

## **Deliberazione n. 14 Adunanza del 25 Febbraio 2009**

**Oggetto :** VISF GE/45966/08 Affidamento mandato di valorizzazione e cessione patrimonio immobiliare ENPAM alla società Colliers Elitrade

**Esponente :** Comitato R.I.T.A. (Rappresentanza Inquilini Torre Azzurra)

**Stazione appaltante :** Fondazione E.N.P.A.M.

**Riferimenti normativi :** D.lgs. n. 157/95, D.lgs n. 163/2006

### **Il Consiglio**

Visto il decreto legislativo n. 163/2006 e s.m.i.;

Visto il decreto legislativo n. 157/95 e s.m.i.;

Vista la relazione della Direzione Vigilanza Servizi e Forniture;

Vista la relazione dell'U.A.G.

Vista la nota prot. DCPC - 0008118 - 26/11/2008 - 2.36.4.19. pervenuta il 26 novembre 2008 avente ad oggetto il Progetto-pilota sulla corretta attuazione del diritto comunitario (caso 193/08/MARK) - Richiesta di informazioni in merito ad un affidamento diretto di un servizio di intermediazione immobiliare.

### **Considerato in fatto**

Con nota datata 2 agosto 2008 il comitato R.I.T.A. ha segnalato a questa Autorità che l'ENPAM - Ente Nazionale di Previdenza e Assistenza dei Medici e Odontoiatri - ha affidato il servizio indicato in oggetto in assenza di una regolare procedura di gara, in violazione della vigente normativa in materia di contratti pubblici di servizi.

In particolare, secondo il comitato esponente, l'ENPAM nell'anno 2006 avrebbe deliberato un programma di dismissione immobiliare per circa 2500 unità abitative e commerciali, affidando il mandato di valorizzazione e cessione alla società Colliers Elitrade srl di Milano.

L'Ente, in quanto Organismo di Diritto Pubblico, avrebbe dovuto applicare, per l'affidamento del servizio, le disposizioni di cui al codice dei contratti pubblici e, pertanto, il comitato, non avendo rilevato tracce di tale adempimento, ha richiesto all'Autorità di verificare la regolarità dell'affidamento alla sopra menzionata società.

In relazione a quanto segnalato, la Direzione Generale Vigilanza Servizi Forniture (VISF) operante presso questa Autorità, con nota n. 47926 del 19/08/2008, ha richiesto all'ENPAM di fornire informazioni sull'affidamento di cui trattasi, con particolare riferimento alle modalità di scelta del contraente ed alle relative forme di pubblicità adottate nonché alla procedura di gara espletata dall'Ente e sullo stato attuale dell'affidamento.

Con nota datata 5 settembre 2008, l'Ente Previdenziale ha fornito gli elementi informativi richiesti evidenziando, in sintesi, che:

- l'ENPAM in data 26 maggio 2006, ha deliberato l'ammissibilità alla vendita di immobili di proprietà distribuiti nell'intero territorio nazionale ed ha incaricato il Presidente affinché individuasse l'advisor delle vendite, definendo con lo stesso un mandato rispettoso di specifiche linee guida;
- il Consiglio di Amministrazione nella seduta del 30 giugno 2006, ha deliberato di affidare alla Società Colliers Elitrade S.r.l. - partner italiano di Colliers International e già advisor per conto della Fondazione ENPAM - gli incarichi per l'implementazione, lo sviluppo e la conclusione dei progetti di spin-off di 29 immobili ad uso diverso dall'abitativo e di cessione di 15 immobili a prevalente uso abitativo di proprietà della Fondazione;
- fintanto che non è intervenuto un chiaro dettato normativo, quale è quello contenuto nel nuovo Codice dei contratti, la cosiddetta "ideologia giuridica corrente" ben poteva legittimare la persuasione che l'ENPAM, già ente pubblico e successivamente privatizzato, dovesse rispettare unicamente le norme codicistiche;
- sebbene ritenesse di non rientrare tra gli Organismi di diritto pubblico, perché carente dei requisiti prescritti dalla legge, e dunque, in quanto persona giuridica di diritto privato, di essere

soggetto solo alla disciplina del codice civile, tuttavia, pur in assenza di un chiaro dettato normativo, per garantire l'imparzialità degli affidamenti di lavori, servizi e forniture l'Ente si è comunque dotato di un regolamento interno contenente disposizioni analoghe a quelle contenute nella legge 109/1994;

- solo a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 163/2006 che ha incluso espressamente gli enti previdenziali nel novero degli Organismi di diritto pubblico, la Fondazione ENPAM, pur ritenendo ancora di non poter essere qualificata come tale, ha deciso di adeguare i propri regolamenti per l'affidamento e la gestione dei contratti di lavori, servizi e forniture alla disciplina del codice dei contratti, iscrivendosi come stazione appaltante presso l'Autorità;
- al momento dell'affidamento dell'incarico di advisor alla Colliers Elitrade s.r.l., l'Ente non poteva comunque essere qualificato come Organismo di diritto pubblico, poiché non era ancora entrato in vigore il codice dei contratti pubblici.

A seguito dell'esame degli atti acquisiti, con nota n. 2891 datata 21 gennaio 2009, la Direzione VISF, nell'evidenziare all'Ente previdenziale le criticità riscontrate nell'affidamento, ha comunicato che la questione sarebbe stata deferita al Consiglio dell'Autorità per le relative decisioni. Con la stessa nota l'Ente è stato invitato a comunicare, entro e non oltre il 30 gennaio 2009, i provvedimenti che avrebbe assunto in sede di autotutela.

Con nota datata 30 gennaio 2009 l'ENPAM ha rappresentato, in sintesi, che:

- all'epoca in cui era stato affidato l'incarico alla Colliers Elitrade era opinione corrente che gli enti previdenziali ed assistenziali privatizzati in forza del D.Lgs n.509/1994 non rientrassero nella nozione di organismo di diritto pubblico elaborata a livello comunitario, attesa la mancanza del requisito del finanziamento pubblico. La condizione posta dal d. lgs n. 509/1994 ai fini della trasformazione degli enti gestori di forme obbligatorie di previdenza in persone giuridiche private, era proprio quella che tali enti non usufruissero di finanziamenti pubblici o di altri ausili pubblici di carattere finanziario, ferma l'obbligatorietà dell'iscrizione e della contribuzione in favore degli enti medesimi;
- l'art. 1, comma 38 della L. 243/2004, avente valore dinorma di interpretazione autentica, aveva escluso che le procedure in materia di dismissione del patrimonio immobiliare disposte dal d.lgs. n. 104 del 16 febbraio 1996 per gli enti statali e/o pubblici (INPS-INAIL, ecc.) si applicassero agli enti previdenziali ed assistenziali privatizzati ai sensi del d.lgs. 509/1994, così come nelle more confermato dalla Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite (sent. 20 settembre 2006, n. 20322);
- con riferimento alla richiesta di attuare ogni misura utile ad evitare l'apertura di una procedura di infrazione nei confronti dello Stato Italiano, pur ritenendo che non possa ravvisarsi nel caso di specie alcuna violazione, il contratto stipulato con Colliers Elitrade è da considerarsi scaduto.

### **Considerato in diritto**

La problematica che emerge dai fatti in argomento e per la quale l'Autorità è chiamata a pronunciarsi nell'ambito delle competenze assegnate dal d.lgs. n. 163/2006 riguarda l'applicazione delle norme nazionali che hanno recepito la direttiva 2004/18/CE da parte dell'Ente Previdenziale ENPAM, tenuto conto che il medesimo Ente era nella convinzione, prima dell'entrata in vigore del codice dei contratti pubblici, di non essere un organismo di diritto pubblico. Alla luce di tale convinzione l'ENPAM ha proceduto all'affidamento diretto del servizio in oggetto.

Dall'esame degli atti acquisiti e dagli elementi valutativi forniti dalla stazione appaltante è emerso quanto segue.

L'Ente Nazionale di Previdenza ed Assistenza dei Medici e degli Odontoiatri rientra tra gli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie, trasformati in persone giuridiche private in forza del D.Lgs. n. 509/1994. L'art. 1, comma 2, del citato decreto stabilisce che "gli enti trasformati continuano a sussistere come enti senza scopo di lucro e assumono la personalità giuridica di diritto privato, ai sensi degli articoli 12 e seguenti del codice civile (...) rimanendo titolari di tutti i rapporti attivi e passivi dei corrispondenti enti previdenziali e dei rispettivi patrimoni ". Il terzo comma dello stesso articolo precisa che "gli enti trasformati continuano a svolgere le attività previdenziali e assistenziali in atto riconosciute a favore delle categorie di lavoratori e professionisti per le quali sono stati originariamente istituiti, ferma restando la obbligatorietà della iscrizione e della contribuzione".

Alla luce di quanto sopra, l'ENPAM, essendo dotato di personalità giuridica privata, non può qualificarsi come ente pubblico.

Tuttavia, ciò non vale ad escludere l'applicazione all'ENPAM della normativa sui contratti pubblici, dovendosi analizzare se l'Ente possa rientrare tra le amministrazioni aggiudicatrici in qualità di organismo di diritto pubblico.

L'organismo di diritto pubblico rientra tra i soggetti tenuti all'applicazione della normativa in materia

di contratti pubblici, sia a norma dell'art. 3, comma 3, numero 25, del d.lgs. n. 163/2006, attualmente vigente, sia in forza della previgente normativa (art. 2, comma 2, lett. a) della L. n. 109/94; art. 2, comma 1, lett. b) del d.lgs. n. 157/95 e art. 1, comma 3, lett. b) del d.lgs. n. 358/1992).

L'art. 3, comma 3, numero 26), del d.lgs. n. 163/2006 definisce organismo di diritto pubblico: "L'«organismo di diritto pubblico» è qualsiasi organismo, anche in forma societaria: istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, avente carattere non industriale o commerciale; dotato di personalità giuridica, la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico".

I parametri necessari ai fini dell'individuazione degli organismi di diritto pubblico sono:

- l'elemento soggettivo della personalità giuridica;
- i fini perseguiti che si caratterizzano per il soddisfacimento di interessi generali;
- alternativamente, il finanziamento maggioritario da parte dello Stato o di altri enti pubblici territoriali o organismi di diritto pubblico, il controllo della gestione da parte dei medesimi enti o la designazione di almeno la metà dei componenti degli organi amministrativi, di direzione o vigilanza da parte di detti enti.

Nel caso di che trattasi, la personalità giuridica dell'ENPAM non è indiscussione, anche perché espressamente prevista nel citato art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 509/1994.

Quanto ai fini perseguiti, il medesimo decreto statuisce, come premesso, che gli enti previdenziali privatizzati continuano a svolgere attività previdenziali e assistenziali a favore delle categorie di lavoratori e professionisti per le quali sono stati originariamente istituiti, ferma restando la obbligatorietà della iscrizione e della contribuzione. L'attività istituzionale dell'ENPAM consisteva, e continua a consistere dopo la privatizzazione, nel curare e provvedere ai bisogni previdenziali e assistenziali dei medici, i quali sono tenuti all'iscrizione e alla contribuzione. L'art. 38 della Costituzione sancisce come diritto fondamentale dei lavoratori, cui lo Stato è tenuto a provvedere, l'assicurazione di mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia. Risulta quindi evidente che l'attività di cura e soddisfacimento di tali bisogni, riconosciuti dalla Costituzione e propri della generalità dei lavoratori, abbia natura pubblicistica e che tale natura, stante il perdurante obbligo di iscrizione e contribuzione, sia rimasta immutata dopo la privatizzazione dell'ENPAM ex d.lgs. n. 509/1994.

Per ciò che concerne il terzo parametro, esso risulta soddisfatto sotto diversi profili. In primo luogo, pur essendo previsto nell'art. 1, comma 3, del d.lgs. n. 509/1994 che agli enti previdenziali privatizzati "non sono consentiti finanziamenti pubblici diretti o indiretti, con esclusione di quelli connessi con gli sgravi e la fiscalizzazione degli oneri sociali", tuttavia, la contribuzione obbligatoria sancita dalla stessa norma, pur non integrando una obbligazione formalmente tributaria, rappresenta una erogazione di denaro riconosciuta all'ente *ex lege* e idonea pertanto a realizzare lo schema del finanziamento pubblico dell'ENPAM. Inoltre, gli articoli 2 e 3 del d.lgs. n. 509/1994 evidenziano numerosi momenti di ingerenza ed intervento dello Stato nell'attività gestionale, amministrativa e contabile degli enti previdenziali privatizzati, riconducibili alla nozione di controllo di cui alla definizione di organismo di diritto pubblico: la possibilità di commissariamento da parte del Ministro del Lavoro e della Previdenza Sociale in caso di disavanzo economico-finanziario o di gravi violazioni da parte degli organismi di amministrazione (art. 2, commi 4 e 6), la vigilanza del Ministero del Lavoro, unitamente al Ministero del Tesoro, in forma di approvazione dello statuto, dei regolamenti e di ogni eventuale modifica degli stessi (art. 3, c. 1, 2 e 3), il controllo generale sulla gestione delle assicurazioni obbligatorie esercitato dalla Corte dei conti.

Alla luce di quanto sopra, ritenuto che sono soddisfatti i requisiti richiesti dalla normativa, non può non concludersi che l'ENPAM, come tutti gli enti previdenziali privatizzati, sia un organismo di diritto pubblico e che, pertanto, sia tenuto al rispetto delle disposizioni in materia di contratti pubblici (anche l'allegato III della direttiva 2004/18/CE - Elenco degli Organismi e delle Categorie di organismi di diritto pubblico di cui all'art. 1, par. 9, comma 2 - indicava che gli Enti previdenziali che gestiscono forme obbligatorie di previdenza e assistenza sono organismi di diritto pubblico).

La suddetta analisi e le relative conclusioni sono avvalorate da consolidata giurisprudenza (TAR Lazio Roma, sez. III ter, 3 giugno 2005 n. 4364) e, in particolare, dalla sentenza n. 4060 del 19 luglio 2007 con la quale il Consiglio di Stato si è pronunciato proprio nei confronti dell'ENPAM, stabilendo espressamente la natura di organismo di diritto pubblico dell'ente previdenziale e la conseguente soggezione alla normativa in materia di contratti pubblici ("Con riguardo all'Ente appellante [ENPAM] ricorrono le condizioni normativamente previste per la qualificazione come organismo di diritto pubblico (.....). Alla riconduzione dell'E.N.P.A.M. nel novero degli organismi di diritto pubblico segue l'obbligo per l'ente di uniformarsi nelle procedure per l'esecuzione di lavori nell'interesse dell'ente medesimo alle prescrizioni dettate dalla legge n. 109/1994, dal regolamento di attuazione approvato con d.P.R. n. 554/1999 e da ogni altra prescrizione di rilievo pubblicistico che disciplini la

scelta del contraente).

Come si evince dal riportato stralcio della sentenza, essa fa riferimento ad una fattispecie soggetta alla previgente normativa sui lavori pubblici che, analogamente a quella in materia di servizi, applicabile al caso *de quo*, come anticipato, già annoverava tra i soggetti sottoposti all'applicazione delle norme ivi dettate anche gli organismi di diritto pubblico.

In base a quanto sopra, pertanto, non assume alcuna rilevanza la circostanza che l'affidamento dei servizi *de qui* sia avvenuto, come asserito dall'ENPAM, prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 163/2006, poiché l'art. 2, comma 1, lett. b) del d.lgs. n. 157/95, che ha recepito la direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi, contemplava già gli organismi di diritto pubblico tra le amministrazioni aggiudicatrici ed il Consiglio di Stato, riconoscendo l'inequivocabile natura di organismo di diritto pubblico dell'ENPAM, ne ha statuito l'assoggettamento alle prescrizioni di rilievo pubblicistico che disciplinino la scelta del contraente con riferimento, appunto, alle disposizioni normative vigenti anteriormente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 163/2006.

Si osserva, inoltre, che l'espressa introduzione dell'ENPAM tra gli organismi di diritto pubblico elencati nell'Allegato III al d.lgs. n. 163/2006 costituisce, come affermato dal Consiglio di Stato nella citata sentenza, una mera conferma della natura di organismo di diritto pubblico dell'ente previdenziale, mentre deve ritenersi irrilevante la mancata menzione della stessa ENPAM nell'elenco degli organismi di diritto pubblico stilato dal d.lgs. n. 157/95 poiché, come affermato dal TAR Lazio Roma, sez.III, 3 giugno 2005 n. 4364, "tale elenco non ha valore esaustivo, ma solo indicativo".

Risulta evidente che l'affidamento dei servizi di valorizzazione e cessione del patrimonio immobiliare di cui trattasi disposto dall'ENPAM, avrebbe dovuto essere eseguito in conformità alla normativa in materia dei contratti pubblici.

La sottrazione dell'affidamento di cui è causa alla procedura ad evidenza pubblica potrebbe, quindi, aver dato luogo a maggiori costi per il servizio in capo all'Ente.

In base a quanto sopra considerato

### **il Consiglio**

- rileva che l'affidamento del servizio alla società Colliers Elitrade srl di Milano per la valorizzazione e cessione patrimonio immobiliare dell'ENPAM è avvenuto in difformità delle disposizioni di cui al decreto legislativo n. 157/95 in quanto l'Ente, avente natura di organismo di diritto pubblico, avrebbe dovuto applicare la normativa in materia dei contratti pubblici;
- rileva che l'affidamento di cui trattasi è avvenuto in difformità ai principi comunitari in materia di contratti pubblici quali, economicità, concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e pubblicità;
- dà mandato alla Direzione Generale Vigilanza Servizi e Forniture affinché comunichi la presente deliberazione, all'esponente, alla stazione appaltante, e alla Corte dei Conti per le valutazioni di competenza, nonché provveda alla pubblicazione della stessa sul sito internet dell'Autorità;
- dà mandato all'Ufficio relazioni internazionali e comunitarie affinché trasmetta la presente delibera al Dipartimento per il coordinamento delle politiche comunitarie, presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, per il relativo inoltro alla Commissione europea.

Il Consigliere Relatore: Andrea Camanzi

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositata in Segreteria in data 12 Marzo del 2009

Il Segretario: Maria Esposito