



.....OMISSIS.....

Oggetto

.....OMISSIS..... - art. 1, comma 1, lett. e), Allegato I.1, d.lgs. 36/2023 – organismo di diritto pubblico – richiesta di parere.

UPREC-CONS-148-2024

FUNZ CONS 65/2024

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 2 ottobre 2024, acquisita al prot. Aut. n. 113969, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 17 giugno 2024, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 16 dicembre 2024, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d'appalto o di concessione, fatto salvo l'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento approvato con delibera n. 269 del 20 giugno 2023. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti nella stessa.

Il quesito proposto attiene alla qualificabilità della Fondazione istante, quale organismo di diritto pubblico ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. e) dell'Allegato I.1 del d.lgs. 36/2023, tenuto conto delle caratteristiche della stessa, come fissate nell'Atto costitutivo e nello Statuto, di ente filantropico di diritto privato, privo di scopo di lucro, che non può distribuire utili e che come ha come scopo la gestione, lo sviluppo e il potenziamento, nell'interesseOMISSIS....., dei servizi tecnici, amministrativi e di supporto allo svolgimento delle attività di istruzione, formazione e sviluppo professionale, particolarmente in modalità e-learning (nell'ambito sia dei corsi curricolari che di quelli non curricolari) e la produzione di lavori editoriali - scientifici e didattici - in formato elettronico (e-press).

Al fine di esprimere avviso sulla questione posta, sembra opportuno evidenziare, in primo luogo, che ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. e), dell'Allegato I.1 del nuovo Codice, per «organismo di diritto pubblico», si intende «qualsiasi soggetto, anche avente forma societaria: 1) dotato di capacità giuridica; 2) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, attraverso lo svolgimento di un'attività priva di carattere industriale o commerciale; 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».

Ai sensi dello stesso art. 1, comma 1, lett. q) dello stesso Allegato, gli organismi di diritto pubblico sono inclusi tra le «amministrazioni aggiudicatrici» tenute, in quanto tali, all'integrale

applicazione del Codice per l'acquisizione di beni e servizi strumentali all'esercizio delle attività di competenza.

La nozione di organismo di diritto pubblico delineata dalla norma sopra richiamata, recepisce la ricostruzione operata dal legislatore comunitario e conferma, altresì, la disciplina già dettata in materia dal previgente d.lgs. 50/2016, contemplante all'art. 3, comma 1, lett. d), disposizioni sovrapponibili a quella sopra riportata. E' quanto può evincersi dai chiarimenti contenuti al riguardo nella Relazione Illustrativa del d.lgs. 36/2023, nella quale è stato osservato che nella disposizione in esame (analogamente ad altre definizioni contenute nell'Allegato I.1) è stato effettuato un adattamento «all'elaborazione giurisprudenziale nel frattempo divenuta diritto vivente: in quest'ottica si spiega, ad esempio, nella definizione del requisito teleologico dell'organismo di diritto pubblico (art. 3, lett. c), la scelta di riferire il carattere non commerciale o industriale all'attività svolta e non più al bisogno soddisfatto (...)».

La sostanziale continuità della disciplina dettata al riguardo dal nuovo Codice rispetto al d.lgs. 50/2016, consente quindi di richiamare l'avviso dell'Autorità e della giurisprudenza espresso in relazione alla previgente disposizione dell'art. 3, comma 1, lett. d), sopra citata.

Più in dettaglio, nel rinviare alle numerose pronunce dell'Autorità sul tema, contenenti utili indicazioni in ordine ai profili interpretativi ed applicativi della norma sopra richiamata (*ex multis* pareri sulla normativa AG41/2010, AG12/2011, AG20-09, AG47/2013, AG29/2014, AG41/2011, AG66/15/AP, AG3/2021, delibera n. 357/2023, Atto del Presidente 19.10.2022 Fasc.3710/2022), in merito alla qualificabilità di un soggetto giuridico quale organismo di diritto pubblico, è stata affermata in primo luogo la necessaria compresenza, nel singolo caso concreto, delle tre condizioni indicate dalla norma, con la conseguenza che la mancanza anche di una solo di esse non consente di qualificare l'ente come organismo di diritto pubblico (CGE, Sezione IV, 5 ottobre 2017, in causa C-567/15) e con l'ulteriore precisazione che il requisito dell'influenza pubblica dominante, descritto nel punto 3) della disposizione *de qua*, è integrato anche in presenza di uno soltanto dei presupposti ivi contemplati (delibera Anac n. 357/2023).

Inoltre, alla luce del duplice scopo di promozione della concorrenza e della trasparenza perseguito dalle direttive che coordinano le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, è stato chiarito che alla nozione di organismo di diritto pubblico deve essere data un'interpretazione funzionale, pertanto, ai fini della verifica della sussistenza dei tre requisiti indicati dalla norma, è indifferente la forma di costituzione degli organismi interessati e il carattere di diritto privato degli stessi non costituisce un criterio atto ad escludere la qualificazione quali amministrazioni aggiudicatrici ai sensi della medesima disposizione del Codice (*ex multis* parere Funz Cons 70/2022).

Con specifico riguardo al requisito teleologico, inoltre, è stato evidenziato che l'organismo di diritto pubblico si caratterizza per il suo asservimento al soddisfacimento di esigenze di interesse generale che persegue lasciandosi "guidare da considerazioni diverse da quelle economiche", quand'anche parte della sua operatività sia svolta sul mercato. Tale figura non ricorre quindi quando il soggetto esercita la sua missione in un contesto economico concorrenziale con i privati ed è gestito secondo criteri di efficacia e redditività tipici dell'imprenditore privato, con assunzione del rischio di impresa (parere AG 3/2021, parere AG12/2011, Parere AG 20-2009). Al contrario, ricorre la figura dell'organismo di diritto pubblico, quando il soggetto non fonda la sua attività principale solo su criteri di rendimento, efficacia e redditività, non assuma su di sé i rischi collegati allo svolgimento dell'attività (i quali devono ricadere sulla pubblica amministrazione controllante) e il servizio d'interesse generale, oggetto dell'attività, non possa essere rifiutato per mere ragioni di convenienza economica (Cass. SS.UU., 28 marzo 2019, n. 8673; Cons. Stato, V, 19 novembre 2018,

n. 6534). Inoltre gli approdi giurisprudenziali più recenti in materia, pongono l'accento sulle ragioni istitutive dell'organismo di diritto pubblico, affermando che ricorre il requisito teleologico se l'organismo è stato costituito da un soggetto pubblico appartenente al perimetro allargato della pubblica amministrazione, per dare esecuzione ad un servizio che è necessario perché è strettamente connesso alla finalità pubblica di quest'ultimo (sul punto parere AG3/2021 e giurisprudenza ivi citata; parere Funz Cons 70/2022 cit.).

Infine, sul requisito della c.d. dominanza pubblica è stato osservato che ove l'organo di amministrazione venga nominato in maggioranza dal socio pubblico ed eserciti poteri di gestione, di indirizzo politico-amministrativo e di verifica dell'attività dell'ente, può ritenersi soddisfatto il requisito della dominanza pubblica (secondo quanto chiarito nel parere AG 41/2011 cit.). Ulteriori chiarimenti sono stati forniti con parere sulla normativa AG29/2014, a tenore del quale 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 (*ex multis* parere Funz Cons 40/2022).

Dunque, in presenza dei requisiti sopra indicati, un soggetto giuridico deve essere qualificato come organismo di diritto pubblico ai sensi sostituito dell'art. 1, comma 1, lett. e) dell'Allegato I.1, del Codice, con conseguente obbligo di applicare le disposizioni del d.lgs. 36/2023 per l'acquisto di beni e servizi necessari per lo svolgimento dei propri compiti e funzioni.

Sulla base delle considerazioni che precedono, con riguardo al quesito sollevato nell'istanza di parere, può osservarsi che dalla documentazione trasmessa in allegato all'istanza medesima, emergono i seguenti elementi caratterizzanti la Fondazione istante.

Tenuto conto del disposto dell'art. 1, comma 1, lett. e) dell'Allegato I.1 del d.lgs. 36/2023, risulta, in primo luogo, che la predetta Fondazione, sulla base dello Statuto e dell'Atto costitutivo (art. 1), è dotata di personalità giuridica, opera senza scopo di lucro e non può distribuire utili. La stessa ha come scopo "la gestione, lo sviluppo e il potenziamento, nell'interesseOMISSIS....., dei servizi tecnici, amministrativi e di supporto allo svolgimento delle attività di istruzione, formazione e sviluppo professionale, particolarmente in modalità e-learning (nell'ambito sia dei corsi curricolari che di quelli non curricolari) e la produzione di lavori editoriali - scientifici e didattici - in formato elettronico (e-press)". Lo Statuto prevede inoltre che "Gli eventuali avanzi delle gestioni annuali dovranno essere impiegati per il ripiano di eventuali perdite di gestione precedenti prima che per il potenziamento dell'attività della Fondazione o per l'acquisto di beni strumentali per l'incremento o il miglioramento della sua attività"; si prevede, altresì, il riconoscimento di contributi dell'Università, nel Fondo di gestione, stanziati annualmente.

Quanto alle ragioni istitutive della Fondazione, può osservarsi che ai sensi delle previsioni del d.p.r. 254/2001 (*"Regolamento recante criteri e modalità per la costituzione di fondazioni universitarie di diritto privato, a norma dell'articolo 59, comma 3, della legge 23 dicembre 2000, n. 388"*), le università statali "al fine di realizzare l'acquisizione di beni e servizi alle migliori condizioni di mercato, nonché per lo svolgimento delle attività strumentali e di supporto alla didattica e alla ricerca, possono costituire, singolarmente o in forma associata, fondazioni di diritto privato disciplinate, per quanto non espressamente previsto dal presente regolamento, dal codice civile e dalle relative disposizioni di attuazione"; "5. Gli enti di riferimento esercitano nei confronti della

fondazione le funzioni di indirizzo e di riscontro sull'effettiva coerenza dell'attività delle fondazioni con l'interesse degli enti medesimi. 6. Le fondazioni perseguono i propri scopi con tutte le modalità consentite dalla loro natura giuridica ed operano nel rispetto di principi di economicità della gestione. Non è ammessa sotto qualsiasi forma la distribuzione di utili. Eventuali proventi, rendite o altri utili derivanti dallo svolgimento delle attività previste dagli statuti sono utilizzati interamente per perseguire gli scopi della fondazione”.

Da quanto sopra deriva quindi che sotto il profilo dell'elemento teleologico, la Fondazione è volta a soddisfare “esigenze di interesse generale, attraverso lo svolgimento di un'attività priva di carattere industriale o commerciale”, come può qualificarsi il supporto allo svolgimento delle attività, anche di istruzione e formazione, proprie dell'Università fondatrice; dette attività sono svolte senza scopo di lucro, in assenza di un contesto concorrenziale (posto la Fondazione, per previsione statutaria, “opera nell'interesse.....OMISSIS.....”) e senza sopportazione del rischio di impresa (visto il meccanismo di ripianamento delle perdite previsto nello Statuto e la previsione di contributi stanziati annualmente dall'Università). Dalle disposizioni del citato d.p.r. 254/2001, emerge inoltre la finalità di interesse pubblico cui è sottesa la costituzione di simili Fondazioni (per lo svolgimento delle attività strumentali e di supporto alla didattica e alla ricerca delle Università). Pertanto, con riguardo alla Fondazione richiedente, può ritenersi soddisfatto il requisito teleologico in parola.

Sotto il profilo dell'influenza pubblica dominante, integrata da almeno uno dei fattori (partecipazione, finanziamento o controllo pubblico) previsti dall'art. 1, comma 1, lett. e) dell'All. I.1. del Codice, può osservarsi quanto segue: 1) quanto agli organi di amministrazione della Fondazione, il Consiglio di amministrazione è composto da cinque membri “nominati, sentito il Senato Accademico, dal Consiglio di AmministrazioneOMISSIS....., fra personalità di comprovata onorabilità e professionalità nel settore di attività della Fondazione. Almeno tre dei Consiglieri saranno individuati all'interno dei ruoli del personale docenteOMISSIS.....”; il Presidente della Fondazione è anche Presidente del CdA, nominato tra i membri del Consiglio stesso provenienti dai ruoliOMISSIS....., all'interno di una rosa di nomi individuata dal Rettore dell'Università; il Collegio dei revisori, composto da tre membri, due dei quali nominati dal Cda dell'Università. 2) Quanto al controllo pubblico, va sottolineato che, secondo lo statuto, il CdA della Fondazione – nominato dall'Università - esercita tutti i poteri per l'amministrazione ordinaria e straordinaria della Fondazione, deliberando le linee specifiche dell'attività della Fondazione stessa sulla base delle linee programmatiche elaborate dagli organi dell'Università ed assumendo specifiche decisioni previa delibera del CdA dell'Università (scioglimento della Fondazione, modifiche statutarie, nomina del segretario operativo, Regolamenti); il CdA e il Collegio dei Revisori dei Conti, in base alle loro competenze statutarie, presentano “agli organi centraliOMISSIS..... (Senato Accademico e Consiglio di Amministrazione) la relazione annuale sulle attività svolte, sugli obiettivi raggiunti e sulla situazione economica e patrimoniale della Fondazione”; 3) quanto al finanziamento pubblico, ancorché dai documenti trasmessi non possa evincersi con chiarezza se tale finanziamento sia maggioritario, taluni indici in tal senso possono evincersi dai seguenti elementi: il patrimonio della Fondazione è composto da un fondo di dotazione costituito da conferimenti in comodato e proprietà effettuati dal Fondatore (.....OMISSIS.....), da elargizioni di Enti pubblici (e privati) destinati al patrimonio e da contributi provenienti dall'Unione Europea, dallo Stato, da enti territoriali o da altri enti pubblici destinati al patrimonio; nel Fondo di gestione, confluiscono (tra l'altro) oltre alle rendite e ai proventi derivanti dal patrimonio, anche eventuali contributi delle istituzioni pubbliche da ultimo citate, nonché contributi del Fondatore (.....OMISSIS.....), “che potranno essere stanziati anno per anno dal Consiglio di AmministrazioneOMISSIS....., sulla base di un articolato piano finanziario

predisposto dal Consiglio di Amministrazione della Fondazione nell'ambito di un programma triennale di attività presentato da quest'ultimo".

Per quanto sopra, ribadito che il requisito della dominanza pubblica può ritenersi integrato in presenza di uno soltanto dei presupposti a tal fine indicati nell'art. 1, comma 1, lett. e) dell'Allegato I.1 del Codice, con riguardo alla Fondazione richiedente, il predetto requisito appare soddisfatto dalla nomina dell'organo di amministrazione e dal controllo sull'attività della Fondazione svolti dall'Università nei termini indicati; sussistono inoltre gli elementi in precedenza descritti, volti a ritenere sussistente anche il finanziamento pubblico maggioritario.

Le caratteristiche in breve delineate appaiono utili a dimostrare la riconducibilità della Fondazione istante nella categoria dell'organismo di diritto pubblico ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. d) dell'All. I.1 del Codice, sotto il profilo della personalità giuridica, del requisito teleologico (con riguardo alle ragioni istitutive, allo scopo perseguito, all'oggetto delle attività ad essa demandate e alle modalità con le quali opera) e del requisito della dominanza pubblica (tenuto conto degli elementi sopra descritti), con il conseguente obbligo, per la Fondazione stessa, di applicare le disposizioni del d.lgs. 36/2023 per l'acquisto di beni e servizi strumentali allo svolgimento delle attività di interesse pubblico ad essa demandate dall'Università e per le quali è stata costituita.

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette, pertanto, a codesta Fondazione ogni valutazione in ordine all'oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente