



## PRESIDENTE

Alla Fondazione di Modena  
[... OMISSIS ...]

PEC: [direzione@pec.fondazioneDIMODENA.it](mailto:direzione@pec.fondazioneDIMODENA.it)

Fasc. Anac n. 3796/2021

### Oggetto

"Procedura aperta, retta dal diritto civile, per l'affidamento dei "Lavori di riqualificazione del Complesso Edilizio Ex Ospedale Sant'Agostino a Modena – 1° Stralcio Lotto A, 1° Stralcio Lotto B e 2° Stralcio Lotto B" - Importo dell'appalto € 25.637.906,15. Comunicazione definizione della segnalazione. Attuazione deliberazione consiliare del 20 ottobre 2021

Con riferimento alla procedura in oggetto, a fronte delle segnalazioni acquisite al prot. n. 51415 del 30.06.2021 ed al prot. n. 52991 del 07.07.2021, con comunicazione prot. n. 69638 del 27.09.2021 l'Autorità ha richiesto a codesta Fondazione di fornire specifiche controdeduzioni in ordine ai rilievi formulati, facendo conoscere e motivando la mancata riconducibilità di codesta Fondazione alla categoria di "organismo di diritto pubblico", nonché alla mancata applicazione delle norme di cui al d.lgs. 50/2016. Con comunicazione acquisita al prot. n. 73766 del 12.10.2021 è pervenuto il riscontro di codesto Ente, con il quale si forniscono elementi motivazionali in ordine alla esclusione della Fondazione di Modena e delle Fondazioni di origine bancaria dal novero degli organismi di diritto pubblico.

In particolare sotto il profilo sostanziale, al di là delle considerazioni inerenti al profilo teleologico della soddisfazione di esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale, codesta Fondazione rileva l'assenza degli indici della influenza pubblica di cui all'art. 3, lett. d), n. 3 del d.lgs. n. 50/2016, nella parte in cui si richiede, per la configurazione dell'organismo di diritto pubblico, che *"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"*.

A tale riguardo, è stato precisato in primo luogo che *"La Fondazione non è né ordinariamente né straordinariamente finanziata da alcun soggetto rientrante nell'ambito delle amministrazioni pubbliche"*. Relativamente al profilo concernente la *"soggezione della gestione al controllo dei soggetti di cui alla lettera a)"* del medesimo art. 3, riferibile alle "amministrazioni aggiudicatrici", codesta Fondazione ha dato evidenza che *"Non sussiste neanche il controllo della gestione da parte di enti pubblici, in quanto i pubblici poteri non hanno alcuna capacità di influire sulla politica di gestione della Fondazione o di determinare"*

*un condizionamento delle sue decisioni. L'attività di vigilanza del MEF non è un controllo ex ante, che include la capacità di indirizzare e determinare le decisioni fondamentali del soggetto controllato, ma solo a posteriori e di legittimità, come chiarito dalla Corte costituzionale nella richiamata sentenza n. 301/2003, finalizzato al rispetto di regole e parametri tecnici che salvaguardano l'autonomia gestionale dei soggetti destinatari del controllo'.*

Tale aspetto si ritiene condivisibile, risultando chiarito dalla Corte Costituzionale nella citata pronuncia, in merito al controllo esercitato dal MEF sulle Fondazioni Bancarie, che *"In proposito, è sufficiente considerare che il potere di indirizzo è essenzialmente diverso da quello di controllo di cui è titolare l'Autorità di vigilanza, essendo il primo un potere conformativo dell'attività delle fondazioni, il secondo un potere di verifica della corrispondenza di tale attività a determinati parametri preventivamente fissati"*, potendosi assumere, sulla scorta di tali considerazioni, in linea generale, l'inidoneità del controllo di cui all'art. 10, comma 2 del d.lgs. 17.5.1999, n. 153, a soddisfare il requisito di soggezione della gestione delle Fondazioni Bancarie alle verifiche del Ministero deputato.

Riguardo alla *"designazione, sempre da parte degli stessi soggetti di cui alla lettera a), di almeno metà dei componenti dell'organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza"*, prospettata nell'esposto, codesta Fondazione rileva che *"tanto la dottrina quanto la giurisprudenza hanno individuato nelle designazioni lo strumento per esercitare un'"influenza pubblica", nel presupposto che ci sia un rapporto di rappresentanza fra ente pubblico designante e membro designato, di modo che il secondo rappresenti il primo e sia portatore della sua volontà e sia sottoposto al suo potere di revoca"*.

A tale riguardo, si osserva che l'art. 4, comma 2 del citato d.lgs. 153/99 prevede che *"I componenti dell'organo di indirizzo non rappresentano i soggetti esterni che li hanno nominati né ad essi rispondono"*, potendosi ritenere, come rilevato da codesta Fondazione, che *"Nel caso delle FOB e, quindi, di Fondazione di Modena, la designazione non produce alcun potere di rappresentanza come dispone l'art. 4, comma 2 del d.lgs. n. 153/99....."*.

Tali considerazioni, destinate a valere anche in ambito generale per la qualificazione delle Fondazioni Bancarie, risulterebbero avvalorate dal MEF, il quale ha rappresentato, come precisato da codesta Fondazione di Modena, che *"Le Fondazioni di origine bancaria sono soggetti indipendenti dagli enti designanti, compresi gli enti locali, con i quali non hanno alcun rapporto di strumentalità o vincoli funzionali ed organici, da ultimo con lettera prot. DT 34625 - 27/04/2017"*.

Infine, ad ulteriore conferma di quanto osservato, si richiama la disposizione di cui all'art. 1, comma 10-ter, del d.l. 162 del 2008, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, L. 22 dicembre 2008, n. 201 e s.m.i., secondo cui *"Ai fini della applicazione della disciplina di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, non rientrano negli elenchi degli organismi e delle categorie di organismi di diritto pubblico gli enti di cui al decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153, e gli enti trasformati in associazioni o in fondazioni, sotto la condizione di non usufruire di finanziamenti pubblici o altri ausili pubblici di carattere finanziario, di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 30 giugno 1994, n. 509, e di cui al decreto legislativo 10 febbraio 1996, n. 103, fatte salve le misure di pubblicità sugli appalti di lavori, servizi e forniture. La condizione prevista dal periodo precedente deve intendersi non realizzata nel caso di contribuzione obbligatoria prevista per legge a carico degli iscritti delle associazioni o fondazioni"*.

Tale previsione di legge, in assenza di finanziamento pubblico, avvalora l'esclusione delle Fondazioni Bancarie dal novero degli organismi di diritto pubblico, in quanto non assoggettate alla *"influenza pubblica dominante"*, richiesta ai fini dell'applicazione del citato art. 3, comma 1, lett. d) del d.lgs. 50/2016.

Peraltro, nel dettaglio della procedura in esame, va osservato che il relativo bando risulta pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 24.05.2021, nonché inviato alla G.U.U.E. il 20.05.2021, in ossequio a quanto previsto dal citato decreto legge 162/2008, come convertito in legge.

Alla luce di quanto esposto e dei principi ivi richiamati, non ritenendo sussistenti tutti i requisiti per la configurabilità, in capo a codesta Fondazione, della qualifica di organismo di diritto pubblico, si comunica l'assenza dei presupposti per la prosecuzione dell'istruttoria, non ravvisandosi elementi ostativi alla conclusione della procedura di affidamento intrapresa da codesta Fondazione.

*Il Presidente*

Avv. Giuseppe Busia

*Atto firmato digitalmente il 20 ottobre 2020*