



COMUNE DI PIZZIGHETTONE

(Provincia di CREMONA)

CAP 26026 – Via Municipio, 10 Codice Fiscale 80003610195

Tel. 0372/7382203 - 7382204 – Fax 0372/745209

e-mail: segreteria@comune.pizzighettone.cr.it

PROT. N. 5860
DEL 21.06.2019

AL PRESIDENTE DELLA FONDAZIONE
“OPERA PIA LUIGI MAZZA”

26026 PIZZIGHETTONE

(s.p.m.)

OGGETTO: Comunicazione.

Si comunica che, a seguito di quanto trasmesso in data 01.06.2019 ed all'ipotesi di cessione delle attività di Cd. Fondazione, questo Ente ha provveduto a richiedere specifico parere legale sulla natura giuridica della Fondazione e, di conseguenza, sulle normative che la stessa è tenuta ad applicare, in particolare per quanto riguarda gli appalti ed i servizi pubblici.

Con l'occasione si trasmette copia del parere legale sopra citato, con invito ad adeguarsi, nell'esercizio delle proprie attività, a quanto in esso contenuto.

Restando a disposizione per eventuali ulteriori chiarimenti, l'occasione è gradita per porgere distinti saluti.

IL SINDACO

Dr. Luca Moggi





COMUNE DI PIZZIGHETTONE		
N.	5727
19 GIU. 2019		
Cat.	Cl.	Fasc.

Av. Raffaella Bordogna
PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Av. Marzia D'Agostino

Bergamo, li 19 giugno 2019

Spett.le
COMUNE DI PIZZIGHETTONE

ALLA C.A. DEL SINDACO

A MEZZO E-MAIL

COMUNE DI PIZZIGHETTONE
FONDAZIONE MAZZA – RSA PIZZIGHETTONE
PARERE

In relazione alla Vostra richiesta di valutazione della situazione della Fondazione e della legittimità delle condotte tenute dal Presidente della medesima, mi prego di comunicare quanto segue.

Devesi preliminarmente accertare la natura della Fondazione anche ai fini dell'esperimento di gare pubbliche e la sua composizione e natura.

La Fondazione, da quanto recita lo statuto, trae le proprie origini da lasciti e donazioni private all'allora ospedale Luigi Mazza fondato nel 1898 ad ente morale e del legato Placida Mazza del 1872.

Come tutti questi enti morali nel 1929 con il RD 27.5.1929 n. 1350 prendeva il nome di ospedale degli incurabili Luigi Mazza **avente natura pubblica**. La legge del 1890 infatti rendendo pubblici tali enti (IPAB) di cui alcuni erano tali fin dalla loro nascita altri lo divenivano per intervento legislativo, non ne modificava la struttura, l'amministrazione, gli organi interni ed esterni, il modo di designazione dei componenti, ma attuava un totale controllo sull'amministrazione e sulle decisioni degli stessi.

Con il DPR 616/77 veniva attuato lo scioglimento generale delle IPAB con passaggio all'ente locale del patrimonio, sempre peraltro destinato alla stessa attività assistenziale.



STUDIO LEGALE

Aw. Raffaella Bordogna

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Aw. Marzia D'Agostino

Nella fattispecie quindi va verificato se il patrimonio immobiliare della Fondazione sia in proprietà o privata ovvero, invece, in base alle norme citate esso non sia storicamente passato in mano almeno temporaneamente al Comune.

Con la riforma le ex IPAB potevano scegliere se avere natura di fondazione di natura pubblica o privata.

Così avvenne anche per la Fondazione in questione che assunse natura di Fondazione di diritto privato con statuto approvato nell'assemblea del 7.11.2003 avente ad oggetto sociale: "l'assistenza nei confronti delle persone svantaggiate per anzianità inabilità fisica malattia o emarginazione sociale, e fornire i servizi sopradetti con divieto per qualsiasi altra attività".

È fatto altresì obbligo agli amministratori di mantenere il patrimonio esistente vincolato agli scopi sopradetti.

Ciò detto, appare evidente che nello scopo dell'ente vi sia la **gestione delle attività assistenziali e non la mera amministrazione del patrimonio immobiliare.**

Come pure è espressamente previsto che **le scelte importanti per lo svolgimento dell'attività siano in capo al CDA e non al Presidente** che ne diviene esecutore se incaricato.

Come si rileva anche dal parere trasmesso dal Presidente, il problema si impenna sulla natura della Fondazione quale ente di diritto privato o organismo di diritto pubblico con le ovvie conseguenze in materia di applicazione della legge sui contratti pubblici.

Le conclusioni a cui si perviene sono però diverse.

Com'è noto infatti, secondo una recentissima espressione di parere da parte di ANAC in data 8.9.2016 in situazione del tutto analoga (se non identica relativa alla Rsa Faccanoni), l'autorità di vigilanza ha ritenuto che:

"l'autorità ha già avuto modo di pronunciarsi sulle fondazioni derivanti da privatizzazioni di enti ex IPAB, con parere sulla normativa 10 febbraio 2011 (AG 41/2010) e 21 maggio 2014 (AG 29/2014), specificando che dette istituzioni non sono state incluse tout court nel

Av. Raffaella Bordogna

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Av. Marzia D'Agostino

novero degli organismi di diritto pubblico e che, pertanto, è necessaria una verifica di volta in volta sul caso concreto al fine di accertare l'esistenza dei requisiti dell'organismo di diritto pubblico: le caratteristiche degli organismi di diritto pubblico non paiono infatti essere presenti ipso facto negli enti in questione, trattandosi di soggetti con personalità giuridica di diritto privato, con finalità socio-assistenziali e non lucrative, con autonomia statutaria, contabile e finanziaria, operatività con criteri aziendali, nei quali tuttavia è incerto il requisito della dominanza pubblica.

Infine, dalla documentazione in atti si evince che il Consiglio di amministrazione della Fondazione è nominato nella parte maggioritaria dal Comune, che nomina 5 dei 7 membri e che lo stesso nomina altresì il revisore dei conti; che il patrimonio della Fondazione è costituito da beni mobili e immobili la cui amministrazione deve essere finalizzata al raggiungimento degli scopi dell'ente e al mantenimento delle garanzie patrimoniali per il perseguimento della sua attività istituzionale; che la Fondazione provvede al raggiungimento del proprio scopo con redditi derivanti dal patrimonio; con rette, tariffe o contributi dovuti da privati o da enti pubblici per l'esercizio delle proprie attività istituzionali; con donazioni, oblazioni o atti di liberalità e da contributi pubblici e privati e da ogni altro contributo, erogazione di entrate comunque pervenute alla fondazione; con le somme derivanti da alienazione di beni patrimoniali; con proventi derivanti dall'eventuale svolgimento di attività connesse a quelle istituzionali."

Appare chiaro che, pur riservandosi l'esame delle singole fattispecie, **Anac ritiene che in presenza di tre importanti requisiti e cioè: la finalità pubblica dell'ente, la percezione da parte di questo di denaro o contribuzione o altra utilità da ente pubblico, e la nomina da parte del Sindaco della maggioranza dei membri del Cda si sia in presenza di un organismo di diritto pubblico.**



STUDIO LEGALE

Aw. Raffaella Bordogna

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Aw. Marzia D'Agostino

Conforme anche ai fini degli appalti la recente giurisprudenza amministrativa con la decisione del Tar Lazio, Roma sez. III-quater 24.11.2017 n. 11733 che ritiene organismi di diritto pubblico: *"qualsiasi organismo anche in forma societaria*

a) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale (c.d. requisito teleologico); b) dotato di personalità giuridica (c.d. requisito personalistico); c) 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 di 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 (c.d. requisito dell'influenza dominante)."

Nella fattispecie all'esame poi va altresì rilevato che, a quanto riferito, i contratti di lavoro in essere con il personale fanno riferimento al **contratto per gli enti locali** il che non fa che confortare la tesi, anche se di per sé non concreta un elemento decisivo, della natura di organismo di diritto pubblico della fondazione al di là del dato meramente letterale assunto originariamente. Ancora in merito alla questione relativa alla fondazione quale **"organismo di diritto pubblico"**.

La Corte dei Conti della Lombardia, ha peraltro precisato che "organismo di diritto pubblico" è termine utilizzato ai **fini degli appalti pubblici in applicazione D.Lgs 163/2006**, ha avuto modo di sottolineare che:

*"Appare opportuno richiamare, in via preliminare, quanto evidenziato dalla Sezione Piemonte nel parere n. 24/2012 circa la **natura e le caratteristiche di una fondazione, sia che risulti costituita da soggetti privati che da amministrazioni o enti pubblici.***

*La fondazione è un ente dotato di personalità giuridica, disciplinato dal codice civile, che ha quale **elemento costitutivo essenziale l'esistenza di un "patrimonio"** destinato alla*



STUDIO LEGALE

Avv. Raffaella Bordogna
PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Avv. Marzia D'Agostino

soddisfazione di uno "scopo" (artt. 14 e segg.). Il "patrimonio" non è solo elemento costitutivo, **ma è la caratteristica che distingue e differenzia questo istituto dall'associazione**, che ha quale elemento essenziale la personalità della partecipazione di una pluralità di soggetti, finalizzata al raggiungimento di uno scopo.

Le fondazioni, come riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale, **hanno natura privata** e sono espressione organizzativa delle libertà sociali, costituendo i cosiddetti corpi intermedi, collocati fra Stato e mercato, che trovano nel principio di sussidiarietà orizzontale, di cui all'ultimo comma dell'art. 118 della Costituzione, un preciso presidio rispetto all'intervento pubblico (Corte costituzionale 28 settembre 2003, n. 300 e n. 301)."

Alle stesse conclusioni giunge la Corte nei n. 25 del 2013, e n. 350 del 26 luglio 2012 della stessa sezione lombarda.

In tale ultimo parere:

"Da ultimo, deve opinarsi sulla **possibilità che la fondazione**, in pectore destinataria della sopra riferita attribuzione patrimoniale, **possa essere configurata come un soggetto in house, con conseguente insussistenza della stessa dualità di soggetti e, quindi, dell'obbligo di selezione concorsuale.**

E' ormai notissima la parabola giurisprudenziale della **Corte di giustizia europea sull'in house providing**, che ha portato ad **escludere la dualità soggettiva** rispetto all'amministrazione laddove l'ente: i) **sia a partecipazione totalitariamente pubblicistica**; ii) **svolga la parte più importante della propria attività in favore dell'amministrazione**; iii) **subisca da detta amministrazione un "controllo analogo"** rispetto a quello esercitato sugli organi della stessa, in altre parole si presenti come un mero strumento della medesima.



STUDIO LEGALE

Avv. Raffaella Bordogna
PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Avv. Marzia D'Agostino

Nel caso della fondazione in esame, non sembrano però che detti caratteri sussistano. A tacere, infatti, che nella struttura fondazionale, connotata come noto dal carattere prettamente patrimoniale, la circostanza della partecipazione pubblica totalitaria risulterebbe di difficile individuazione, in quanto a seguito dell'atto di fondazione il patrimonio del conferente assume soggettività distinta; nella fattispecie scrutinata non sembrano sussistere quantomeno i requisiti attinenti al controllo analogo, se si considera che dalla prospettazione del Comune istante non è dato desumere alcun elemento che possa assimilare il regime del controllo sulla fondazione a quello proprio degli organi del Comune.

E' evidente, al riguardo, che né il mero potere di nomina né la devoluzione del patrimonio surrogano i requisiti anzi descritti, e per contro rafforzano l'apparenza di dualità soggettiva tra Comune e Fondazione."

Nuovamente il Consiglio dell'Autorità di vigilanza ha con deliberazione AG479 del 20/07/2000, ha ritenuto che, in materia di natura giuridica delle IPAB, esse siano riconducibili nel novero degli organismi di diritto pubblico, ricorrendo per le medesime i requisiti tipici della categoria: la personalità giuridica, il carattere non industriale o commerciale dei bisogni di interesse generale perseguiti, il prevalente finanziamento pubblico ovvero il controllo da parte dei pubblici poteri.

Ciò risulta confermato viepiù dall'inserimento delle IPAB tra gli organismi di diritto pubblico elencati nell'allegato III al Codice dei contratti, cosicchè sussiste l'obbligo per le istituzioni in parola di applicare la disciplina contrattuale pubblica ai fini della selezione dei contraenti privati.

Tutto ciò va tuttavia rivisto alla luce della riforma del terzo settore recata dalla legge delega n. 328/2000 – che ha riconosciuto il ruolo istituzionale delle IPAB nell'ambito appunto del "terzo settore" quali parti costitutive della rete regionale dei servizi sociali – e del successivo decreto legislativo attuativo n. 207/2001".

Av. Raffaella Bordogna
PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Av. Marzia D'Agostino

Con tale riforma si è iniziato il processo di privatizzazione delle IPAB con la loro trasformazione obbligatoria in ASP – azienda per i servizi alla persona – per quelle prive delle caratteristiche indicate nel DPCM 16/02/1990 - oppure in persone giuridiche di diritto privato (associazioni o fondazioni). Le IPAB non trasformate dovranno estinguersi o fondersi con altre.

Laddove esse si trasformino in ASP si mantiene la personalità giuridica di diritto pubblico, mentre nelle altre ipotesi sono trasformate in soggetti di diritto privato.

Le caratteristiche delle IPAB trasformate in associazioni o fondazioni di diritto privato sono le seguenti (artt. 16-18 d.lgs. n. 207/2001): personalità giuridica di diritto privato, assenza dello scopo di lucro, piena autonomia statutaria e gestionale, perseguimento di finalità di utilità sociale.

Ne consegue che, per accertarne la natura, va in parte superato l'indirizzo originario dell'Autorità, che include tout court dette istituzioni nel novero degli organismi di diritto pubblico, e invece si ritiene vadano indagate caso per caso nelle istituzioni trasformate in associazioni/fondazioni.

Si tratta dei tre requisiti richiesti, cumulativamente, dall'art. 3, comma 26, del d.lgs. n. 163/2006 ai fini del riconoscimento della qualifica di organismo di diritto pubblico:

1. la personalità giuridica;
2. essere istituito per soddisfare esigenze di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale;
3. essere l'attività finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure gestione sottoposta al controllo di tali soggetti, ovvero organismi di amministrazione, direzione o vigilanza costituiti in misura non inferiore alla metà da componenti designati dai medesimi soggetti.

Analizziamo quindi i requisiti singolarmente.

I primi due sono intuitivamente ben presenti nella fattispecie che ci occupa.



STUDIO LEGALE

Av. Raffaella Bordogna

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Av. Marzia D'Agostino

Infatti il requisito soggettivo della personalità giuridica non è in discussione, anche perché espressamente previsto nel citato art. 16 del d.lgs. n. 207/2001. **Ciò in ossequio alla giurisprudenza comunitaria per la quale il fatto che si tratti di personalità giuridica di diritto privato non è ostativo al riconoscimento della natura di organismo di diritto pubblico, come ha chiarito la ¹ dopo avere ribadito 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.**

La Corte, ha affermato che, ai fini della verifica della sussistenza dei tre requisiti, è indifferente la forma di costituzione degli organismi interessati e che *"il carattere di diritto privato di un organismo non costituisce un criterio atto ad escludere la sua qualificazione quale amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'art. 1, lett. b), delle direttive 92/50, 93/36 e 93/37.. "l'effetto utile delle direttive 92/50, 93/36 e 93/37 (...) non sarebbe pienamente preservato qualora l'applicazione di tali norme ad un organismo che soddisfi le tre condizioni citate potesse essere esclusa per il solo fatto che, secondo il diritto nazionale cui è soggetto tale organismo, la sua forma e il suo regime giuridico rientrano nell'ambito del diritto privato".*

La giurisprudenza italiana nazionale aveva quindi fatto propria tale indicazione ²
Quanto al requisito del soddisfacimento di esigenze di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale, secondo l'art. 16, comma 3, le ex IPAB trasformate in fondazioni/associazioni non hanno scopo di lucro e "perseguono scopi di utilità sociale, utilizzando tutte le modalità consentite dalla loro natura giuridica".

¹ Corte di giustizia che, nella sentenza del 15 maggio 2003, causa C-214/00,

² Corte di giustizia sentenza del 15 maggio 2003, causa C-214/00, TAR Umbria 4 aprile 2006 n. 204, Cassazione Civile Sez. Unite ordinanza 8 febbraio 2006 n. 2637 e Consiglio di Stato sez. VI, 15 giugno 2009 n. 3829, Consiglio di Stato, sez. V, 12 ottobre 2010 n. 7393.



STUDIO LEGALE

Av. Raffaella Bordogna
PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Av. Marzia D'Agostino

Per quanto riguarda il requisito della finalità risulta sufficiente il perseguimento di tale tipologia di bisogno rientri tra i compiti istituzionali dell'organismo di cui si discute, anche senza carattere di preminenza" ³.

Il perseguimento di scopi di utilità sociale da parte delle fondazioni/associazioni ex IPAB sembra soddisfare il requisito in parola atteso che tali attività (assistenza sociale e socio sanitaria, assistenza sanitaria; istruzione, formazione, etc.) rispondono certamente a finalità di interesse generale di natura non industriale o commerciale.

Meno certo può apparire il 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, giacché, tra i criteri alternativi richiesti dal D.P.C.M. 16 febbraio 1990 ai fini del riconoscimento della personalità giuridica di diritto privato, emergono come considerazioni:

1. il "carattere di istituzione promossa ed amministrata da privati" (art. 1, comma 3, lett. b), a sua volta integrato in caso di "esistenza di disposizioni statutarie che prescrivano la designazione da parte di associazioni o di soggetti privati di una quota significativa dei componenti dell'organo deliberante" (art. 1, comma 5, lett. b))

"il patrimonio risulti prevalentemente costituito da beni risultanti dalla dotazione originaria o dagli incrementi e trasformazioni della stessa ovvero da beni conseguiti in forza dello svolgimento dell'attività istituzionale" (art. 1, comma 5, lett. b).

Né a diverse considerazioni si arriva con l'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, del 7 aprile 2014, n. 8051, attinente a fattispecie affatto diversa che in seguito alla decisione del Consiglio di Stato del 2015 è stata inviata alla Corte Europea per la soluzione interpretativa e la relativa giurisdizione.

³ Corte di Giustizia, sent. 15 gennaio 1998, in causa C-44/96, conformi, ex multis Consiglio di Stato, sez. VI, 19 maggio 2008 n. 2280; Corte di Cassazione, sez. unite civili, 7 ottobre 2008, n. 24722 e Corte di Cassazione, sez. unite civili, ordinanza 4 novembre 2009, n. 23322



STUDIO LEGALE

Avv. Raffaella Bordogna

PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Avv. Marzia D'Agostino

La L. n. 328 del 2000, che all'art. 10 ha delegato il Governo ad adottare una nuova disciplina delle Istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza (IPAB) di cui alla legge 17 luglio 1890, n. 6972. Il D.Lgs. n. 207 del 2001 ha attuato la delega, prevedendo che le istituzioni siano riordinate in aziende pubbliche di servizi alla persona o in persone giuridiche di diritto privato. Tale legge ha previsto l'abrogazione della disciplina relativa alle IPAB prevista dalla legge 17 luglio 1890, n. 6972, e dai relativi provvedimenti di attuazione, stabilendo che "Nel periodo transitorio previsto per il riordino delle istituzioni, ad esse seguitano ad applicarsi le disposizioni previgenti, in quanto non contrastanti con i principi della libertà dell'assistenza, con i principi della legge e con le disposizioni del presente decreto legislativo" (art. 21).

Da tutto quanto sopra reso, appare evidente che nella fattispecie all'esame la Fondazione in questione abbia tutte le caratteristiche ed i requisiti per la sussistenza del riconoscimento della sua natura di organismo di diritto pubblico.

Da ciò derivano alcune conseguenze giuridiche rilevanti:

- 1 la fondazione è tenuta al rispetto della normativa in materia di appalti e servizi pubblici ragion per cui è da escludersi una trattativa diretta volta alla cessione di ramo d'azienda o ancor più di appalto per la gestione della medesima fuori dei casi previsti (es: aste deserte)
- 2 la fondazione esiste in quanto persegue la sua finalità di gestione del servizio di rilevanza socio assistenziale e non può quindi trasformarsi di fatto in mera amministratrice del patrimonio immobiliare,
- 3 le scelte relative alla gestione della fondazione competono al CDA e non al Presidente,
- 4 i membri di nomina sindacale rappresentano il controllo operato dall'ente pubblico che, fino a quando non verranno operate scelte diverse, concretano uno dei requisiti della natura di organismo di diritto pubblico.



Avv. Raffaella Bordogna
PATROCINANTE IN CASSAZIONE

Avv. Marzia D'Agostino

Ne consegue che non possono essere ritenuti legittimi gli atti tenuti in violazione dei suddetti principi.

Al fine di escludere ogni dubbio e contemporaneamente ogni responsabilità, consiglieri di trasmettere tutta la documentazione e la descrizione di fatti all'ANAC al fine di accertare nel caso di specie la natura di organismo di diritto pubblico, contestualmente chiedendo vengano accertate azioni illegittime in contrasto con le norme del codice dei contratti pubblici e degli appalti, contestando il tutto al Presidente della Fondazione che appare aver agito in assenza di mandato del CDA.

Resto a disposizione per ogni eventuale chiarimento e porgo distinti saluti.

Avv. Raffaella Bordogna