

Parere n. 131 del 19/11/2009

Protocollo PREC 284/08/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Centro Soccorso Animali ONLUS – Affidamento del servizio per la gestione del Canile intercomunale di Modena – Importo a base d'asta: € 390.000,00 – S.A.: Comune di Modena

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 20 maggio 2008 è pervenuta a questa Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale il Centro Soccorso Animali ONLUS ha contestato l'operato del Comune di Modena che gli aveva negato la possibilità di effettuare il sopralluogo, previsto a pena di esclusione, atteso che il concorrente medesimo non risultava iscritto alla C.C.I.A.A., come richiesto dal punto 17 del bando di gara per l'affidamento del servizio in oggetto.

Nello specifico, il soggetto istante ha rappresentato di essere una ONLUS iscritta nel Registro Regionale del Volontariato al n. 1155/93, il cui Statuto prevede, tra gli scopi, la protezione e la tutela degli animali e la promozione di una cultura biocentrica, ed ha precisato, altresì, che all'art. 4 del suddetto Statuto è previsto che l'attività di volontariato non è retribuita, ma che l'associazione può assumere lavoratori dipendenti o avvalersi di lavoro autonomo nei limiti necessari al suo regolare funzionamento.

A sostegno dell'illegittimità dell'esclusione operata dalla stazione appaltante il Centro Soccorso Animali ONLUS ha, inoltre, osservato che, in base alla normativa vigente, sia a livello nazionale che regionale è previsto un criterio preferenziale per l'affidamento del servizio di gestione dei ricoveri per animali alle Associazioni di volontariato (in particolare: art. 2, comma 371, legge n. 244 del 2007 - legge finanziaria 2008; art. 16, comma 2, legge regionale n. 27 del 2000; Circ. Min. Sanità, 14 maggio 2001, n. 5, in attuazione della legge n. 281 del 1991.) ed ha richiamato una recente sentenza della Corte di Giustizia, che confermerebbe, a suo avviso, la possibilità per le Associazioni di Volontariato di partecipare alle gare d'appalto pubbliche in quanto "imprese" (Corte di Giustizia Europea, Sez. III, 29 novembre 2007 (Causa C-I 19/06).

A riscontro della richiesta di informazioni avanzata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale il Comune di Modena ha riferito di essersi determinato ad affidare la gestione del Canile Intercomunale mediante gara di appalto impostata secondo l'attuale normativa per gli appalti di servizi di rilevanza comunitaria (D.Lgs. n. 163 del 12 aprile 2006), la quale prevede, a tutela della Pubblica Amministrazione, che le imprese che partecipano alle gare per appalti di servizi dimostrino la loro capacità economico finanziaria e tecnico-professionale attraverso requisiti commisurati all'oggetto dell'appalto e precisati nel bando di gara. A siffatte gare possono partecipare le ONLUS che possiedono detti requisiti (compresa l'iscrizione alla Camera di Commercio), per una questione di par condicio sottolineata da una vasta giurisprudenza in materia (cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. III quater, 18 Luglio 2006 n. 5993-TAR Emilia Romagna, Bologna, Sez. II, 14 giugno 2005, n. 822; Cons. Stato, Sez. V, 8 luglio 2002 n. 3790). Inoltre, la stazione

appaltante ha evidenziato che anche questa Autorità, con parere n. 29 del 31.01.2008, ha ribadito che una Associazione in quanto ONLUS che è anche associazione di volontariato non può essere ammessa a partecipare a una gara per il servizio di ricovero, mantenimento e cura dei cani randagi bandita ai sensi del D.Lgs n 163/2006.

Ritenuto in diritto

Sulla problematica relativa alla possibilità per una associazione di volontariato di partecipare a procedure di gara bandite ai sensi del D.Lgs. n. 163/2006, questa Autorità si è già espressa in precedenti occasioni (cfr.: pareri n. 26 del 26 febbraio 2009; n. 266 del 17 dicembre 2008; n. 29 del 31 gennaio 2008), evidenziando come, in accordo al costante orientamento giurisprudenziale, sia da considerare illegittima la partecipazione a gare di appalti pubblici delle associazioni di volontariato di cui alla L. n. 266/1991 (legge quadro sul volontariato), in quanto l'espletamento di una procedura di selezione del contraente, fondata sulla comparazione delle offerte con criteri concorrenziali di convenienza tecnica - economica, risulta essere inconciliabile con il riconoscimento alle associazioni di volontariato, ex art. 5 della citata L. n. 266/1991, della possibilità di usufruire di proventi costituiti esclusivamente da rimborsi derivanti da convenzioni che prescindono dalle regole di concorrenza.

In particolare, infatti, l'art. 2, comma 1 e 2, della legge n. 266/1991 prevede che per attività di volontariato deve intendersi quella prestata in modo personale, spontaneo e gratuito, tramite l'organizzazione di cui il volontario fa parte, senza fini di lucro anche indiretto ed esclusivamente per fini di solidarietà e, inoltre che: l'attività del volontario non può essere retribuita in alcun modo nemmeno dal beneficiario; al volontario possono essere soltanto rimborsate dall'organizzazione di appartenenza le spese effettivamente sostenute per l'attività prestata, entro limiti preventivamente stabiliti dalle organizzazioni stesse. Il comma 3 dell'art. 2 cit. stabilisce, inoltre, l'incompatibilità della qualità di volontario con qualsiasi forma di rapporto di lavoro subordinato o autonomo e con ogni altro rapporto di contenuto patrimoniale con l'organizzazione di cui fa parte.

La caratteristica precipua dell'attività di volontariato consiste dunque nella sua gratuità, che comporta come corollario inevitabile l'impossibilità di retribuire la medesima, anche da parte del beneficiario. Risulta evidente, pertanto, che la stipulazione di un contratto a titolo oneroso, quale un appalto pubblico di servizi, si pone come incompatibile, rispetto a tale fondamentale aspetto del volontariato. L'onerosità implica, infatti, che l'Amministrazione – per conseguire il vantaggio rappresentato dall'espletamento del servizio dedotto in appalto – corrisponda il correlativo prezzo, evidentemente comprensivo della retribuzione dei lavoratori impiegati per svolgerlo. Di conseguenza, sussiste una evidente incompatibilità tra l'espletamento di una gara finalizzata all'aggiudicazione di un pubblico servizio e la partecipazione, alla medesima, di associazioni di volontariato (in questo senso T.A.R. Campania, sez. I, 2/4/2007 n. 3021).

Né può assumere rilevanza dirimente la circostanza che, nel caso di specie, l'art. 4 dello Statuto del Centro Soccorso Animali ONLUS stabilisce che l'associazione può assumere lavoratori dipendenti o avvalersi di lavoro autonomo, attesa la contestuale precisazione, ivi contenuta, che tale possibilità di assumere lavoratori è ammessa "esclusivamente nei limiti necessari al suo regolare funzionamento, ove occorrenti a qualificare o specializzare l'attività da essa svolta".

Inoltre la stessa legge n. 266/1991 all'art. 5 prevede che le organizzazioni di volontariato traggono le risorse economiche per il loro funzionamento e per lo svolgimento della propria attività da: a) contributi degli aderenti; b) contributi di privati; c) contributi dello Stato, di enti o di istituzioni pubbliche finalizzati esclusivamente al sostegno di specifiche e documentate attività o progetti; d)

contributi di organismi internazionali; e) donazioni e lasciti testamentari; f) rimborsi derivanti da convenzioni; g) entrate derivanti da attività commerciali e produttive marginali. Pertanto, il dettato normativo ha escluso che le associazioni di volontariato possano, di regola, espletare attività commerciali, ammettendo solo quelle qualificabili come “marginali”. Peraltro, con D.M. del 25 maggio 1995 sono stati individuati i criteri per stabilire quali attività sono da intendersi commerciali e produttive “marginali” svolte dalle organizzazioni di volontariato e tra le attività ivi elencate non figura la partecipazione a procedure di selezione concorrenziale, anzi il citato D.M. precisa che tali attività devono essere svolte “senza l’impiego di mezzi organizzati professionalmente per fini di concorrenzialità sul mercato”.

Del resto, anche la più recente giurisprudenza civile e amministrativa, nell’accogliere l’ampia nozione di impresa elaborata dalla Corte di Giustizia, che ricomprende in essa qualsiasi soggetto che eserciti attività economica a prescindere dal suo stato giuridico e dalle sue modalità di finanziamento (sent. Corte di Giustizia 1.7.2008, causa C-49/07) e afferma che l’assenza di fine di lucro non esclude che un soggetto giuridico che esercita attività di impresa possa essere considerato impresa (sent. Corte di Giustizia 29.11.2007, causa C-119/06), ha precisato, tuttavia, che “il carattere imprenditoriale dell’attività va, invece, escluso nel caso in cui essa sia svolta in modo del tutto gratuito, atteso che non può essere considerata imprenditoriale l’erogazione gratuita dei beni o servizi prodotti” (Cass. Civ. III, 19.6.2008 n. 16612, TAR Veneto, sez. I, 26.3.2009, n. 881).

Per quanto riguarda, infine, la sentenza della Corte di Giustizia citata dall’istante a sostegno della possibilità per le associazioni di volontariato, nella propria qualità di imprese che esercitano un’attività economica, di prendere parte a procedure di gara, si evidenzia che, in realtà, tale pronuncia è intervenuta a chiarire un aspetto differente. In particolare, infatti, l’oggetto del giudizio instaurato dalla Commissione europea dinanzi alla Corte riguardava la possibilità di affidare direttamente le attività di trasporto sanitario mediante un accordo quadro stipulato con la Croce Rossa Italiana senza esperire alcuna procedura ad evidenza pubblica. In altre parole, la questione era quella di stabilire se tale accordo quadro presentasse o meno le caratteristiche di un appalto pubblico, ai sensi della normativa comunitaria sui servizi, e cioè se esso fosse un contratto a titolo oneroso, stipulato in forma scritta, tra un prestatore di servizi e un’amministrazione aggiudicatrice.

Nell’affrontare tale questione la Corte ha constatato che l’assenza di fini di lucro e il perseguimento di fini di solidarietà sociale da parte di un’associazione, ancorché i suoi collaboratori agiscano a titolo volontario, non esclude di per sé che la stessa possa esercitare un’attività economica in concorrenza e costituisca impresa ai sensi delle disposizioni del Trattato, ed ha altresì ricordato che entità come le organizzazioni sanitarie che garantiscono la fornitura di servizi di trasporto d’urgenza e di trasporto malati devono essere qualificate imprese ai sensi delle norme di concorrenza previste dal citato Trattato.

Il Giudice comunitario, tuttavia, proprio in considerazione dell’oggetto del giudizio, ha focalizzato la propria attenzione sulla natura dell’attività svolta in virtù dell’affidamento dell’accordo quadro in esame, senza entrare nel merito della specifica qualificazione giuridica che una siffatta associazione riceva nel proprio ordinamento nazionale, né si è pronunciato sulla compatibilità comunitaria della particolare disciplina italiana in materia di associazioni di volontariato (legge n. 266/1991), anche perché nel caso esaminato il soggetto affidatario dell’accordo quadro censurato non era un’associazione di volontariato ai sensi della legge n. 266/1991, come è, invece, il Centro Soccorso Animali ONLUS, bensì la Croce Rossa Italiana che, come si evince dal suo Statuto, è soggetto dotato di personalità giuridica di diritto pubblico.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione dalla gara del Centro Soccorso Animali ONLUS, in quanto ONLUS che è anche associazione di volontariato e priva della prescritta iscrizione alla C.C.I.A.A., è conforme alla *lex specialis* e alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Giuseppe Brienza

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 17 dicembre 2009