

Il Consiglio di Stato sulla partecipazione delle associazioni di volontariato alle gare e sulle intestazioni delle cauzioni presentate dalle a.t.i.

di Marco Coppola

Data di pubblicazione: 14-2-2013

Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza 23 gennaio 2013, n. 387.
Presidente Giovannini; Estensore De Nictolis

1. Alle associazioni di volontariato non è precluso partecipare alle gare di appalto, 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. Invero, l'assenza di fine di lucro non è di per sé ostativa della partecipazione ad appalti pubblici, come ha affermato la stessa Corte di Giustizia C.E., 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.

2. Nelle gare di appalto, 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.

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

BREVI ANNOTAZIONI

L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA

Il Consiglio di Stato, nella pronuncia in commento, affronta due tematiche di particolare rilievo nel panorama degli appalti pubblici. In particolare, da un lato, i giudici ritornano sulla legittimità della partecipazione alle gare da parte delle associazioni di volontariato, dall'altro confermano l'onere di intestazione della cauzione provvisoria, in caso di partecipazione in associazione temporanea di imprese, a tutti i componenti dell'associazione stessa.

IL PERCORSO ARGOMENTATIVO

Nel caso di specie, un appalto di servizi indetta dall'Ente Parco regionale del Taburno – Camposauro per l'istituzione di laboratori di azione per la valorizzazione ambientale, delle tradizioni, dei mestieri e delle identità locali del Parco stesso, veniva affidato ad una costituenda a.t.i. la cui mandataria era un'associazione di volontariato.

Il provvedimento di aggiudicazione veniva successivamente impugnato innanzi al Tar Campania, Napoli, dalla costituenda a.t.i. seconda classificata la quale sosteneva l'illegittimità dell'ammissione di un'associazione di volontariato ad una gara ad evidenza pubblica.

Il ricorso veniva così accolto dal giudice partenopeo il quale, sulla considerazione che le associazioni senza scopo di lucro non possono partecipare alle gare pubbliche, ha ritenuto che l'a.t.i. aggiudicataria avrebbe dovuto essere, invero, esclusa.

Il Consiglio di Stato, al contrario, nell'accogliere l'appello presentato dall'associazione soccombente, **ha ribadito, ancora una volta, la legittimità della partecipazione delle associazioni di volontariato alle gare per l'affidamento di pubblici appalti.**

In particolare, i giudici di Palazzo Spada hanno sostenuto che l'assenza dello scopo di lucro delle menzionate associazioni di volontariato non è di per sé motivo ostativo all'esercizio di un'attività di impresa da parte delle stesse.

A sostegno di tale conclusione, il Consiglio di Stato menziona:

(i) l'orientamento giurisprudenziale comunitario che fa capo alla sentenza della Corte di Giustizia CE, sez. III, 29 novembre 2007 C-119/06, in cui si afferma che le associazioni di volontariato possono essere considerate imprese ai sensi delle disposizioni del Trattato europeo relative alla concorrenza;

(ii) la giurisprudenza dello stesso giudice amministrativo secondo la quale – in considerazione della circostanza che la legge quadro sul volontariato (legge 11 agosto 1991, n. 266) elenca tra le entrate delle associazioni anche quelle derivanti da attività commerciali o produttive marginalmente svolte – alle medesime associazioni possa essere riconosciuta la capacità di svolgere attività di impresa e che, pertanto, possano essere ammesse alle gare pubbliche in qualità di "imprese sociali" (*ex multis*, Cons. St., Sez. III, 20 novembre 2012, n. 5882);

(iii) il parere del 23 aprile 2008 n. 127 e la determinazione 20 ottobre 2010 n. 7 dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici con i quali la stessa ha affermato che operatore economico può essere anche un soggetto senza fine di lucro che operi occasionalmente sul mercato o goda di finanziamenti pubblici.

Una volta riconosciuta la legittimità della partecipazione alle gare delle associazioni di volontariato, **i giudici di Palazzo Spada affermano altresì che ammettere alle gare d'appalto soggetti che fruiscono di finanziamenti pubblici non altera la *par condicio* tra i concorrenti.**

E ciò per tre ordini di motivi. In primo luogo, il diritto comunitario non impedisce la partecipazione agli appalti di enti senza fini di lucro; in secondo luogo, ancora il diritto comunitario, consentendo la partecipazione ad una gara di appalto di un soggetto che fruisce di aiuti di Stato 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), ammette che è legittimato a partecipare ad una gara un soggetto che fruisce di finanziamenti pubblici, se lecitamente conseguiti; in terzo ed ultimo luogo, occorrerebbe in ogni caso la prova concreta che l'Onlus sia in una posizione di vantaggio.

Oltre a quanto finora espresso, la sentenza in analisi affronta anche un'altra tematica e, in

particolare, quella relativa **all'onere di intestazione della cauzione provvisoria a tutti i membri di un'a.t.i.,**

A tal proposito il Consiglio di Stato, sulla scorta di un consolidato orientamento in giurisprudenza ed, in particolare, della sentenza dell'Adunanza Plenaria 4 ottobre 2005, n. 8, afferma nuovamente che la cauzione provvisoria deve necessariamente essere intestata a tutte le imprese associate. Tale onere, secondo i giudici, deriva dalle funzioni svolte dalla cauzione provvisoria la quale, oltre ad indennizzare la stazione appaltante dall'eventuale mancata sottoscrizione del contratto da parte dell'aggiudicatario, vale anche come sanzione per altri possibili inadempimenti contrattuali dei concorrenti (Cons. St., ad. plen., 4 ottobre 2005, n. 8; Cons. St., Sez. V, 21 aprile 2009, n. 2400; Cons. St., sez. V, 28 maggio 2010, n. 3401).

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Alla luce dell'interpretazione estensiva dell'art. 34 del d.lgs. n. 163/2006 (rubricato "*soggetti a cui possono essere affidati i contratti pubblici*") resa dal Consiglio di Stato con la sentenza in commento, si ammette la possibilità di partecipare alle gare d'appalto a persone giuridiche diverse da quelle ricomprese nell'elenco previsto dalla medesima disposizione normativa. Il discrimine tra la legittimità o meno della partecipazione, infatti, sta nella qualificazione del carattere imprenditoriale dell'attività svolta, indipendentemente dalla natura giuridica del soggetto.

Le stazioni appaltanti, in definitiva, **a meno che non abbiano diversamente disposto nel proprio bando di gara e sempreché tale bando non preveda l'iscrizione alla Camera di Commercio o al registro delle imprese quale requisito indefettibile di partecipazione,** devono ammettere la possibilità di concorrere alle stesse indette anche alle associazioni di volontariato in quanto l'assenza di fini di lucro non esclude che tali associazioni possano esercitare un'attività economica.

Si conferma, in tal modo, in coerenza con i principi comunitari di massima liberalizzazione del mercato, il carattere non tassativo dell'elenco dell'art. 34 del d.lgs. n. 163/2006, contrariamente a quanto sostenuto in passato anche dalla stessa Autorità di Vigilanza con il parere 18 aprile 2007, n. 119.

Sotto altro profilo, la sentenza rileva per aver ribadito l'obbligo di intestare la cauzione provvisoria, in caso di partecipazione alla gara di un'a.t.i., a tutti i membri della stessa associazione. L'art. 75 del d.lgs. n. 163/2006, infatti, si limita a prevedere che la cauzione provvisoria debba essere prestata dall'offerente, senza disciplinare l'ipotesi in cui l'offerente sia invece un'a.t.i. La decisione del Consiglio di Stato in commento si pone sulla scia di un consolidato orientamento giurisprudenziale (*ex multis* Cons. St., Ad. Plen., 4 ottobre 2005, n. 8; Tar Valle d'Aosta, Sez. I, 12 dicembre 2007, n. 147; Tar Umbria, Sez. I, 5 marzo 2007, n. 261) secondo in quale, in tal caso, la garanzia deve essere intestata a tutte le associate al fine di evitare una carenza di garanzia per la stazione appaltante laddove l'inadempimento non sia

imputabile alla capogruppo designata ma alle future mandanti.

PERCORSO BIBLIOGRAFICO

Sul carattere tassativo o meno dell'elenco dei soggetti a cui possono essere affidati i contratti pubblici di cui all'art. 34 del d.lgs. 163/2006, si veda:

- G. Ferrari - *“Requisiti dei partecipanti alle procedure di affidamento. Art. 34 – Soggetti a cui possono essere affidati i contratti pubblici”* in *“Codice dell'appalto pubblico”* – a cura di S. Baccarini, G. Chinè, R. Proietti, Ed. Giuffrè Editore, 2011, 370 ss.;

Sull'onere di intestazione della cauzione provvisoria a tutte le imprese associate, si veda:

- C. Fraticelli, *“L'applicazione dell'art. 75 alle Associazioni temporanee di imprese”* in *“Codice e regolamento dei contratti pubblici”* a cura di F. Caringella e M. Protto, 2011, 518 ss.