Consiglio di stato, sezione terza, sentenza n. 5882 del 20 novembre 2012

Affidamento di contratti pubblici – Partecipazione di soggetti senza scopo di lucro - Ammissibilità

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 981 del 2012, proposto da:
Consorzio Lombardia Sanità, rappresentato e difeso dagli avv., con domicilio
eletto presso l'avv. in Roma, via

contro

Azienda Ospedaliera San Gerardo, rappresentata e difesa dall'avv. Sergio
Carnevale, per legge domiciliata presso la Segreteria del Consiglio di Stato in
Roma, piazza Capo di Ferro n. 13;

nei confronti di

Associazione di volontariato Croce Bianca di Milano onlus, rappresentata e difesa
dagli avv.i, con domicilio eletto presso l'avv. in,

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. LOMBARDIA - MILANO: SEZIONE I n.
02614/2011, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO
TRIENNALE DI TRASPORTO IN AUTOAMBULANZA DEI DEGENTI -
RIS. DANNI

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera San Gerardo e di Associazione di volontariato Croce Bianca Milano;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 novembre 2012 il Cons. Angelica Dell'Utri e uditi per le parti gli avvocati su delega di

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con atto inoltrato per la notifica il 2 febbraio 2012 e depositato il 16 seguente il Consorzio Lombardia Sanità, partecipante alla gara col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa indetta dall'Azienda ospedaliera San Gerardo di Monza per l'affidamento triennale del servizio di trasporto in ambulanza dei degenti, ha appellato la sentenza 3 novembre 2011 n. 2614 del TAR per la Lombardia, sede di Milano, sezione prima, non risultante notificata, con la quale è stato respinto il suo ricorso per l'annullamento dell'aggiudicazione di detta gara in favore dell'Associazione di volontariato Croce Bianca Milano onlus e degli atti connessi, compreso l'art. 3 del capitolato speciale d'appalto, nonché per la declaratoria di inefficacia dell'eventuale contratto, il subentro e, in subordine, il risarcimento del danno.

In estrema sintesi, la ricorrente lamentava in tre motivi l'illegittima ammissione a gara dell'Associazione di volontariato in quanto tale, la sua mancata esclusione per non aver prodotto le dichiarazioni di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006 relative ai presidenti di sezione ed al vice presidente vicario e l'elusione della prescrizione in ordine alla presentazione di una relazione di sole 20 pagine avendo

invece prodotto, di fatto, una relazione di oltre 100 pagine per effetto del rinvio ad allegati, i cui elementi la Commissione ha apprezzato.

A sostegno dell'appello l'appellante ha criticato le soluzioni date dal primo giudice a ciascuno dei detti motivi, all'uopo deducendo:

I.- *Error in iudicando* per:

1) Travisante e contraddittoria interpretazione della normativa nazionale sulle associazioni di volontariato (l. n. 266/1991 e d.m. n. 25/05/2005) in relazione ai principi affermati dalla giurisprudenza sia amministrativa che comunitaria, *sub specie* capacità dei soggetti esercenti un'attività economica senza scopo di lucro di partecipare alle procedure ad evidenza pubblica e, dunque, a stipulare contratti a titolo oneroso;

3) violazione e falsa applicazione degli artt. 5 e 7, l. n. 266/1991;

4) violazione e falsa applicazione del d.m. 25/05/2005;

5) violazione e falsa applicazione della l.r. Lomb. n. 1/2008;

6) violazione e falsa applicazione dell'art. 34 d.lgs. 163/2006;

7) violazione e falsa applicazione dei principi informanti le procedure ad evidenza pubblica *sub specie* libera concorrenza, *par condicio* e non discriminazione.

II.- *Error in iudicando* per:

1) Travisata ed erronea applicazione dell'art. 38, lett. c), del d.lgs. 163/2006;

2) violazione e falsa applicazione dei principi di *par condicio* e libera concorrenza.

III.- *Error in iudicando* per:

1) Travisata ed erronea applicazione dei principi informanti le procedure ad evidenza pubblica *subspecie* autovincolo procedimentale, *par condicio* e non discriminazione.

L'Azienda e Croce Bianca si sono costituiti in giudizio ed hanno svolto controdeduzioni. L'appellante ha replicato in memoria ed all'odierna udienza pubblica.

Ciò posto, in ordine al primo motivo, con cui si ribadisce che Croce Bianca avrebbe dovuto essere esclusa in quanto associazione di volontariato alla stregua della normativa nazionale e comunitaria, la Sezione osserva che è invece orientamento giurisprudenziale ormai consolidato, pienamente condiviso, che detta normativa consenta anche a soggetti senza scopo di lucro di partecipare alle procedure per l'affidamento di contratti pubblici alla condizione che esercitino anche attività d'impresa funzionale ai loro scopi ed in linea con la relativa disciplina statutaria, giacché l'assenza di fini di lucro non esclude che tali soggetti possano esercitare un'attività economica e che, dunque, siano ritenuti "operatori economici", potendo soddisfare i necessari requisiti per essere qualificati come "imprenditori", "fornitori" o "prestatori di servizi" (cfr. Cons. St., Sez. V, 18 agosto 2010 n. 5815 e 26 agosto 2010 n. 5956, quest'ultima richiamata, nella specie, dal capitolato speciale d'appalto).

Invero, secondo l'art. 1, par. 8, della direttiva n. 2004/18/CE "i termini «imprenditore», «fornitore» e «prestatore di servizi» designano una persona fisica o giuridica o un ente pubblico o un raggruppamento di tali persone e/o enti che offra sul mercato, rispettivamente, la realizzazione di lavori e/o opere, prodotti o servizi. Conformemente, per gli artt. 3, co. 19 e 22, e 34, co. 1, lett. a), del codice dei contratti, l'imprenditore, fornitore o prestatore di servizi, rientranti nella definizione di "operatore economico", è "una persona fisica, o una persona giuridica, o un ente senza personalità giuridica (...), che offra sul mercato, rispettivamente, la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi" ed è ammesso nel novero dei soggetti che possono partecipare alle anzidette procedure.

D'altro canto, la giurisprudenza comunitaria ha chiarito che l'assenza dello scopo di lucro non impedisce la qualificazione di un soggetto come imprenditore e non ne giustifica l'esclusione dalla partecipazione alle gare a priori e senza ulteriori

analisi, atteso che la normativa comunitaria, segnatamente la direttiva 2004/18/CE, osta all'esclusione di concorrenti dall'aggiudicazione di appalti pubblici per il solo motivo che essi non abbiano la forma giuridica corrispondente ad una determinata categoria di persone giuridiche, non avendo inteso restringere la nozione di "operatore economico che offre servizi sul mercato" unicamente agli operatori che sia dotati di un'organizzazione d'impresa né introdurre limitazioni a monte in ragione dell'organizzazione interna dell'operatore stesso, bensì mirando all'apertura alla concorrenza nella misura più ampia possibile sia nell'interesse comunitario alla libera circolazione dei prodotti e dei servizi, sia dell'interesse della stessa stazione appaltante. Pertanto, deve ritenersi consentita la partecipazione ad appalti pubblici a soggetti i quali, autorizzati dalla normativa nazionale ad offrire servizi sul mercato, "non perseguono un preminente scopo di lucro, non dispongono di una struttura organizzativa di un'impresa e non assicurano una presenza regolare sul mercato ..."; con la conseguenza che la normativa nazionale dev'essere interpretata in senso a ciò conforme e, all'occorrenza, disapplicata (cfr. Corte giustizia CE, Sez. IV, 23 dicembre 2009, causa C. 305/08).

Inoltre, circa le onlus la giurisprudenza nazionale ha affermato che esse possono essere ammesse alle gare pubbliche quali "imprese sociali", a cui il d.lgs. 24 marzo 2006 n. 155 ha riconosciuto la legittimazione ad esercitare in via stabile e principale un'attività economica organizzata per la produzione e lo scambio di beni o di servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità d'interesse generale, anche se non lucrativa (cfr. Cons. St., sez. VI, 25 gennaio 2008 n. 185 e 16 giugno 2009 n. 3897, nonché V, 25 febbraio 2009 n. 1128).

Nella specie, non v'è dubbio sulla qualificazione di Croce Bianca come "operatore economico", essendo iscritta proprio in quanto tale alla Camera di commercio, industria, artigianato ed agricoltura di Milano, né alcuna disposizione del rispettivo statuto osta (a differenza che per la Croce Rossa Italiana, secondo quanto ritenuto

con la sent. 9 agosto 2011 n. 4720 di questa Sez. III, richiamata dall'appellante) alla stipula contratti o, comunque, allo svolgimento dell'attività imprenditoriale perfettamente in linea con le finalità istituzionali, qual è il trasporto sanitario.

Nel contempo, neppure è dubbio che il citato d.lgs. n. 155 del 2006 consista nell'autorizzazione nazionale dianzi accennata e che, alla stregua del ricordato orientamento giurisprudenziale comunitario, debba essere coerentemente interpretato il “reticolato normativo domestico” in tema di volontariato, compendiato nella L.R. Lombardia n. 1 del 2008, nella legge n. 266 del 1991 e nel d.m. 25 maggio 1995, nel quale peraltro non si rinviene alcun divieto di stipula di contratti pubblici.

Circa il secondo motivo, col quale si insiste nell'incompletezza delle dichiarazioni di cui all'art. 38, co. 1, del d.lgs. n. 163 del 2006 rese in sede di istanza di partecipazione, in quanto carenti di quelle del presidente generale vicario e dei presidenti di sezione, con riguardo al primo è agevole rilevare che, come evidenziato dal primo giudice, la mera designazione preventiva non conferisce al designato alcun potere se non previa formale investitura (“in forma scritta” ed “anche con decisione congiunta dell'Amministratore Generale e del Segretario Generale ...”). Ne deriva che, nella mancata dimostrazione da parte dell'attuale appellante dell'avvenuta investitura, il designato, in quanto appunto privo di alcuno dei poteri spettanti al Presidente, ivi compresa la rappresentanza legale, non può ritenersi fosse tenuto a rendere quelle dichiarazioni.

Altrettanto agevole è la confutazione del profilo di censura relativo ai presidenti di sezione, a cui sono conferite deleghe di contenuto assai limitato (quali la sola “presentazione” di documentazione della specifica sezione per gare o avvisi di selezione), tali da escludere in radice che si tratti di figure diverse da quelle di procuratori speciali; ed i procuratori speciali, dotati di potere di rappresentanza ma che non sono amministratori, non ricadono nel disposto del cit. art. 38, co. 1, il

quale infatti prescrive l'obbligo della dichiarazione degli "amministratori muniti del potere di rappresentanza" e richiede quindi, congiuntamente, sia il potere di rappresentanza che la qualità di amministratore (cfr. sul punto Cons. St., Sez. III, 21 dicembre 2011 n. 6777).

Infine, va disatteso anche il terzo motivo, volto a far valere l'inosservanza da parte di Croce Bianca della prescrizione di capitolato circa la presentazione di una "relazione di massimo 20 pagine", avendo unito alla relazione vari allegati e, segnatamente, il "Manuale per il controllo del rischio infettivo sul mezzo di soccorso", apprezzato dalla commissione giudicatrice in sede di valutazione delle offerte tecniche.

In proposito, si rileva in primo luogo che la *lex specialis* di gara non prevede alcuna sanzione nell'ipotesi di relazione di oltre venti pagine; e, in secondo luogo ma soprattutto, che l'allegazione del manuale, predisposto per l'utilizzo in via generale e non riferito all'espletamento della gara in questione, si limita a chiarire il senso e la qualità complessivi dell'offerta, sicché la stessa offerta non può ritenersi abbia violato la regola anzidetta, come sarebbe accaduto se l'allegato avesse modificato la proposta come rappresentata nella relazione (cfr., al riguardo, Cons. St., Sez. VI, 14 luglio 2011 n. 4277).

In conclusione, l'appello è infondato e, pertanto, dev'essere respinto.

Come di regola, le spese del grado seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento, in parti uguali in favore dell'Azienda ospedaliera San Gerardo e di Croce Bianca Milano, delle spese del grado che liquida in complessivi € 4.000,00 (quattromila/00).

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/11/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)