



Oggetto

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

FUNZ CONS 15/2023

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 26 gennaio 2023 acquisita al prot. Aut. n. 6877, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 19 aprile 2023, 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. 160/2022. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti nell'istanza.

Con il quesito si chiede all'Autorità di esprimere avviso in ordine all'obbligo, per l'istante, di applicare il d.lgs. 50/2016 per l'acquisizione di beni e servizi e di rispettare le disposizioni in tema di tracciabilità dei flussi finanziari (l.n. 136/2010), nonché in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione (l. n. 190/2012).

Al fine di rendere il richiesto parere, sembra opportuno evidenziare preliminarmente, con riguardo alla materia dei contratti pubblici, che ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. a), del d.lgs. 50/2016, sono «*amministrazioni aggiudicatrici*», tenute all'applicazione del Codice per l'acquisizione di beni e servizi, le «amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti».

Per quanto di interesse ai fini del parere, in ordine alla figura dell'organismo di diritto pubblico, di derivazione comunitaria, i requisiti che connotano tale figura, 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 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 evidenziare inoltre che, secondo i chiarimenti della Corte di giustizia europea (sentenza del 15 maggio 2003, causa C-214/00), ai fini della verifica della sussistenza dei tre requisiti sopra indicati, 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 della direttiva appalti (parere sulla normativa AG41/2010).

A ciò si aggiunge che al fine di stabilire se un determinato ente possa essere qualificato come organismo di diritto pubblico, secondo la definizione fornita dal Codice, oltre al requisito della personalità giuridica, occorre la sussistenza del c.d. requisito teleologico, ossia la costituzione del soggetto al fine di soddisfare esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale e commerciale. In linea generale, secondo l'avviso dell'Autorità, per bisogni di interesse generale «devono intendersi quelli riferibili ad una collettività di soggetti di ampiezza e contenuto tali da giustificare la creazione di un apposito organismo, sottoposto all'influenza dominante dell'autorità pubblica, deputato alla loro soddisfazione. E che non abbiano, per altro, carattere commerciale e industriale nel senso che non devono essere suscettivi - detti bisogni - di soddisfacimento mediante attività di produzione o scambio di beni o servizi connotata da imprenditorialità o scopo di lucro» (parere sulla normativa AG47/2013). E' stato quindi chiarito che il carattere industriale o commerciale si può desumere in concreto da elementi come: l'offerta di beni e/servizi sul mercato dietro corrispettivo; l'assunzione del rischio di impresa, desumibile anche dalla mancanza di meccanismi finanziari di copertura di eventuali perdite; una gestione secondo criteri di rendimento, efficacia e redditività; ambiente concorrenziale (pareri sulla normativa AG12/2011, AG 20-09; CGE sentenza 10 novembre 1998, causa C-360/96, sentenza 10 maggio 2001, cause riunite C-223/99 e C-260/9, sentenza 27 febbraio 2003, causa C-373/00).

Quanto alla valutazione della sussistenza del requisito della dominanza pubblica nelle forme *alternative* del finanziamento maggioritario, del controllo della gestione o della nomina dei componenti degli organi di amministrazione, direzione o vigilanza in misura non inferiore alla metà da parte dello Stato o di altri enti pubblici, occorre procedere ad una verifica caso per caso. In particolare a tali fini, 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 (pareri sulla normativa AG 29/2014, AG 41/2010).

È pertanto sulla base delle indicazioni che precedono che occorre valutare la sussistenza, caso per caso, dei caratteri tipici dell'organismo di diritto pubblico ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. d) del Codice.

Con specifico riferimento alla natura giuridica delle ex IPAB (trasformate in ASP o in associazioni/fondazioni), quali organismi di diritto pubblico, l'Autorità ha espresso avviso, in particolare, con pareri sulla normativa AG29/14, AG66/15/AP, AG41/2010, e più recentemente con parere AG 3/2021 e con delibera n. 155/2022, affermando che in simili casi, da valutare caso per caso, possono ritenersi sussistenti i requisiti della personalità giuridica e dell'istituzione per soddisfare esigenze di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale, per come desumibili dalle disposizioni di riordino di tali enti, contenute nel D.lgs. 207/2001 (*"Riordino del sistema delle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza, a norma dell'articolo 10 della L. 8 novembre 2000, n. 328"*; si rinvia alla delibera n. 155/2022 per la ricostruzione del quadro normativo di riferimento, nella quale è stato altresì osservato che a seguito della revisione del Titolo V della Costituzione, è stata assegnata «alle Regioni la competenza nella materia dell'assistenza

sociale, a norma dell'articolo 117, c. 4, della Cost. Questo passaggio di competenza, dallo Stato alle Regioni, ha inciso notevolmente sulla riforma delineata dalla L. n. 328/2000 e sul d.lgs. n. 207/2001, consentendo alle Regioni di produrre una legislazione differenziata e creando diversi sistemi di assistenza (pur richiamando, in molti casi, la legislazione statale di riferimento), pertanto in materia occorre fare riferimento anche alle singole leggi regionali di riferimento).

Più in dettaglio, la sussistenza del requisito teleologico per detti organismi può desumersi dalle disposizioni dell'art. 2 del predetto decreto di riordino, ai sensi del quale «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). Inoltre, ai sensi degli artt. 6 e 16 del d.lgs. 207/2001, le ex IPAB non hanno scopo di lucro e perseguono scopi di utilità sociale, utilizzando tutte le modalità consentite dalla loro natura giuridica. Detti organismi operano quindi senza scopo di lucro e per il perseguimento di finalità di solidarietà sociale, svolgendo una funzione intrinsecamente pubblicistica in conformità ad un diritto costituzionalmente garantito (art. 32 cost.) (parere sulla normativa AG3/2021).

In linea generale, pertanto, gli organismi in esame operano al fine di soddisfare esigenze di interesse generale, quali sono quelle assistenziali e sanitarie, prive del carattere industriale o commerciale, essendo tale attività svolta senza scopo di lucro, dunque senza perseguimento dei criteri di economicità e redditività tipici dell'impresa privata. «Peraltro, come osservato nel parere AG41/2010, lo svolgimento di attività volte al suddetto scopo soddisfa la condizione richiesta dalla norma anche quando esse costituiscano solo una parte relativamente poco rilevante delle attività effettivamente svolte, avendo il giudice comunitario chiarito che "la qualità di organismo di diritto pubblico non dipende in alcun modo dall'importanza relativa che, nell'attività dell'organismo medesimo, è rivestita dal soddisfacimento di bisogni di interesse generale di carattere non industriale o commerciale, risultando piuttosto sufficiente a tal fine che il perseguimento di tale tipologia di bisogno rientri tra i compiti istituzionali dell'organismo di cui si discute, anche senza carattere di preminenza" (CGE 15 gennaio 1998, in causa C-44/96 e più recentemente CGE, Sez. IV, 3 febbraio 2021, cause riunite C 155/19 e C 156/19)» (parere AG3/2021 cit.).

Si rileva altresì che, secondo i più recenti orientamenti giurisprudenziali in materia (vedasi fra tutte la sentenza del Consiglio di Stato del 3 settembre 2021, n. 6272) «la caratterizzazione segnata dai compiti attribuiti all'organismo (esigenze di interesse generale) e posti alla base della sua istituzione, risulta per norma preminente sulle modalità con cui l'attività viene svolta (carattere non industriale o commerciale). In tal senso, evidenziano i giudici del Consiglio di Stato, dispone proprio il dato letterale dell'art. 3, comma 1, lett. d) del d.lgs. n. 50/2016 che, ritenendo sussistente il "requisito teologico" qualora l'organismo sia stato «istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale», intende porre l'accento sulle ragioni istitutive dell'ente e sulle finalità dallo stesso perseguite. In particolare, secondo questa impostazione ermeneutica – che i giudici del Consiglio di Stato fanno esplicitamente risalire ad un'interpretazione letterale della disposizione citata – 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, in quanto strettamente connesso alla finalità pubblica dello stesso. In questa prospettiva, dunque, i compiti assegnati all'organismo, e posti alla base della sua istituzione, assumono un carattere "preminente" rispetto alle modalità con cui vengono svolte le attività allo stesso demandate, poiché mentre i primi "sono alla base della nuova modalità organizzativa scelta per perseguire finalità

amministrative di interesse generale, dunque concretizzano un particolare modo di auto-organizzarsi della pubblica amministrazione in riferimento al perseguimento di finalità che comunque le appartengono”, le seconde “riflettono il modo di porsi dell’organismo in rapporto al mercato”. Anzi, queste ultime sono destinate a cedere rispetto ai compiti assegnati, in quanto: “a) non sono espressamente citate dalle disposizioni, neppure quelle eurounitarie; b) sono in realtà inidonee a differenziare con chiarezza l’azione pubblica da quella di un operatore economico privato [...]; c) sono potenzialmente mutevoli nel tempo, perché non si può escludere che de facto un’attività originariamente non remunerativa lo divenga nel tempo; e viceversa, perda, per l’andamento dei mercati – il cui grado di concorrenzialità può ben variare – tale effettiva capacità: sicché si tratta di un indicatore in realtà instabile perché soggetto a contingenti circostanze esterne, dunque non preciso e dirimente”» (delibera n. 155/2022 -fasc.4963/2021).

Anche sotto tale profilo, sulla base delle previsioni del citato decreto di riordino delle IPAB, sembra sussistere il requisito teleologico richiesto dall’art. 3, comma 1, lett. d) del Codice.

Quanto infine al requisito della “dominanza pubblica”, 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, come sottolineato dall’Autorità nei pareri sopra richiamati, la sussistenza dello stesso va valutata caso per caso, sulla base delle previsioni statutarie. Ove presente uno di tali presupposti deve ritenersi soddisfatto il requisito richiesto dalla norma del Codice per la sussistenza della c.d. dominanza pubblica.

Per quanto sopra, in risposta al quesito sollevato nell’istanza di parere, può osservarsi in linea generale che le ex IPAB trasformate in Aziende Pubbliche di Servizi alla Persona (ASP) (ex art. 5 del d.lgs. 207/2001), (i) dotate di personalità giuridica di diritto pubblico, (ii) operanti senza scopo di lucro e secondo criteri imprenditoriali, dotate di autonomia statutaria, patrimoniale, contabile, gestionale e tecnica (art. 6 d.lgs. 207/2001), (iii) deputate allo svolgimento di funzioni intrinsecamente pubblicistiche (art. 2 e 5, d.lgs. 207/2001), (iv) tenuto conto delle prerogative regionali contemplate nella disciplina di riferimento (v) e qualificate dalla giurisprudenza quali enti pubblici economici (in tal senso, Corte dei conti n. 43/2017 e n. 371/2018), sembrano qualificabili come «organismo di diritto pubblico» ai sensi dell’art. 3, comma 1, lett. d), del d.lgs. 50/2016, ferma restando la necessità di operare una valutazione caso per caso sulla base del singolo statuto e della singola disciplina regionale dettata in materia.

Valgono quindi per tali enti le considerazioni sopra svolte in ordine alla figura dell’organismo di diritto pubblico e alle disposizioni dell’art. 3, comma 1, lett. d) del Codice.

Gli stessi enti, ove qualificabili come amministrazioni aggiudicatrici nel senso sopra indicato, sono tenuti altresì al rispetto delle previsioni in tema di tracciabilità dettate dal d.lgs. 136/2010. Come chiarito dall’Autorità con determinazione n. 4 del 31 maggio 2011, (recante “*Linee guida sulla tracciabilità dei flussi finanziari ai sensi dell’articolo 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136*”), aggiornata con delibera n. 556 del 31 maggio 2017 e con delibera n. 371 del 27 luglio 2022, «in considerazione del fatto che la normativa in esame ha finalità antimafia e che la normativa antimafia trova applicazione generalizzata ai contratti pubblici, sono senz’altro tenuti all’osservanza degli obblighi di tracciabilità *tutti i soggetti sottoposti all’applicazione del Codice, di conseguenza l’articolo 3 della legge n. 136 si applica alle stazioni appaltanti di cui all’art. 3, comma 1, dalla lett. a) alla lett. o) del Codice*» (inoltre, in relazione ai servizi sociali e assistenziali si rinvia alle indicazioni contenute nel par. 5 delle linee guida citate).

Quanto infine al quesito relativo all’applicabilità ai predetti enti, della disciplina in materia di trasparenza e prevenzione della corruzione, si rinvia alle indicazioni contenute nelle “*Nuove linee*

guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici', approvate con determinazione n. 1134 dell'8 novembre 2017 che hanno ricondotto nel campo di applicazione della l. n.190/2012 e della relativa disciplina attuativa, anche le IPAB trasformate in ASP.

Sulla base delle considerazioni espresse, si rimette dunque a codesta Azienda ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Atto firmato digitalmente