

Avv. Fabrizio Panzavuota

60121 ANCONA - Corso Mazzini, 73

Tel. 071.2070569 - 071.2071730 - Fax 071.2077820

E-mail: panzavuota@sarpan.it

Ancona, 14/9/2009

Spett.

AGRICONSULTING S.p.a.

c.a. Dott. Andrea Pelagallo

Via Vitorchiano, 123

00189 – Roma

via fax al n. 06/33088263

Di seguito il parere ad evasione dei quesiti sottopostimi.

§ § §

1) Quanto alla possibilità, in capo ad un socio del Gal, di partecipare alla selezione del personale del Gal stesso.

La procedura selettiva del personale afferisce all'attuazione, da parte del Gal, di P.I.C. Leader mediante erogazione di finanziamenti pubblici finalizzati alla promozione, allo sviluppo ed al sostegno di un determinato territorio.

Pertanto il Gal, soggetto selettore e responsabile della corretta realizzazione del Piano, è tenuto, nel caso di specie, ad ottemperare alle disposizioni ed ai principi che presiedono e sovrintendono alla procedura di affidamento di un pubblico servizio.

Il D. Lgs.vo 12/4/2006 n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture), in attuazione delle Direttive Comunitarie n. 17-18/2004,

contempla al riguardo, all'art. 2, l'osservanza, da parte della stazione appaltante, dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, nonché quelli di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità.

In particolare il Legislatore attuatore ha inteso apprestare un'assoluta protezione alla libera ed effettiva concorrenza tra partecipanti alle pubbliche gare, al fine della scelta del miglior contraente. Tanto da escludere dalla partecipazione ad una procedura ad evidenza pubblica, a mente dell'art. 34 secondo comma, quei concorrenti legati tra loro da un rapporto di controllo o le cui offerte siano imputabili ad un unico centro decisionale, tale da poter considerare, di fatto, due o più aspiranti aggiudicatari come un'unica realtà imprenditoriale, in luogo di autonomi soggetti giuridici partecipanti alla selezione.

Ciò al fine di evitare un turbamento nello svolgimento della selezione derivante da situazioni di influenza dominante tra più imprese o da situazioni di collusione che compromettano il corretto e libero confronto concorrenziale, in violazione dei principi di *par condicio*, trasparenza e segretezza.

In buona sostanza il Legislatore, mediante norme di ordine pubblico che trovano applicazione indipendentemente da una specifica previsione in tal senso da parte della amministrazione appaltante, sulla scia dello scopo e della funzione cui sono orientate le attuate direttive comunitarie n. 17-18/2004, è giunto ad integrare un vero e proprio divieto normativo di ammissione alla medesima gara di offerte provenienti da soggetti legati da una stretta comunanza di interessi caratterizzata da una certa stabilità, i quali, proprio per questo motivo, sono stati ritenuti inidonei a formulare

offerte provviste della necessaria indipendenza, serietà, correttezza ed affidabilità.

Anche la giurisprudenza, dal canto suo, è orientata ad una decisa accentuazione della tutela apprestata alla libera e corretta concorrenza, sotto la spinta anche dell'ordinamento comunitario.

Al riguardo citiamo Tar Sicilia, Palermo, sez. III, 28/12/2006, n. 4159, che ha sottolineato come la potestà della p.a. di provvedere al fine di assicurare la massima trasparenza e concorrenzialità tra le offerte in gara deriva direttamente dai principi costituzionali di buon andamento, imparzialità ed efficienza (art. 97 Cost.), come anche dai principi di efficienza e trasparenza dell'azione amministrativa enunciati dalla legge n. 241 del 1990, così come modificata dalla legge n. 15 del 2005.

Il Consiglio di Stato, sez. IV, con la pronuncia in data 1/10/2004, n. 6367, ha sottolineato che *“le finalità pubblicistiche cui sono preordinati i summenzionati principi (che possono sintetizzarsi nella esigenza di individuazione del "giusto" contraente) implicano che al loro rispetto non è vincolata soltanto la pubblica amministrazione, bensì anche coloro che intendono partecipare alla gara: su questi ultimi incombe, infatti, l'obbligo di presentare offerte che, al di là del loro profilo tecnico - economico (specifico oggetto della valutazione di merito da parte della stazione appaltante), devono avere le caratteristiche della completezza, della serietà, della indipendenza e della segretezza, le quali soltanto assicurano quel gioco della libera concorrenza e del libero confronto attraverso cui giungere all'individuazione del miglior contraente possibile. A fronte di tale obbligo comportamentale (e per l'interesse pubblico che esso intende conseguire) si giustifica il potere conferito dalla legge, nel rispetto delle specifiche norme di legge e di quelle altrettanto*

specifiche contenute nella lex concorsualis di escludere i concorrenti dalla partecipazione alla gara”.

Negli stessi termini si era già espressa (sentenza n. 6424 del 27/12/2001) e continua ad esprimersi (sentenza n. 6212 del 19/10/2006) la stessa IV Sezione e così pure il TAR Lazio Roma, Sez. III, 21/03/2008, n. 2518

In considerazione di quanto precede, è da ritenersi preclusa la partecipazione alla selezione in oggetto a chi sia socio del Gal.

Difatti gli enunciati principi a salvaguardia della libera, corretta ed imparziale concorrenza, già di per sé cogenti, come visto, non solo nei confronti della amministrazione, ma anche di chi intenda partecipare alla gara, riguardano a maggior ragione coloro che addirittura fanno parte della compagine societaria dello stesso soggetto selettore, di cui esprime, mediante un rapporto di mandato, l'organo amministrativo chiamato ad approvare la scelta del contraente.

Ne discende che il socio, per prendere parte alla selezione del personale, dovrebbe previamente recedere dal Gal.

§ § §

2) Quanto alla possibilità di dotarsi del bilancio da parte del Gal, nelle more del riconoscimento della Fondazione.

Pur se nessuna norma del codice civile regola i rapporti sorti nel periodo in cui la Fondazione è in attesa del richiesto riconoscimento della personalità giuridica secondo l'innovato procedimento di cui al D.P.R. n. 361/2000, è da ritenersi che nel periodo che intercorre tra la costituzione dell'atto fondativo e l'ottenimento di detto riconoscimento, l'ente sia dotato di soggettività giuridica e di capacità, da equipararsi a quelle dell'associazione non

riconosciuta ex art. 36 e seguenti del codice civile, ravvisandosi così la figura della fondazione non riconosciuta o di fatto, operante alla stregua degli altri enti privi di riconoscimento, trovando nelle norme per questi predisposte la loro disciplina e da questa ricevendo una capacità giuridica (autonomia patrimoniale imperfetta) ¹.

L'istituto della fondazione non riconosciuta o di fatto, dotata di soggettività giuridica, è del resto ammesso sia dalla più autorevole ed attenta elaborazione dottrina in materia, sia dalla evoluzione dell'insegnamento giurisprudenziale ², attribuendosi la natura di soggetti di diritto, pur in assenza di personalità, a tutti gli enti, pervenendo ad individuare una nozione di soggettività molto più ampia della nozione tecnico-legislativa nota come "personalità giuridica".

In buona sostanza, secondo l'opinione ora prevalente, tutti gli enti, riconosciuti e non, sono dotati di soggettività e capacità giuridica e di agire e sono titolari di diritti personalissimi e patrimoniali, come insegnato dalla Corte di Cassazione:

¹ In tal senso, v. App. Milano 15/5/1981: *"Sia nelle fondazioni che nelle associazioni non riconosciute esiste un patrimonio autonomo destinato ad un certo scopo e può sorgere la necessità di tutelare in giudizio le loro ragioni; ne consegue che l'art. 36 c. c. che attribuisce una limitata capacità sostanziale e processuale alle associazioni non riconosciute è applicabile anche alle fondazioni in attesa di riconoscimento"*; v. inoltre Tribunale Rovereto 23/3/1973, Cass. civ. 15/7/1977, n. 3916; Cass. civ. 7/8/1967, n. 2096 e Cass. civ. n. 2090/85: *"con riguardo ad una libera università, che sia in attesa di ottenere il conferimento della personalità giuridica con decreto presidenziale, e non sia ancora soggetta, pertanto, alla disciplina degli istituti di istruzione superiore, trovano applicazione le norme sulle associazioni non riconosciute; ne consegue, ai sensi dell'art. 38 c. c., che la persona che abbia assunto un'obbligazione, in nome e per conto della predetta università, ne risponde solidalmente verso il creditore, il quale non è tenuto ad escutere preventivamente il fondo comune"*.

² In particolare v. F. Galgano, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in Comm. Scialoja-Branca, pag. 200 e segg.; ed inoltre *"Le associazioni. Le fondazioni. I comitati, I grandi orientamenti"*, pag. 88 e segg., con ivi riferimenti giurisprudenziali.

“I cosiddetti enti non riconosciuti, quelli, cioè, sprovvisti della personalità giuridica - che ha l'effetto di conferire, in relazione alla disciplina della responsabilità, l'autonomia patrimoniale perfetta - sono comunque dotati di soggettività giuridica, costituendo soggetti autonomi vuoi sul piano sostanziale, vuoi su quello processuale, con conseguente legittimazione a stare in giudizio, senza che debbano essere rappresentati dai propri associati (o soci, nel caso di società di persone). Tale impostazione deriva da una interpretazione sistematica del diritto civile, che tiene conto, per un verso, dell'art. 2 cost., che garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, per l'altro, dello stesso dato codicistico, avuto riguardo alla nuova formulazione, risultante dalla l. n. 52 del 1985, dell'art. 2659 c.c., che comprende anche le associazioni non riconosciute - e le società semplici - tra i soggetti intestatari di beni immobili presso le conservatorie, nonché alla lettura estensiva, per la tutela dei componenti di qualsiasi formazione, dell'art. 24, comma 3, dello stesso codice, in tema di esclusione degli associati solo per "gravi motivi" (Sez. I, 16/06/2000, n. 8239).

Ed a conferma della soggettività giuridica in capo proprio ad una fondazione nelle more del riconoscimento, citiamo la seguente massima della Suprema Corte in data 15/04/1975, n. 1427:

“Qualora lo statuto di una fondazione, in attesa del riconoscimento della personalità giuridica, devolva al suo presidente l'amministrazione del patrimonio, deve ritenersi giuridicamente inesistente il provvedimento con il quale il tribunale, su istanza del prefetto, nomina un diverso amministratore provvisorio per alcuni beni legati all'erigenda fondazione, e deve conseguentemente ritenersi affetto da invalidità assoluta, opponibile al terzo acquirente, ancorché in buona fede, il contratto con il quale detto

amministratore, previa autorizzazione del tribunale, venda i beni legati, trattandosi di atto compiuto da un soggetto del tutto sfornito del potere di rappresentare il venditore. Infatti ai sensi dell'art. 3 disp. att. c.c., deve intendersi limitato alla sola ipotesi in cui l'atto costitutivo o lo statuto dell'erigendo ente non contengano alcuna indicazione circa il soggetto cui sia demandato il compito di amministrare il patrimonio fino al riconoscimento, il potere del prefetto di promuovere gli atti conservativi necessari per l'esecuzione delle disposizioni patrimoniali in favore di un ente da istituire; detta indicazione dunque è, in considerazione del fatto che la così detta "dotazione" di beni in favore di un ente nascento produce l'immediato effetto di destinarli al costituendo soggetto, sottraendoli ad ogni altro potere dispositivo, pienamente valida ed operante, anche prima dell'atto amministrativo di riconoscimento".

Inoltre la giurisprudenza appare generalmente orientata ad applicare alle associazioni non riconosciute norme e principi valevoli per le associazioni riconosciute³.

³ cfr. Cass. civ. n. 5791/81 e Cass. civ. n. 1498/78, 4252/76 secondo cui: "...l'associazione non riconosciuta, ancorché sfornita di personalità giuridica, è considerata dall'ordinamento come centro di imputazione di situazioni giuridiche, e, quindi, come soggetto di diritto distinto dagli associati. Essa ha un proprio patrimonio, costituito dal fondo comune, una propria capacità sostanziale e processuale, che esplica attraverso persone fisiche legate da rapporto organico e non di mera rappresentanza volontaria degli associati, una propria organizzazione, interna ed esterna, regolata dai patti dell'accordo associativo, o, in difetto, ove non incompatibili, dalle norme disciplinanti le associazioni riconosciute e le società, quali elementi integrativi di quei patti".

Ed ancora cfr. Cass. civ., 16/11/1976, n. 4252; Appello Torino 10/2/1983; da ultimo Cass. civ. n. 8239/00; anche la prevalente dottrina è orientata in tal senso, sostenendo addirittura l'applicazione diretta della disciplina delle associazioni riconosciute per identità di tipo contrattuale (Galgano, *Le associazioni. Le fondazioni. I comitati*, pag. 70 e segg.).

E l'assimilazione dell'ente fondativo non riconosciuto a quello associativo, può compiersi a maggior ragione laddove ci si trovi al cospetto di una c.d. fondazione di partecipazione, secondo il cui schema giuridico si è costituito il Gal BMGS, il cui statuto ho avuto modo di esaminare, presumendosi che anche gli altri Gal sardi costituitisi come fondazioni abbiano adottato lo stesso modello organizzativo.

Invero, la fondazione di partecipazione è una figura giuridica di recente elaborazione, anche se non ancora normata, con cui è stata accolta l'evoluzione de facto che l'istituto della fondazione ha subito nel corso degli anni, con cui si opera l'innesto dell'impianto della fondazione nella dinamicità associativa, configurandosi quindi come un'altra istituzione di diritto privato, sintesi delle due predette figure tipiche: unione di patrimonio (fondazione) e di persone (associazione), per il perseguimento di uno scopo di pubblica utilità.

Nelle more dell'acquisto della personalità giuridica, la fondazione di partecipazione esiste ed opera dunque come un ente di fatto, al pari della associazione non riconosciuta.

Tutto ciò premesso, si richiama l'art. 36 codice civile il cui disposto rimanda (al pari dell'art. 16 c.c.), in punto di organizzazione interna e di amministrazione degli enti non riconosciuti, agli accordi degli associati (atto costitutivo e statuto). Inoltre l'art. 20 c.c. prevede la convocazione, da parte degli amministratori, una volta l'anno, dell'assemblea per l'approvazione del bilancio, mentre nel successivo art. 21 c.c. si fa ulteriormente riferimento all'approvazione del bilancio.

Venendo allo statuto del Gal inoltratomi a corredo del quesito da evadere (concernente, come detto, una fondazione di partecipazione) - che costituisce il patto associativo tra tutti i soggetti compartecipanti alla fondazione stessa

ed alla cui osservanza questa, già dotata, come visto, di una sua soggettività e capacità, è tenuta – l'art. 7 titolato "esercizio finanziario" contempla espressamente la tenuta e l'approvazione (da parte dell'Assemblea, su proposta del Consiglio di Amministrazione) dei documenti di bilancio, costituiti rispettivamente da un rendiconto economico di previsione e da un rendiconto patrimoniale, economico e finanziario dell'esercizio decorso, da depositarsi e trasmettersi di seguito, unitamente alla relazione sull'attività della fondazione, alla Regione Sardegna.

Al secondo comma della citata norma statutaria si prescrive agli organi della fondazione il tassativo limite di quanto stanziato nel bilancio approvato, per contrarre impegni di spesa ed assumere obbligazioni.

Inoltre, quantomeno nello statuto che ho potuto esaminare e le cui pattuizioni, lo si ripete, sono vincolanti per il funzionamento e l'organizzazione interna dell'ente, non si rinvergono condizioni sospensive subordinative dell'efficacia e, quindi, della esecutività delle disposizioni in punto di tenuta del bilancio, così come di ogni altra previsione statutaria, al riconoscimento in via amministrativa della personalità giuridica.

Pertanto, in considerazione di quanto precede, si è a rispondere in senso affermativo al quesito posto.

§ § §

Rimango a Vs. disposizione per quant'altro, porgendo con l'occasione i più cordiali saluti.

Avv. Fabrizio Panzavuota

