

Alla Fondazione Pia Unione Ss. Annunziata

AG 29/14

21 maggio 2014

Oggetto : quesito acquisito al prot. gen. AVCP n. 34485 del 17/03/2014 - Fondazione Pia Unione Ss. Annunziata - Ente derivante da privatizzazione ex Ipab - Natura giuridica di organismo di diritto pubblico - Non sussiste.

Con nota acquisita al protocollo n. 34485, in data 17 marzo 2014, la Fondazione Pia Ss. Annunziata ha sottoposto all'Autorità una richiesta di parere sulla natura giuridica dell'ente medesimo, fondazione di diritto privato, che trae origine da una unione di confraternite di matrice religiosa, costituita da laici, riconosciuta come IPAB e successivamente privatizzata ai sensi del D.lgs 4 maggio 2001, n. 207, recante "Riordino del sistema delle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza, a norma dell'articolo 10 della legge 8 novembre 2000, n. 328".

In particolare, specifica il richiedente che, a seguito del processo di privatizzazione avviato con D.lgs 207/2001, la Pia Unione si è trasformata in Fondazione di diritto privato; che il Decreto del Presidente della Giunta Regionale del Molise n. 367 del 28.12.2009 ha conferito all'ente la personalità giuridica di diritto privato; che, successivamente, la Fondazione è stata iscritta nel registro regionale delle persone giuridiche private. Precisa, inoltre, il richiedente, allegando lo Statuto della fondazione, che questo documento attesta la mancanza di scopo di lucro e il perseguimento di finalità di solidarietà sociale. Afferma inoltre che il patrimonio della Fondazione è costituito da beni immobili, acquisiti in virtù di lasciti testamentari da parte degli aderenti e che la fondazione trae in via esclusiva le risorse per il proprio funzionamento da tali beni. Il richiedente attesta altresì che la fondazione è amministrata da un consiglio di amministrazione, composto da cinque membri, di cui uno di nomina regionale, uno di nomina comunale, uno di nomina vescovile, uno nominato dalla Caritas e uno nominato dalla Associazioni di volontariato operanti sul territorio in ambito sociale. A parere del richiedente mancherebbe la cd dominanza pubblica, requisito al ricorrere del quale sarebbe integrata la figura dell'organismo di diritto pubblico, non essendo i componenti del consiglio di amministrazione nominati in misura maggioritaria nel consesso medesimo (soltanto due sono di nomina pubblica). A sostegno, argomenta il richiedente che il soggetto de quo non rientrerebbe nella categoria dell'organismo di diritto pubblico in virtù dell'articolo 1, comma 10-ter del d.l. 23/10/2008, n. 162, per espressa previsione del legislatore.

Poste queste premesse, il richiedente domanda all'Autorità di accertare ed eventualmente confermare che la fondazione non sia obbligata ad applicare la disciplina contrattuale pubblica ai fini dell'affidamento di appalti di lavori, servizi e forniture. Ritenuto il quesito meritevole di approfondimenti, è stato avviato il procedimento istruttorio, all'esito del quale, 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 trasmesse.

Con riferimento alla richiesta di parere in oggetto, si rappresenta che l'Autorità si è espressa sulla materia delle fondazioni derivanti da privatizzazioni di enti ex Ipab, con Parere sulla normativa 10 febbraio 2011, rif. AG 41/2010 e con un Atto di segnalazione al Governo e al Parlamento del 26 gennaio 2011, recante "Attribuzione alle casse previdenziali privatizzate della qualifica di organismi di diritto pubblico Segnalazione ai sensi dell'articolo 6, comma 7, lett. e) ed f) del decreto legislativo n. 163 del 12 aprile 2006)", volto a segnalare le problematiche interpretative e applicative della formulazione originaria dell'articolo 1, comma 10-ter del d.l. 23 ottobre 2008, n. 162.

La norma destava perplessità perché apparentemente in contrasto con l'orientamento giurisprudenziale, nazionale e comunitario, secondo il quale l'elemento della "dominanza pubblica" sarebbe rinvenibile nel finanziamento pubblico anche nel caso (tipico degli enti gestori di forme obbligatorie di previdenza ed assistenza) in cui l'ente beneficiasse della contribuzione obbligatoria di tipo solidaristico, posta a carico degli iscritti, in quanto si sarebbe realizzata una forma indiretta di concorso finanziario dello Stato (TAR Lazio, sez.III-bis, 4 agosto 2010 n. 30034); nonché in contrasto 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. In accoglimento della segnalazione al Governo e Parlamento, deve darsi atto che è stato adottato il D.L. 6 luglio 2011 n. 98 che ha innovato la normativa, introducendo nel comma *de quo* un nuovo periodo, di tal ché l'attuale formulazione definitiva della norma recita ad oggi come segue. "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 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 (...) 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".

Premesso che pare che l'articolo *de quo* si applichi alle Ipab non in via diretta, ma soltanto in via analogica, in quanto tali enti non sono previsti nell'elenco allegato al dlgs 509/94, ma trattati - per la privatizzazione - nella l. 207/2001, di riordino delle ipab nell'ambito del sistema degli enti di cui alla

l. 328/2000, si osserva che l'art. 1, comma 10-ter, del d.l. n. 162/2008 sottrae alla disciplina di cui al d.lgs. 163/2006 - in quanto non annoverabili tra gli organismi di diritto pubblico - tra gli altri, gli enti previdenziali e assistenziali privatizzati (di cui al d.lgs. n. 509/1994), che non usufruiscono di alcun finanziamento o ausilio pubblico. E che, tuttavia, (questa è la parte innovativa della norma) la condizione di non usufruire di finanziamenti pubblici e altri ausili pubblici di carattere finanziario si intende non realizzata nel caso di contribuzione obbligatoria prevista per legge a carico degli iscritti. Ciò significa che ove vi sia una contribuzione obbligatoria prevista per legge, gli enti privatizzati sono *ipso facto* da considerarsi assoggettati al Codice, come organismi di diritto pubblico, ferma restando la verifica sulla sussistenza degli ulteriori requisiti di cui all'art. 3, co. 26 del Codice.

In tal senso, le novità introdotte dalla novella legislativa consentono di ritenere confermato quell'indirizzo dell'Autorità, che non includeva tout court dette istituzioni nel novero degli organismi di diritto pubblico, ma ne demandava la ricerca al caso concreto (AG 41/2010). Ciò in quanto, le caratteristiche degli organismi di diritto pubblico non paiono essere presenti *ipso facto* negli enti in questione, trattandosi di soggetti con personalità giuridica di diritto privato, con finalità socio assistenziali e non lucrative, con autonomia statutaria, contabile e finanziaria, operatività con criteri aziendali, nei quali tuttavia è incerto il requisito della dominanza pubblica.

Si tratta, pertanto, di verificare caso per caso la sussistenza dei tre requisiti, cumulativamente richiesti, dall'art. 3, comma 26, del d.lgs. n. 163/2006 ai fini del riconoscimento della qualifica di organismo di diritto pubblico: a) personalità giuridica; b) essere istituito per soddisfare esigenze di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale; c) 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 di specie, appare incontestata la sussistenza del requisito della personalità giuridica in virtù del Decreto del Presidente della Giunta regionale del Molise n. 367 del 28 dicembre 2009; appare, inoltre, indiscusso il requisito della fondazione di essere stata istituita per soddisfare esigenze di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale. Afferma infatti, la legge di riordino delle Ipab che "le istituzioni di cui al presente decreto legislativo, che operano prevalentemente nel campo socio assistenziale anche mediante il finanziamento di attività e interventi sociali realizzati da altri enti con le rendite derivanti dalla gestione del loro patrimonio, sono inserite nel sistema integrato di interventi e servizi sociali di cui all'articolo 22 della legge, nel rispetto delle loro finalità e specificità statutarie" (art. 2, D.Lgs. n. 207/2001).

Risulta, inoltre, da Statuto - e appare incontestato dal richiedente - che la fondazione opera senza scopo di lucro e per il perseguimento di finalità di solidarietà sociale. In tal senso, non sembra che possano sorgere dubbi sul fatto che la fondazione operi al fine di soddisfare esigenze di interesse generale, quali sono quelle assistenziali e sanitarie, e che queste siano prive del carattere industriale o commerciale.

Più incerto appare l'esito della valutazione della sussistenza del requisito della "dominanza pubblica", 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 elementi deducibili dalla pertinente normativa che ostino all'integrazione del requisito in esame che andrà pertanto accertato caso per caso.

Con riguardo al requisito della dominanza pubblica, il richiedente evidenzia che esso sembrerebbe non ricorrere in ragione della mancanza della maggioranza di nomina pubblica dei componenti nell'organo di amministrazione, nonché in ragione dell'art. 1, comma 10-ter del d.l. 162/2008. Tale elemento deve essere esaminato più approfonditamente. Come noto, il requisito della dominanza pubblica ricorre qualora si manifesti nell'ente una stretta dipendenza dall'autorità pubblica e dal suo controllo. In tal senso, esso può presentarsi 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. In altri termini, il finanziamento maggioritario ricorre quando il soggetto riceve, anche indirettamente, in modo maggioritario, finanziamenti pubblici per l'espletamento della propria attività; il soggetto è sottoposto a controllo pubblico, quando si riscontra 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; e infine quando 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.

Nel caso di specie, con riguardo al finanziamento maggioritario pubblico, la Corte di giustizia ha chiarito come questo indichi un trasferimento di risorse finanziarie effettuato senza specifico corrispettivo, al fine di sostenere le attività dell'ente in questione, aggiungendo, inoltre, che sono ivi incluse le modalità di finanziamento indiretto, configurabili 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 dall'Autorità nel sopra citato Atto di segnalazione sopra citato, nel quale si segnalava che - nella qualificazione come organismi di diritto pubblico degli enti previdenziali privatizzati - si insinuavano 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".

In tal senso, appare determinante verificare nel caso concreto - anche in senso negativo - se l'ente benefici della "contribuzione obbligatoria di tipo solidaristico, posta a carico degli iscritti" (cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III bis, sent. 4 agosto 2010 n. 30034).

A tal proposito, si riscontra che (art. 5) il patrimonio della fondazione deriva - tra l'altro - dai conferimenti in denaro effettuati da chiunque ed espressamente destinati al patrimonio, nonché da finanziamenti pubblici per la realizzazione dei fini di solidarietà sociale. Si nota, peraltro, all'art. 7, che riguarda l'adesione alla fondazione, è previsto che "possono ottenere la qualifica di "aderenti" le persone fisiche o giuridiche, pubbliche o private, e gli enti che, condividendo le finalità della fondazione, contribuiscono alla sopravvivenza della medesima e alla realizzazione dei suoi scopi mediante contributi in denaro, annuali o pluriennali, in misura non inferiore a quella stabilita, anche annualmente, dal Consiglio di amministrazione". Anche all'esito dell'esame in concreto dello Statuto pare potersi confermare che l'ente non riceve una contribuzione obbligatoria universale indiretta, ma rinviene le proprie forme di finanziamento nelle contribuzioni in denaro da parte dei soli aderenti e, in misura eventuale, nel finanziamento pubblico per la realizzazione dei propri fini, accanto a conferimenti di altra natura da parte di privati e del proprio patrimonio (art. 5).

Con riguardo alla verifica (che deve essere negativa) del presupposto 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, nonché del requisito del controllo sulla gestione non si ravvisano ulteriori, particolari sintomi di dominanza pubblica. Pare sufficiente osservare che lo Statuto della Fondazione prevede il Consiglio di amministrazione sia composto da cinque membri, di cui uno di nomina regionale, uno di nomina comunale, uno di nomina vescovile, uno nominato dalla Caritas e uno nominato dalle Associazioni di volontariato operanti sul territorio in ambito sociale (art. 12); non si ravvisano inoltre particolari poteri del Presidente, né vincoli di carattere pubblicistico sulla sua nomina (artt. 25 e 27). Se ne può ricavare che non risulta sussistere l'elemento della dominanza pubblica, perché sia integrata la qualità di organismo di diritto pubblico.

In conclusione, nel caso della Fondazione Pia Unione Ss. Annunziata, esaminati gli atti e i documenti depositati, si ritiene che la stessa non integri i caratteri dell'organismo di diritto pubblico e, pertanto, non sia un soggetto tenuto all'osservanza del Codice dei contratti pubblici, in quanto amministrazione aggiudicatrice.

Il Direttore Generale
Lorenza Ponzone