

N. 00116/2016REG.PROV.COLL.

N. 07780/2007 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA
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 7780 del 2007, proposto da:
Confraternita di Misericordia di Caivano, rappresentata e difesa dall'avv.
Giuseppe Rianna, con domicilio eletto presso Armando Placidi in Roma,
via Castrense, 7;

contro

Asl Na 4, rappresentata e difesa dall'avv. Arcangelo D'Avino, con
domicilio eletto presso Alberto D'Auria in Roma, via Calcutta, 45;

nei confronti di

Tdim World Service Sas, Croce Amica Srl, Croce Amica Servizi Sanitari
Srl;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE I n.
06411/2007, resa tra le parti, concernente esclusione dalla gara per
affidamento servizio di trasporto infermi, di cui alla delibera ASL NA 4
n.1266/2006 ed atti conseguenti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 febbraio 2014 il Cons. Lydia
Ada Orsola Spiezia e udito per la parte appellata l'avv. D'Avino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con delibera 2.6.2005 n.955 il Direttore di ASL Napoli 4 indiceva una
licitazione privata per l'affidamento, tra l'altro, del Servizio trasporto
infermi sul territorio- Servizio 118 di tipo B/M, per tre anni, per i SAUT
di Casalnuovo, Sant'Anastasia, Volla e Poggiomarino, da esperire ai sensi
del DLGS n.157/1995, art.6, a favore dell'offerta economica più
vantaggiosa.

Alla gara chiedevano di partecipare tre società commerciali e due
associazioni di volontariato, tra cui la Confraternita di Misericordia di
Caivano, che era gestore uscente del servizio 118 presso la medesima
ASL NA 4 in regime di convenzionamento.

Ricevuta la lettera di invito (con estratto del bando), la Confraternita in
data 13.7.2006 inoltrava l'offerta, ma ASL NA 4, con nota 17.10.2006,
comunicava alla concorrente che, nel frattempo, con delibera 6.10.2006
n.1266 aveva rettificato il bando e gli atti connessi nella parte in cui

consentiva la partecipazione alla gara anche delle Associazioni di volontariato, per cui non ammetteva alle successive fasi di gara la Confraternita di Misericordia di Caivano, in quanto Associazione di volontariato, provvedendo a rettificare, pertanto, quanto stabilito con delibera ASL 19.5.2006 n.760 (Ammissione alla gara delle ditte richiedenti).

1.1. Avverso la delibera di rettifica del bando e di esclusione della offerta dalle fasi successive della gara la Confraternita in epigrafe presentava ricorso e motivi aggiunti, chiedendone l'annullamento, previa sospensione, al TAR Campania, che, nella camera di consiglio 6.6.2007 fissata per la domanda cautelare, decideva la causa direttamente nel merito ai sensi della legge n.205/2000, art 9, dichiarando il ricorso inammissibile per carenza di interesse, spese compensate.

Avverso tale sentenza la Confraternita ha proposto l'appello in epigrafe, chiedendone la riforma con unico motivo di gravame, in quanto titolare di interesse a ricorrere, e riproponendo i motivi esposti innanzi al TAR con espressa richiesta di riesame.

1.2. Si è costituita in giudizio nel dicembre 2007 ASL Napoli 4, in persona del commissario straordinario, che, rappresentata la correttezza formale e sostanziale della sentenza impugnata, preliminarmente ha insistito per l'inammissibilità del ricorso di primo grado e, deducendo che quindi era preclusa la formulazione di ulteriori censure avverso la sentenza (mediante la mera riproposizione dei motivi di primo grado), nel merito ha chiesto il rigetto dell'appello con puntuali controdeduzioni.

Alla pubblica udienza del 13.2.2014, udito per il difensore presente per l'appellante, la causa è passata in decisione.

2. Quanto sopra premesso in fatto, in punto di diritto la controversia concerne la legittimità o meno della delibera n.1266/2006 con cui ASL NA4 (all'epoca operante), nel rettificare il bando di gara per il servizio ambulanze (4 ambulanze di tipo B/M con infermiere professionale a bordo) e gli atti successivi nella parte in cui era consentita la partecipazione alle Associazioni di Volontariato, aveva contestualmente escluso dalla prosecuzione della gara l'offerta della Misericordia di Caivano, in quanto Associazione di volontariato.

2.1. La sentenza impugnata ha dichiarato il ricorso inammissibile per carenza di interesse, affermando che l'Associazione non aveva titolo a censurare la delibera ASL per vizi procedimentali, considerato che, comunque, non avrebbe potuto partecipare alla gara in quanto solo un'impresa commerciale poteva concorrere in una procedura concorsuale con il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa.

L'assunto del TAR non è condivisibile.

In primo luogo, a differenza di quanto asserito da controparte, alla luce della direttiva CE n.18/2004 e della giurisprudenza della Corte di Giustizia (CGE 23.12.2009, causa C-305/08) la nozione comunitaria di imprenditore non presuppone la coesistenza dello scopo di lucro dell'impresa, per cui "l'assenza di fine di lucro non è di per sé ostativa della partecipazione ad appalti pubblici. 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. Esse possono essere ammesse alle gare pubbliche quali "imprese sociali", a cui il d.lg. 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" (vedi ex multis CdS n283/2013 nonché n.5882/2012).

Pertanto appare ormai pacifico che l'assenza di scopo di lucro non sia elemento idoneo ad escludere, in via di principio, che il servizio di trasporto di urgenza e di infermi svolto dalle associazioni di volontariato sia da classificare nella categoria delle attività economiche in concorrenza con gli altri operatori del settore.

2.2.La esposta nozione di imprenditore, tra l'altro, risulta recepita anche dal Codice dei Contratti (DLGS n.163/2006), che si riferisce all'imprenditore come "operatore economico" ammesso a partecipare alle gare per la realizzazione di opere e l'affidamento di servizi senza ulteriori specificazioni .

Pertanto l'Associazione ricorrente, avendo i requisiti per partecipare alla gara in controversia, aveva interesse a ricorrere sia avverso la parziale rettifica del bando e degli atti successivi sia avverso la propria conseguente esclusione dalla gara.

2.3.Passando al merito, il ricorso di primo grado appare fondato con specifico riguardo alla violazione delle disposizioni in materia di appalto di servizi, di cui al DLGS n.157/1995 (normativa vigente prima del regime introdotto dal Codice degli Appalti di cui al D.LGS.n.163/2006), nonché all'eccesso di potere per mancata partecipazione al procedimento di parziale autotutela ed alla violazione degli artt.7-8 legge n.241/1990 per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento di revoca in questione.

Infatti, considerato che l'associazione ricorrente era stata già ammessa alla licitazione privata con nota ASL 6.6.2006 ed aveva spedito l'offerta in data 13.7.2006, appare evidente che nel caso di specie la stazione appaltante avrebbe dovuto comunicare alla concorrente l'avvio del procedimento di parziale annullamento di ufficio, ai sensi dell'art.7 legge n.241/1990, in quanto quella indicata nella delibera come "rettifica" , in realtà, introduceva una sostanziale modifica delle condizioni di accesso alla gara, che comportava di necessità l'esclusione della associazione di volontariato dalla prosecuzione della procedura.

2.4.Sotto il profilo sostanziale, poi, come abbiamo già esposto (affermando la sussistenza dell'interesse a ricorrere in capo alla Misericordia/appellante), la giurisprudenza comunitaria da tempo (vedi CGE cause C-305/08 e C-35/96) con riferimento al quadro normativo dell'epoca aveva avuto modo di rappresentare che il fine di lucro non è requisito determinante per la nozione di impresa, che, invece,rinvia gli elementi essenziali nell'esercizio di una attività economica e nel connesso rischio di impresa.

2.5.D'altra parte nel nostro ordinamento interno, lasciando da parte la disciplina giuridica del volontariato, anche in diritto civile il fine di lucro non costituisce un elemento essenziale della nozione di operatore economico, titolare di un'azienda.

Infatti, il nostro codice di diritto civile, mentre definisce l'imprenditore come chi esercita professionalmente una attività economica per la produzione o lo scambio di beni e servizi, omettendo qualsiasi indicazione circa il fine di lucro, poi, anche nel disciplinare l'istituto delle società, distingue tra società commerciali con fini di lucro e società cooperative caratterizzate dallo scopo mutualistico.

2.6. Né portano a diverse conclusioni le argomentazioni esposte dalla ASL appellata (a difesa della pronuncia di inammissibilità del ricorso), secondo cui la partecipazione alla gara delle associazioni di volontariato sarebbe preclusa sia dal fatto che la legge sul volontariato n.266/1991 stabilisce l'assenza del fine di lucro sia dal fatto che causerebbe una violazione del principio di libera concorrenza, operando una grave turbativa delle logiche di mercato .

Infatti, da un lato, la fissazione nel bando del criterio della offerta più vantaggiosa non comporta di per se stesso che l'associazione di volontariato tragga dei profitti dal servizio, essendo sufficiente che nell'offerta il prezzo sia ancorato al puntuale computo degli oneri derivanti dalla prestazione, individuando, quindi, il livelli del profitto zero, mentre, per altro verso, come la Corte di Giustizia ha affermato di recente (su ordinanza di rinvio pregiudiziale effettuato da questa Sezione per questione con aspetti analoghi, vedi CGE su C-113/2014) la esigenza di tutelare la concorrenza va bilanciata, anche a livello comunitario, con altri principi quali quello della solidarietà, della economicità e dell'equilibrio del bilancio, che, nel trasporto di urgenza e di infermi, hanno un peso notevole, trattandosi di una attività dai preminenti profili socio sanitari, che il soggetto pubblico ha interesse ad offrire alla generalità alle condizioni più accessibili.

Non va, infatti, trascurata la considerazione che la stessa stazione appaltante viene avvantaggiata dalla circostanza che la gara, grazie alla partecipazione anche delle associazioni di volontariato, si concluda con l'affidamento del servizio trasporto ambulanza a condizioni economiche più favorevoli con evidente vantaggio sotto il profilo sia finanziario sia di accessibilità del servizio.

3. In conclusione, quindi, l'appello va accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza TAR, il ricorso di primo grado va accolto e vanno annullate la delibera ASL NA4 n.266/2006, che ha disposto la "rettifica" del bando di gara del 2005 e la esclusione della Confraternita di Misericordia di Caivano dalla prosecuzione della gara, e la nota ASL NA4 n.5660/2006, che comunicava alla interessata il contenuto della suddetta delibera, invitandola a ritirare l'offerta.

Peraltro, considerato che, all'epoca, l'orientamento della giurisprudenza di primo grado su questo genere di controversie è stato oscillante (come si desume dai precedenti di segno opposto citati dalle parti), sussistono giusti motivi per compensare le spese di lite per entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) accoglie l'appello in epigrafe e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado ed annulla la delibera ASL NA4 n.1266/2006 e la nota ASL NA4 n.5660/2006.

Compensa tra le parti 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 13 febbraio
2014 con l'intervento dei magistrati:
Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente
Salvatore Cacace, Consigliere
Bruno Rosario Polito, Consigliere
Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere, Estensore
Alessandro Palanza, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
Il 15/01/2016

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