



DELIBERA N. 595 del 13 dicembre 2022

Oggetto

.....OMISSIS..... – art. 3, comma 1, lett. d) del d.lgs. 50/2016 – organismo di diritto pubblico - richiesta di parere

AG 10/2022

Riferimenti normativi

Art. 3, comma 1, lett. d), d.lgs. 50/2016

Parole chiave

Codice dei contratti pubblici - Contratti pubblici – Appalto – Amministrazione aggiudicatrice – Organismo di diritto pubblico – requisiti – dominanza pubblica - fondazione.

Il Consiglio dell’Autorità Nazionale Anticorruzione nell’Adunanza del 13 dicembre 2022

Premessa

Con nota prevenuta acquisita al prot. n. 62719 del 1 agosto 2022, laOMISSIS..... ha sottoposto all’attenzione dell’Autorità una richiesta di parere in ordine alla qualificabilità della richiedente come “organismo di diritto pubblico” ai sensi dell’art. 3, comma 1, lett. d) del d.lgs. 50/2016.

L’avviso dell’Autorità sulla questione sopra indicata, è richiesto in relazione alla realizzazione di un Parco Policentrico sul territorio diOMISSIS....., con ampliamento del Parco monumentale diOMISSIS..... attualmente esistente, mediante realizzazione di edifici ed aree dedicate.

Poiché tale intervento richiederà l’impiego di investimenti economicamente rilevanti, con affidamento dei lavori a terzi, la Fondazione ha necessità di comprendere se, a tali fini, sia obbligata ad applicare la disciplina dettata dal d.lgs. 50/2016, ove qualificabile come organismo di diritto pubblico.

Al riguardo la Fondazione ha rappresentato di essere stata istituita come ente privato ai sensi dell’art. 12 c.c., con atto pubblico in data 13 agosto 1960 e, con successivo d.p.r. del 18 luglio 1962, è stata eretta Ente Morale, con approvazione del relativo Statuto, successivamente aggiornato nel 2018.

Quanto ai requisiti richiesti ai fini della configurabilità di un soggetto giuridico quale organismo di diritto pubblico, la Fondazione ritiene sussistenti i requisiti della personalità giuridica e dell’istituzione della stessa per soddisfare interessi generali privi del carattere industriale o commerciale, trattandosi di fondazione istituita come ente culturale. Sembra, invece, non sussistere per la stessa il terzo requisito, relativo alla c.d. “dominanza pubblica”, posto che:

- L’attività della fondazione non sarebbe finanziata in modo maggioritario dallo Stato/enti pubblici, ma riceverebbe finanziamenti pubblici solo in minima parte. Per perseguire i propri fini, secondo le previsioni dello Statuto (artt. 3 e 4), oltre al patrimonio in possesso della Fondazione (costituito da beni immobili), la stessa ricorrerebbe alle rendite derivanti da terreni di proprietà, dall’apertura al pubblico e attività connesse del parco, da elargizioni di privati, associazioni ed enti.

- Dall'atto costitutivo e dallo Statuto non emergerebbero forme di controllo pubblico sulla gestione dell'attività della Fondazione, gestione che ai sensi dell'art. 14 è demandata al Comitato Direttivo.
- Non sussisterebbero inoltre disposizioni statutarie contemplanti la nomina di oltre la metà dei membri degli organi di amministrazione, di direzione o di vigilanza da parte degli enti pubblici. Ai sensi dell'art. 8 dello Statuto, infatti, nel Consiglio Generale, solo tre membri su ventuno complessivi, sono nominati da enti locali, quindi in misura inferiore alla metà.

Sulla base di quanto rappresentato, a parere della Fondazione, non sussisterebbero nel suo caso, gli elementi tipici dell'organismo di diritto pubblico ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. d) del d.lgs. 50/2016, con conseguente inapplicabilità della disciplina dettata dal Codice per l'acquisizione di beni e servizi.

Per quanto sopra la Fondazione ha chiesto all'Autorità di esprimere avviso sulla qualificabilità della stessa come organismo di diritto pubblico nei termini indicati.

Considerazioni

Al fine di rendere il richiesto parere, si evidenzia preliminarmente che i requisiti che connotano la figura dell'organismo di diritto pubblico, mutuati dalla nozione di derivazione comunitaria, sono così elencati nell'art. 3, comma 1, lett. d) del d.lgs. 50/2016: «1) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; 2) dotato di personalità giuridica; 3) 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».

Detti requisiti, come noto, devono sussistere cumulativamente, con la conseguenza che la mancanza anche di uno solo di essi non consente di qualificare l'ente come organismo di diritto pubblico e con la precisazione che il requisito dell'influenza dominante, descritto nel punto 3), della disposizione *de qua*, è integrato anche in presenza di uno soltanto dei presupposti ivi contemplati (ex multis CGE, Sez. IV, 3 febbraio 2021, cause riunite C 155/19 e C 156/19).

Occorre aggiungere a quanto sopra 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, pertanto, ai fini della verifica della sussistenza dei tre requisiti, è indifferente la forma di costituzione degli organismi interessati e il carattere di diritto privato di un organismo non costituisce un criterio atto ad escludere la sua qualificazione quale amministrazione aggiudicatrice ai sensi delle direttive appalti (Corte di giustizia sentenza del 15 maggio 2003, causa C-214/00).

Nel caso di specie non è messa in discussione la ricorrenza, in capo alla Fondazione richiedente, dei primi due requisiti indicati nell'art. 3, comma 1, lett. d), del d.lgs. 50/2016, posto che – secondo quanto rappresentato nell'istanza – la stessa è dotata di personalità giuridica e, quanto al requisito teleologico, persegue finalità di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale, trattandosi di Fondazione istituita come ente culturale e che, secondo le previsioni dello Statuto, persegue scopi «di carattere essenzialmente educativo ed istruttivo, culturale ed artistico», come elencati all'art. 2 del predetto documento.

Sarebbe dubbia, invece, la ricorrenza, per la Fondazione, del terzo requisito dell'organismo di diritto pubblico, c.d. della "dominanza pubblica" che, come noto, ricorre qualora si manifesti nell'ente una stretta dipendenza dall'autorità pubblica e dal suo controllo.

Si tratta di un requisito che – secondo l'avviso l'Autorità – «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» (parere AG 3/2021).

Più in dettaglio, in relazione al primo dei requisiti sopra indicati, costituito nel finanziamento maggioritario dell'attività ad opera di un soggetto pubblico, sembra utile evidenziare che la direttiva 2014/24/UE in ordine alla figura dell'organismo di diritto pubblico, ha chiarito al considerando 10) che «la giurisprudenza ha anche esaminato la condizione relativa all'origine del finanziamento dell'organismo in questione, precisando, tra l'altro, che per «finanziati in modo maggioritario» si intende per più della metà e che tale finanziamento può includere pagamenti da parte di utenti che sono imposti, calcolati e riscossi conformemente a norme di diritto pubblico».

Già in precedenza, infatti, la Corte di Giustizia CE ha avuto modo di chiarire che per "finanziamento" rilevante occorre *intendere le sole erogazioni concesse da un'amministrazione aggiudicatrice senza alcun vincolo di sinallagmaticità rispetto ad una controprestazione posta a carico del soggetto ricevente*. Ciò in quanto in relazione al «criterio enunciato all'articolo 1, paragrafo 9, secondo comma, lettera c), della direttiva 2004/18, relativo al finanziamento maggioritario da parte dell'autorità pubblica, la nozione di finanziamento indica un *trasferimento di risorse finanziarie effettuato senza specifico corrispettivo, al fine di sostenere le attività dell'ente in questione* (v., in relazione alle disposizioni analoghe precedenti alla direttiva 2004/18, sentenza del 3 ottobre 2000, University of Cambridge, C-380/98, Racc. pag. I-8035, punto 21)». Inoltre, secondo un'interpretazione funzionale, deve ritenersi che «il criterio relativo al finanziamento maggioritario da parte dell'autorità pubblica include le modalità di finanziamento indirette. 24 Un finanziamento del genere può essere effettuato attraverso un contributo previsto e 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 da parte dei soggetti passivi, e le cui modalità di riscossione derivano dai pubblici poteri (v., in tal senso, sentenza Bayerischer Rundfunk e a., cit., punti 41, 42, 44, 45, e da 47 a 49)» (CGE, 12 settembre 2013 nella causa C-526/11).

Quanto al valore da considerare per qualificare come "prevalente" il finanziamento fornito dal soggetto pubblico, la giurisprudenza europea ha chiarito *che il finanziamento deve essere superiore al cinquanta per cento nell'ambito dell'esercizio finanziario* (CGE, sentenza del 3.10.2000, causa C-380/1998). Tale espressione corrispondente a "più della metà", dovendosi quindi applicare un criterio quantitativo che tenga in considerazione tutte le entrate percepite dall'ente.

Anche l'Autorità, in coerenza con l'indirizzo giurisprudenziale richiamato, ha osservato che «Per quanto riguarda ... 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 (...)

In relazione al requisito relativo al controllo pubblico dell'ente, la Corte di Giustizia CE ha chiarito che «i criteri alternativi figuranti all'articolo 2, paragrafo 1, punto 4, lettera c), della direttiva 2014/24, ... , rispecchiano tutti la stretta dipendenza di un organismo nei confronti dello Stato, delle autorità regionali o locali o di altri

organismi di diritto pubblico, e che, per quanto riguarda più precisamente il criterio relativo alla vigilanza sulla gestione, una vigilanza siffatta si basa sulla constatazione di un controllo attivo sulla gestione dell'organismo in questione idoneo a creare una dipendenza di quest'ultimo nei confronti dei poteri pubblici, equivalente a quella che esiste allorché è soddisfatto uno degli altri due criteri alternativi, ciò che può consentire ai poteri pubblici di influire sulle decisioni del suddetto organismo in materia di appalti pubblici (v., in tal senso, sentenza del 27 febbraio 2003, Adolf Truley, C-373/00, EU:C:2003:110, punti 68, 69 e 73 nonché la giurisprudenza ivi citata). 51 Pertanto, in linea di principio, un controllo a posteriori non soddisfa tale criterio, in quanto esso non consente ai poteri pubblici di influire sulle decisioni dell'organismo in questione in tale settore (v., in tal senso, sentenza del 12 settembre 2013, IVD, C-526/11, EU:C:2013:543, punto 29 e la giurisprudenza ivi citata)» (CGE, 3 febbraio 2021 cause riunite C-155/19 e C-156/19 cit.).

Dunque secondo i chiarimenti del giudice comunitario, la nozione di «controllo sulla gestione», è da intendersi come un controllo attivo sulla gestione dell'organismo vigilato, idoneo a creare una dipendenza di quest'ultimo dai poteri pubblici, tale da potere consentire a questi ultimi di influire sulle decisioni del predetto organismo.

Infine, in ordine al requisito del controllo pubblico delle nomine degli organi di amministrazione, di direzione o di vigilanza da parte dello Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, lo stesso si riferisce alla nomina della maggioranza dei componenti di tali organi da parte dei pubblici poteri. Tale requisito non pone particolari problematiche interpretative, trattandosi essenzialmente di verificare se, secondo le previsioni dello statuto dell'organismo, sia prevista la nomina maggioritaria dei componenti dei predetti organi da parte dei pubblici poteri.

Le considerazioni svolte, consentono a questo punto di verificare se, nel caso di specie, in relazione alla Fondazione istante, sussistano i requisiti dell'organismo di diritto pubblico, con particolare riguardo a quello relativo alla c.d. dominanza pubblica, sul quale è stato sollevato il quesito in esame.

A tal riguardo, sulla base delle previsioni dello Statuto della Fondazione, può osservarsi quanto segue.

1. Con riferimento al requisito del finanziamento pubblico maggioritario, si evidenzia che ai sensi dell'art. 3 dello Statuto, il Patrimonio della Fondazione è costituito: dal Parco monumentale diOMISSIS..... inOMISSIS.....; dai terreni posti nelle adiacenze del Parco stesso, descritti nell'atto costitutivo; dalle opere sui medesimi già realizzate al momento in cui la Fondazione ottiene il riconoscimento di cui all'art. 12 del Codice Civile; delle attrezzature del Parco, mobili e suppellettili dell'ufficio amministrativo e dai materiali vari in deposito presso di esso, nonché dalla collezione già esistente delle edizioni delle opere delOMISSIS..... e degli studi e saggi dalle stesse ispirati; dai miglioramenti apportati ai beni di cui sopra nonché dai beni di carattere mobiliare ed immobiliare acquistati successivamente alla costituzione della Fondazione, nell'intento di predisporre i mezzi strumentali necessari al conseguimento dei fini che la Fondazione medesima persegue.

Ai sensi dell'art. 4 dello Statuto, la Fondazione provvede al conseguimento dei propri fini:

- a) con le rendite derivanti dall'apertura al pubblico, a pagamento, del Parco diOMISSIS..... e dei costruendiOMISSIS..... e Museo Biblioteca;
- b) con le rendite derivanti da svolgimento di attività connesse e consone agli scopi della Fondazione;
- c) con le rendite dei terreni di sua proprietà;
- d) con le rendite dei beni che potranno eventualmente venire ad incrementare il patrimonio in prosieguo di tempo;
- e) con le eventuali elargizioni di privati, di associazioni e di enti, non espressamente destinate ad incremento del patrimonio.

Quanto al finanziamento, pertanto, per Statuto la Fondazione persegue i suoi scopi mediante le rendite derivanti dai beni appartenenti al Patrimonio, tra i quali il Parco tematico, nonché mediante elargizioni e

donazioni provenienti da terzi; inoltre, secondo quanto evidenziato nella nota di richiesta parere, la Fondazione è destinataria di finanziamenti pubblici.

Con riguardo a tale ultimo aspetto, secondo quanto riferito nella predetta istanza, le sovvenzioni e i finanziamenti pubblici di cui usufruisce la Fondazione, non rappresenterebbero un finanziamento maggioritario delle attività dalla stessa svolte, in misura superiore al cinquanta per cento, secondo le indicazioni del giudice comunitario e dell'Autorità, ma tali finanziamenti costituirebbero solo una parte delle entrate, di valore inferiore a tale percentuale. Dallo statuto, inoltre, non emergono ulteriori forme di finanziamento indirette, nei termini indicati dalla giurisprudenza sopra richiamata.

Sotto tale profilo, pertanto, non sembra integrato il primo requisito della c.d. dominanza pubblica, relativo al finanziamento pubblico maggioritario.

2. Con riferimento al controllo pubblico, al fine di verificare se l'autorità pubblica eserciti sulla Fondazione un controllo sulla gestione idoneo a determinare un'influenza pubblica penetrante sull'attività della stessa, si evidenzia che nello Statuto, solo l'art. 30 (*vigilanza*) stabilisce che «La Fondazione è sottoposta alla vigilanza della Prefettura UTG diOMISSIS....., restando al Ministero per i Beni e le Attività Culturali il controllo sulla destinazione dei fondi eventualmente attribuiti alla Fondazione».

Tale previsione statutaria non chiarisce quale tipologia di controllo sia attribuita alle amministrazioni ivi indicate, limitandosi a prevedere genericamente che la Fondazione è sottoposta a vigilanza della competente Prefettura e che il Ministero svolge un controllo sulla destinazione dei fondi eventualmente assegnati alla stessa.

Non si tratterebbe, quindi, di un controllo preliminare e penetrante sull'attività della Fondazione, secondo le indicazioni giurisprudenziali richiamate in precedenza. Né la sussistenza di un simile controllo sull'operato della Fondazione, emerge dalla composizione degli organi di amministrazione della stessa, come meglio descritto nel punto 3), i quali peraltro – secondo lo Statuto – svolgono le funzioni ivi previste senza verifiche preliminari o forme di controllo attivo sulla gestione da parte di pubblici poteri.

Anche sotto il profilo in esame, pertanto, non sembra soddisfatto il secondo requisito della “dominanza pubblica”, riferito al controllo pubblico.

3. Quanto, infine, alla presenza, negli organi di amministrazione, di direzione o di vigilanza, di membri che, per più della metà, siano designati dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, si osserva che ai sensi dell'art. 7 dello Statuto, sono Organi della Fondazione: a) il Consiglio Generale; b) il Comitato Direttivo; c) il Presidente; d) il Segretario Generale; e) il Collegio dei Revisori dei Conti f) il Comitato Tecnico-Scientifico.

Per quanto rileva ai fini del presente parere, il Consiglio Generale è composto da 21 membri, dei quali 5 nominati dai seguenti enti: uno dal Comune diOMISSIS....., nella persona del Sindaco; uno dal Comune diOMISSIS....., nella persona del Sindaco; uno dal Presidente della Giunta Regionale dellaOMISSIS.....; uno dalla Federazione Nazionale dellaOMISSIS.....

Al Consiglio generale sono assegnati i seguenti compiti (art. 10 St.): a) di approvare il bilancio preventivo ed il conto consuntivo, da redigersi esercizio per esercizio a cura del Comitato Direttivo; b) di deliberare le eventuali modifiche al presente statuto; c) di approvare il regolamento organico del personale, i regolamenti di gestione delle attività sociali, i regolamenti interni ed ogni altra norma di carattere generale che disciplini l'attività della Fondazione e l'amministrazione del patrimonio e delle rendite di essa; d) di deliberare gli acquisti e le alienazioni di immobili, la costituzione di gravami sul patrimonio della Fondazione e le acquisizioni di diritti sui beni di terzi, nonché l'accettazione di lasciti e di donazioni; e) di provvedere agli affari che gli siano sottoposti dal Comitato Direttivo e di ratificare le decisioni dallo stesso adottate, su affari di competenza del Consiglio, per motivi urgenti ed inderogabili.

Il Consiglio Generale elegge, al proprio interno, il Presidente ed il Segretario Generale, nonché i membri del Comitato Direttivo e del Collegio dei revisori dei Conti.

Spetta, invece, al Comitato Direttivo (art. 12 St.), i cui membri sono nominati dal Consiglio generale: a) l'amministrazione del patrimonio della Fondazione secondo le direttive del Consiglio Generale; b) la gestione delle attività della Fondazione, secondo le norme approvate dal Consiglio; c) la predisposizione degli atti di competenza del Consiglio e la vigilanza sull'esecuzione dei deliberati; d) la preparazione del bilancio preventivo e del bilancio consuntivo; e) l'adozione d'urgenza e salvo ratifica del Consiglio Generale, di tutti quei provvedimenti di competenza di questo consesso, quando l'interesse della Fondazione lo rende inderogabile; f) la promozione delle iniziative di carattere culturale, artistico e turistico di cui all'art. 2 dello statuto; g) la delibera sugli affari che gli siano sottoposti dal Presidente e che non siano di competenza del Consiglio Generale, salvo i casi d'urgenza previsti dal precedente comma e).

Il Presidente ai sensi dell'art. 16 dello Statuto, sovrintende a tutte le attività e manifestazioni della Fondazione. Ne presiede gli organi collegiali, la rappresenta in giudizio e verso i terzi ed ha, quando l'urgenza e l'interesse dell'Ente lo richieda, tutti i poteri attribuiti al Comitato Direttivo.

Deriva da quanto sopra che nell'ambito degli organi deputati alla gestione della Fondazione, solo nel Consiglio Generale è prevista la nomina di cinque dei ventuno membri previsti, da parte di autorità pubbliche. Inoltre, come sopra evidenziato, i predetti organi di amministrazione della Fondazione, svolgono le funzioni previste, senza verifiche preliminari o forme di controllo attivo sulla gestione da parte di pubblici poteri.

Pertanto, non sembra sussistere nemmeno il requisito della nomina dei componenti degli organi di amministrazione, direzione o vigilanza in misura maggioritaria da parte dello Stato o di altri enti pubblici, richiesto dall'art. 3, comma 1, lett. d) del Codice, né si ravvisano ulteriori e particolari sintomi di dominanza pubblica sulla Fondazione.

In conclusione, si ritiene che laOMISSIS..... non integri i caratteri dell'organismo di diritto pubblico ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. d) del d.lgs. 50/2016 e, pertanto, non sia tenuta all'osservanza del Codice dei contratti pubblici per l'acquisizione di beni e servizi, secondo quanto riferito nell'istanza di parere e sulla base delle disposizioni statutarie esaminate.

Tuttavia, sembra opportuno aggiungere a quanto sopra, che nel caso in cui, per la realizzazione dell'appalto di lavori indicato in premessa, la Fondazione usufruisca di finanziamenti pubblici destinati alla realizzazione di tali opere, la stessa sarebbe comunque tenuta all'applicazione del d.lgs. 50/2016 secondo le chiare previsioni dell'art. 1, comma 2, lett. a) e b) che, nel confermare le previgenti disposizioni dell'art. 32, comma 1, lett. d), del d.lgs. 163/2006, riconducono nell'ambito della disciplina dei contratti pubblici, anche le opere, di valore superiore a un milione di euro e i servizi ad esse correlati, sovvenzionate in misura superiore al cinquanta per cento da amministrazioni pubbliche.

Sulla base delle considerazioni svolte,

Il Consiglio

Ritiene che:

- LaOMISSIS..... non presenta i caratteri tipici dell'organismo di diritto pubblico ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. d) del d.lgs. 50/2016.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 22 dicembre 2022
Il Segretario Laura Mascali