

Istituti Riuniti di Beneficienza

AG 41/2010

10 febbraio 2011

Oggetto: Quesito posto ai sensi del Regolamento interno sull'istruttoria dei quesiti giuridici da Istituti Riuniti di Beneficienza in ordine alla natura giuridica delle IPAB trasformate in fondazioni

In esito a quanto richiesto con nota acquisita al protocollo n. 66562 del 30 settembre 2010, si comunica che il Consiglio dell'Autorità nell'adunanza 9-10 febbraio 2011 ha approvato le seguenti considerazioni.

Con deliberazione AG479 del 20/07/2000, l'Autorità ha espresso il proprio avviso in materia di natura giuridica delle IPAB ritenendo che esse siano riconducibili nel novero degli organismi di diritto pubblico, ricorrendo per le medesime i requisiti tipici della categoria: la personalità giuridica, il carattere non industriale o commerciale dei bisogni di interesse generale perseguiti, il prevalente finanziamento pubblico ovvero il controllo da parte dei pubblici poteri.

Tale indirizzo (che ha trovato conferma nell'inserimento delle IPAB tra gli organismi di diritto pubblico elencati nell'allegato III al Codice dei contratti), diretto ad indagare l'obbligo per le istituzioni in parola di applicare la disciplina contrattuale pubblica ai fini della selezione dei contraenti privati, va tuttavia rivisto alla luce della riforma di settore recata dalla legge delega n. 328/2000 - che ha riconosciuto il ruolo istituzionale delle IPAB nell'ambito del c.d. "terzo settore" quali parti costitutive della rete regionale dei servizi sociali - e del successivo decreto legislativo attuativo n. 207/2001.

In particolare, con quest'ultima norma è stato attuato il processo di privatizzazione delle IPAB mediante la trasformazione obbligatoria in ASP - azienda per i servizi alla persona - per quelle prive delle caratteristiche indicate nel DPCM 16/02/1990 - oppure in persone giuridiche di diritto privato (associazioni o fondazioni). Le IPAB non trasformate sono estinte o fuse con altre. Con il primo modello organizzativo viene conservata la personalità giuridica di diritto pubblico, con il secondo dette istituzioni sono trasformate, invece, in soggetti di diritto privato. Ai fini del riconoscimento della personalità giuridica di diritto privato, le Regioni devono seguire le indicazioni del DPCM 16/02/1990.

Le caratteristiche delle IPAB trasformate in associazioni o fondazioni di diritto privato sono le seguenti (artt. 16-18 d.lgs. n. 207/2001): personalità giuridica di diritto privato, assenza dello scopo di lucro, piena autonomia statutaria e gestionale, perseguimento di finalità di utilità sociale. L'accertamento della natura pubblica o privata di tali istituzioni, ai fini del riconoscimento della personalità giuridica, è - come detto - rimesso alle Regioni, secondo i criteri indicati nel DPCM 16/02/1990; accertamento che può essere effettuato anche dal giudice sulla base dei medesimi criteri (TAR Campania - Salerno n. 167/2008). Tale verifica deve essere compiuta alla stregua dello statuto e, secondo l'indirizzo giurisprudenziale, deve essere riconosciuta natura privata ad un ente che "trae origine da un atto privato di liberalità, è strutturato in modo da attribuire rilevanza per gli atti più importanti alla volontà dei soci - benefattori e trae i mezzi per svolgere i propri compiti di istituto da fonti private di finanziamento".

Le novità introdotte dalla riforma di settore in ordine alla trasformazione obbligatoria delle IPAB in ASP o in associazioni/fondazioni, consentono quindi di ritenere in parte superato l'indirizzo dell'Autorità sopra richiamato, che include tout court dette istituzioni nel novero degli organismi di diritto pubblico, poiché se, le caratteristiche di questi ultimi sembrano permanere nelle ASP (personalità giuridica di diritto pubblico, finalità socio assistenziali e non di lucro, autonomia statutaria, contabile e finanziaria, operatività con criteri aziendali; membri del Cda nominati dalla regione), si ritiene vadano invece indagate caso per caso nelle istituzioni trasformate in associazioni/fondazioni.

Si tratta, come è noto, dei tre requisiti richiesti, cumulativamente, dall'art. 3, comma 26, del d.lgs. n. 163/2006 ai fini del riconoscimento della qualifica di organismo di diritto pubblico (i. personalità giuridica; ii. essere istituito per soddisfare esigenze di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale; iii. attività finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure gestione sottoposta al controllo di tali soggetti, ovvero organismi di amministrazione, direzione o vigilanza costituiti in misura non inferiore alla metà da componenti designati dai medesimi soggetti).

Nel caso delle fondazioni ex IPAB il requisito soggettivo della personalità giuridica non è in discussione, anche perché espressamente previsto nel citato art. 16 del d.lgs. n. 207/2001. Il fatto che si tratti di personalità giuridica di diritto privato non è ostativo al riconoscimento della natura di organismo di diritto pubblico, come ha chiarito la Corte di giustizia che, nella sentenza del 15 maggio 2003, causa C-214/00, dopo avere ribadito che, alla luce del duplice scopo di promozione della concorrenza e della trasparenza perseguito dalle direttive che coordinano le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, alla nozione di organismo di diritto pubblico deve essere data un'interpretazione funzionale, ha affermato che, ai fini della verifica della sussistenza dei tre requisiti, è indifferente la forma di costituzione degli organismi interessati e che "il carattere di

diritto privato di un organismo non costituisce un criterio atto ad escludere la sua qualificazione quale amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'art. 1, lett. b), delle direttive 92/50, 93/36 e 93/37...". Come ulteriore argomentazione, la Corte ha sottolineato che "l'effetto utile delle direttive 92/50, 93/36 e 93/37 (...) non sarebbe pienamente preservato qualora l'applicazione di tali norme ad un organismo che soddisfi le tre condizioni citate potesse essere esclusa per il solo fatto che, secondo il diritto nazionale cui è soggetto tale organismo, la sua forma e il suo regime giuridico rientrano nell'ambito del diritto privato". La giurisprudenza nazionale ha accolto il principio delineato dalla Corte di Giustizia alla cui stregua ha, ad esempio, ritenuto qualificabile come organismo di diritto pubblico, nonostante la personalità giuridica di diritto privato, la fondazione O.N.A.O.S.I. (Opera Nazionale Assistenza Orfani Sanitari Italiani) (TAR Umbria 4 aprile 2006 n. 204), la Fondazione Accademia Nazionale di S. Cecilia (Cassazione Civile Sez. Unite ordinanza 8 febbraio 2006 n. 2637 e Consiglio di Stato sez. VI, 15 giugno 2009 n. 3829) e la fondazione Carnevale di Viareggio (Consiglio di Stato, sez. V, 12 ottobre 2010 n. 7393).

Quanto al requisito del soddisfacimento di esigenze di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale, secondo l'art. 16, comma 3, le ex IPAB trasformate in fondazioni/associazioni non hanno scopo di lucro e "perseguono scopi di utilità sociale, utilizzando tutte le modalità consentite dalla loro natura giuridica".

Secondo il pertinente quadro giurisprudenziale, il requisito richiede che l'organismo sia istituito per soddisfare esigenze della collettività attraverso lo svolgimento di attività rivolta a fini di utilità generale e che tali esigenze abbiano natura non industriale o commerciale. Lo svolgimento di attività volte al suddetto scopo soddisfa la condizione richiesta dalla norma anche quando esse costituiscano solo una parte relativamente poco rilevante delle attività effettivamente svolte avendo il giudice comunitario chiarito che "la qualità di organismo di diritto pubblico non dipende in alcun modo dall'importanza relativa che, nell'attività dell'organismo medesimo, è rivestita dal soddisfacimento di bisogni di interesse generale di carattere non industriale o commerciale, risultando piuttosto sufficiente a tal fine che il perseguimento di tale tipologia di bisogno rientri tra i compiti istituzionali dell'organismo di cui si discute, anche senza carattere di preminenza" (Corte di Giustizia, sent. 15 gennaio 1998, in causa C-44/96, conformi, ex multis Consiglio di Stato, sez. VI, 19 maggio 2008 n. 2280; Corte di Cassazione, sez. unite civili, 7 ottobre 2008, n. 24722 e Corte di Cassazione, sez. unite civili, ordinanza 4 novembre 2009, n. 23322).

Il perseguimento di scopi di utilità sociale da parte delle fondazioni/associazioni ex IPAB sembra soddisfare il requisito in parola atteso che tali attività (assistenza sociale e socio sanitaria, assistenza sanitaria; istruzione, formazione, etc..) rispondono certamente a finalità di interesse generale di natura non industriale o commerciale.

Più incerto appare l'esito della valutazione della sussistenza del requisito della "dominanza pubblica" nelle forme alternative del finanziamento maggioritario, del controllo della gestione o della nomina dei componenti degli organismi di amministrazione, direzione o vigilanza in misura non inferiore alla metà da parte dello Stato o di altri enti pubblici, giacché, tra i criteri alternativi richiesti dal D.P.C.M. 16 febbraio 1990 ai fini del riconoscimento della personalità giuridica di diritto privato, spicca il "carattere di istituzione promossa ed amministrata da privati" (art. 1, comma 3, lett. b), a sua volta integrato in caso di "esistenza di disposizioni statutarie che prescrivano la designazione da parte di associazioni o di soggetti privati di una quota significativa dei componenti dell'organo deliberante" (art. 1, comma 5, lett. b)) e a condizione "che il patrimonio risulti prevalentemente costituito da beni risultanti dalla dotazione originaria o dagli incrementi e trasformazioni della stessa ovvero da beni conseguiti in forza dello svolgimento dell'attività istituzionale" (art. 1, comma 5, lett. b)). Non si ravvisano tuttavia elementi deducibili dalla pertinente normativa che ostino all'integrazione del requisito in esame che andrà pertanto accertato caso per caso.

Nel caso sottoposto all'attenzione dell'Autorità, il Consiglio di Amministrazione della futura Fondazione verrà nominato in maggioranza dal Comune e tanto basta per ritenere soddisfatto il requisito di che trattasi.

Venendo poi al quesito specifico posto dall'istante, ovvero se possa applicarsi alla futura Fondazione (qualora effettivamente, sulla base dello statuto, fosse ascrivibile nel novero degli organismi di diritto pubblico) in via analogica l'art. 1, comma 10-ter, del d.l. n. 162/2008 che sottrae alla disciplina di cui al d.lgs. 163/2006 - in quanto non più annoverabili tra gli organismi di diritto pubblico - gli enti di cui al d.lgs. n. 153/1999 (enti creditizi pubblici iscritti all'albo di cui all'art. 29 del r.d.l. n. 375/1936, le casse comunali di credito agrario e i monti di credito su pegno di seconda categoria che hanno effettuato il conferimento dell'intera azienda in una o più società per azioni aventi per oggetto l'attività svolta dall'ente conferente) e gli enti trasformati in associazioni o in fondazioni di cui al d.lgs. n. 509/1994 (enti gestori di forme obbligatorie di previdenza ed assistenza) e al d.lgs. n. 103/1996 (enti gestori sistemi previdenziali lavoratori autonomi), che non usufruiscono di alcun finanziamento o ausilio pubblico, si osserva quanto segue.

La disposizione richiamata fa esplicito riferimento a enti privatizzati (enti creditizi ed enti gestori di sistemi previdenziali) diversi da quello oggetto della presente nota sottraendoli ex lege dalla categoria degli organismi di diritto pubblico, quand'anche ne soddisfacessero i requisiti, ai fini

dell'applicazione del Codice dei contratti, a meno che usufruiscano di finanziamenti pubblici o di altri ausili pubblici di carattere finanziario. Ovvero, di fatto, per detta categoria di enti, l'art. 1, comma 10-ter esclude la rilevanza del controllo della gestione e della nomina dei componenti degli organismi di amministrazione, direzione o vigilanza da parte di Stato ed altri enti pubblici ai fini dell'integrazione del requisito della "dominanza pubblica",.

Come è noto, la norma ha destato perplessità perché in contrasto con l'orientamento giurisprudenziale, nazionale e comunitario, secondo il quale l'elemento della "dominanza pubblica" è rinvenibile nel finanziamento pubblico anche nel caso (tipicamente proprio degli enti gestori di forme obbligatorie di previdenza ed assistenza) in cui l'ente benefici della contribuzione obbligatoria di tipo solidaristico, posta a carico degli iscritti, in quanto si realizzerebbe una forma indiretta di concorso finanziario dello Stato, nonché con il diritto comunitario, poiché l'Allegato III della direttiva 18/2004 include gli "enti che gestiscono forme obbligatorie di previdenza e di assistenza" nella categoria degli organismi di diritto pubblico (TAR Lazio, sez.III-bis, 4 agosto 2010 n. 30034).

A fronte di tali contraddizioni l'Autorità ha quindi ritenuto opportuna l'adozione di un atto di segnalazione al Governo ed al Parlamento nel quale rilevare che l'articolo in esame può comportare difficoltà applicative, dal momento che le casse previdenziali, ove ricorrano i requisiti comunitari, non possono che essere qualificate come organismi di diritto pubblico e che un atto normativo interno non può costituire implicita modifica a disposizioni trasposte da direttive comunitarie.

Nelle more di eventuali interventi modificativi da parte del legislatore, è possibile comunque osservare che l'art. 1, comma 10-ter, del d.l. n. 162/2008 introduce, a beneficio degli enti in esso identificati, un'eccezione rispetto alla disciplina derivante dal combinato disposto degli articoli 3, commi 25 e 26 e 32, comma 1, lett. a) del d.lgs. n. 163/2006 che e, pertanto, in quanto norma eccezionale, deve intendersi insuscettibile di applicazione analogica nei confronti di enti diversi da quelli tassativamente ivi indicati (art. 14 delle preleggi).

Avv. Giuseppe Busia