dunque, è lo stesso T.U. – del resto coerentemente con gli insegnamenti irrtiani sulla decodificazione e la creazione dei sottosistemi normativi – a ribadire la sua natura di norma speciale, derogatoria (e non già abrogativa) delle norme di diritto comune. La conseguenza a livello applicativo è sin troppo ovvia: tutte le volte in cui il T.U. è carente o silente (antinomico o lacunoso) si torna ad applicare il codice civile e, per quanto qui interessa, le norme del libro quinto sulle società commerciali (e agricole).

Del resto, il riferimento al diritto privato generale riaffiora sovente nel T.U. E così è per quanto riguarda la responsabilità degli amministratori (ex art. 12, comma 1) o per le norme sulla crisi d'impresa (ex art. 24). Persino la disciplina delle società in house (art. 16) è pervasa da riferimenti al codice civile. Dunque, non mancano spunti sostanziali che supportano la ricostruzione del T.U. come norma speciale, come del resto ci sono elementi che, unitamente al comma 8 dell'art. 4, fanno ritenere l'impresa spin-off come soltanto marginalmente interessata dalle norme del T.U.

Fa eccezione, per espressa previsione normativa (art. 26, comma 12-ter, annoverato tra le disposizioni transitorie) l'art. 20, sulla razionalizzazione delle partecipazioni che, in effetti, ha un tenore affatto particolare. La disposizione infatti si limita a prevedere che l'obbligo di razionalizzazione decorre dopo cinque anni dalla costituzione dell'impresa spin-off e, quindi, per ciascuna singola impresa. Se questo comma 12-ter non esistesse, potrebbe a ragione dubitarsi della applicabilità dell'art. 20 alle imprese spin-off; la sua esistenza è limitata a imporre un obbligo specifico agli enti titolari di partecipazioni che, evidentemente, non esisterebbe altrimenti, né per periodi di detenzione infra-quinquennali, né per periodi più lunghi². Quest'obbligo, sì, è giustificato

² L'art. 20 è stato modificato, ma prima della novella, cfr. C. conti, sez. contr. Abruzzo, 07-10-2016, n. 180, in Riv. corte conti, 2016, fasc. 5, 122 (La razionalizzazione delle società e delle partecipazioni societarie di amministrazioni ed enti pubblici, prevista dalla legge di stabilità 2015 (art. 1, 611° e 612° comma), riguarda anche le partecipazioni delle università in società spin off, costituite per consentire l'utilizzazione economica dei risultati di

dall'esigenza di assicurare che dopo un periodo iniziale apprezzabilmente lungo l'ente promotore vagli lo stadio di maturazione dell'iniziativa e verifichi in concreto il raggiungimento degli scopi istituzionali dello spin-off.

Il fenomeno delle imprese spin-off in Italia tra dinamiche universitarie e riferimenti normativi

Resta una questione dirimente, ed è una questione di fatto, la cui soluzione è indispensabile per comprendere se il fenomeno delle imprese spin-off condivide quegli elementi di specialità che consentono l'applicazione del T.U. per intero, al pari di ogni altra partecipata pubblica, ovvero se si tratti di imprese per le quali sia giustificata l'applicazione del diritto comune e, soltanto incidentalmente e in quanto richiamate, delle norme del T.U.

Vale la pena qui ricordare i tratti caratteristici delle imprese spin-off, sia per quanto riguarda i puntuali riferimenti normativi, sia per le dinamiche concrete che il fenomeno ha assunto nella prassi dei regolamenti universitari, anche per effetto delle disposizioni della legge Gelmini. I regolamenti universitari, infatti, sono fonti di disciplina resi rilevanti dal doppio richiamo contenuto nelle norme primarie.

Il decreto legislativo 297/1999 – significativamente rubricato “Riordino della disciplina e snellimento delle procedure per il sostegno della ricerca scientifica e tecnologica, per la diffusione delle tecnologie, per la mobilità dei ricercatori” – prende per la prima volta in considerazione le imprese cd. spin-off all'art. 2, annoverandole tra i soggetti ammissibili ai finanziamenti ministeriali. Vengono definite come quelle “società di recente costituzione ovvero da costituire, finalizzate all'utilizzazione industriale dei risultati della ricerca, per le attività di cui all'articolo 3, comma 1, lettera b), numero 1, con la partecipazione azionaria o il concorso, o comunque con il relativo impegno”, tra l'altro, di “professori e ricercatori universitari, personale di ricerca dipendente da enti di ricerca, ENEA e ASI, nonché dottorandi di ricerca e titolari di assegni di ricerca di cui all'articolo 51, comma 6, della legge 27 dicembre 1997, n. 449, sulla base di regolamenti delle università e degli enti di appartenenza, che ne disciplinino la procedura autorizzativa e il collocamento in aspettativa ovvero il mantenimento in servizio o nel corso di studio, nonché le questioni relative ai diritti di proprietà intellettuale e che definiscano le limitazioni volte a prevenire i conflitti di interesse con le società costituite o da costituire”. Possono partecipare alle imprese di questo tipo anche altre imprese industriali e artigianali, centri di ricerca con personalità giuridica e università, enti di ricerca, ENEA ed ASI.

Le finalità per le quali è concesso il finanziamento ministeriale – che a questo punto connotano geneticamente l'impresa spin-off, a differenza di una qualsiasi altra impresa commerciale o agricola – sono quelle di svolgimento di “attività di ricerca industriale, sviluppo precompetitivo, diffusione di tecnologie, fino all'avvio e comunque finalizzate a nuove iniziative economiche ad alto contenuto tecnologico, per l'utilizzazione industriale dei risultati della ricerca da parte di soggetti assimilati in fase d'avvio, su progetto o programma presentato anche da coloro che si impegnano a costituire o a concorrere alla nuova società”.

Il decreto legislativo 297/1999, facendo salva l'autonomia universitaria e degli enti di ricerca, rinvia ai regolamenti interni, come disciplina integrativa ed esecutiva, per una serie di aspetti (non necessariamente in un elenco tassativo) ritenuti importanti per la buona riuscita dell'operazione e l'ottemperanza con altre prescrizioni che informano il funzionamento dell'ente. Per ogni altro aspetto, l'impresa spin-off è un'impresa di diritto comune. La caratterizza soltanto

ricerche accademiche; pertanto, tali partecipazioni debbono formare oggetto di valutazione, ad opera delle università, con riferimento alla loro indispensabilità, al rapporto tra numero di amministratori e dipendenti, alla sovrapposizione con altri organismi partecipati e al contenimento dei costi delle strutture aziendali.

questa sua funzione di trasferimento tecnologico latamente intesa che giustifica anche il possibile iniziale coinvolgimento dell'ente nel capitale sociale.

Ma l'aspetto più importante della dimensione organizzativa dell'impresa spin-off risulta a chiare lettere dal testo della norma. La nascita dello spin-off è caratterizzata dalla "partecipazione azionaria o il concorso, o comunque con il relativo impegno" dello stesso personale di ricerca al quale si devono quei risultati che l'impresa intende portare sul mercato, previo completamento del percorso di sviluppo. In altri termini, senza l'iniziativa degli stessi ricercatori, uno spin-off di pura iniziativa universitaria (nel senso di istituzionale) non sarebbe nemmeno concepibile, perché mancherebbe la componente di conoscenza che solitamente è veicolata dai ricercatori stessi. Esclusivamente a questa remota, se non impossibile eventualità (l'ente si fa promotore dello spin-off, al posto del personale di ricerca), fa riferimento il parere dell'ANAC.

Dalla prassi amministrativa di numerosi regolamenti universitari emerge anche un dato ulteriore utile al discorso che qui si viene facendo. Le università e gli enti di ricerca riconoscono due percorsi di spin-off: quelli partecipati (chiamati spin-off 'universitari') e quelli semplicemente riconosciuti come tali (chiamati spin-off 'accademici', ma le definizioni sono meramente convenzionali). La sostanza non cambia, nel senso che la finalità e la natura dell'impresa spin-off – come strumento di trasferimento tecnologico – restano le stesse a prescindere dalla presenza, o non, dell'ente nel capitale sociale. E in tutti e due i casi la deliberazione dell'organo amministrativo dell'ente è utile a rimuovere il divieto sullo status giuridico dei soggetti coinvolti, in quanto legati da un rapporto di dipendenza con la pubblica amministrazione. Ancora: in tutte e due le evenienze è possibile che, *ab origine*, partecipi al capitale sociale un partner industriale o finanziario, così come altre persone fisiche sotto forma di finanziatori informali al capitale di rischio (*business angels*) oppure investitori professionali (*venture capital*).

Forse ignara di questa prassi, l'ANAC omette di specificare se la pretesa applicazione delle procedure ad evidenza pubblica sia richiesta in tutti i casi o soltanto quando sia socia anche l'amministrazione.

Di là dall'intervento iniziale e dai poteri che taluni enti si riservano – più su base statutaria e di pattuizioni parasociali, che sono a tutti gli effetti la fonte di disciplina principale dello spin-off – i regolamenti non si danno pena di entrare troppo nel dettaglio della vita dell'impresa, testimoniando la consapevolezza che si tratta di un fenomeno governato dall'iniziativa individuale, sia per quanto riguarda la raccolta dei capitali, sia per quanto concerne la prosecuzione del percorso di sviluppo e di raggiungimento del mercato. L'elemento comune e caratterizzante è sempre e soltanto la dimensione finalistica e la coerenza con la terza missione. Quest'ultimo aspetto è importante e alimenterebbe un interrogativo al quale dovrebbe darsi risposta positiva: se cioè la creazione di spin-off da parte di un ente di ricerca sia coerente con le funzioni istituzionali dell'ente (definite *per relationem* attraverso il richiamo della terza missione anche ai fini delle procedure di VQR) anche là dove lo statuto dell'ente stesso nulla dica a proposito di questa specifica forma di valorizzazione dei risultati della ricerca.

L'argomentazione dell'ANAC e i relativi problemi interpretativi e applicativi

Il ragionamento dell'ANAC è basato su un sillogismo estremo: le società partecipate dalla pubblica amministrazione sono disciplinate dal T.U. L'impresa spin-off è partecipata dall'università. Dunque, l'impresa spin-off è soggetta al T.U. e alle norme in esso richiamate, comprese quelle sull'evidenza pubblica. È corretto?

È chiaro che il ragionamento *ab inconvenienti* non aiuta a risolvere la questione interpretativa, ma converrà, quanto meno in chiusura, fare la lista delle problematiche che l'applicazione del parere ANAC comporterebbe se accettato come tale. Per rimanere, invece, nel

solco del ragionamento interpretativo dell'autorità, c'è un punto cruciale – e sul quale tuttavia si può dissentire – che è quello relativo alle conseguenze del sillogismo predetto: l'art. 7, comma 5, del T.U. (quello che impone il ricorso all'evidenza pubblica per la scelta dei privati che partecipano all'atto costitutivo della società) secondo ANAC si applica perché non espressamente prevista l'esclusione per le imprese spin-off.

Dunque, l'art. 7, comma 5, sarebbe “disposizione di carattere generale” ma, si badi bene, nel quadro di una disciplina che, se è vero quanto si diceva in premessa ai sensi dell'art. 1, comma 3 dello stesso T.U., è di carattere speciale rispetto al diritto comune. La conseguenza, conclude l'ANAC, è che la disposizione si applica, “in assenza di deroghe espresse da parte del legislatore” e “deve trovare applicazione ogniqualvolta una amministrazione pubblica costituisca una società unitamente a soggetti privati, per le finalità indicate nel citato art. 4” (lo stesso, si noti, che contiene l'eccezione per le spin-off)³.

Questa conclusione raggiunta dall'ANAC appare errata perché basata su una interpretazione letterale non corretta e una interpretazione sistematica quasi del tutto assente.

La disposizione in commento (art. 7, comma 5) stabilisce che nel caso in cui sia prevista la partecipazione all'atto costitutivo di soci privati, la scelta di questi ultimi avviene con procedure di evidenza pubblica a norma dell'articolo 5, comma 9, del decreto legislativo n. 50 del 2016. Quest'ultima disposizione recita, testualmente, che “nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e gestione di un'opera pubblica o per l'organizzazione e la gestione di un servizio di interesse generale, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica”. Ebbene, letteralmente qui si sta parlando di un fenomeno diverso dalle imprese spin-off perché queste non sono dirette alla realizzazione e gestione di un'opera pubblica o per l'organizzazione e la gestione di un servizio di interesse generale. Le imprese spin-off, come noto anche sulla base delle disposizioni del decreto legislativo 297/1999 e della prassi dei regolamenti universitari, fanno ben altro.

Non solo; lo spin-off ‘partecipato’ è società nella quale il pubblico e il privato concorrono ma non si può dire, con altrettanta certezza, che lo si possa qualificare come società a partecipazione mista pubblico-privata ai sensi del T.U. Quest'ultima fattispecie è disciplinata nell'art. 17, dove si parla, tra l'altro, di società in cui la quota di partecipazione del soggetto del privato non può essere inferiore al trenta per cento. E anche qui si danno esperienze in cui i privati presenti negli spin-off entrano talvolta con partecipazioni minime per poi salire man mano che apportano capitali. Stiamo parlando di fenomeni profondamente diversi tra loro.

È possibile che l'art. 7, comma 5, abbia l'ambizione generalizzante, ma sulla base della lettera, vi è almeno un complesso di fenomeni, come sono certamente le imprese spin-off della ricerca pubblica, che si riportano a quella disposizione soltanto con una forzatura interpretativa facilmente censurabile sul piano letterale e sistematico.

Peraltro, se si volesse soltanto per un momento accedere all'interpretazione proposta dall'ANAC, bisognerebbe porsi una lunga teoria di domande su come concretamente applicare le norme sull'evidenza pubblica, senza sconfinare nell'illegittimità dei bandi e nella violazione di obblighi di altra natura. Ad esempio, posto che alcune informazioni essenziali per l'accesso nel capitale alla costituzione sono confidenziali, come potrebbe essere costruito un invito? E bisognerebbe dichiarare il valore minimo della partecipazione? Su quale base, posto che all'inizio l'impresa spin-off ha soltanto un valore speculativo, per lo più legato alla proprietà intellettuale che si propone di sfruttare? E la procedura ad evidenza pubblica è richiesta anche quando l'ateneo si limita ad autorizzare lo spin-off ma decide di non parteciparvi? E l'ente che avesse scelto il

³ Nemmeno del tutto corretto appare il riferimento dell'ANAC al caso cui si riferisce l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato 3 giugno 2011, n. 10, perché la fattispecie presentava sicuri elementi di differenza tali da non supportare l'argomento per analogia.

contraente privato – imponendolo evidentemente agli altri fondatori in ipotesi dissenzienti – diverrebbe responsabile (*culpa in eligendo*) se il socio si rivelasse incapace o inadempiente rispetto agli obblighi strumentali assunti con la partecipazione?

È sin troppo evidente che una posizione come quella dell'ANAC rischia di alimentare problemi reali in numero superiore a quelli teorici che dovrebbe risolvere.

Conclusioni

L'interpretazione letterale e quella sistematica delle norme in materia di imprese spin-off della ricerca pubblica portano a dire che questi soggetti sono disciplinati dal diritto comune e soltanto occasionalmente, nella misura in cui vengono espressamente richiamate, dalle norme di carattere speciale come quelli dei testi unici. Per tornare alla questione iniziale, l'art. 4, comma 8, del T.U. vale ad eliminare un dubbio, ma contiene una norma in realtà ricognitiva di un fatto (quello della natura e della finalità delle imprese spin-off) sufficiente chiaro sul piano economico-sociale.

In concreto, alla luce del T.U. sulle società partecipate, l'unica norma che si applica con certezza – ancorché recente – alle imprese spin-off è quella relativa alla necessaria revisione della partecipazione dopo cinque anni.

Ogni altra opzione interpretativa – oltre ad alimentare problemi pratici dagli inevitabili risvolti contenziosi – avrebbe un effetto esiziale per le imprese spin-off e i processi di terza missione che università e enti pubblici di ricerca stanno portando faticosamente avanti, come pure gli ospedali di ricerca IRCCS per i quali le predette attività sono ormai contemplate come “quarta missione” nella letteratura internazionale. Bisogna evitare ad ogni costo che la superfetazione normativa e interpretazioni forzanti producano effetti di congelamento di fenomeni che, al contrario, andrebbero supportati e resi definitivamente virtuosi, anche attraverso un contesto regolatorio chiaro e adeguato.