



FNOMCeO

Il Presidente

85/11

COMUNICAZIONE N. 88

AI PRESIDENTI DEGLI ORDINI
PROVINCIALI DEI MEDICI
CHIRURGHI E DEGLI ODONTOIATRI

AI PRESIDENTI DELLE COMMISSIONI PER
GLI ISCRITTI ALL'ALBO DEGLI ODONTOIATRI

LORO SEDI

OGGETTO: Sentenza Corte di Giustizia Europea, Sez. V, del 12.09.2013 n. C-526/11.

Numerosi Ordini hanno segnalato la importanza della sentenza della Corte di Giustizia Europea, Sezione V, del 12 settembre 2013 in merito ad una vertenza nata in Germania tra l'Ordine professionale dei medici della Vestfalia-Lippe ed una impresa, in riferimento ad una gara d'appalto per la stampa e la spedizione del Bollettino dell'Ordine.

In sostanza, l'impresa esclusa ha contestato le procedure di gara, sostenendo che l'Ordine professionale non aveva rispettato la normativa di cui all'articolo 1, paragrafo 9, comma 2, lettera c) della Direttiva 2004/18/CE relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi.

Tale normativa è alla base anche del nostro Codice dei Contratti Pubblici di cui al D.Lgs 12 aprile 2006, n. 163.

In concreto, l'allegata sentenza chiarisce che tale normativa non può applicarsi agli Ordini professionali perché non risultano soddisfatti i due criteri relativi al:

- finanziamento maggioritario da parte dell'autorità pubblica, quando tale organismo è finanziato in modo maggioritario dai contributi versati dai suoi membri, il cui importo è fissato e riscosso in base alla legge dallo stesso organismo, nel caso in cui tale legislazione non stabilisca la portata e le forme delle attività che tale organismo deve svolgere nell'ambito dell'esercizio delle sue funzioni istituzionali che tali contributi sono destinati a finanziare;
- controllo della gestione da parte dell'autorità pubblica, per il solo fatto che la decisione con cui lo stesso organismo fissa l'importo dei suddetti contributi deve essere approvata da un'autorità di controllo.

E' necessario rilevare che la normativa tedesca sugli Ordini professionali dei medici è assolutamente sovrapponibile a quella italiana relativa ai nostri Ordini delle professioni sanitarie e che le sentenze della Corte di Giustizia Europea prevalgono anche sulla giurisdizione italiana.

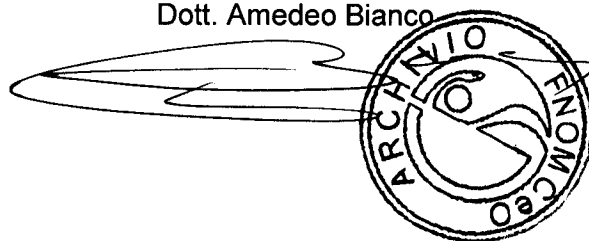
Occorre, pertanto, approfondire, da un punto di vista giuridico, gli effetti di questa recentissima sentenza anche nel nostro ordinamento, in relazione al delicato tema della assoggettabilità o meno degli Ordini dei medici italiani alla normativa del Codice dei Contratti Pubblici.

Si ricorda che, attualmente, l'Autorità per la Vigilanza sui contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, con l'allegato parere del 6 febbraio 2013, ha confermato che gli Ordini professionali sono tenuti ad osservare la normativa sui contratti pubblici di cui al D.Lgs 163/2006.

La delicata questione sarà, dunque, portata all'attenzione del Comitato Centrale della Federazione, per le necessarie valutazioni di cui, ovviamente, Vi porteremo a conoscenza in tempi brevi.

Ringraziando gli Ordini del valido contributo apportato, porgiamo cordiali saluti.

Dott. Amedeo Bianco



All.ti 2

MP/MF/LC

SENTENZA DELLA CORTE (Quinta Sezione)

12 settembre 2013 (*)

«Appalti pubblici – Direttiva 2004/18/CE – Articolo 1, paragrafo 9, secondo comma, lettera c) – Nozione di “organismo di diritto pubblico” – Condizione relativa al finanziamento dell’attività, al controllo della gestione, o al controllo sull’attività da parte dello Stato, di enti pubblici territoriali o di altri organismi di diritto pubblico – Ordine professionale dei medici – Finanziamento previsto dalla legge attraverso contributi versati dai membri di tale ordine – Importo dei contributi fissato dall’assemblea dello stesso ordine – Autonomia dell’ordine in merito alla determinazione della portata e delle modalità di esercizio delle sue funzioni istituzionali»

Nella causa C-526/11,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell’articolo 267 TFUE, dall’Oberlandesgericht Düsseldorf (Germania), con decisione del 5 ottobre 2011, pervenuta in cancelleria il 18 ottobre 2011, nel procedimento

IVD GmbH & Co. KG

contro

Ärzttekammer Westfalen-Lippe,

con l’intervento di:

WWF Druck + Medien GmbH,

LA CORTE (Quinta Sezione),

composta da T. von Danwitz, presidente di sezione, A. Rosas, E. Juhász, D. Šváby (relatore) e C. Vajda, giudici,

avvocato generale: P. Mengozzi

cancelliere: A. Impellizzeri, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all’udienza dell’8 novembre 2012,

considerate le osservazioni presentate:

- per la IVD GmbH & Co. KG, da J. Eggers, Rechtsanwalt;
- per l’Ärzttekammer Westfalen-Lippe, da S. Gesterkamp e T. Schneider-Lasogga, Rechtsanwälte;
- per il governo ceco, da M. Smolek e T. Müller, in qualità di agenti;
- per la Commissione europea, da M. Noll-Ehlers, A. Tokár e C. Zadra, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell’avvocato generale all’udienza del 30 gennaio 2013,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

- 1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 1, paragrafo 9, secondo comma, lettera c), della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114).
- 2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la IVD GmbH & Co. KG (in prosieguo: la «IVD») e l'Ärzttekammer Wesfalen-Lippe (Ordine professionale dei medici della Vestfalia-Lippe; in prosieguo: l'«Ärzttekammer»), relativa alla decisione di quest'ultima di aggiudicare un appalto, a seguito di gara, ad un'altra impresa.

Contesto normativo

Il diritto dell'Unione

- 3 Ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 9, secondo e terzo comma, della direttiva 2004/18:
«Per “organismo di diritto pubblico” s'intende qualsiasi organismo:
 - a) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale,
 - b) dotato di personalità giuridica, e
 - 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 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, non limitativi, degli organismi e delle categorie di organismi di diritto pubblico che soddisfano i criteri di cui al secondo comma, lettere a), b), e c), figurano nell'allegato III (...)).».

- 4 Per quanto riguarda la Repubblica federale di Germania, il detto allegato menziona le associazioni professionali e, in particolare, gli ordini dei medici, fra gli enti istituiti dallo Stato, dai Länder o da enti locali (parte III, 1.1, secondo trattino).

Il diritto tedesco

- 5 Ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, punti da 1 a 5, della legge del Land Renania settentrionale-Vestfalia sulle professioni sanitarie (Heilberufsgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen; in prosieguo: l'«HeilBerG NRW»), l'Ärzttekammer ha in particolare la funzione di:
 - «1. supportare il servizio sanitario e veterinario pubblico nell'esercizio delle loro funzioni, in particolare presentare proposte relative a tutte le questioni concernenti le professioni sanitarie e la medicina;
 2. formulare pareri su richiesta dell'autorità di controllo, elaborare perizie e nominare

esperti su richiesta delle autorità competenti;

3. garantire un servizio medico e dentistico di emergenza al di fuori degli orari di ambulatorio, garantirne la pubblicità e definirne le modalità organizzative;
4. garantire e promuovere l'aggiornamento professionale continuo dei membri dell'ordine al fine di contribuire ad assicurare che le conoscenze, competenze e abilità dei membri dell'ordine necessarie per l'esercizio della professione siano conformi, per tutta la durata dell'attività professionale, allo stato attuale della scienza e della pratica, dettare norme per l'aggiornamento ai sensi della presente legge, nonché certificare le qualifiche specialistiche; (...)
5. garantire e promuovere la qualità delle prestazioni nel settore sanitario e veterinario, in particolare attraverso certificazioni, di concerto con le parti interessate».

6 Dalla decisione di rinvio e dal fascicolo a disposizione della Corte risulta che la stessa legge:

- assegna all'Ärzttekammer, tra l'altro, anche il compito di operare in vista del mantenimento di un livello elevato della professione, di difendere gli interessi professionali dei suoi membri, di vigilare sui buoni rapporti tra gli stessi, di istituire a favore dei suoi membri e delle loro famiglie degli organi di assistenza, e ancora di informare il pubblico sulle proprie attività e sui temi legati alla professione (articolo 6, paragrafo 1, punti da 6 a 8, 10 e 12);
- attribuisce la qualità di membro di tale ordine a tutti i medici che esercitano la professione nel Land Renania settentrionale-Vestfalia, o che vi risiedono in modo permanente (articolo 2);
- riconosce, in linea di principio, il diritto di voto in seno all'assemblea dell'ordine a tutti i membri dello stesso (articolo 12, paragrafo 1);
- riconosce all'Ärzttekammer, ai fini dello svolgimento delle funzioni ad essa assegnate, il diritto di riscuotere contributi dai propri membri (articolo 6, paragrafo 4, prima frase);
- prevede che l'importo dei contributi sia fissato con regolamento emanato dall'assemblea dell'ordine (articolo 23, paragrafo 1);
- subordina tale regolamento all'approvazione di un'autorità di controllo (articolo 23, paragrafo 2), approvazione diretta unicamente a garantire una gestione finanziaria equilibrata dell'ordine stesso;
- prevede che l'autorità di controllo eserciti, a posteriori, un controllo generale di legittimità sul modo in cui l'Ärzttekammer svolge le proprie funzioni (articolo 28, paragrafo 1).

Procedimento principale e questione pregiudiziale

- 7 L'Ärzttekammer ha avviato una gara d'appalto per la stampa e la spedizione del proprio bollettino, nonché per la pubblicazione di annunci pubblicitari e la vendita di abbonamenti, con un bando di gara pubblicato nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* il 5 novembre 2010. Dopo l'esclusione di altri due offerenti, la scelta è stata effettuata tra la IVD e la WWF Druck + Medien GmbH, la cui offerta è stata alla fine accolta.
- 8 La IVD ha contestato tale aggiudicazione nell'ambito di un reclamo e, successivamente, di

un ricorso dinanzi alla Vergabekammer, organo amministrativo competente a conoscere dei ricorsi in materia di appalti pubblici, sostenendo che la parte aggiudicataria non aveva presentato alcune referenze richieste dall'Ärzttekammer. Il ricorso è stato respinto da tale organo, in quanto la pretesa della ricorrente è stata dichiarata infondata.

9 Investito di un ricorso contro la decisione del suddetto organo, l'Oberlandesgericht Düsseldorf (tribunale regionale superiore di Düsseldorf) ha deciso di esaminare d'ufficio il problema della qualità di amministrazione aggiudicatrice dell'Ärzttekammer, questione dalla quale dipende la ricevibilità del ricorso proposto dalla IVD.

10 Secondo il giudice del rinvio, le funzioni di cui tale ordine è investito dall'articolo 6, paragrafo 1, punti da 1 a 5 dell'HeilBerG NRW sono funzioni di interesse generale non aventi carattere commerciale o industriale. Inoltre, dal fascicolo a disposizione della Corte risulta che il suddetto ordine è dotato di personalità giuridica. Pertanto, esso soddisferebbe i criteri di cui all'articolo 1, paragrafo 9, secondo comma, lettere a) e b), della direttiva 2004/18.

11 Tale giudice invece si chiede se il diritto, di cui l'Ärzttekammer dispone, di riscuotere contributi dai propri membri, costituisca un finanziamento statale indiretto rispondente alla prima condizione di cui all'articolo 1, paragrafo 9, secondo comma, lettera c), di tale direttiva.

12 Secondo il giudice del rinvio, dalle sentenze del 13 dicembre 2007, Bayerischer Rundfunk e a. (C-337/06, Racc. pag. I-11173), e dell'11 giugno 2009, Hans & Christophorus Oymanns (C-300/07, Racc. pag. I-4779), emerge che un simile finanziamento statale indiretto sussiste quando lo Stato stabilisca esso stesso la base e l'importo dei contributi, oppure eserciti un'influenza talmente rilevante, attraverso l'emanazione di disposizioni che descrivono dettagliatamente le prestazioni che la persona giuridica in questione deve fornire e disciplinano la fissazione dell'importo dei contributi, che a tale persona giuridica residua solo un limitato margine di discrezionalità nella fissazione di tale importo.

13 Ebbene, tale giudice rileva che la legislazione pertinente non stabilisce l'importo dei contributi riscossi dall'Ärzttekammer e non determina la portata e le modalità di esercizio delle funzioni affidate a quest'ultima al punto da consentire solo entro limiti ristretti la fissazione dell'importo dei contributi da parte della stessa. Al contrario, godendo di un ampio margine di discrezionalità nell'esercizio delle sue funzioni, tale ordine beneficia di un margine di discrezionalità analogo per quanto riguarda la determinazione del proprio fabbisogno finanziario e, quindi, la fissazione dell'importo dei contributi dovuti dai suoi membri. Tale giudice rileva peraltro che, sebbene esista un sistema di approvazione del regolamento che fissa tale importo da parte dell'autorità di controllo, tale approvazione è diretta unicamente a garantire una gestione finanziaria equilibrata dell'ordine.

14 Alla luce dei suddetti elementi specifici, il giudice del rinvio ritiene che l'Ärzttekammer non presenti i caratteri individuati dalla Corte nelle sentenze citate al punto 12 della presente sentenza, e si chiede se questi siano sempre necessari affinché sia soddisfatta la condizione relativa all'esistenza di un finanziamento pubblico.

15 In tale contesto, l'Oberlandesgericht Düsseldorf ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se un organismo (...) (nel presente caso, un ordine professionale) (...) sia “finanziat[o] in modo maggioritario dallo Stato” oppure la sua “gestione sia soggetta al controllo” dello Stato [, ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 9, secondo comma, lettera c), della direttiva 2004/18/CE], qualora:

- sia concessa per legge all'organismo la facoltà di riscuotere i contributi dai suoi membri, ma la legge non abbia stabilito né l'importo dei contributi, né l'entità delle prestazioni da finanziare tramite il contributo,
- la tariffa necessari, però, dell'approvazione statale».

Sulla questione pregiudiziale

- 16 Con la sua questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 1, paragrafo 9, secondo comma, lettera c), della direttiva 2004/18 debba essere interpretato nel senso che un organismo, come un ordine professionale di diritto pubblico, soddisfi o il criterio relativo al finanziamento maggioritario da parte dell'autorità pubblica, in quanto tale organismo è finanziato in modo maggioritario dai contributi versati dai suoi membri, il cui importo è fissato e riscosso in base alla legislazione pertinente dallo stesso organismo, nell'ipotesi in cui tale legislazione non stabilisca la portata e le forme delle attività che tale organismo deve svolgere nell'ambito dell'esercizio delle sue funzioni istituzionali che tali contributi sono destinati a finanziare, oppure il criterio relativo al controllo della gestione da parte dell'autorità pubblica, in quanto la decisione con cui lo stesso organismo fissa l'importo dei suddetti contributi deve essere approvata da un'autorità di controllo.
- 17 Va rilevato innanzitutto, alla stregua di quanto fatto dal giudice del rinvio, che l'Ärzttekammer è menzionata nell'allegato III della direttiva 2004/18, nel quale sono indicati, per ciascuno Stato membro, gli organismi di diritto pubblico e le categorie di organismi di diritto pubblico di cui al suddetto articolo 1, paragrafo 9, secondo comma. Infatti, nella parte III di tale allegato, relativa alla Repubblica federale di Germania, la categoria 1.1, che comprende gli «enti (...) di diritto pubblico, costituiti dallo Stato, dai Länder o da enti locali», menziona al secondo trattino, relativo alla sottocategoria «associazioni di professioni liberali», in particolare gli «ordini [dei] medici».
- 18 Tuttavia, come ricordato dall'avvocato generale ai paragrafi 20 e 21 delle sue conclusioni, la menzione di un dato organismo in tale allegato rappresenta soltanto l'attuazione della norma sostanziale enunciata all'articolo 1, paragrafo 9, secondo comma, della direttiva 2004/18, senza che da tale menzione derivi una presunzione assoluta del fatto che detto organismo costituisce un «organismo di diritto pubblico» ai sensi di tale disposizione. Pertanto, spetta al giudice dell'Unione, investito di una domanda motivata formulata in proposito da parte di un giudice nazionale, accertare la coerenza interna di tale direttiva, verificando se la menzione di un organismo nel suddetto allegato rappresenti una corretta applicazione di tale norma sostanziale (v., in tal senso, sentenza Hans & Christophorus Oymanns, cit., punti 42, 43 e 45).
- 19 A questo proposito, conformemente all'articolo 1, paragrafo 9, secondo comma, della direttiva 2004/18, un ente costituisce un «organismo di diritto pubblico» ai sensi di tale disposizione, ed è soggetto, in quanto tale, alle disposizioni di tale direttiva, quando siano soddisfatte tre condizioni cumulative, cioè che tale ente sia stato istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale [lettera a)], che esso sia dotato di personalità giuridica [lettera b)], e che la sua attività sia finanziata in modo maggioritario dall'autorità pubblica, oppure che la sua gestione sia soggetta al controllo di quest'ultima, oppure ancora che più della metà dei membri del suo organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia designata dall'autorità pubblica [lettera c)].
- 20 I tre criteri alternativi enunciati all'articolo 1, paragrafo 9, secondo comma, lettera c), della suddetta direttiva consistono tutti in una stretta dipendenza dall'autorità pubblica. Infatti, una simile dipendenza è tale da consentire a quest'ultima di influenzare le decisioni dell'organismo in questione in materia di appalti pubblici, il che determina la possibilità che

considerazioni diverse da quelle economiche guidino tali decisioni, e in particolare il rischio che gli offerenti o i candidati nazionali siano preferiti, il che potrebbe creare quegli ostacoli alla libera circolazione dei servizi e delle merci, che l'applicazione delle direttive relative agli appalti pubblici intende precisamente evitare (v., in relazione alle disposizioni analoghe precedenti alla direttiva 2004/18, sentenza del 1° febbraio 2001, Commissione/Francia, C-237/99, Racc. pag. I-939, punti 39, 41, 42, 44 e 48, e giurisprudenza ivi citata).

- 21 Alla luce di tali obiettivi, ciascuno di tali criteri deve essere oggetto di un'interpretazione funzionale (v., in relazione alle disposizioni analoghe precedenti alla direttiva 2004/18, le citate sentenze Commissione/Francia, punto 43 e giurisprudenza ivi citata, nonché Bayerischer Rundfunk e a., punto 40), cioè indipendente dalle modalità formali della sua attuazione (v., per analogia, sentenza del 10 novembre 1998, BFI Holding, C-360/96, Racc. pag. I-6821, punti 62 e 63), e deve essere inteso nel senso che esso deve creare una stretta dipendenza dall'autorità pubblica.
- 22 Per quanto riguarda, innanzitutto, il primo criterio enunciato all'articolo 1, paragrafo 9, secondo comma, lettera c), della direttiva 2004/18, relativo al finanziamento maggioritario da parte dell'autorità pubblica, la nozione di finanziamento indica un trasferimento di risorse finanziarie effettuato senza specifico corrispettivo, al fine di sostenere le attività dell'ente in questione (v., in relazione alle disposizioni analoghe precedenti alla direttiva 2004/18, sentenza del 3 ottobre 2000, University of Cambridge, C-380/98, Racc. pag. I-8035, punto 21).
- 23 Dal momento che tale nozione deve essere oggetto di un'interpretazione funzionale, la Corte ha affermato che il criterio relativo al finanziamento maggioritario da parte dell'autorità pubblica include le modalità di finanziamento indirette.
- 24 Un finanziamento del genere può essere effettuato attraverso un contributo previsto e imposto dalla legge con riferimento al suo presupposto e al suo importo, che non costituisce corrispettivo del godimento effettivo dei servizi forniti dall'organismo in questione da parte dei soggetti passivi, e le cui modalità di riscossione derivano dai pubblici poteri (v., in tal senso, sentenza Bayerischer Rundfunk e a., cit., punti 41, 42, 44, 45, e da 47 a 49).
- 25 Il fatto che, da un punto di vista formale, un organismo fissi autonomamente l'importo dei contributi che assicurano il suo finanziamento maggioritario, non esclude l'esistenza di un finanziamento indiretto che soddisfa il suddetto criterio. È questo il caso di organismi come le casse pubbliche di previdenza sociale, quando sono finanziate attraverso contributi versati da o per i loro iscritti, senza corrispettivo specifico, quando l'iscrizione alle stesse casse e il versamento di tali contributi sono resi obbligatori per legge, quando l'importo di questi ultimi, sebbene formalmente fissato dalle casse stesse, è da un lato legalmente imposto, in quanto la legge stabilisce le prestazioni fornite dalle suddette casse così come i relativi costi, e vieta alle stesse di esercitare le loro funzioni a fini di lucro, e dall'altro deve essere approvato dall'autorità di controllo, e quando la riscossione avviene in modo coattivo, sulla base di norme di diritto pubblico (v., in tal senso, sentenza Hans & Christophorus Oymanns, cit., punti da 53 a 56).
- 26 Va rilevato, tuttavia, come la situazione di un organismo come l'Ärzttekammer non può essere assimilata a quella descritta al punto precedente della presente sentenza.
- 27 Infatti, sebbene le funzioni di tale organismo siano elencate nell'HeilBerG NRW, dalla decisione di rinvio risulta invece che la situazione di tale organismo è caratterizzata dalla rilevante autonomia ad esso attribuita dalla suddetta legge nel determinare la natura, la portata e le modalità di esercizio delle attività che esso intraprende nello svolgimento delle

sue funzioni, e dunque nel fissare le risorse finanziarie necessarie a tale scopo e, di conseguenza, l'importo dei contributi da richiedere ai suoi membri. Il fatto che il regolamento che fissa tale importo debba essere approvato da un'autorità pubblica di controllo non è determinante, in quanto tale autorità si limita ad accertare l'esistenza di una gestione finanziaria equilibrata dell'organismo in questione, cioè che quest'ultimo si assicuri, attraverso i contributi dei suoi membri e le sue altre risorse, entrate sufficienti a coprire l'insieme delle spese per il suo funzionamento secondo le modalità da esso stesso stabilite.

28 Peraltro, come rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi 65 e 66 delle sue conclusioni, tale autonomia rispetto all'autorità pubblica è ulteriormente rafforzata nel caso di specie dal fatto che il suddetto regolamento è adottato da un'assemblea costituita dagli stessi soggetti chiamati a versare i contributi.

29 Per quanto riguarda poi il secondo criterio enunciato all'articolo 1, paragrafo 9, secondo comma, lettera c), della direttiva 2004/18, relativo al controllo della gestione da parte dell'autorità pubblica, va ricordato che, in linea di principio, un controllo a posteriori non soddisfa tale criterio, in quanto un simile controllo non permette all'autorità pubblica di influenzare le decisioni dell'organismo in questione in materia di appalti pubblici (v., in tal senso, sentenza del 27 febbraio 2003, Adolf Truley, C-373/00, Racc. pag. I-1931, punto 70). Questo è dunque, in linea di principio, il caso di un controllo generale di legittimità effettuato a posteriori da parte di un'autorità di controllo, e, a fortiori, di un intervento di tale autorità sotto forma di approvazione della decisione con cui tale organismo fissa l'importo dei contributi che assicurano la parte essenziale del suo finanziamento, intervento che si limita ad accertare l'equilibrata gestione finanziaria del suddetto organismo.

30 Risulta pertanto che un organismo come l'Ärzttekammer, sebbene la legge stabilisca le sue funzioni nonché il modo in cui deve essere organizzato il suo finanziamento maggioritario da un lato, e preveda che la decisione con cui esso fissa l'importo dei contributi dovuti dai suoi membri deve essere approvata da un'autorità di controllo dall'altro, dispone concretamente di un'autonomia organizzativa e finanziaria che non consente di affermare che esso si trova in una situazione di stretta dipendenza dall'autorità pubblica. Pertanto, le modalità di finanziamento di un tale organismo non costituiscono un finanziamento maggioritario da parte dell'autorità pubblica e non permettono un controllo sulla gestione di tale organismo da parte di questa.

31 Tenuto conto dell'insieme delle considerazioni che precedono, si deve rispondere alla questione sottoposta dichiarando che l'articolo 1, paragrafo 9, secondo comma, lettera c), della direttiva 2004/18 deve essere interpretato nel senso che un organismo, come un ordine professionale di diritto pubblico, non soddisfa né il criterio relativo al finanziamento maggioritario da parte dell'autorità pubblica, quando tale organismo è finanziato in modo maggioritario dai contributi versati dai suoi membri, il cui importo è fissato e riscosso in base alla legge dallo stesso organismo, nel caso in cui tale legislazione non stabilisca la portata e le forme delle attività che tale organismo deve svolgere nell'ambito dell'esercizio delle sue funzioni istituzionali che tali contributi sono destinati a finanziare, né il criterio relativo al controllo della gestione da parte dell'autorità pubblica, per il solo fatto che la decisione con cui lo stesso organismo fissa l'importo dei suddetti contributi deve essere approvata da un'autorità di controllo.

Sulle spese

32 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo

a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Quinta Sezione) dichiara:

L'articolo 1, paragrafo 9, secondo comma, lettera c), della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, deve essere interpretato nel senso che un organismo, come un ordine professionale di diritto pubblico, non soddisfa né il criterio relativo al finanziamento maggioritario da parte dell'autorità pubblica, quando tale organismo è finanziato in modo maggioritario dai contributi versati dai suoi membri, il cui importo è fissato e riscosso in base alla legge dallo stesso organismo, nel caso in cui tale legislazione non stabilisca la portata e le forme delle attività che tale organismo deve svolgere nell'ambito dell'esercizio delle sue funzioni istituzionali che tali contributi sono destinati a finanziare, né il criterio relativo al controllo della gestione da parte dell'autorità pubblica, per il solo fatto che la decisione con cui lo stesso organismo fissa l'importo dei suddetti contributi deve essere approvata da un'autorità di controllo.

Firme

* Lingua processuale: il tedesco.

ALL. 2



AVCP

- [Accessibilità](#) |
- [Contatti](#) |
- [Mappa del sito](#) |
- [Dove Siamo](#) |
- [Privacy](#) |
- [English](#) |

codice contratti pubblici

- [Autorità](#)
- [Servizi](#)
- [Attività dell'Autorità](#)
- [Comunicazione](#)
- [FAQ](#)

[Home](#) » [Attività dell'Autorità](#) » [Atti dell'Autorità](#) » Atto

- [Normativa di Settore](#)
- [Atti dell'Autorità](#)
 - [Determinazioni](#)
 - [Deliberazioni](#)
 - [Pareri di Precontenzioso](#)
 - [Pareri sulla Normativa](#)
 - [Atti di Segnalazione al Governo ed al Parlamento](#)
 - [Atti di Regolazione](#)
 - [Comunicati alle SOA](#)
 - [Comunicati del Presidente dell'Autorità](#)
 - [Comunicati del Presidente della Camera Arbitrale](#)
 - [Comunicati del Direttore Generale OSIT](#)
 - [Comunicati del Segretario Generale](#)
- [Massimario](#)
- [Lavori del Consiglio](#)
- [Consultazioni on line](#)
- [Attività europea](#)

Deliberazione n. 4 Adunanza del 6 febbraio 2013

Fascicolo n. 652/2012

Oggetto: servizi di promozione e ricettivi; servizi relativi alla formazione professionale

Stazione Appaltante: Fondazione per la Formazione Forense dell'Ordine degli Avvocati di Firenze

Riferimenti normativi: artt. 3, 20, 29 e 125 del D.Lgs. n. 163/2006

Il Consiglio

Vista la normativa sopra richiamata;
Vista la relazione della Direzione Generale Vigilanza Lavori Servizi e Forniture;

Considerato in fatto

E' pervenuta all'Autorità una segnalazione dell'Avv. Francesco Gaviraghi con la quale si denuncia che la Fondazione per la Formazione Forense (d'ora in poi solo Fondazione), cui l'Ordine degli Avvocati di Firenze ha delegato in via esclusiva il compito di soddisfare la richiesta di attività di formazione, aggiornamento e informazione professionale, affiderebbe reiteratamente ed in via diretta, senza esperimento di alcuna procedura ad evidenza pubblica, più del 40% delle ore totali di formazione degli Avvocati di Firenze (compresi la locazione dello spazio per lo svolgimento dei corsi, i servizi tecnici, la cancelleria, il materiale congressuale, le spese postali, telefoniche, fax, la progettazione didattica e la docenza, le spese di segreteria, l'elaborazione dati, le statistiche, il personale d'agenzia e i relativi diritti) alla società Promo Leader Service Congressi Srl, per un importo complessivo di circa 740.000 euro (dal 2006 al 2011). In particolare, secondo l'esponente, la Fondazione, in qualità di organo stabile dell'Ordine degli Avvocati, sarebbe da qualificare come un organismo di diritto pubblico ai sensi dell'art. 3, comma 26, del Codice Appalti e, pertanto, sarebbe vincolata al rispetto delle norme in materia di contratti pubblici per l'affidamento dei servizi in questione.

Sulla base delle informazioni contenute nell'esposto, l'Autorità ha dunque avviato una specifica istruttoria, volta ad accertare le modalità con cui la Fondazione ha effettuato gli affidamenti oggetto di contestazione.

La Fondazione ha riscontrato la richiesta offrendo ampie motivazioni circa la piena legittimità del proprio operato, essenzialmente incardinate su due considerazioni di base:

- a. tutti gli affidamenti in discussione non superano mai, singolarmente considerati, la soglia dei 20.000 euro; limite, quest'ultimo, entro cui la legge consente l'affidamento diretto dei servizi ad un operatore economico privato (limite che il D.L. 70/2011, convertito in legge n. 106/2011, ha elevato a 40.000 euro); in ogni caso, anche ove fosse stata superata tale soglia, poiché i servizi sarebbero stati acquisiti mediante procedura di cottimo fiduciario, la Fondazione "sarebbe stata tenuta solo alla previa consultazione (non procedimentalizzata) di almeno 5 operatori economici";
- b. l'impossibilità di una programmazione unitaria e preventiva degli eventi formativi esclude, in radice, che vi sia stato un artificioso frazionamento delle prestazioni di servizi al fine di sottoporli alla disciplina delle acquisizioni in economia: ciascun evento formativo costituisce un evento a sé, distinto ed autonomo rispetto a tutti gli altri in ragione sia dei soggetti proponenti, sia della materia, sia delle modalità organizzative, sia del numero – incerto e ipotetico – dei partecipanti.

Ritenuto in diritto

La questione preliminare è quella della riconducibilità o meno della Fondazione nell'alveo degli "organismi di diritto pubblico".

A mente dell'art. 3, comma 26, del Codice Appalti, la nozione di organismo di diritto pubblico è legata a tre requisiti fondamentali, la cui contemporanea presenza vale a conferire tale natura ad un ente:

- a. istituito per soddisfare esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale;
- b. dotato di personalità giuridica;
- 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.

Orbene, considerata tale definizione, nel caso di specie sembrano essere rispettati tutti i requisiti menzionati: nulla questio sui primi due, mentre semmai il dubbio potrebbe sorgere in relazione al terzo requisito prescritto.

Dallo Statuto si evince che il Presidente e gli organi direttivi della Fondazione sono di nomina diretta o indiretta del Consiglio dell'Ordine di Firenze (cfr. artt. 7-12) e lo stesso bilancio è sottoposto al controllo e

alla valutazione del medesimo Ordine.

Costituisce, al tempo stesso, dato pacifico in dottrina e giurisprudenza che gli Ordini professionali siano organismi di diritto pubblico secondo la definizione che precede, rientranti nella vasta gamma degli enti pubblici non territoriali (o, secondo altra dottrina, nella categoria degli enti pubblici associativi) e quindi assoggettati al regime pubblicistico degli appalti.

Siffatta qualificazione giuridica degli Ordini professionali è essenziale ai fini della presente disamina poiché consente di considerare verificato anche il terzo requisito prescritto dall'art. 3, comma 26, cit. In definitiva, si ritiene che la Fondazione debba ritenersi un organismo di diritto pubblico quanto all'elemento soggettivo, perché dotato di personalità giuridica; quanto ai fini perseguiti, poiché essi non attengono alla produzione o al commercio, ma, indipendentemente dall'assetto organizzativo nelle forme del diritto privato, si caratterizzano per il perseguimento di interessi di rilievo pubblicistico; quanto, infine, alle modalità di finanziamento o comunque di controllo dell'attività istituzionale, poiché non v'è dubbio che esso venga svolto, come richiesto dalla legge, in maniera preponderante da un altro organismo di diritto pubblico, quale è il Consiglio dell'Ordine, suo unico fondatore (cfr. art. 4 dello Statuto).

Posto quanto precede, discende che la Fondazione deve adottare procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento a privati dei servizi connessi alle attività statutariamente demandate dal Consiglio dell'Ordine, giusto il disposto generalissimo dell'art. 3, comma 25, del D.Lgs. 163/2006.

Risolta, così, in senso affermativo la questione preliminare circa l'obbligo della Fondazione di adottare procedure ad evidenza pubblica, si devono ora esaminare le ragioni che hanno indotto il medesimo Ente ad incaricare sempre e solo un operatore economico (la Promo Leader Service Congressi Srl, in seguito PLS) dell'organizzazione degli eventi formativi nel periodo oggetto di valutazione (anni 2006/2011).

La Fondazione, nella propria nota controdeduttiva, fa correttamente rilevare che i servizi oggetto di affidamento rientrano nell'ambito dell'Allegato II B del Codice Appalti (categoria 24 – Servizi relativi all'istruzione, anche professionale) al solo fine, però, di delimitare e meglio specificare le prestazioni effettive richieste all'affidatario.

Sotto il profilo, infatti, dell'effettivo *modus operandi*, la Fondazione – sostenendo che “i servizi individuati, di volta in volta, in relazione al singolo evento con appositi provvedimenti (delibere) del Comitato Direttivo della Fondazione assunti in conformità all'art. 125, comma 10, D.Lgs. n. 163/2006 e di cui veniva data, di volta in volta, evidenza sul profilo della Fondazione” – di fatto si è autovincolata al rispetto delle appena citate procedure ad evidenza pubblica.

A conferma di ciò e quale principale argomento difensivo, in relazione agli importi dei singoli affidamenti, la Fondazione dichiara che gli stessi sono sempre stati tutti inferiori alla soglia dei 20.000 euro, “con conseguente esclusione dell'obbligo di selezione pubblica ovvero di consultazione di almeno cinque operatori economici e legittimità dell'affidamento diretto ex art. 125, comma 11 (ultima parte), D.Lgs. 163/2006”.

Dall'esame della documentazione pervenuta, tuttavia, non pare potersi confermare quanto sostenuto dalla Fondazione: dalle fatturazioni della PLS, infatti, emerge che alcuni eventi formativi (v. ad esempio “Convegno Area Penale” riferito al I quadrimestre 2008, il cui saldo ammonta ad euro 20.782,51; “Come cambia il Codice di Procedura Civile” del I quadrimestre 2009, il cui saldo ammonta ad euro 22.092,08; “Codice di Deontologia” del III quadrimestre 2009, il cui saldo ammonta ad euro 21.121,35), pur singolarmente considerati – come indicato dalla stessa Fondazione dal momento che le fatturazioni sono quadrimestrali – superano detta soglia, anche se di poco.

Ad ogni modo, anche ove tutti i singoli affidamenti presi in considerazione fossero stati di importo inferiore alla citata soglia, non pare che l'operato della Fondazione possa considerarsi conforme alle norme in tema di contratti pubblici, che la Fondazione stessa si era vincolata ad osservare.

L'asserita impossibilità di programmare in modo unitario e preventivo tutti gli eventi formativi per un dato periodo di tempo non costituisce, infatti, una argomentazione sufficientemente persuasiva.

La Fondazione sostiene, al riguardo, che non sarebbe possibile conoscere in anticipo, all'inizio di ogni anno, quali e quanti potrebbero essere gli eventi formativi, “dipendendo il loro numero e la loro organizzazione sia dalla sollecitazione degli interessati, sia dalle proposte scientifiche correlate a sopravvenute novità normative e/o giurisprudenziali”. Cosicché, “ogni evento formativo deliberato ed organizzato dalla Fondazione nel periodo cui si riferisce l'esposto è stato pertanto considerato (e non poteva che essere considerato) singolarmente ed, allo stesso, tempo, la decisione di ricorrere alla eventuale acquisizione in economia dei servizi e dei beni connessi a ciascun evento formativo svolto in tale periodo è stata effettuata di volta in volta”.

Invero, posto che nessun affidamento pubblico può avvenire senza l'indicazione della relativa previsione di spesa, il Codice dei Contratti, all'art. 29, stabilisce che "il calcolo [del valore stimato del contratto, n.d.r.] ... è basato sull'importo totale pagabile al netto dell'Iva, valutato dalle stazioni appaltanti. Questo calcolo tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di opzione o di rinnovo del contratto".

A ciò si aggiunga che il medesimo art. 29, al comma 11, prevede che "la scelta del metodo per il calcolo del valore stimato di un appalto pubblico non può essere fatta con l'intenzione di escluderlo dal campo di applicazione delle norme dettate per gli appalti di rilevanza comunitaria", concetto ribadito dall'art. 125, comma 13, secondo cui "nessuna prestazione di beni, servizi, lavori ... che non ricade nell'ambito di applicazione del presente articolo [essendo l'importo complessivo superiore alla soglia entro cui è possibile l'acquisizione in economia, n.d.r.], può essere artificiosamente frazionata allo scopo di sottoporla alla disciplina delle acquisizioni in economia".

Il legislatore non richiede dunque che le stazioni appaltanti stabiliscano con precisione assoluta l'importo della base di gara, ma ritiene sufficiente l'indicazione della spesa massima presunta per l'acquisizione di uno specifico servizio o bene, dettando successivamente i criteri da seguire ai fini dell'effettuazione di tale stima.

Ciò posto, non si comprende quale specificità contraddistingua gli affidamenti dei servizi e forniture in esame rispetto a tutti gli altri, analoghi o meno, tanto da rendere impossibile l'individuazione di un loro valore economico complessivo.

Il valore globale di un contratto, infatti, che in questo caso consisterebbe – come visto – nell'affidamento di una attività di gestione, organizzazione e promozione di eventi formativi di carattere giuridico, potrebbe essere calcolato in diversi modi: a mero titolo di esempio, ci si potrebbe basare su un'indagine di mercato, oppure su dati statistici riferiti all'Ente stesso, o ad altri Enti che svolgano la medesima funzione, ed alle attività analoghe svolte negli anni antecedenti.

In altri termini, i motivi addotti dalla Fondazione per giustificare l'assoluta impossibilità di una previsione globale di spesa, e dunque dell'adozione di una procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento delle attività di formazione, appaiono infondati, né le modalità attraverso cui la Fondazione regola i propri rapporti contabili con la società incaricata del servizio, oppure le modalità di preparazione e gestione degli eventi formativi¹, ancorché rimesse alle libere scelte organizzative dell'Ente, possono comportare la violazione delle norme pubblicistiche in tema di computo della base d'asta.

Non è infrequente, del resto, che per particolari tipologie di servizi e/o a causa di singolari circostanze contingenti, le stazioni appaltanti non siano in grado di conoscere con certezza il costo degli stessi; ciò tuttavia non può costituire un motivo per sottrarsi all'obbligo di individuare, anche in via solo presuntiva, l'importo da porre a base di gara: quest'ultimo ha la duplice funzione di orientare le scelte degli operatori di mercato e potenziali concorrenti circa la partecipazione o meno alla gara, nonché di consentire, ai fini del rispetto delle regole della contabilità pubblica, una programmazione dell'attività contrattuale retta dai principi di economicità, efficacia ed efficienza, così come disposto anche dall'art. 271 del Regolamento n. 207/2010 di esecuzione e attuazione del Codice Contratti.

Alla luce di tali considerazioni, appare fuorviante ammettere, come fa la Fondazione, da un lato, "la necessaria determinazione o determinabilità dell'oggetto e dell'ammontare" di un affidamento pubblico e, dall'altro, sostenere contemporaneamente che l'osservanza di tale principio determinerebbe per la Fondazione stessa una lesione "dell'autonomia e della discrezionalità necessarie per assicurare le attività di formazione e di aggiornamento più qualificate ed economicamente meno onerose".

E' innegabile che una programmazione a medio-lungo termine comporti degli sforzi organizzativi, gestionali, previsionali non indifferenti rispetto a singoli interventi decisi di volta in volta. Tuttavia, le esigenze di controllo della spesa pubblica, di tutela della concorrenza e di garanzia dell'economicità, efficacia ed efficienza dell'agire amministrativo sono considerate dal legislatore prevalenti rispetto agli eventuali, specifici interessi dei singoli enti pubblici.

Il rapporto – per così dire – privilegiato che la Fondazione ha instaurato, per sua stessa ammissione, da alcuni anni con la PLS, appare inoltre censurabile anche sotto un altro profilo.

Indipendentemente dalle questioni strettamente economico-contabili, si deve infatti osservare che le funzioni attribuite dalla Fondazione a PLS, consistenti in tutte le attività necessarie ad organizzare l'evento formativo (ad eccezione della progettazione didattica e della docenza, che rimarrebbe in capo alla Fondazione), compresa la riscossione diretta delle quote di partecipazione e dei contributi derivanti dalle sponsorizzazioni, potrebbero verosimilmente suscitare interesse in una platea indistinta di operatori del settore, eventualmente attratti anche dalla sola possibilità di trarre i vantaggi indiretti che un siffatto affidamento può procurare in termini di prestigio, di entità del fatturato e di referenze per successive commesse (v., in proposito, Consiglio di Stato, Sent. n. 466 del 28.1.2009).

Dovrebbe, pertanto, ritenersi quantomeno opportuno che la Fondazione, organismo di diritto pubblico, al fine di garantire l'effettivo rispetto dei principi di cui all'art. 2 del Codice Appalti, adotti procedure ad evidenza pubblica atte a garantire il libero gioco della concorrenza, la scelta delle quali varierà in ragione dell'oggetto e dell'entità complessiva della commessa.

Alla luce delle valutazioni che precedono,

Il Consiglio

- ritiene che gli affidamenti diretti effettuati dalla Fondazione, superiori alla soglia dei 20.000 euro (in vigore durante il periodo preso in considerazione), siano stati disposti in difformità dalle previsioni di cui all'art. 125 del D.Lgs. n. 163/2006;
- ritiene che la Fondazione dovrebbe programmare e dunque affidare gli eventi formativi prendendo in considerazione un periodo di tempo sufficientemente lungo e svolgendo, conseguentemente, una procedura ad evidenza pubblica;
- considera che anche ove la Fondazione non si fosse autovincolata al rispetto delle previsioni normative contenute nell'art. 125 citato, la procedura adottata non appare comunque conforme ai principi di trasparenza e parità di trattamento, il rispetto dei quali vincola le stazioni appaltanti anche nelle ipotesi di servizi rientranti nell'Allegato II B del Codice Appalti;
- invita la Fondazione a dare riscontro alla presente delibera entro trenta giorni dalla ricezione della stessa, comunicando eventuali iniziative assunte;
- dà mandato alla Direzione Generale Vigilanza Lavori Servizi e Forniture affinché comunichi la presente delibera alla Fondazione, all'esponente ed alla società controinteressata.

Il Consigliere Relatore: Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 26 febbraio 2013

Il Segretario: Maria Esposito

1 La società incaricata, salvo per quanto riguarda la progettazione didattica e la scelta della docenza, effettuate in proprio dalla Fondazione con riferimento ad ogni singolo evento formativo, è delegata ad incamerare direttamente (ove presenti) le quote di partecipazione versate da parte degli iscritti all'evento, nonché i contributi provenienti dalle eventuali sponsorizzazioni; tutto ciò che non risulta coperto economicamente da queste due voci viene anticipato dalla società medesima, la quale successivamente presenterà la fattura con l'indicazione del saldo effettivamente dovuto a consuntivo dalla Fondazione.

© Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture - Tutti i diritti riservati
via di Ripetta, 246 - 00186 Roma - c.f. 97163520584

Contact Center: 800896936



RSS