

N. 00387/2013REG.PROV.COLL.
N. 04387/2008 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4387 del 2008, proposto da Asfor "Naturalmente Parco" in proprio e in rappresentanza dell'a.t.i. con Sedif Mamagement s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Felice Laudadio, Ferdinando Scotto, con domicilio eletto presso Felice Laudadio in Roma, via Alessandro [III](#), 6;

contro

Ente Parco Regionale del Taburno - Camposauro;
Agrotec s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Silvana Lombardi, Lorenzo Silvestrini, con domicilio eletto presso Silvana Lombardi in Roma, Circonvallazione Clodia, 165;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE I n. 1666/2008, resa tra le parti, concernente appalto per l'istituzione laboratori di valorizzazione ambientale

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 dicembre 2012 il Cons. Rosanna De Nictolis e udito l'avvocato Colagrande per delega dell'avvocato Laudadio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con determina dirigenziale 13 dicembre 2007 n. 36 l'Ente Parco regionale del Taburno-Camposauro ha aggiudicato all'a.t.i. costituenda Naturalmente Parco (avente per mandataria la Asfor, associazione di volontariato, e per mandante la Se.Di.F. Management s.r.l.) l'appalto di servizi per la istituzione di laboratori di azione per la valorizzazione ambientale, delle tradizioni, dei mestieri e delle identità locali del Parco – Progetto S21.

2. L'aggiudicazione è stata impugnata dal concorrente secondo classificato, la costituenda a.t.i. tra Agrotec s.p.a. e Gruppo Moccia s.p.a., con ricorso al Tar Campania – Napoli.

3. Il Tar adito, con sentenza in forma semplificata 31 marzo 2008 n. 1666, ha accolto il ricorso, ritenendo fondato e assorbente il motivo con cui si era dedotto che il raggruppamento aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso, perché la mandataria Asfor è un'associazione di volontariato senza scopo di lucro.

4. Ha proposto appello il raggruppamento Asfor-Se.di.F. Management s.r.l., lamentando che anche gli enti senza scopo di lucro sono operatori economici che possono partecipare alle gare di appalto.

5. Il raggruppamento controinteressato, vincitore in primo grado, si è costituito in appello, opponendosi al suo accoglimento e riproponendo tutte le censure articolate in prime cure e assorbite dal Tar.

6. In sede cautelare, la domanda di sospensione della sentenza appellata è stata respinta, anche considerato che *medio tempore* l'appalto era stato

affidato alla seconda classificata, vincitrice nel giudizio di primo grado, e interamente eseguito.

7. La causa era stata fissata per la trattazione del merito all'udienza del 20 marzo 2012, ma a detta udienza i difensori dell'appellante hanno dichiarato di [aderire](#) all'astensione dalle udienze proclamata dagli avvocati.

La causa è stata pertanto rinviata all'udienza dell'11 dicembre 2012, ed è passata in decisione in tale data.

8. L'appello è fondato.

L'assunto della sentenza del Tar secondo cui le associazioni di volontariato non potrebbero essere aggiudicatrici di gare di pubblici appalti non può essere condiviso.

L'assenza di fine di lucro non è di per sé ostativa della partecipazione ad appalti pubblici, come ha affermato la stessa C. giust. CE, secondo cui l'assenza di fini di lucro non esclude che associazioni di volontariato esercitino un'attività economica e costituiscano imprese ai sensi delle disposizioni del trattato relative alla concorrenza [C. giust. CE, sez. III, 29 novembre 2007 C-119/06].

Quanto, in particolare, alle associazioni di volontariato, ad esse non è precluso partecipare agli appalti, ove si consideri che la legge quadro sul volontariato, nell'elencare le entrate di tali associazioni, menziona anche le entrate derivanti da attività commerciali o produttive svolte *a latere*, con ciò riconoscendo la capacità di svolgere attività di impresa.

La giurisprudenza di questo Consesso 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 [Cons. St., sez. III, 20 novembre 2012 n. 5882].

In tale prospettiva, la giurisprudenza ha osservato che l'art. 5, l. n. 266/2001, nell'indicare le risorse economiche delle Onlus, menziona anche <<entrate derivanti da attività commerciali e produttive marginali>>, con ciò dimostrando di riconoscere la capacità delle Onlus di svolgere attività commerciali e produttive e, dunque, anche quella di partecipare a gare di appalto, quanto meno nei settori di specifica competenza, ad es. quello del trasporto di invalidi: è vero che la norma fa riferimento ad attività imprenditoriali <<marginali>>, ma occorrerebbe dimostrare che la partecipazione dell'associazione all'appalto non abbia il carattere di marginalità [Cons. St., sez. VI, 30 giugno 2009 n. 4236].

L'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, che aveva inizialmente escluso che le associazioni di volontariato potessero partecipare a gare di appalto, attesa la gratuità dell'attività di volontariato [Autorità, 31 gennaio 2008 n. 29, parere; Autorità, 29 dicembre 2008 n. 266, parere], ha successivamente affermato che operatore economico può essere anche un soggetto senza fine di lucro che operi occasionalmente sul mercato o goda di finanziamenti pubblici [Autorità, 23 aprile 2008 n. 127, parere; Autorità, 20 ottobre 2010 n. 7, determinazione].

Ammessa in astratto la possibilità di partecipazione di tali enti agli appalti, va verificato se in concreto l'Asfor avesse i requisiti richiesti dal bando e dal disciplinare.

Contrariamente a quanto sostenuto dalla controinteressata, non era necessario il requisito dell'iscrizione nel registro delle imprese, atteso che dall'allegato 2 al bando si evince che era possibile al concorrente dichiarare la non necessità di iscrizione nel registro delle imprese, per la particolare forma giuridica.

Né era necessario produrre il certificato di iscrizione alla camera di commercio, che gli enti *non profit* non possiedono, atteso che il bando non lo richiedeva espressamente [Cons. St., sez. V, 26 agosto 2010 n. 5696].

Né nella specie la partecipazione all'appalto della Onlus determinava una comprovata disparità di trattamento rispetto agli altri concorrenti

La giurisprudenza ha osservato, quanto all'obiezione che ammettere alle gare di appalto soggetti che fruiscono di finanziamenti pubblici altererebbe la *par condicio* tra i concorrenti, che:

a) il diritto comunitario non impedisce la partecipazione agli appalti di enti senza fini di lucro;

b) il diritto comunitario consente che possa partecipare a un gara di appalto un soggetto che fruisce di aiuti di Stato, e che in virtù di tali aiuti sia in grado di proporre un'offerta più bassa di quella di altri concorrenti, a condizione che si tratti di aiuto di Stato lecito (v. ora art. 87, c. 5, d.lgs. n. 163/2006); se ne desume che è legittimato a partecipare ad una gara un soggetto che fruisce di finanziamenti pubblici, se lecitamente conseguiti;

c) occorrerebbe la prova concreta che la Onlus sia in una posizione di vantaggio [Cons. St., sez. VI, 30 giugno 2009 n. 4236].

9. L'accoglimento dell'appello impone al Collegio di esaminare gli altri motivi del ricorso di primo grado, che il Tar ha assorbito, e che sono stati ritualmente riproposti dal raggruppamento controinteressato con memoria (secondo la disciplina applicabile *ratione temporis*, anteriore all'entrata in vigore del c.p.a.).

10. Dei motivi del ricorso di primo grado non esaminati dal Tar e riproposti in grado di appello con memoria, è fondato e assorbente quello attinente ai vizi della cauzione provvisoria prestata dal costituendo raggruppamento "Naturalmente Parco".

10.1. Secondo il punto VIII del disciplinare di gara, solo in caso di a.t.i. già costituita, la cauzione provvisoria poteva essere prestata dalla sola mandataria.

In caso di a.t.i. costituenda, come era, al momento della presentazione della domanda di partecipazione e dell'offerta, il raggruppamento "Naturalmente

Parco”, occorre, invece, che la cauzione fosse prestata da tutti i componenti dell’a.t.i. costituenda.

10.2. L’adunanza plenaria del Consiglio di Stato, risolvendo un contrasto di giurisprudenza, ha infatti statuito che la cauzione provvisoria da parte di una costituenda associazione temporanea di imprese, dovendo individuare l’obbligazione garantita in tutti i suoi elementi soggettivi ed oggettivi, deve essere intestata a tutte le imprese associate; tale onere deriva dalla duplice funzione svolta dalla cauzione provvisoria che, infatti, oltre ad indennizzare la stazione appaltante dall’eventuale mancata sottoscrizione del contratto da parte dell’aggiudicatario, svolge, anche, una funzione sanzionatoria verso altri possibili inadempimenti contrattuali dei concorrenti [Cons. St., ad. plen., 4 ottobre 2005 n. 8; in termini Cons. St., sez. V, 21 aprile 2009 n. 2400; Cons. St., sez. V, 28 maggio 2010 n. 3401].

Si è successivamente precisato che nel caso di partecipazione alla gara di appalto di un costituendo raggruppamento temporaneo di imprese, l’atto di fideiussione bancaria mediante il quale viene costituita la cauzione provvisoria, deve essere intestato non solo alla società capogruppo ma anche alle mandanti: ciò al fine di evitare il configurarsi di una carenza di garanzia per la stazione appaltante con riferimento a quei casi in cui l’inadempimento non dipenda dalla capogruppo designata ma dalle future mandanti (in particolare per omesso conferimento del mandato in caso di aggiudicazione, oppure, in caso di controllo a campione, nel caso di mancata prova e conferma delle dichiarazioni rese, in ordine ai requisiti, nella domanda di partecipazione o nell’offerta) [Cons. giust. sic., 8 maggio 2006 n. 180].

10.3. Ora nel caso di specie, dall’esame della cauzione provvisoria in atti, si evince che la fideiussione è stata prestata dalla compagnia assicurativa Groupama Assicurazioni solo in favore della mandataria ASfor.

E’ bensì vero che la polizza fideiussoria contiene una “appendice per

dichiarazione di fideiussione” sottoscritta dalla mandante Se.di.F. Management s.r.l., ma in tale appendice la mandante non compare come soggetto garantito, a cui favore è prestata la polizza fideiussoria, ma compare come soggetto “fideiussore”, ossia che si impegna solidalmente con Asfor verso la compagnia assicurativa ad assolvere gli obblighi che gravano sul garantito in virtù del contratto di assicurazione.

In definitiva, la mandante non compare come soggetto a cui favore è rilasciata la cauzione provvisoria, e dunque la compagnia assicurativa non ha prestato cauzione provvisoria anche per l’inadempimento degli obblighi della mandante; al contrario la mandante compare come fideiussore della mandataria nel rapporto con la compagnia assicurativa.

10.4. Posto che la disciplina della cauzione provvisoria è imposta dal disciplinare di gara a pena di esclusione, e che anche a pena di esclusione deve ritenersi imposta dall’art. 75, codice appalti, ne consegue che il raggruppamento aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso per vizi della cauzione provvisoria, prestata solo a favore della mandataria, e non anche della mandante, dell’a.t.i. costituenda.

Sotto tale profilo merita accoglimento il ricorso di primo grado, con diversa motivazione rispetto alla sentenza del Tar.

11. Sono invece infondati gli altri motivi del ricorso di primo grado.

11.1. Si lamenta che il punto IXb-1) del disciplinare richiede la dichiarazione di istituto bancario circa la capacità economico finanziaria del concorrente. Tale dichiarazione sarebbe stata prodotta solo per la mandataria e non anche della mandante dell’a.t.i. aggiudicataria.

La censura è infondata in quanto il disciplinare consentiva, in caso di a.t.i., la prova cumulativa del requisito, sicché era sufficiente la dichiarazione relativa anche ad uno solo dei componenti del raggruppamento.

11.2. Si lamenta ancora che il punto IXb-3) del disciplinare richiede la prova dell’espletamento di servizi analoghi, da fornirsi, in caso di servizi in

favore di enti pubblici, mediante certificazione rilasciata dagli enti pubblici. Nella specie, invece, sarebbe stata fornita autocertificazione. La censura va disattesa in quanto il disciplinare in parte qua non prevede la certificazione, in luogo dell'autocertificazione, a pena di esclusione.

12. In conclusione, va accolto l'appello ma, in accoglimento di uno dei motivi assorbiti in primo grado, resta accolto, con diversa motivazione, il ricorso di primo grado, e conseguentemente restano annullati gli atti impugnati in prime cure.

13. Le spese di lite possono essere compensate per entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto:

- 1) accoglie l'appello;
- 2) esaminando i motivi del ricorso di primo grado assorbiti in prime cure, li accoglie in parte e, per l'effetto, conferma con diversa motivazione la sentenza di primo grado;
- 3) compensa le spese di entrambi i gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giovannini, Presidente

Rosanna De Nictolis, Consigliere, Estensore

Claudio Contessa, Consigliere

Gabriella De Michele, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/01/2013

IL SEGRETARIO

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