

In house e affidamenti diretti consentiti ex lege a soggetti non societari

La Fondazione Musei Civici di Venezia non è organismo in house e non aderisce alle convenzioni Consip

di Ulderico Izzo*

La quinta sezione del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 3659, depositata lo scorso 22 aprile, con un complesso, ma puntuale, percorso motivazionale esprime il principio di diritto secondo il quale la Fondazione Musei Civici di Venezia non è configurabile come società in house, né è una pubblica amministrazione o comunque soggetto obbligato ad aderire alle convenzioni Consip.¹

La decisione del Massimo Consesso permette di effettuare una riflessione sulla natura giuridica delle fondazioni, quali persone giuridiche di diritto privato che possono annoverare, tra i loro partecipanti sia soggetti giuridici pubblici e sia privati.

Il giudice di appello ha confermato la decisione del Tribunale Amministrativo Regionale adito in primo grado, il quale ha precisato che la Fondazione non rientra tra i soggetti indicati nell'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n.165/2001² e quindi non è una pubblica amministrazione obbligata ad aderire alle convenzioni Consip.

Inoltre, le c.d. fondazioni culturali, quali forme tipizzate di partenariato pubblico-privati, non risultano rientrare di per sé

La decisione del Massimo Consesso permette di effettuare una riflessione sulla natura giuridica delle fondazioni, quali persone giuridiche di diritto privato che possono annoverare, tra i loro partecipanti sia soggetti giuridici pubblici e sia privati

** Dirigente S. S. N.
Revisore dei conti in EE. LL. e società a partecipazione pubblica*

1. La Fondazione Musei Civici è un soggetto privato che gestisce un patrimonio pubblico, che fa capo al Consiglio di amministrazione, e che autofinanzia tutte le proprie attività. Ha un unico socio fondatore, il Comune di Venezia. MUVE è un network di musei autonomi con una regia centrale. Oltre alle tradizionali attività museali (ricovero, conservazione, studio, valorizzazione) comprende un ampio insieme di attività e servizi culturali: ricerca, formazione, divulgazione, didattica, produzione di eventi temporanei, in un dialogo incessante con il territorio e con i suoi frequentatori. Fonte:<https://www.visitmuve.it/it/fondazione/presentazione>.
2. Articolo 1, comma 2 dlgs 165/2001: *Per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300. Fino alla revisione organica della disciplina di settore, le disposizioni di cui al presente decreto continuano ad applicarsi anche al CONI.*



tra le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 165 del 2001, bensì eventualmente tra gli organismi di diritto pubblico.

Dalla lettura del proprio statuto la Fondazione Musei Civici di Venezia è qualificata come persona giuridica di diritto privato, i suoi partecipanti possono essere sia soggetti pubblici sia privati e il suo patrimonio è costituito da conferimenti sia del fondatore-promotore (il Comune di Venezia), sia di partecipanti e di terzi.

In base all'art. 113 bis del d.lgs. n. 267 del 2001 gli enti locali avrebbero potuto procedere all'affidamento diretto dei servizi culturali anche ad associazioni e fondazioni da loro costituite o partecipate. Pertanto, il fatto che la Fondazione Musei Civici di Venezia sia affidataria diretta del servizio non implica il riconoscimento del requisito del c.d. "*controllo analogo*", necessario ai fini della qualificazione di una società come in house.

Il requisito del controllo analogo

Il modello organizzativo di matrice comunitaria dell'house providing nasce essenzialmente in via interpretativa, come deroga al principio che vuole il confronto concorrenziale tra operatori quale strumento ordinario per gli affidamenti di

contratti pubblici.³

Secondo la Corte di giustizia dell'Unione Europea non è necessario fare appello a procedure competitive quando l'ente aggiudicatore esercita sulla società affidataria un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e l'aggiudicataria svolge la maggior parte della propria attività il favore dell'amministrazione aggiudicatrice.

Il modello rimanda al fenomeno dell'autoproduzione di beni, servizi e lavori da parte della pubblica amministrazione, la quale acquista gli stessi beni attingendolo all'interno della propria organizzazione senza effettuare alcun ricorso al mercato.

In relazione ai requisiti necessari ad integrare il controllo analogo, il giudice comunitario ha ritenuto che la partecipazione pubblica totalitaria al capitale sociale dell'affidatario sia condizione necessaria, ma non sufficiente occorrendo poteri di controllo da parte dell'ente rispetto a quelli previsti dal diritto positivo.⁴

Da ciò discende che gli indici sintomatici dell'in house providing, come individuati dalla elaborazione giurisprudenziale,⁵ sono costituiti: a) dall'integrale detenzione del capitale sociale o del patrimonio dell'ente, da parte di uno o più enti pubblici per l'esercizio di pubblici servizi e dal contestuale divieto statutario di cederne le partecipazioni a privati; b) - dal fatto che la società o l'ente espliciti statutariamente la propria attività prevalente in favore degli enti partecipanti, in modo che l'eventuale attività accessoria non implichi una significativa presenza sul mercato e rivesta una valenza meramente strumentale; c) dall'assoggettamento statutario della gestione a forme di controllo analoghe a quelle esercitata dagli enti pubblici sui propri uffici, con modalità ed intensità di comando non riconducibili alle facoltà spettanti al socio ai sensi del codice civile.

La costruzione pretoria del controllo analogo, oggi, è stata pienamente codificata dal TUSP con la puntualizzazione che il controllo si sostanzia nell'esercizio di un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici, che sulle decisioni significative della società, controllata anche attraverso una persona giuridica diversa da quella controllante.

Secondo la Corte di giustizia dell'Unione Europea non è necessario fare appello a procedure competitive quando l'ente aggiudicatore esercita sulla società affidataria un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e l'aggiudicataria svolge la maggior parte della propria attività il favore dell'amministrazione aggiudicatrice

3. Sentenza della Corte (Quinta Sezione) del 18 novembre 1999. - Teckal Srl contro Comune di Viano e Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia. - Domanda di pronuncia pregiudiziale: Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia-Romagna - Italia. - Appalti pubblici di servizi e di forniture - Direttive 92/50/CEE e 93/36/CEE - Aggiudicazione, da parte di un ente locale ad un consorzio a cui esso partecipa, di un contratto di fornitura di prodotti e di prestazione di servizi determinati. - Causa C-107/98.
4. Cass. Sez. Un. 2 febbraio 2018, n. 2584.
5. Cass. Sez. Un. 22 dicembre 2016 n. 26643.

Il diritto comunitario, pertanto, consente l'affidamento diretto anche di servizi pubblici atteso che la loro sussistenza escluda che l'in house configuri, nella sostanza, un rapporto contrattuale intersoggettivo tra aggiudicante ed affidatario, perché l'affidatario in realtà solo una *longa manus* del primo.⁶

Nel contesto dell'affidamento diretto di contratti pubblici, il controllo analogo come positivizzato dal legislatore, è stato dichiarato incompatibile con la partecipazione di privati al capitale sociale, tranne i casi prescritti dalla legge, e sempreché la partecipazione avvenga in forme che non comportano alcun controllo sostanziale o un potere di veto nell'esercizio di un'influenza dominante sulla società.

La qualità di enti in house, che deriva dalla presenza contemporanea del triplice requisito comunitario sussiste, indipendentemente e indifferentemente, dalla natura pubblica del soggetto, natura che discende da elementi strutturali, sostanziali e funzionali del tutto autonomi rispetto a quelli di origine comunitaria.⁷

La tesi dell'appellante finalizzata a far rientrare la Fondazione veneziana nell'ambito del sistema dell'in house, ha trovato il semaforo rosso, in quanto la figura dell'affidamento in house trova la sua precipua collocazione nell'ambito di attività economiche da svolgersi con criteri imprenditoriali e che proprio in tale ambito può trovare spazio l'analisi dell'ente al fine di rinvenire un agire sul mercato in termini concorrenziali con altri soggetti economici: situazione questa che va del tutto esclusa, in ragione della statutaria previsione della Fondazione, di non perseguire fini di lucro.

L'adesione alle convenzioni Consip

Le fondazioni disciplinate dal codice civile sono organizzazioni create dall'autonomia privata per il perseguimento di scopi di interesse generale, che non fanno capo specificatamente ad alcuno.⁸

I contratti con cui le fondazioni soddisfano le proprie necessità operative rappresentano uno dei settori in cui maggiormente si avverte l'influenza pubblicistica. Infatti, per il combinarsi di norme comunitarie e nazionali, le fondazioni, in cui sia rilevante il finanziamento pubblico o che siano configurabili quali "organismi di diritto pubblico", nozione di origine comunitaria e poi recepita dal diritto nazionale, sono tenute ad osservare le procedure ad evidenza pubblica proprie del-

6. Corte cost. 17 dicembre 2010 n.325.

7. F. Cerioni (a cura di), *Le società Pubbliche*, Milano 2023.

8. N. Longobardi, *Amministrazioni pubbliche e fondazioni di diritto privato*, in www.amministrazioneincammino.it.

le pubbliche amministrazioni.

Si tratta di una limitazione considerata da taluni eccessivamente gravosa e tale da contraddire una delle principali motivazioni per la costituzione di questo tipo di soggetti giuridici, ma che risponde ad una evidente patologia degli scorsi decenni, quando la “privatizzazione” era sostanzialmente intesa come fuga dalle regole a garanzia del mercato e della concorrenza; ma più in generale a presidio della legalità amministrativa.⁹

È stato il diritto comunitario a rilevare il fenomeno e contrastarlo con le direttive sugli appalti pubblici, sempre più puntuali e dettagliate a partire dagli anni Ottanta, e poi fattesi in larga parte autoapplicative (selfexecuting) per ovviare alla prassi dell'inottemperanza da parte degli Stati membri.

Al di là della gravosità di queste regole, è stata anche contestata l'apparente contraddizione tra la “forma fondazione” e la loro possibile qualificazione come “organismi di diritto pubblico”. In realtà, ci si trova di fronte al fenomeno per cui il medesimo soggetto può assumere un diverso rilievo giuridico, di diritto comune o di diritto pubblico, a seconda delle circostanze considerate.

Il giudice di appello ha posto chiarezza al quesito ovvero l'art. 1, comma 510, della l. 208 del 2015¹⁰ non è applicabile alla Fondazione Musei Civici, non solo per la circostanza che si applica alle sole amministrazioni pubbliche obbligate ad approvvigionarsi attraverso le Convenzioni Consip – fra le quali non rientra, come si preciserà nella disamina del secondo, terzo e quarto motivo di appello, la Fondazione - ma perché postula quale *prius* la sovrapposibilità fra l'oggetto della gara Consip e l'oggetto della gara che si intende bandire, non potendo farsi rientrare nella verifica dello specifico soddisfacimento dell'Amministrazione la disamina di detta sovrapposibilità allorché la stessa, come nell'ipotesi di specie, sia palese.

La Fondazione non può e non deve essere annoverata fra le amministrazioni pubbliche obbligate ad aderire alle Convenzioni Consip.

Inoltre, il quadro normativo si irrobustisce con l'art. 26, com-

La Fondazione non può e non deve essere annoverata fra le amministrazioni pubbliche obbligate ad aderire alle Convenzioni Consip

9. Mario P. Chiti, *La presenza degli enti pubblici nelle fondazioni di partecipazione tra diritto nazionale e diritto comunitario*, in <https://elibrary.fondazione-notariato.it/articolo.asp?art=06/0604&mn=3>

10. Le amministrazioni pubbliche obbligate ad approvvigionarsi attraverso le convenzioni di cui all'articolo 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488, stipulate da Consip SpA, ovvero dalle centrali di committenza regionali, possono procedere ad acquisti autonomi esclusivamente a seguito di apposita autorizzazione specificamente motivata resa dall'organo di vertice amministrativo e trasmessa al competente ufficio della Corte dei conti, qualora il bene o il servizio oggetto di convenzione non sia idoneo al soddisfacimento dello specifico fabbisogno dell'amministrazione per mancanza di caratteristiche essenziali”.

mi 1 e 3, della Legge n.488/1999, secondo cui l'obbligo di adesione alle convenzioni Consip cede solo a carico delle Amministrazioni, statali e periferiche, dello Stato, mentre le amministrazioni pubbliche non statali hanno la facoltà di ricorrere alla convenzione Consip ovvero di utilizzarne i parametri di prezzo-qualità, come limiti massimi, per l'acquisto di beni e servizi comparabili.

A tali fini, l'art. 58, comma 1, L. n. 388/2000 ha previsto che per pubbliche amministrazioni si intendono quelle elencate dall'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001 e a tali amministrazioni pubbliche si riferisce dunque l'art. 1, comma 510, della legge n. 208/2015 laddove consente di *procedere ad acquisti autonomi esclusivamente a seguito di apposita autorizzazione specificamente motivata resa dall'organo di vertice amministrativo e trasmessa al competente ufficio della Corte dei conti, qualora il bene o il servizio oggetto di convenzione non sia idoneo al soddisfacimento dello specifico fabbisogno dell'amministrazione per mancanza di caratteristiche essenziali.*

Il Consiglio di Stato ha anche fatto chiarezza su altro aspetto ovvero la Fondazione Musei Civici di Venezia non può in nessun modo essere assimilata ad una associazione o consorzio di ente locale, rientrando nel *genus* delle amministrazioni pubbliche.

Infatti, l'art. 1, comma 2, del D.lgs. n. 165/2001, nel contemplare i comuni e "loro consorzi ed associazioni", fa riferimento alle speciali forme associative pubbliche disciplinate agli artt. 31-32 e 33 del TUEL ossia ai consorzi ed associazioni costituiti tra enti locali per l'esercizio associato di funzioni e servizi (che costituiscono essi stessi enti locali, come tali assoggettati alla relativa disciplina, per cui in alcun modo la Fondazione, peraltro a carattere non associativo, è assimilabile a detti Enti.

La Fondazione resta qualificata come persona giuridica di diritto privato, i suoi partecipanti possono essere sia soggetti pubblici sia privati e il suo patrimonio è costituito da conferimenti sia del fondatore-promotore (il Comune), sia di partecipanti e di terzi.

Non si rinviene, tra le previsioni statutarie della Fondazione, il perseguimento dello scopo di lucro; essa promuove, forma e diffonde espressioni della cultura e dell'arte intese come bene comune.

La Fondazione deve rispettare l'evidenza pubblica per la fornitura di beni, servizi e lavori, ma non è obbligata ad aderire alle Convenzioni Consip.