

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

INDICE

1. Premessa
2. Quadro normativo e giurisprudenziale
3. Conclusioni

1. Premessa

L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, nell'esercizio del potere di segnalazione al Governo ed al Parlamento di cui all'articolo 6, comma 7, lett. e) ed f), del decreto legislativo n. 163 del 12 aprile 2006 (nel prosieguo, Codice dei contratti), intende formulare alcune osservazioni in merito all'articolo 1, comma 10-ter, del decreto legge 23 ottobre 2008, n. 162 (convertito in legge, con modificazioni, dall'articolo 1, comma 1, della legge 22 dicembre 2008, n. 201), ai sensi del quale "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".

Il citato articolo pone delicati problemi applicativi, emersi anche nell'ambito dell'attività di vigilanza svolta dall'Autorità sull'osservanza del Codice dei contratti.

La questione ruota intorno alla qualificazione, come organismi di diritto pubblico, degli enti gestori di forme di previdenza ed assistenza obbligatorie: l'ordinamento, infatti, non sempre chiarisce esplicitamente la natura pubblica di un soggetto, cosicché si rende necessario addivenire, in via interpretativa, ad una corretta qualificazione. Quest'ultima ha, peraltro, rilevanti implicazioni pratiche: da essa discende, infatti, l'inclusione di un dato ente nel novero delle "amministrazioni aggiudicatrici" (articolo 3, comma 25, del Codice dei contratti), tenute all'applicazione integrale delle regole ad evidenza pubblica per l'aggiudicazione dei contratti di appalto di lavori, forniture e servizi. La problematica in esame si pone, quindi, con riguardo ad una serie di enti che, pur rivestendo una forma tipicamente privatistica, sono sottoposti dal legislatore ad una disciplina per larga parte derogatoria rispetto a quella di diritto comune, sintomatica, da un lato, di un peculiare legame con il soggetto pubblico e, dall'altro, della strumentalità di detti enti rispetto al conseguimento di finalità di chiara impronta pubblicistica. _

2. Quadro normativo e giurisprudenziale

La categoria di organismo di diritto pubblico, di derivazione comunitaria, è volta ad accogliere una nozione sostanziale di amministrazione aggiudicatrice, nel dichiarato intento di evitare elusioni

della ratio sottesa all'intero corpus normativo in materia di appalti pubblici (cfr. direttiva 89/440/CE).

A mente dell'articolo 1, paragrafo 9, della direttiva 2004/18/CE e dell'articolo 3, comma 26, del Codice dei contratti - che ne costituisce attuazione - si definisce organismo di diritto pubblico qualsiasi organismo, anche in forma societaria: (i) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, avente carattere non industriale o commerciale; (ii) dotato di personalità giuridica; (iii) 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. Gli elenchi degli organismi e delle categorie di organismi di diritto pubblico che soddisfano i suddetti criteri figurano nell'allegato III della direttiva 2004/18/CE e nel corrispondente allegato III del Codice dei contratti. Detti elenchi, per espressa previsione normativa, non hanno carattere di esaustività. Essi possono, tuttavia, essere modificati soltanto previa notificazione obbligatoria da parte degli Stati membri alla Commissione, secondo quanto disposto dall'articolo 79, paragrafo I, lettera d, della citata direttiva, ai sensi del quale solo la Commissione può variare, secondo la procedura consultiva di cui all'articolo 77, paragrafo 2, "gli elenchi degli organismi e delle categorie di organismi di diritto pubblico di cui all'allegato III, allorché ciò si renda necessario in base a quanto notificato dagli Stati membri".

I criteri enumerati sono stati oggetto di ampia e puntuale elaborazione giurisprudenziale, orientata all'accoglimento di una nozione che, al di là della veste giuridica, conduca ad una qualificazione sostanziale del soggetto considerato, a prescindere da indici prettamente formalistici¹.

Sul quadro normativo fin qui succintamente delineato insiste la norma oggetto del presente atto di segnalazione (articolo 1, comma 10-ter, del d.l. n. 162/2008).

La disposizione stabilisce che, ai fini dell'applicazione del Codice dei contratti, "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", a patto che gli stessi non usufruiscano 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 e fatte salve le misure di pubblicità sugli appalti di lavori, servizi e forniture.

Gli enti di cui trattasi sono stati trasformati in persone giuridiche private dal decreto legislativo 30 giugno 1994, n. 509 ("Attuazione della delega conferita dall'art. 1, comma 32, della legge 24 dicembre 1993, n. 537, in materia di trasformazione in persone giuridiche private di enti gestori di forme obbligatorie di previdenza e assistenza"), il quale, all'articolo 1, comma 2, stabilisce che "gli enti trasformati continuano a sussistere come enti senza scopo di lucro e assumono la personalità giuridica di diritto privato, ai sensi degli articoli 12 e seguenti del codice civile (...) rimanendo titolari di tutti i rapporti attivi e passivi dei corrispondenti enti previdenziali e dei rispettivi patrimoni ". Il terzo comma dello stesso articolo precisa che "gli enti trasformati continuano a svolgere le attività previdenziali e assistenziali in atto riconosciute a favore delle categorie di lavoratori e professionisti per le quali sono stati originariamente istituiti, ferma restando la obbligatorietà della iscrizione e della contribuzione".

Come già osservato dall'Autorità (cfr. deliberazione n. 14 del 25 febbraio 2009), la questione circa la natura degli enti previdenziali privatizzati va risolta verificando la ricorrenza dei presupposti di cui all'articolo 3, comma 26, del Codice dei contratti.

Sulla base di una simile analisi, non possono sussistere dubbi in merito alla ricorrenza, nel caso in esame, dei requisiti della personalità giuridica e dell'istituzione per il soddisfacimento di interessi di carattere generale.

Con riguardo al primo profilo, è lo stesso articolo 1, comma 2, del d.lgs. n. 509/1994 ad attribuire la personalità giuridica agli enti in esame. Quanto poi ai fini perseguiti, il medesimo decreto statuisce che gli enti previdenziali privatizzati continuano a svolgere attività previdenziali ed

assistenziali a favore delle categorie di lavoratori e professionisti per le quali sono stati originariamente istituiti, ferma restando la obbligatorietà della iscrizione e della contribuzione. Pertanto, l'attività istituzionale consiste, anche dopo la privatizzazione, nel curare e provvedere ai bisogni previdenziali e assistenziali di determinati soggetti, i quali sono tenuti ex lege all'iscrizione ed alla contribuzione. A riguardo, si rileva che l'articolo 38 della Costituzione sancisce come diritto fondamentale dei lavoratori, cui lo Stato è tenuto a provvedere, l'assicurazione di mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia. Risulta, quindi, evidente che l'attività di cura e soddisfacimento di tali bisogni, riconosciuti dalla Costituzione e propri della generalità dei lavoratori, ha natura pubblicistica e che tale natura, stante il perdurante obbligo di iscrizione e contribuzione, deve ritenersi immutata anche dopo la privatizzazione ad opera del d.lgs. n. 509/1994.

Per ciò che concerne il terzo parametro, l'influenza pubblica dominante deve ritenersi sussistente dal momento che la contribuzione obbligatoria di tipo solidaristico, posta a carico degli iscritti, realizza una forma indiretta di concorso finanziario dello Stato. Ed infatti, pur essendo previsto (articolo 1, comma 3, del d.lgs. n. 509/1994) che, agli enti previdenziali privatizzati, "non sono consentiti finanziamenti pubblici diretti o indiretti, con esclusione di quelli connessi con gli sgravi e la fiscalizzazione degli oneri sociali", tuttavia, la contribuzione obbligatoria sancita dalla stessa norma rappresenta comunque una erogazione di denaro riconosciuta all'ente ex lege: essa, sebbene non integri una obbligazione formalmente tributaria, è idonea ad integrare lo schema del finanziamento pubblico. L'interpretazione che precede è avvalorata sia dalla giurisprudenza amministrativa (cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III, 3 giugno 2005, n. 4364; TAR Lazio, Roma, sez. III bis, 4 agosto 2010, n. 30034, secondo cui "se la contribuzione obbligatoria posta a carico degli iscritti dell'ente realizza una forma indiretta di concorso finanziario dello Stato, sussiste la condizione (finanziamento pubblico o altri ausili finanziari pubblici) che vale ad includere la sussunzione delle associazioni e delle fondazioni (già enti di diritto pubblico e poi trasformati in enti di diritto privato) tra gli organismi di diritto pubblico") che dalla Corte dei Conti (cfr. nota del 7 agosto 2009, prot. n. 2980, della sezione del controllo sugli enti) e dalla giurisprudenza comunitaria (cfr. CGCE sentenza 11 giugno 2009, causa C-300/07, secondo cui "l'art. 1, n. 9, secondo comma, lett. c, prima alternativa, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, 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. Siffatte casse di assicurazione malattia devono essere considerate organismi di diritto pubblico e, quindi, amministrazioni aggiudicatrici ai fini dell'applicazione delle norme di tale direttiva").

A ciò si aggiunga che gli articoli 2 e 3 del d.lgs. n. 509/1994 evidenziano numerosi momenti di ingerenza ed intervento dello Stato nell'attività gestionale, amministrativa e contabile degli enti previdenziali privatizzati, riconducibili alla nozione di controllo di cui alla definizione di organismo di diritto pubblico: la possibilità di commissariamento da parte del Ministro del lavoro e delle politiche sociali in caso di disavanzo economico-finanziario o di gravi violazioni da parte degli organismi di amministrazione (articolo 2, commi 4 e 6), la vigilanza del Ministero del lavoro, unitamente al Ministero dell'economia e delle finanze, in forma di approvazione dello statuto, dei regolamenti e di ogni eventuale modifica degli stessi (articolo 3, commi 1, 2 e 3), il controllo generale sulla gestione delle assicurazioni obbligatorie esercitato dalla Corte dei Conti. Pertanto, gli enti previdenziali che dispongono di indirette forme di finanziamento pubblico, a motivo della contribuzione obbligatoria, devono essere qualificati alla stregua di organismi di diritto pubblico: da ciò discende l'applicabilità della disciplina dettata dal Codice dei contratti. _

3. Conclusioni

Quanto sin qui osservato induce ad osservare altresì che, in presenza di enti che assommano tutti i requisiti previsti dalla direttiva 2004/18/CE, non può essere consentito eludere il dettato comunitario in virtù di disposizioni interne che esonerino tali enti dall'applicazione di una disciplina – come quella in tema di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture – posta a garanzia di sovraordinati principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza. Ciò rileva a fortiori laddove si consideri che il menzionato allegato III della direttiva 2004/18/CE (modificabile solo seguendo la procedura all'uopo stabilita), nell'elencare, in via non limitativa, gli organismi e le categorie di organismi di diritto pubblico, include espressamente in tale novero gli “enti che gestiscono forme obbligatorie di previdenza e di assistenza”.

Per altro verso, una volta chiarito che la contribuzione obbligatoria costituisce una forma, seppur indiretta, di finanziamento pubblico, il dettato dell'articolo 1, comma 10-ter, del d.l. n. 162/2008 – che, come visto esclude la qualificazione di organismi di diritto pubblico per gli enti previdenziali privatizzati, sotto la condizione di non usufruire di finanziamenti pubblici o altri ausili pubblici di carattere finanziario – si svuota di significato, finendo per costituire una fonte di dubbi interpretativi e difficoltà applicative.

E' opportuno poi considerare la problematicità della prescrizione che fa salve le misure di pubblicità sugli appalti di lavori, servizi e forniture. L'espressione in commento non andrebbe intesa come salvezza soltanto delle mere formalità di pubblicazione, ma anche delle disposizioni che regolano il contenuto dei bandi e degli altri aspetti dell'evidenza pubblica, dettate dalla parte II del Codice degli appalti. Questa tesi, però, si porrebbe in contrasto con il dato letterale dell'articolo in commento, che è finalizzato proprio ad escludere l'applicabilità del plesso normativo previsto dal Codice dei contratti agli enti in esame.

Alla luce delle considerazioni che precedono, si rende necessario, ad avviso di questa Autorità, un intervento normativo atto a rimuovere le circostanze che impediscono una chiara applicazione dell'articolo 1, comma 10-ter, del decreto legge 23 ottobre 2008, n. 162 (convertito nella legge 22 dicembre 2008, n. 201), evitando così un aggravio del contenzioso già sorto in materia. Approvato dal Consiglio nella seduta del 26 gennaio 2011 _

Il Consigliere Relatore: Alfredo Meocci

Il Presidente Giuseppe: Brienza

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 3 febbraio 2011
Il Segretario: Maria Esposito

¹ Sulla nozione di organismo di diritto pubblico cfr., ex multis, CGE, sentenza 10 novembre 1998; C.d.S. Ad. Plen., sentenza 22 aprile 1999 n. 5; C.d.S., sentenza 5 marzo 2002 n. 1303. _