

AG 18/14

21 maggio 2014

Oggetto: Richiesta di parere - Federazione Ordini Farmacisti Italiani - Qualificazione degli Ordini professionali come organismi di diritto pubblico - Sentenza della Corte di Giustizia Europea nella causa C-526/11 del 12 settembre 2013

Con nota acquisita al prot. n. 27025 in data 26 febbraio 2014, la Federazione Ordini Farmacisti Italiani ha inoltrato all'Autorità una richiesta di parere in merito alla qualificazione degli ordini professionali a seguito della sentenza del 12 settembre 2013 (nella causa C-526/11), con la quale la Corte di Giustizia Europea, decidendo sulla domanda di pronuncia pregiudiziale relativa all'interpretazione dell'articolo 1, paragrafo 9, secondo comma, lettera c), della Direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, è pervenuta a dichiarare che "un organismo, come un ordine professionale di diritto pubblico, non soddisfa né il criterio relativo al finanziamento maggioritario da parte dell'autorità pubblica, quando tale organismo è finanziato in modo maggioritario dai contributi versati dai suoi membri, il cui importo è fissato e riscosso in base alla legge dallo stesso organismo, nel caso in cui tale legislazione non stabilisca la portata e le forme delle attività che tale organismo deve svolgere nell'ambito dell'esercizio delle sue funzioni istituzionali che tali contributi sono destinati a finanziare, né il criterio relativo al controllo della gestione da parte dell'autorità pubblica, per il solo fatto che la decisione con cui lo stesso organismo fissa l'importo dei suddetti contributi deve essere approvata da un'autorità di controllo".

Nell'opinione dell'istante, pertanto, la Federazione nonché gli ordini professionali che la stessa riunisce non sarebbero qualificabili come organismi di diritto pubblico ai sensi dell'art. 3, co. 26 e, conseguentemente, non rientrerebbero nel novero delle amministrazioni aggiudicatrici tenute all'applicazione del Codice dei contratti pubblici, secondo la norma di cui all'art. 32, co. 1, lett. a) del D.lgs. n. 163/2006, poiché non soddisfano nessuno dei requisiti alternativi indicati nella lettera c) della disposizione comunitaria richiamata sopra. In particolare, continua l'istante, la Federazione non riceve alcuna forma di finanziamento diretto o indiretto a carico della finanza pubblica, vivendo esclusivamente dei contributi versati dagli iscritti e deliberati in piena autonomia; non è soggetta a controllo da parte dell'autorità pubblica "che non può influenzare le decisioni federali" e, da ultimo, è dotata di un organo di amministrazione che non prevede la presenza di soggetti designati dall'autorità pubblica.

Allo scopo di rafforzare le argomentazioni a supporto dell'esclusione dal novero degli organismi di diritto pubblico la Federazione richiama la disposizione di cui all'art. 2, co. 2 e 2-bis del D.L. n. 101/2013, convertito dalla legge n. 125/2013, recante "Disposizioni urgenti per il perseguimento di obiettivi di razionalizzazione nelle pubbliche amministrazioni", dalla quale è possibile evincere l'obbligo per gli ordini, i collegi professionali, i relativi organismi nazionali e gli enti aventi natura associativa di adeguarsi, con propri regolamenti e tenendo conto delle relative peculiarità, ai principi del decreto legislativo n. 165/2001 e ai principi generali di razionalizzazione della spesa, in quanto non gravanti sulla finanza pubblica.

Conclude la propria istanza, infine, chiedendo all'Autorità, oltre che al Ministero della pubblica amministrazione e semplificazione e al Ministero della salute, "di fornire indicazioni condivise sulle conseguenze operative per gli ordini professionali derivanti dalla non applicabilità del D.lgs. 163/2006, di recepimento della Direttiva 2014/18/CE in materia di appalti pubblici, a seguito della sopra richiamata sentenza della Corte di giustizia europea".

Nell'Adunanza del 21 maggio 2014 il Consiglio dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, oggi soppressa ai sensi dell'art. 19, D.l. 24 giugno 2014, n. 90, ha adottato le seguenti determinazioni, che - con la presente - vengono integralmente rimesse al richiedente.

Il tema proposto dalla Federazione attiene alla riconducibilità della medesima e degli ordini dei farmacisti nella categoria degli organismi di diritto pubblico di cui all'art. 3, comma 26, del Codice dei contratti pubblici, che richiede il possesso di tre requisiti aventi carattere cumulativo, in ossequio alla costante giurisprudenza della Corte (sentenza 10 aprile 2008, causa C-393/06): (i) personalità giuridica; (ii) essere istituito per soddisfare esigenze di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale; (iii) dominanza pubblica, ovvero, alternativamente, attività finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, gestione sottoposta al controllo di tali soggetti, organismi di amministrazione, direzione o vigilanza costituiti in misura non inferiore alla metà da componenti designati dai medesimi soggetti. La natura di organismo di diritto pubblico, quindi, è riconosciuta nel caso della compresenza di tre elementi: la personalità giuridica dell'organismo; lo svolgimento di attività di interesse generale a carattere non industriale e commerciale; l'influenza esercitata dallo Stato, da enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, secondo indici alternativamente sufficienti a integrare tale requisito.

Considerando pacifica la ricorrenza dei primi due requisiti, l'indagine più accurata si deve

soffermare in modo particolare sull'ulteriore requisito della c.d. dominanza pubblica, che sembrerebbe essere stato escluso dalla Corte di giustizia quanto alle prime due delle tre forme di espressione elencate all'articolo 1, par. 9, co. 2, lett. c) della Direttiva 2004/18/CE nella fattispecie esaminata riguardante un ordine professionale di diritto pubblico.

In linea generale, vale la pena ricordare che esso ricorre qualora sia presente, alternativamente, uno dei seguenti requisiti, consistenti tutti in una stretta dipendenza dall'autorità pubblica: il soggetto riceve, anche indirettamente, in modo maggioritario, finanziamenti pubblici per l'espletamento della propria attività;

il soggetto è sottoposto a controllo pubblico, ossia a un controllo sulla gestione idoneo a determinare un'influenza pubblica penetrante sull'attività dell'ente controllato, con poteri di verifica sull'esattezza, sull'economicità e sulla redditività dell'amministrazione;

i suoi organi di amministrazione, di direzione o di vigilanza siano costituiti da membri più della metà dei quali sia designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

Per quanto riguarda, innanzitutto, il primo criterio enunciato, relativo al finanziamento maggioritario da parte dell'autorità pubblica, la Corte europea ha chiarito come lo stesso indichi un trasferimento di risorse finanziarie effettuato senza specifico corrispettivo, al fine di sostenere le attività dell'ente in questione, aggiungendo, inoltre, che include le modalità di finanziamento indiretto, configurabile attraverso un contributo previsto ed imposto dalla legge con riferimento al suo presupposto e al suo importo, che non costituisce corrispettivo del godimento effettivo dei servizi forniti dall'organismo in questione. A questo proposito, "il fatto che da un punto di vista formale, un organismo fissi autonomamente l'importo dei contributi che assicurano il suo finanziamento maggioritario, non esclude l'esistenza di un finanziamento indiretto che soddisfa il suddetto criterio" (cfr. Sent. 12/9/2013 cit., par. 22-25).

Questa è anche l'interpretazione sostenuta da questa Autorità nell'Atto di segnalazione del 26/1/2011, inoltrato ai sensi dell'art. 6, co. 7, lett. e) ed f) del D.lgs. n. 163/2006 a proposito della qualificazione come organismi di diritto pubblico degli enti previdenziali privatizzati, che in supposto contrasto con le previsioni specifiche della Direttiva 2004/18/CE sarebbero esclusi espressamente dalla categoria in esame in virtù della norma di cui all'art. 1, co. 10-ter, del d.l. n. 162/2008 sotto la condizione di non usufruire di finanziamenti pubblici o altri ausili pubblici di carattere finanziario con conseguenti possibili dubbi interpretativi e difficoltà applicative. In tale occasione l'Autorità ha ritenuto di richiamare espressamente un precedente della Corte di giustizia (Sez. IV, 11/06/2009, Sentenza C-300/07, relativamente alla fattispecie delle casse pubbliche di assicurazione malattia), in base al quale "l'art. 1, n. 9, secondo comma, lett. c), prima alternativa, della direttiva 2004/18 deve essere interpretato nel senso che sussiste finanziamento maggioritario da parte dello Stato quando le attività di casse pubbliche di assicurazione malattia sono finanziate in via principale mediante contributi, a carico degli affiliati, imposti, calcolati e riscossi in base a norme di diritto pubblico come quelle oggetto della causa principale".

Anche nel parere sulla normativa AG 41/10, esaminando la fattispecie delle Ipab trasformate in fondazioni, questa Autorità ha ribadito le proprie perplessità su una interpretazione dell'elemento della "dominanza pubblica" e, nello specifico, del finanziamento indiretto da parte dell'autorità pubblica, che non ricomprendesse l'ipotesi in cui l'ente benefici della "contribuzione obbligatoria di tipo solidaristico, posta a carico degli iscritti" (cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III bis, sent. 4/8/2010 n. 30034).

La decisione della Corte europea, cui si riferisce la Federazione, sembra effettivamente spingersi ancora più oltre nell'interpretazione del criterio qui in esame, cioè quello del finanziamento maggioritario da parte dell'autorità pubblica, nel senso di escluderne la ricorrenza anche nell'ipotesi della esclusiva contribuzione solidaristica posta a carico dei suoi membri in base alla legge, "nel caso in cui tale legislazione non stabilisca la portata e le forme delle attività che tale organismo deve svolgere nell'ambito dell'esercizio delle sue funzioni istituzionali che tali contributi sono destinati a finanziare", situazione nella quale ritiene di poter essere inquadrata la Federazione istante in quanto asseritamente "dotata di piena autonomia nel determinare la natura, la portata e le modalità di esercizio delle attività che intraprende nello svolgimento delle proprie funzioni e, dunque, nel fissare le risorse finanziarie necessarie a tale scopo".

Ferma ed incontestata la natura di enti pubblici non economici degli ordini professionali, anche in considerazione dell'importanza dei molteplici compiti, quali ad esempio la tenuta degli albi, la funzione disciplinare, la vigilanza sulla condotta degli iscritti, affidati ai consigli degli stessi ordini nell'interesse dei professionisti e di quello statale in generale (Cass. Civ. SS.UU., Ord. 12/3/2008, n. 6534; Cons. St., sez. III, 11/6/2010, n. 139), resta, pertanto, da verificare se, alla luce della nuova interpretazione fornita dalla Corte di giustizia risulti tuttora integrato il requisito della c.d. dominanza pubblica, in almeno uno dei tre criteri alternativi.

Dalla lettura della legge istitutiva, il D.lgs. C.P.S. 13/9/1946, n. 233, gli Ordini delle professioni sanitarie sono istituiti in ogni provincia ed eleggono tra gli iscritti all'albo il Consiglio direttivo, a cui sono attribuite fondamentali funzioni di rilevanza pubblica, come la compilazione e la tenuta dell'albo dell'Ordine e del Collegio, la vigilanza sul decoro e sull'indipendenza dell'Ordine e del Collegio, la designazione dei rappresentanti dell'Ordine dell'Ordine e del Collegio, la promozione di iniziative di facilitazione del progresso culturale degli iscritti, il concorso alle autorità locali nello studio e nell'attuazione dei provvedimenti d'interesse, l'esercizio dell'azione disciplinare nei confronti degli iscritti, l'intervento nelle controversie relative ai rappresentati (cfr. articolo 3). Il Consiglio, inoltre, amministra i beni, anche tramite la predisposizione del bilancio preventivo e del

conto consuntivo ed “entro i limiti strettamente necessari a coprire le spese dell’Ordine o del Collegio, stabilisce una tassa annuale, una tassa per l’iscrizione nell’albo, nonché una tassa per il rilascio dei certificati e dei pareri per la liquidazione degli onorari” (cfr. articolo 4).

La legge istitutiva sembra, quindi, elencare le peculiari attribuzioni degli Ordini professionali e, per essi, dei rispettivi Consigli, pur senza arrivare a definirne con esattezza le forme, come del resto è connotato ad una fonte normativa primaria; potrebbe a tal proposito ritenersi che essendo precisamente individuate le funzioni, tutte di rilevanza pubblica dell’ente in esame, ne siano di conseguenza anche delineate la portata e le forme tipiche; ma l’elemento che sembra ricorrere senza incertezze nella fattispecie in questione è, che, pertanto, consentirebbe comunque di ascrivere alla categoria di organismo di diritto pubblico l’Ordine professionale dei farmacisti e la stessa Federazione nazionale sembra costituito dal controllo sulla gestione da parte dell’autorità pubblica.

L’articolo 6 del provvedimento in esame, infatti, evidenzia numerosi momenti di ingerenza e di intervento dello Stato nell’attività gestionale, amministrativa e contabile degli ordini professionali riconducibili alla nozione di controllo di cui alla definizione contenuta nell’articolo 1, par. 9, co. 2, lett. c) della Direttiva 2004/18/CE, come la possibilità di scioglimento del Consiglio direttivo e la nomina di una Commissione da parte del Ministro della salute, quando non sia in grado di funzionare regolarmente o, su proposta delle rispettive Federazioni nazionali, nelle ipotesi di morosità nel pagamento del contributo e di reiterata inosservanza dei deliberati delle Federazioni nazionali nell’ambito del coordinamento e della promozione dell’attività dei singoli Ordini o Collegi (cfr. art. 36, d.P.R. 15/4/1950, n. 221). Il riferimento è anche alla Commissione centrale per gli esercenti le professioni sanitarie, nominata con decreto del Capo dello Stato, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministro della giustizia, presso il Ministero della salute, con competenza a decidere i ricorsi avverso gli atti adottati dai Comitati centrali di ogni Federazione e ad esercitare il potere disciplinare nei confronti dei membri degli stessi Comitati (cfr. art. 17, d.lgs.C.P.S. 13/9/1946, n. 233). Ulteriore manifestazione dell’ingerenza dell’autorità pubblica è rappresentata dalla comunicazione dei regolamenti interni degli Ordini o Collegi nonché delle Federazioni al Ministro della salute, che nel termine di tre mesi può, con decreto motivato, disporre l’annullamento per vizi di legittimità (cfr. art. 35, d.P.R. n. 221/1950).

Alla luce delle precedenti considerazioni, pertanto, ammesso e non concesso che “la portata e le forme delle attività” che gli Ordini dei farmacisti devono svolgere nell’ambito dell’esercizio delle proprie funzioni istituzionali finanziate mediante contributi degli iscritti siano da considerarsi, nella fattispecie concreta, non stabiliti dal legislatore secondo la specifica interpretazione da ultimo fornita dall’art. 1, paragrafo 9, co. 2, lettera c) della Direttiva 2004/18/CE dalla Corte di Giustizia, nondimeno appare in concreto interamente soddisfatto il criterio alternativo del controllo sulla gestione da parte dell’autorità pubblica, tanto da indurre a ritenere la Federazione degli ordini dei farmacisti italiani e gli Ordini stessi comunque ascrivibili alla categoria degli organismi di diritto pubblico, ai sensi dell’art. 3, comma 26 del Codice dei contratti pubblici e, come tali, soggetti alle norme sull’evidenza pubblica in materia di attività contrattuale.

L’ulteriore argomento fornito dalla Federazione istante, infine, relativo all’obbligo imposto dall’art. 2, del D.L. 31/8/2013, n. 101 (“Disposizioni urgenti per il perseguimento di obiettivi di razionalizzazione nelle pubbliche amministrazioni”) agli Ordini, ai Collegi professionali ed ai relativi organismi nazionali di adeguarsi con propri regolamenti, tenendo conto delle relative peculiarità, ai principi del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. n. 165, non sembra avere influenza sulla questione in esame, poiché riguarda esclusivamente la materia del personale, così come non vale ad escludere la qualificazione come organismo di diritto pubblico di un ente la circostanza, ugualmente richiamata dall’istante, - peraltro espressamente affermata con la decisione n. 21226 del 14/10/2011 della Suprema Corte di Cassazione - di non beneficiare di alcun contributo pubblico, circostanza che al più conduce ad escludere la sottoposizione al controllo di gestione della Corte dei conti.

Il Direttore Generale: Lorenza Ponzone