



Presidente

omissis

Fasc. n. 3710/2022 (URCP 51/2022)

Oggetto

Applicabilità della disciplina del codice dei contratti pubblici alla Fondazione Orchestra Sinfonica di omissis

Con riferimento alla richiesta di parere acquisita al protocollo dell'Autorità n. 61241 del 27.07.2022, pervenuta dal presidente del Consiglio di Amministrazione e legale rappresentante di omissis, il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 19 ottobre 2022, ha deliberato la trasmissione delle seguenti considerazioni.

Il quesito sottoposto riguarda l'assoggettabilità di una fondazione di partecipazione, nella specie, dell'Orchestra Sinfonica di omissis, alle regole dell'evidenza pubblica dettate dal Codice dei contratti pubblici.

Nella fondazione di partecipazione possono confluire persone fisiche o giuridiche, sia private che pubbliche; il Comune, in quanto persona giuridica pubblica titolare della capacità di agire, può ricorrere ai moduli privatistici per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali.

Ammessa la possibilità che un ente pubblico partecipi ad una fondazione di partecipazione, giova ora valutare se da detta partecipazione discenda l'applicabilità del Codice dei contratti pubblici come richiesto dall'esponente.

Al riguardo, il fatto che la disciplina giuridica della fondazione di partecipazione si rinvenga all'interno del Codice civile non esclude di per sé l'applicabilità delle regole dell'evidenza pubblica.

Per costante orientamento giurisprudenziale, sia comunitario che nazionale, infatti, la natura privata di un soggetto non è idonea ad ostacolare la qualificazione dello stesso quale organismo di diritto pubblico che ne determina, quindi, l'assoggettabilità alle procedure del Codice dei contratti pubblici.

Nel settore degli appalti pubblici è la stessa disciplina legislativa che fa dell'organismo di diritto pubblico un soggetto equiparato alla pubblica amministrazione.

Il Codice definisce le «amministrazioni aggiudicatrici» all'articolo 3, comma 1, includendovi, tra gli altri, gli «organismi di diritto pubblico» (lettera a), questi ultimi definiti alla successiva lettera d) quali «qualsiasi organismo, anche in forma societaria, il cui elenco non tassativo è contenuto nell'allegato IV».

Affinché possa configurarsi un organismo di diritto pubblico, in particolare, è necessario che:

- 1) il soggetto sia stato istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale (c.d. requisito teleologico);
- 2) il soggetto sia dotato di personalità giuridica (c.d. requisito personalistico);
- 3) la sua attività debba essere finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico ovvero la sua gestione deve essere soggetta al controllo di questi ultimi ovvero, ancora, il suo organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza deve essere costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico (c.d. requisito dell'influenza dominante).

Al fine del riconoscimento della qualifica di organismo di diritto pubblico, tali requisiti devono sussistere cumulativamente.

Dalla documentazione allegata alla richiesta di parere, pare evincersi la sussistenza di tutti e tre gli elementi necessari ai fini della configurabilità dell'Orchestra Sinfonica di ommissis quale organismo di diritto pubblico. Con riferimento al requisito teleologico, l'art. 2 dello Statuto della Fondazione enuclea, quale scopo della stessa, il perseguimento della diffusione dell'arte musicale in Italia e all'estero, di concerti, spettacoli lirici, nonché l'educazione musicale della collettività, promozione della ricerca e gestione di teatri, conservazione e valorizzazione del patrimonio storico-culturale.

Le attività elencate sono attività corrispondenti a interessi generali: per finalità statutaria, quindi, la Fondazione è volta a soddisfare interessi che riflettono l'interesse generale.

Nella valutazione del requisito in esame, occorre esaminare anche la natura non industriale o commerciale dell'interesse, aspetto questo molto dibattuto all'interno della stessa giurisprudenza sia nazionale che euro-unitaria. Nella recente pronuncia del Consiglio di Stato (sez. V, 7 febbraio 2020 n. 964), si è sottolineata l'importanza delle "ragioni istitutive del soggetto", laddove il requisito in questione è soddisfatto qualora l'ente sia "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". Verrebbero in rilievo, dunque, una preminenza dei "compiti assegnati all'organismo" al momento della sua istituzione, ossia le finalità che la pubblica amministrazione decide di fargli perseguire, rispetto alle modalità con le quali l'attività viene svolta, che rappresentano il modo in cui l'ente opera sul mercato.

Nel caso di specie, non soltanto gli articoli 2 e 9 dello Statuto escludono che la Fondazione persegua uno scopo di lucro facendo obbligo di impiegare gli utili o gli avanzi di gestione per la realizzazione delle attività istituzionali e di quelle ad esse connesse, ma altresì è evidente come la stessa Fondazione sia stata istituita per promuovere la diffusione dell'arte e della cultura nei confronti della collettività, interessi questi afferenti alle finalità pubblicistiche proprie degli stessi enti pubblici. In definitiva, le attività di promozione socio-culturale sono rivolte indistintamente al pubblico e corrispondono a interessi generali pur se svolte da un soggetto formalmente privato e ciò quand'anche esso operi in regime di libero mercato (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 12 febbraio 2018 n. 858), cosa che peraltro non sembra avvenire nel caso in esame.

La Fondazione possiede poi personalità giuridica di diritto privato, ciò soddisfacendo il requisito personalistico.

Da ultimo, circa il requisito dell'influenza dominante, esso può desumersi in generale da vari indici, quali il finanziamento pubblico maggioritario, il controllo pubblico della gestione, l'attribuzione alla mano pubblica

di più della metà dei componenti degli organi di direzione, vigilanza o amministrazione, fattori che sono tra di loro alternativi.

A tal proposito, l'art. 8 dello Statuto prevede che, al fine di sostanziare il ruolo del Comune di omissis di "promotore" della Fondazione, come previsto dal nuovo comma 3 dell'art. 19 del DM 27 luglio, "il Comune di omissis si impegna ad un apporto finanziario annuale maggiore rispetto a quello degli altri Fondatori, fermo restando che, ove nel corso di un esercizio finanziario la gestione del bilancio comunale non consentisse il reperimento, totale o parziale, delle risorse utili a garantire tale impegno, l'Amministrazione comunale si riserva anche di non procedere ad alcun apporto finanziario".

Nel verbale della riunione del 14.01.2022 del Comune di omissis è riportato che l'apporto massimo a cui quest'ultimo potrebbe impegnarsi è del 31%, a fronte di un minor apporto della Provincia di omissis e del Conservatorio di musica di omissis, ciascuno del 23%, mentre un restante 23% sarebbe a carico della Fondazione. Considerando anche solo il finanziamento apportato dal Comune e dalla Provincia di omissis il finanziamento pubblico risulta essere maggioritario.

Nella valutazione del requisito dell'influenza pubblica dominante può poi considerarsi anche la composizione del Consiglio di Amministrazione (art. 18 dello Statuto): esso è composto da un minimo di tre ad un massimo di sei consiglieri, dove tre membri sono nominati dal fondatore che risulti essere il maggiore finanziatore della Fondazione mentre i restanti da ciascuno degli altri fondatori. Alla luce dell'espressa previsione dell'art. 11 dello Statuto, in base alla quale i fondatori sono il Comune di omissis, la Provincia di omissis, la Provincia di omissis e il Conservatorio di Musica di omissis, è evidente come l'organo di amministrazione della fondazione in esame sia composto per la maggior parte, se non nella intera totalità, da enti pubblici.

Quanto al finanziamento, per Statuto il patrimonio della fondazione è costituito, oltre che da elargizioni provenienti da terzi, da contributi provenienti da fondatori (come detto, enti pubblici) e da eventuali contributi attribuiti dallo Stato, da enti territoriali, enti pubblici o enti privati. Peraltro, l'obiettivo precipuo della fondazione esaminanda è quello di avere accesso ai finanziamenti a valere sul Fondo unico per lo spettacolo (FUS) di cui alla Legge 30 aprile 1985, n. 163, per il triennio 2022-2023-2024.

Dall'insieme di questi elementi può ritenersi sussistente anche il requisito dell'influenza pubblica.

Tutto quanto esposto porta a ritenere che la fondazione di partecipazione "Orchestra Sinfonica di omissis" abbia natura di organismo di diritto pubblico e, conseguentemente, sia tenuta all'osservanza delle regole dell'evidenza pubblica di cui al Codice dei contratti pubblici.

*Il Presidente*

Avv. Giuseppe Busià

Atto firmato digitalmente