

N. 00411/2014 REG.PROV.COLL.

N. 00507/2000 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 507 del 2000, proposto dalla Croce Bianca San Gerardo Maiella-Associazione Volontaria di Pubblica Assistenza e Soccorso O.N.L.U.S. (d'ora in poi Associazione di Volontariato Croce Bianca), in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'Avv. Carmine Mangone, come da mandato a margine del ricorso, con domicilio eletto in Potenza Via Nazario Sauro presso la sede dell'Ordine degli Avvocati di Potenza;

contro

AUSL n. 4 di Matera, in persona del Direttore Generale p.t., rappresentata e difesa dall'Avv. Vincenzo Santochirico, come da mandato a margine del controricorso ed in virtù della Del. n. 975 del 14.9.2000, con domicilio eletto, ai sensi dell'art. 25, comma 1, Cod. Proc. Amm., in Potenza presso la Segreteria di questo Tribunale;

nei confronti di

Cooperativa Croce Verde Materana S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., non costituita in giudizio;

per l'annullamento:

-del provvedimento, emanato dalla Commissione Giudicatrice nella seduta pubblica del 15.6.2000, di esclusione dell'Associazione di Volontariato Croce Bianca dalla gara per l'affidamento mediante trattativa privata del servizio 24 ore su 24 di ambulanza e trasporto degli infermi a Metaponto Lido per il periodo dal 24 giugno al 18 settembre dell'anno 2000, indetta dall'AUSL n. 4 di Matera con Del. n. 519 del 17.5.2000;

-della successiva Del. Direttore Generale n. 659 del 20.6.2000, sia nella parte in cui viene approvato il verbale, redatto dalla Commissione Giudicatrice, e perciò confermato il predetto provvedimento di esclusione, sia nella parte in cui viene emanato il provvedimento di aggiudicazione definitiva in favore della Cooperativa Croce Verde Materana S.r.l., anzicchè a beneficio della Croce Bianca, che aveva formulato la migliore offerta economica;

nonché per il risarcimento

dei danni, derivanti dall'illegittima esclusione e conseguente mancata aggiudicazione del citato appalto, quantificato in complessivi £. 4.650.000 (oltre IVA), "salvo migliore valutazione da parte del Giudice" e/o "anche in via equitativa del Tribunale", oltre interessi legali e rivalutazione monetaria, di cui:

1) £. 2.850.000 a titolo di mancato guadagno, pari al 15% del prezzo offerto di £. 19.000.000;

2) £. 1.800.000 a titolo di danno emergente per le spese sostenute nella partecipazione alla gara;

Visti il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'AUSL n. 4 di Matera;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 maggio 2014 il dott. Pasquale Mastrantuono e udito l'Avv. Giovanni De Somma, su delega dell'Avv. Carmine Mangone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con Del. n. 519 del 17.5.2000 il Direttore Generale dell'AUSL n. 4 di Matera indiceva una trattativa privata per l'affidamento del servizio 24 ore su 24 di ambulanza e trasporto degli infermi a Metaponto Lido per il periodo dal 24 giugno al 18 settembre dell'anno 2000, ai sensi dell'art. 70, comma 1, n. 8, L.R. n. 17/1980, trattandosi di un contratto di importo non superiore a £. 50.000.000, per il quale dovevano "essere interpellate più ditte, comunque, in numero non inferiore a tre".

La lex specialis di gara prevedeva il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso. Con lettera del 19.5.2000 l'AUSL invitava 12 ditte tra cui anche 8 Associazioni di Volontariato e/o ONLUS.

Entro il termine perentorio delle ore 12,00 del 14.6.2000 presentavano l'offerta la Cooperativa Croce Azzurra, l'Associazione di Volontariato Croce Bianca e la Cooperativa Croce Verde Materana S.r.l..

Nella seduta pubblica del 15.6.2000 la Commissione giudicatrice:

- 1) escludeva dalla gara la Cooperativa Croce Azzurra, in quanto non aveva presentato la documentazione richiesta;
- 2) apriva le buste, contenenti l'offerta economica, degli altri due concorrenti, da cui risultava che: a) l'Associazione di Volontariato Croce Bianca aveva offerto il prezzo di £. 19.000.000; b) la Cooperativa Croce Verde Materana S.r.l. aveva offerto il prezzo di £. 23.940.000.

A tal punto il legale rappresentante della Cooperativa Croce Verde Materana S.r.l. esibiva alcune Sentenze del Giudice Amministrativo, secondo cui le Associazioni di Volontariato non potevano partecipare alle gare di appalto e la Commissione, dopo aver richiamato espressamente la Sentenza TAR Lombardia Sez. III n. 1869 del 3.3.2000, escludeva dalla gara l'Associazione di Volontariato Croce Bianca e perciò dichiarava aggiudicatario provvisorio l'unico concorrente rimasto in gara.

Con Del. n. 659 del 20.6.2000 il Direttore Generale approvava il verbale della Commissione Giudicatrice ed emanava il provvedimento di aggiudicazione definitiva in favore della Cooperativa Croce Verde Materana S.r.l..

Con diffida del 24/28.6.2000 l'Associazione di Volontariato Croce Bianca chiedeva l'aggiudicazione in proprio favore dell'appalto, ma con nota del 29.6.2000 l'AUSL confermava il proprio operato, richiamando nuovamente la suddetta Sentenza TAR Lombardia Sez. III n. 1869 del 3.3.2000 ed inviando in allegato la Del. n. 659 del 20.6.2000.

Pertanto, l'Associazione di Volontariato Croce Bianca ha proposto il presente ricorso (notificato il 10/11.8.2000 e depositato il 29.8.2000), deducendo:

- 1) violazione del principio di imparzialità e/o di buon andamento dell'azione amministrativa, in quanto, poiché la ricorrente era stata ammessa alla gara, non poteva più essere esclusa dopo l'apertura delle buste, contenenti l'offerta economica;
- 2) violazione dell'art 70 L.R. n. 17/1980 e della lex specialis di gara, nonché eccesso di potere per difetto di motivazione, in quanto l'art. 10, lett. B, del Capitolato contemplava espressamente la partecipazione alla gara delle Associazioni di Volontariato, che peraltro erano state invitate dall'AUSL a formulare l'offerta; comunque non vi era alcuna norma di legge, che impediva alle Associazioni di Volontariato di partecipare alle gare di appalti pubblici; in ogni

caso, se esistente, la relativa norma doveva essere specificata nell'impugnato provvedimento di esclusione;

3) violazione dell'art. 7 L. n. 266/1991, in quanto tale norma prevedeva espressamente la facoltà degli Enti Pubblici di stipulare convenzioni con le organizzazioni di volontariato.

Si costituiva in giudizio l'AUSL n. 4 di Matera, sostenendo l'infondatezza del ricorso.

Nella Camera di Consiglio del 28.9.2000 il difensore della ricorrente chiedeva l'abbinamento al merito.

All'Udienza Pubblica dell'8.5.2014 il ricorso in epigrafe passava in decisione.

DIRITTO

Il ricorso risulta fondato soltanto con riferimento alla domanda impugnatoria.

Secondo un consistente orientamento giurisprudenziale, formatosi al momento della proposizione del ricorso in esame, doveva essere impedita la partecipazione alle gare di appalti pubblici alle Associazioni di Volontariato e/o alle Organizzazioni non lucrative di utilità sociale (cd. ONLUS), in quanto ciò avrebbe provocato "un'alterazione della logica di mercato ed una turbativa al principio della libera concorrenza, a causa delle particolari agevolazioni fiscali di cui godono per il carattere non commerciale della loro attività istituzionale, non applicabili alle Cooperative: cfr. artt. 111, 111 bis e 111 ter DPR n. 917 del 22.12.1987 e le norme in materia di esenzione dall'IVA" (sul punto cfr. per es. TAR Lombardia Sez. III n. 1869 del 3.3.2000; TAR Lecce Sez. II n. 5806 del 5.9.2003; TAR Piemonte Sez. II n. 1043 del 18.4.2005; TAR Napoli Sez. I n. 3109 del 21.3.2006; TAR Piemonte Sez. II n. 2323 del 12.6.2006; TAR Piemonte Sez. II n. 3330 del 4.10.2006; TAR Veneto Sez. I n. 2034 del 25.6.2007; TAR Napoli Sez. I n. 1666 del 31.3.2008; CONTRA TAR Piemonte Sez. II n. 2427 del 15.12.2001).

Tale orientamento giurisprudenziale è stato, però, successivamente superato dal Giudice Amministrativo (cfr. da ultimo C.d.S. Sez. III n. 2056 del 15.4.2013; C.d.S. Sez. VI n. 387 del 23.1.2013), con la statuizione che le associazioni di volontariato possono essere aggiudicatarie di gare di pubblici appalti, in quanto l'assenza di fine di lucro non è di per sé ostativa della partecipazione ad appalti pubblici.

Ciò, in seguito all'affermazione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea - Sentenza del 29.11.2007 nella causa n. 119/2006 - secondo cui "l'assenza di fini di lucro non esclude che le associazioni di volontariato esercitino un'attività economica e costituiscano imprese ai sensi delle disposizioni del Trattato istitutivo dell'Unione Europea relative alla concorrenza".

Il più recente orientamento giurisprudenziale sul punto ha anche rilevato che l'assenza di preclusioni alla partecipazione alle gare di pubblici appalti delle associazioni di volontariato si evince anche dall'art. 5, comma 1, della L. n. 266/1991, in quanto tale norma, nell'indicare le risorse economiche delle ONLUS, menziona, oltre ai "rimborsi derivanti dalle convenzioni" (cfr. lett. F), anche le "entrate derivanti da attività commerciali e produttive marginali" (cfr. lett. G).

Perciò, deve ritenersi che le associazioni di volontariato e/o le ONLUS hanno la capacità di svolgere attività commerciali e produttive e, dunque, possono anche partecipare ai procedimenti di evidenza pubblica, quando non risulta dimostrato che la partecipazione al relativo appalto pubblico non abbia il carattere della marginalità.

Ad ulteriore riprova della circostanza che non vi sia alcuna norma, che impedisce alle associazioni di volontariato e/o alle ONLUS di partecipare ai procedimenti di evidenza pubblica, il medesimo orientamento giurisprudenziale ha evidenziato che il D.Lg.vo n. 155/2006 ha qualificato tali persone giuridiche come "imprese sociali", riconoscendo ad esse la legittimazione ad esercitare in via stabile e principale un'attività economica organizzata, anche se non lucrativa, per la

produzione e lo scambio di beni o di servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità d'interesse generale.

Inoltre, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea con la Sentenza del 23 dicembre 2009 nella causa n. 305/2008 ha ribadito che la normativa comunitaria deve essere interpretata nel senso che non può essere impedita la partecipazione alle gare di pubblici appalti ai “soggetti che non perseguono preminente scopo di lucro, non dispongono della struttura organizzativa di un'impresa e non assicurano una presenza regolare sul mercato”.

Pertanto, dopo quest'ultima Sentenza il Giudice Amministrativo (cfr. C.d.S. Sez. V n. 6528 del 10.9.2010; C.d.S. Sez. V n. 5956 del 26.8.2010; TAR Milano Sez. I n. 2614 del 3.11.2011) ha stabilito che l'assenza di fini di lucro non esclude che le associazioni di volontariato e/o le ONLUS, anche se non iscritte alla Camera di Commercio o al Registro delle imprese, possano esercitare un'attività economica non costituendo l'iscrizione alla CCIAA un requisito indefettibile di partecipazione alle gare di appalto.

Pertanto, va annullato l'impugnato provvedimento di esclusione dalla gara dell'Associazione di Volontariato Croce Bianca e da tale annullamento discende automaticamente che l'aggiudicazione dell'appalto in questione spettava alla ricorrente, poiché, tra i due concorrenti rimasti in gara, era quella che aveva offerto il prezzo più basso.

Per quanto riguarda la domanda risarcitoria, va innanzitutto precisato che non può tenersi conto dell'elemento soggettivo della colpa della stazione appaltante, attesochè la Corte di Giustizia dell'Unione Europea con la Sentenza del 30.9.2010 nella causa n. 314/2009 ha statuito che gli Stati membri non possono subordinare la concessione di un risarcimento, in materia appalti pubblici, al riconoscimento del carattere colpevole della violazione del diritto comunitario commessa

dall'Amministrazione aggiudicatrice e ciò anche se viene applicato l'istituto della colpa presunta e/o l'inversione dell'onere della prova in capo a quest'ultima.

Va, altresì, specificato che non può essere corrisposta alcuna somma a titolo di danno emergente, in quanto le spese sostenute per partecipare ad una procedura di evidenza pubblica restano sempre a carico delle imprese partecipanti alla gara sia in caso di mera partecipazione, sia in caso di mancata aggiudicazione, poiché tali spese devono comunque essere sostenute per conseguire l'interesse legittimo pretensivo (o bene della vita) dell'aggiudicazione dell'appalto.

Inoltre, la resistente AUSL n. 4 di Matera non può essere condannata al pagamento di alcuna somma anche a titolo di lucro cessante e/o mancato guadagno, atteso che dopo l'entrata in vigore dell'art. 124, comma 1, Cod. Proc. Amm., ai sensi del quale il risarcimento del danno in forma equivalente va "provato", la parte ricorrente deve provare non solo l'an, ma anche il quantum del danno patito, per cui non può più trovare applicazione il precedente e prevalente orientamento giurisprudenziale.

Pertanto, nella specie, non può avere alcuna influenza il prevalente orientamento giurisprudenziale, vigente al momento dell'adozione dei provvedimenti impugnati, ai sensi del quale il danno andava liquidato in via equitativa ex art. 2056 C.C. secondo il cd. "utile di impresa", previsto nel caso di risoluzione unilaterale del contratto d'appalto da parte dell'Amministrazione in assenza di colpe dell'appaltatore, quantificato dal Legislatore forfetariamente nel 10% del prezzo offerto ed utilizzato come parametro del lucro cessante dell'appaltatore anche nel caso di responsabilità risarcitoria da parte della stazione appaltante.

Comunque, anche se la predetta norma processuale non si applicasse alla fattispecie in esame, anteriore all'entrata in vigore del Cod. Proc. Amm., va comunque applicato il generale principio dell'onere della prova, che trova piena applicazione nelle controversie relative alle domande risarcitorie, anche se

proposte dinanzi al Giudice Amministrativo, sia perché in tali controversie il soggetto privato risulta titolare di una posizione giuridica di diritto soggettivo, sia perché la prova del quantum del danno può essere desunta esclusivamente dalla documentazione in possesso dello stesso ricorrente.

Perciò, l'Associazione ricorrente avrebbe quantomeno dovuto predisporre uno schema in cui dovevano essere indicati i costi dell'appalto, come per es. quelli relativi al personale impiegato ed all'utilizzo delle autoambulanze e/o degli altri mezzi e/o attrezzature, oltre alle altre spese vive e/o di carattere generale, e l'utile ricavabile dal servizio di ambulanza e trasporto degli infermi a Metaponto Lido dal 24 giugno al 18 settembre dell'anno 2000.

Dunque, la domanda risarcitoria va respinta.

Tenuto conto del prevalente orientamento giurisprudenziale, vigente al momento dell'adozione dei provvedimenti impugnati, sussistono giusti motivi per disporre tra le parti la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata accoglie la domanda impugnatoria e respinge la domanda risarcitoria nei sensi indicati in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Potenza nella camera di consiglio del giorno 8 maggio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Michele Perrelli, Presidente

Giancarlo Pennetti, Consigliere

Pasquale Mastrantuono, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/06/2014

IL SEGRETARIO

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