

Repubblica Italiana
REGIONE SICILIANA



*Ufficio Legislativo e Legale
della Presidenza della Regione Siciliana*

Prot. n. 4726/ 29/11/2020 del 30 marzo 2020

Pos. n. 3

Assessorato regionale delle Autonomie Locali
e della Funzione Pubblica
Dipartimento regionale della Funzione Pubblica e del Personale
Servizio 11 – Vigilanza del Fondo di quiescenza del personale della Regione Siciliana
(Rif. nota 3 marzo 2020, n. 2553)

Oggetto: *Delibera n. 52 del 18/12/2019 del Fondo Pensioni Sicilia. Investimenti mobiliari.
Procedura negoziale.*

1. Con la nota in riferimento codesta Amministrazione sottopone a questo Ufficio alcune questioni inerenti la procedura negoziale eseguita dal Fondo Pensioni Sicilia, giusta deliberazione 18 dicembre 2019, n. 52, per l'impiego di liquidità in esubero rispetto alle "normali necessità" di funzionamento e di erogazione delle prestazioni di quiescenza e/o previdenza.

Nella fattispecie, la Richiedente rileva di avere ricevuto la nota 20 gennaio 2020 con la quale il Presidente del Collegio dei Sindaci del Fondo Pensioni Sicilia ha manifestato "perplexità sulla procedura negoziale eseguita" con la menzionata deliberazione; alla quale è seguita nota di riscontro del Commissario straordinario e del Direttore del Fondo Pensioni, 27 gennaio 2020, n. 2793, in relazione al percorso attuato nell'avvio delle procedure *de quibus*.

In merito ai riportati rilievi, codesto Dipartimento, pur sottolineando che le operazioni di investimento del Fondo Pensioni della Regione Siciliana, non sono sottoposte a preventiva autorizzazione della medesima Amministrazione, evidenzia la necessità di comprendere se

dette procedurali negoziali ed i relativi strumenti attivati siano conformi e rispettosi della normativa sugli appalti.

In tale contesto, partendo dall'esame del decreto presidenziale n. 15/2009, avente ad oggetto il regolamento di organizzazione dell'Ente, ed in particolare dall'art. 15, che regola le operazioni di investimento consentite, compie un *excursus* normativo in merito:

- alla differenziazione tra investimenti prevalenti e non prevalenti; diretti ed indiretti;
- alla disciplina dei contratti di capitalizzazione, quali “*contratti esclusi*” dall'applicazione della disciplina di cui al decreto legislativo n. 163/2006 ed al successivo decreto legislativo n. 50/2016 (cfr. Direttiva 2014/24/Ue);
- all'intermediazione di un soggetto “*gestore*” in materia di investimenti ed alle forme contrattuali all'uopo previste;

ciò, al fine di inquadrare le operazioni di investimento compiute dal Fondo Pensioni nel corso dell'anno 2019, esclusivamente in forma diretta, quali impieghi prevalenti delle risorse in titoli di Stato indicizzati e prodotti di investimento assicurativo, tutti a capitale garantito alla scadenza.

All'uopo, riporta come il Fondo Pensioni abbia ritenuto di avere operato nel rispetto delle previsioni di cui all'art. 4 del decreto legislativo n. 50/2016, pur trattandosi di “*appalti*” immuni dal sistema di regole del codice degli appalti, avendo nel caso concreto:

- pubblicato avviso sul portale, mettendo in condizione gli interlocutori di proporre le proprie soluzioni di investimento;
- elaborato e sottoposto all'approvazione del Consiglio di Indirizzo e Vigilanza il documento di indirizzo;
- nominato, tramite procedura negoziale, un *investment advisor*;
- individuato mediante apposita istruttoria, trattandosi di investimenti in forma diretta, i principali operatori assicurativi italiani ed europei in base al totale degli attivi gestiti ed al *rating* posseduto;
- analizzato, con l'ausilio dell'*advisor* del Fondo, l'unica proposta pervenuta;
- richiesto all'unico offerente offerta migliorativa, positivamente evasa.

Ciò premesso, codesto Dipartimento chiede l'avviso di questo Ufficio in ordine ai *“contenuti e le modalità delle procedure di investimento diretto, esperite dal Fondo (...) e se esse siano le più corrette e rispettose dei principi cardine (...) previsti dall'art. 4 del Decr. Lgs. 50/2016”*.

2. Va preliminarmente osservato che questo Ufficio è istituzionalmente chiamato a rendere pareri sulla interpretazione o sull'applicazione di norme regionali (di fonte legislativa o regolamentare), e non anche ad esprimersi in ordine alla legittimità e/o correttezza di atti o provvedimenti, non potendosi sostituire, all'Amministrazione attiva, nel dovere di quest'ultima di provvedere.

Nella fattispecie in esame, più che di quesiti tesi a risolvere dubbi relativi all'interpretazione od all'applicazione del diritto, si tratta di aspetti dell'azione amministrativa nel suo concreto, sui quali questo Ufficio non può essere chiamato a svolgere alcuna funzione di ausilio tecnico-giuridico.

In un'ottica di fattiva collaborazione tra Dipartimenti, si rassegnano, tuttavia, le seguenti considerazioni di ordine generale, limitatamente all'interpretazione delle leggi di riferimento.

3. Nell'investire le risorse raccolte dagli iscritti, le forme previdenziali non operano come meri intermediari finanziari, bensì come strumento attraverso il quale i lavoratori possono accedere a trattamenti pensionistici adeguati.

La massimizzazione dei rendimenti costituisce senz'altro un obiettivo da perseguire, ma entro un grado di rischio che sia ragionevole e compatibile con la finalità previdenziale.

Quanto ai modelli gestionali, il decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252, prevede che la gestione degli investimenti dei fondi pensione sia, di norma, affidata a operatori professionali a ciò abilitati, quali banche, società di gestione del risparmio(SGR), società di intermediazione mobiliare(SIM), imprese di assicurazione.

Per i fondi pensione negoziali vige, in linea generale, il divieto della gestione diretta delle risorse.

A tal riguardo, per quanto riguarda le regole prudenziali per l'investimento delle risorse, la disciplina è stata modificata dal decreto ministeriale 2 settembre 2014, n. 166.

Le deroghe al divieto di gestione diretta si rinvergono, pertanto, dal combinato disposto dell'art. 6, comma 1, lettere *d*) ed *e*) del decreto legislativo n. 252/2005 con la disciplina contenuta nel riportato decreto ministeriale n. 166/2014.

In particolare è consentito di effettuare investimenti diretti attraverso:

- sottoscrizione o acquisizione di azioni o quote di società immobiliari nelle quali il fondo pensione può detenere partecipazioni anche superiori ai limiti normalmente consentiti che sono indicati al comma 13 dell'articolo 6. È vietato quindi acquistare direttamente immobili per evitare investimenti con scarsi margini di liquidità.
- sottoscrizione o acquisizione di quote di fondi comuni di investimento mobiliare e immobiliare chiusi nei limiti del 20 per cento del proprio patrimonio e del 25 per cento del capitale del fondo chiuso.

L'organo di amministrazione, qualora valuti l'opportunità di ricorrere alla gestione diretta dovrà verificare che la struttura organizzativa interna sia dotata dei requisiti professionali adeguati ai rischi e alle caratteristiche degli strumenti finanziari nei quali si intende investire (art. 3, comma 3, del decreto ministeriale n. 166/2014), secondo il principio di proporzionalità richiamato nell'art. 1, comma 2, delle *“Disposizioni sui processi di attuazione della politica di investimento”* [Deliberazione Commissione di vigilanza sui fondi pensione (Covip) del 16 marzo 2012] .

Le procedure interne dovranno quindi definire le modalità di individuazione delle forme di impiego diretto delle risorse e i soggetti coinvolti, nonché un sistema di controllo adeguato alla mutata realtà gestionale del fondo.

Restano fermi i principi generali che devono regolare l'attività finanziaria dei Fondi Pensione.

Gli investimenti devono conformarsi ai generali criteri di sana e prudente gestione, efficienza, diversificazione, massimizzazione dei rendimenti e contenimento dei costi (art. 3 del citato decreto).

A tali criteri generali, la nuova disciplina affianca alcuni limiti quantitativi, in linea con le disposizioni di derivazione comunitaria, passando da un approccio prevalentemente quantitativo ad uno maggiormente incentrato sulla ponderazione dei processi nonché sulla gestione dei rischi connessi agli investimenti.

Il richiamato decreto prevede, inoltre, che le disponibilità del fondo pensione debbano essere investite in misura prevalente in strumenti finanziari negoziati nei mercati regolamentati, mentre l'investimento in strumenti finanziari non negoziati nei mercati regolamentati dovrà essere mantenuto a livelli prudenziali, e complessivamente contenuto entro il limite del 30% delle disponibilità complessive del fondo pensione.

In ogni caso il fondo pensione avrà l'onere di motivare adeguatamente il ricorso a investimenti alternativi avendo riguardo alle proprie caratteristiche e a quelle della politica di investimento che intende adottare.

Il decreto ministeriale rivede, altresì, i limiti di concentrazione, disponendo che i fondi pensione, tenuto conto anche dell'esposizione derivante da investimenti in strumenti derivati, non dovranno investire più del 5% delle loro disponibilità complessive in strumenti finanziari emessi da uno stesso soggetto e non più del 10% in strumenti finanziari emessi da soggetti appartenenti ad un unico gruppo.

In relazione alla complessiva disciplina riportata, non può, infine, non affrontarsi la problematica relativa all'applicabilità delle regole di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei Contratti pubblici).

Invero, ai sensi dell'art. 17 del richiamato codice: *“Le disposizioni del presente codice non si applicano agli appalti e alle concessioni di servizi: (...) e) concernenti servizi finanziari relativi all'emissione, all'acquisto, alla vendita e al trasferimento di titoli o di altri strumenti finanziari ai sensi del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni, servizi forniti da banche centrali e operazioni concluse con il Fondo europeo di stabilità finanziaria e il meccanismo europeo di stabilità (...)”*.

La presente disposizione ricalca il contenuto della precedente disciplina di cui all'art. 19 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, erroneamente richiamata nella documentazione allegata alla presente richiesta di parere, sia dal Collegio dei revisori (nota 31 gennaio 2020)

che dal medesimo Fondo Pensioni (nota 27 gennaio 2020, n. 2793) con il riferimento all'art. "19 del d.lgs. 50/2016".

Al contempo l'art. 4 del medesimo decreto n. 50/2016 dispone che: *"L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, dei contratti attivi, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica"*.

Il Consiglio di Stato nell'adunanza della Commissione speciale del 21 marzo 2016 ha avuto modo di sottolineare che: *"l'art. 4 del decreto legislativo n. 50/2016 (...) riprende il contenuto del (pre)vigente art. 27 del d.lgs. n. 163 del 2006. Rispetto, al quale, si registra una maggiore ampiezza, in quanto non si impone l'onere di consultare almeno cinque operatori economici prima dell'affidamento. Sarebbe tuttavia preferibile - anche in coerenza con il criterio di delega di cui alla lettera ii), in materia di contratti sottosoglia, e in funzione di prevenzione di possibili comportamenti illeciti e anticompetitivi - onerare le stazioni appaltanti, se compatibile con l'oggetto del contratto, della consultazione di un numero minimo di operatori economici, prima dell'affidamento, trattandosi di contratti che possono essere di importo rilevante. Non si tratterebbe, come rilevato nella parte generale, di un ingiustificato e burocratico gold plating, ma di disposizione preconcorsuale e di maggiore trasparenza anche in funzione di prevenzione della corruzione"*.

Gli artt. 4 e 17, lett. a), del codice dei contratti vanno interpretati, pertanto, nel senso che per i contratti attivi e passivi della P.A., si devono rispettare i principi generali dagli stessi enunciati e spetta all'ANAC la relativa vigilanza e il controllo ai sensi dell'art. 213, comma 3, lett. a), del decreto legislativo n. 50/2016. (Cons. Stato Sez. comm. spec. Parere 10 maggio 2018, n. 1241).

Resta fermo, che la capacità organizzativa e professionale del fondo dovrà essere verificabile sin dalla definizione della strategia di investimento, attraverso l'individuazione degli obiettivi di rischio/rendimento, coerenti con gli interessi degli iscritti (come tra l'altro può già evincersi dal documento sulle politiche di investimento e dal comma 5 ter d.lgs.

252/05) e con il limite massimo di rischio tollerabile con riferimento ai singoli investimenti e al portafoglio nel suo complesso.

Alla luce delle notazioni di carattere generale sopra riportate, come tra l'altro esplicitamente richiamate nel "Documento finale Criteri Investimenti 2019 2021" - approvato dal Consiglio di Indirizzo e Vigilanza del Fondo Pensioni Sicilia, nella seduta ordinaria del 10 luglio 2019- , nel rispetto delle quali deve essere orientata l'attività finanziaria dell'Ente, non può che rimettersi ogni altra valutazione nel merito a codesto Dipartimento, deputato all'azione di vigilanza e tutela del Fondo. Nella fattispecie la Richiedente Amministrazione oltre ad essere tenuta ad approvare il bilancio di previsione, le variazioni al preventivo finanziario, il rendiconto generale ed il bilancio tecnico e chiamata, comunque, a formulare proposte di direttive generali sulle attività contrattuali del Fondo Pensioni Sicilia e sulle disposizioni normative aventi riflesso sulle materie di competenza del Fondo.

Vincolanti, nell'esercizio di tale attività di indirizzo, appaiono, senz'altro, le direttive dettate dalle Autorità di Vigilanza competenti in materia, che potranno, all'occorrenza, essere compulsate per qualsiasi chiarimento in merito alle problematiche *in itinere*.

Nelle superiori considerazioni è l'avviso dello Scrivente.

* * *

Si ricorda che, in conformità alla circolare presidenziale 8 settembre 1998, n. 16586/66 98.12, trascorsi 90 giorni dalla data di ricevimento del presente parere senza che codesta Amministrazione ne comunichi la riservatezza, lo stesso potrà essere inserito nella banca dati "FONS".

*F.to Avv. Giuseppa Mistretta

L'AVVOCATO GENERALE

*F.to Avv. Gianluigi M. Amico

*firma autografa sostituita a mezzo stampa, ai sensi dell'art.3 comma 2 d.lgs.39/1993