



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

Sezione Staccata di Reggio Calabria

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 765 del 2012, proposto da:

L.A.Do.S. -Locride Associazione Donatori Sangue, Croce Azzurra Molocchiese, Confraternita di Misericordia di Gioiosa Jonica, Confraternita Misericordia di Reggio Calabria, Pubblica Assistenza -S.O.S Rizziconi, Pubblica Assistenza - San Giorgio Soccorso, rappresentati e difesi dagli Avv.ti Francesco Macri' e Domenico Vestito, con domicilio eletto presso Radegonda Rositani, Avv. in Reggio Calabria, via Sbarre Centrali 673;

***contro***

Asp - Azienda Sanitaria Provinciale di Reggio Calabria, rappresentata e difesa dall'Avv. Rosario Infantino, con domicilio eletto presso Rosario Infantino Avv. in Reggio Calabria, via S. Caterina, Trav. Privata, 21;

***nei confronti di***

Raggruppamento Temporaneo di Imprese Italiana Servizi S.C.R.A.L.- Tauro Soccorso di Russo Giovanni, rappresentato e difeso dagli Avv.ti Francesco Lilli e Fabio Massimo Pellicano, con domicilio eletto presso Natale Carbone Avv. in Reggio Calabria, via Possidonea, 46/B;

***per l'annullamento***

del Bando di gara a procedura negoziata aperta per l'affidamento per 5 mesi del servizio di supporto alla struttura di Urgenza ed Emergenza SUEM 118, Prot. N. 80067 del 22/11/2012, emesso dall'Azienda Sanitaria Provinciale di Reggio Calabria – Ufficio Approvvigionamento Beni e Servizi.

Per la dichiarazione della nullità e/o annullamento, altresì, di ogni altro atto allo stesso presupposto, connesso, conseguente, anche non conosciuto, ed in particolare di tutti i Verbali di gara, nonché degli eventuali provvedimenti di aggiudicazione provvisoria e definitiva, previa declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato con il soggetto aggiudicatario ai sensi e per gli effetti di degli artt. 121, comma 1 e 122 del D.Lgs. 104/2010.

Con ogni effetto ed onere conseguente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Asp - Azienda Sanitaria Provinciale di Reggio Calabria e del R.T.I. costituito da Società Italiana Servizi - Coop. Sociale a R.L. e Impresa Tauro Soccorso di Giovanni Russo;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 16 gennaio 2013 il dott. Salvatore Gatto Costantino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

Nell'odierno giudizio le parti ricorrenti sono associazioni non lucrative, già operanti - in regime di convenzione - con l'A.S.P. di Reggio Calabria nella gestione del servizio di supporto alla struttura di Urgenza ed Emergenza SUEM 118.

Impugnano il Bando di gara emesso dall'Azienda Sanitaria Provinciale di Reggio Calabria per l'affidamento a procedura negoziata aperta del servizio, al quale assumono di non aver potuto partecipare con proprie offerte, essendo illegittimamente escluse dai soggetti ammessi alla gara.

Più precisamente, espongono quanto segue.

Il costo complessivo della gara veniva fissato, in epigrafe al bando, in Euro 970.525,00 oltre IVA, più Euro 24.455,00 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso; all'art. 3 del disciplinare di gara venivano indicati i soggetti ammessi a partecipare alla procedura ad evidenza pubblica, che coincidevano totalmente con quelli previsti dall'art. 34 del d.lgs. 163/2006 e tra i quali non venivano esplicitamente annoverate le associazioni di volontariato, le Fondazioni e le ONLUS.

Il disciplinare di gara, avente secondo la difesa dei ricorrenti particolare complessità, in considerazione dell'importante e delicato servizio oggetto della procedura ad evidenza pubblica, prevedeva poi, all'art. 7, che l'offerta e la relativa documentazione dovessero pervenire, a pena di esclusione, entro il termine perentorio delle ore 12,00 del giorno 29/11/2012 (dunque soltanto sette giorni dopo dalla pubblicazione del bando stesso) e ciò senza che negli atti di gara fosse contenuta, in alcun punto, la motivazione dell'eccessiva brevità di tale termine.

Ignorando le segnalazioni da parte delle ricorrenti di tali gravi irregolarità, l'A.S.P. procedeva nelle proprie determinazioni ed, in data 18 dicembre 2012, con nota Prot. N. 1539/SUEM – CO, veniva comunicato alle associazioni convenzionate che la procedura di cui trattasi era stata aggiudicata alla R.T.I. Italiana Servizi e Tauro Soccorso e che, per tale ragione, a decorrere dalle ore 20,00 del 19/12/2012, sarebbero cessati i rapporti con le associazioni di volontariato medesime.

Le ricorrenti hanno dunque proposto l'odierno gravame, che affidano ad articolate deduzioni e censure con cui fanno valere l'illegittimità degli atti impugnati e della conseguente aggiudicazione per carenza di attribuzioni dell'organo procedente, per violazione delle regole e dei principi anche comunitari di massima partecipazione, per violazione dei termini di pubblicazione del bando e di ricezione delle offerte.

Si sono costituite sia l'ASP che l'aggiudicataria del servizio, che resistono al ricorso di cui chiedono il rigetto.

Alla camera di consiglio del 16 gennaio 2013 la causa, chiamata per l'esame della domanda cautelare, è stata trattenuta in decisione per essere risolta nel merito con sentenza in forma semplificata, previe le ammonizioni di rito alle parti presenti in camera di consiglio circa la regolarità e completezza del contraddittorio e dell'istruttoria.

Si deve premettere che, secondo la giurisprudenza, *“è consentito impugnare gli atti di gara, pur non avendovi partecipato, solamente in tre ipotesi: 1) quando l'impresa contesti in radice l'indizione della gara; 2) quando, all'inverso, contesti che una gara sia mancata, avendo l'amministrazione disposto l'affidamento in via diretta del contratto; 3) quando impugni direttamente le clausole del bando assumendo che le stesse siano immediatamente escludenti”* (Cons. Stato, A.P. nr. 4/2011 e Cons.Stato, III, 8 giugno 2012, n. 3391); da qui, il principio secondo il quale *“nelle gare pubbliche, in presenza nel bando di una clausola preclusiva, la presentazione della domanda si risolve in un adempimento formale inevitabilmente seguito da un atto di estromissione, con un risultato analogo a*

*quello di un'originaria preclusione e perciò privo di un'effettiva utilità pratica ulteriore; di conseguenza è ultroneo pretendere che chiunque concretamente ritenga di essere leso da clausole discriminatorie contenute in un bando di gara, prima di poter strumentare i previsti mezzi di impugnativa, debba presentare domanda di partecipazione alla selezione, quando le probabilità di accesso sarebbero nulle a causa dell'esistenza di clausole escludenti”* (Cons.Stato, V, 5 luglio 2012, n. 3939). In questi limiti si ritiene che *“l'operatore di settore è legittimato ad impugnare la legge di gara contenente clausole che ne impediscono la partecipazione, anche se non ha presentato domanda di ammissione alla procedura”* (T.A.R. Firenze Toscana sez. I, 2 luglio 2012, n. 1200). Tuttavia, ha anche chiarito la giurisprudenza che *“L'onere di immediata impugnazione del bando di gara riguarda le sole clausole che concernono i requisiti soggettivi di partecipazione dei soggetti interessati, che risultino esattamente e storicamente identificate, preesistenti alla gara stessa, e non siano suscettibili di essere condizionate dal suo svolgimento e perciò in condizioni di ledere immediatamente e direttamente l'interesse sostanziale del soggetto che ha chiesto di partecipare alla procedura), nonché quelle che impongono oneri incomprensibili o manifestamente sproporzionati, come tali immediatamente ostativi alla partecipazione alla gara. Ogni diversa questione riguardante l'assunta illegittimità della procedura di gara può e deve essere proposta unitamente agli atti che delle clausole dimostratesi lesive fanno diretta applicazione (provvedimento di esclusione o dell'aggiudicazione del contratto o di altro provvedimento che segni comunque, per l'interessato, un arresto procedimentale), atteso che sono essi atti che rendono attuale e concreta la lesione della situazione dell'interessato. Pertanto, sussiste l'onere di immediata impugnazione del bando di gara o lettera di invito solo in relazione alle clausole che impediscono in limine la partecipazione alla procedura di determinati soggetti e non richiedano alcuna significativa attività interpretativa né dei destinatari del bando, né degli organi dell'Amministrazione che ne debbano fare applicazione sicché in tutti gli altri casi deve ritenersi tempestiva l'impugnazione della lex specialis contestualmente a quella degli atti che di essa fanno applicazione, atteso che solo questi ultimi identificano il concorrente leso e rendono attuale e concreta la lesione della relativa situazione soggettiva in relazione all'eventuale esito negativo della gara, mentre anteriormente la lesività delle clausole contestate resta sul piano dell'astrattezza e potenzialità”* (T.A.R. Napoli Campania sez. I, 3 aprile 2012, n. 1550).

Alla luce dei principi giurisprudenziali appena esposti, e così come condivisibilmente eccepito dalla resistente e dalla controinteressata, il ricorso va respinto perché il bando impugnato non contiene una clausola escludente che ne giustifichi l'impugnazione da parte di operatori che non hanno presentato offerte.

A tal proposito, si osserva quanto segue.

a) Le ricorrenti non hanno partecipato alla gara, assumendo che non avrebbero potuto farlo in quanto non rientrerebbero tra gli organismi ammessi.

E' bene precisare che il gravame muove dalla premessa che l'art. 2 del Bando di gara, contenente l'elenco dei soggetti ammessi alla gara, non elenca le associazioni di volontariato, le ONLUSS e gli altri organismi non lucrativi e che l'elencazione (mutuata dall'art. 34 del d.lgs. 163/2006) sarebbe da intendersi come tassativa, con la conseguenza che essa avrebbe valore escludente delle tipologie di operatori economici che non sono espressamente indicate.

Inoltre, è bene evidenziare che la tesi delle ricorrenti prospetta che il bando escluderebbe la partecipazione delle associazioni di volontariato e delle ONLUSS come enti ed organismi in sé considerati, ossia come tipologia “astratta” di operatori economici; e l'intera difesa delle ricorrenti (così come articolata al secondo motivo di ricorso) è volta solamente a dimostrare che anche tali organismi (sempre astrattamente considerati) sono da annoverarsi nella nozione di operatori economici di cui all'art. 3 del codice dei contratti, secondo un'interpretazione comunitariamente orientata dell'art. 34 del d.lgs. 163/2006.

In altri termini, non è oggetto del ricorso la questione in ordine a quali siano le specifiche condizioni alle quali si ammette che un ente non lucrativo possa svolgere (ed entro che limiti) attività d'impresa, in termini rilevanti ai fini dell'affidamento di appalti di servizi quali quello per cui è causa; né forma oggetto di giudizio la conseguente questione dell'accertamento circa il possesso attuale ed effettivo in capo alle odierne ricorrenti di tale requisito.

La premessa sulla quale si basa il gravame, nei termini in cui è proposto, è infondata.

In primo luogo, il principale argomento di censura delle ricorrenti, trattato al secondo motivo di ricorso, ripercorre e ripropone il tema del rapporto tra l'art. 3 del d.lgs. 163/2006 (che recepisce la nozione comunitaria di operatore economico) e l'elencazione di cui all'art. 34 del codice, in ordine al quale si è dubitato della compatibilità comunitaria rispetto allo stesso art. 3 ed alla direttiva 2004/18/CE; ma trascura di evidenziare che tale questione è stata risolta in via d'interpretazione giurisprudenziale.

A tal proposito, è stato affermato infatti che *“anche soggetti economici senza scopo di lucro, quali le fondazioni, possono soddisfare i requisiti per essere ammessi alle gare pubbliche ed essere qualificati come "imprenditori", "fornitori" o "prestatori di servizi" ai sensi delle disposizioni statali e comunitarie vigenti in materia, attesa la personalità giuridica che le fondazioni vantano e la loro capacità di esercitare anche attività di impresa, qualora funzionali ai loro scopi e sempre che quest'ultima possibilità trovi riscontro nella disciplina statutaria del singolo soggetto giuridico, e considerato anche che l'elencazione contenuta nell'art. 34, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 non è tassativa e che la normativa comunitaria individua il soggetto abilitato a partecipare alle gare pubbliche nello "operatore economico" che offre sul mercato lavori, prodotti o servizi, secondo un principio di libertà di forme (persone fisiche o persone giuridiche)”* (Consiglio Stato, VI, 16 giugno 2009, n. 3897).

Si tratta di quell'interpretazione “comunitariamente orientata” dell'art. 34 del codice degli appalti, che, escludendone il carattere tassativo, offre la soluzione definitiva della compatibilità di tale disposizione con la Direttiva 2004/18/CE e con i principi di parità di trattamento, in particolare con riferimento alla nozione di operatore economico accolta in quest'ultima sede (ove si indica l'imprenditore in senso ampio ed in ragione dell'attività svolta, non in relazione ad una determinata forma giuridica, cfr. paragrafo 8 dell'art. 1), ed in forza della quale sono imprenditori tutti i soggetti che versino in determinate condizioni di fatto, ossia tutti gli operatori economici che offrano sul mercato la realizzazione di lavori, opere, prodotti o servizi, qualunque sia la loro forma giuridica (si veda la Determinazione nr.7 del 21 ottobre 2010 dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici; Corte di giustizia C.E., 23 dicembre 2009, C 305/08; si veda altresì Cons. Stato, Sez. III, 20 novembre 2012, n. 5882, secondo cui *“la normativa nazionale e comunitaria consentono anche a soggetti senza scopo di lucro di partecipare alle procedure per l'affidamento di contratti pubblici, alla condizione che esercitino anche attività d'impresa funzionale ai loro scopi ed in linea con la relativa disciplina statutaria, giacché l'assenza di fini di lucro non esclude che tali soggetti possano esercitare un'attività economica e che, dunque, siano ritenuti "operatori economici", potendo soddisfare i necessari requisiti per essere qualificati come "imprenditori", "fornitori" o "prestatori di servizi"”).*

Del resto, è la stessa difesa di parte ricorrente che, nell'effondere particolare impegno nella dimostrazione che entro la nozione di “operatore economico” sono incluse anche le associazioni di volontariato, richiamando le conclusioni cui è pervenuta la giurisprudenza nazionale (Cons. Stato, V, 10.09.2010, nr. 6528 e 26.08.2010, n. 5956) ed il quadro normativo regionale (caratterizzato dall'art. 8 della L.R. Calabria nr. 33 del 26/07/2012, che, nel testo originario, prevedeva il divieto di partecipazione delle organizzazioni di volontariato alle gare non espressamente loro riservate, divieto poi abrogato con L.R. nr. 44 dell'1.10.2012), riconosce tale condizione, salvo poi, contraddittoriamente, desumere dalla (esatta) premessa appena esposta la (illogica) considerazione che la mera elencazione dei soggetti ammessi, (solo) in quanto non contempra espressamente le associazioni di volontariato

oppure le ONLUSS, le escluda dalla gara.

Stante la natura non tassativa dell'elencazione di cui all'art. 34 del codice degli appalti, invece, laddove un bando di gara contempli tra i soggetti ammessi gli "*imprenditori individuali, società commerciali, società cooperative*" (come accade nella fattispecie odierna, lettera "a" dell'art. 3 del bando), senza alcuna esplicita esclusione, esso apre la procedura di evidenza pubblica a tutti gli operatori a prescindere dalla loro forma giuridica, compresi gli organismi non lucrativi, purchè svolgano attività d'impresa coerente con quella oggetto del bando di gara.

Ne consegue che, in presenza di una mera elencazione come quella che riprende i contenuti dell'art. 34 d.lgs. 163/2006 senza specifiche aggiunte o esplicite esclusioni (rese manifeste da formule in equivoche come ad esempio: "*ad eccezione di ....*" oppure, ad "*esclusione di ....*"), non è prospettabile *ex ante* alcuna valenza esclusiva del bando rispetto a determinate tipologie astrattamente considerate di operatori economici, mentre qualunque questione possa o debba prospettarsi in ordine alla legittimazione soggettiva di singoli operatori a partecipare alla gara dipende solo ed esclusivamente dall'accertamento in concreto della tipologia di attività che viene svolta dal concorrente medesimo (cosa che postula necessariamente la sua partecipazione alla gara, che gli consentirà di impugnare, ove intervenuta, l'eventuale esclusione per ritenute ragioni di assenza dei requisiti soggettivi).

Sotto altro profilo, l'art. 2 del Bando di gara, nel riproporre in modo pedissequo l'elencazione dell'art. 34 del d.lgs. 163/2006 con riferimento ai soggetti che possono partecipare alla gara, richiama anche (espressamente) la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI n. 3897 del 24/03/2009, sopra riportata, e dunque rende manifesta ed esplicita l'applicazione "*comunitariamente orientata*" dell'elencazione dei soggetti ammessi alla gara, mutuata dalla mera riproposizione del testo dell'art. 34 del codice dei contratti.

Ne consegue che è fondata la principale eccezione in rito sollevata dalle parti resistenti, essendo le ricorrenti prive di legittimazione attiva per non aver partecipato alla gara (Cons.Stato, II, 1 febbraio 2012, n. 2911); in ogni caso, il ricorso è anche infondato (e tale statuizione prevale su quella in rito), dal momento che non sussiste la clausola escludente di cui le ricorrenti si dolgono.

b) Quanto all'impugnazione del bando per esiguità dei termini di pubblicazione e di presentazione delle offerte, nella misura in cui tale censura possa rilevare al fine di dimostrare che tali termini abbiano costituito una ragione oggettiva di impedimento alla partecipazione alla gara, si osserva quanto segue.

La gara, avendo ad oggetto un servizio di supporto al SUEM 118, rientra tra gli appalti di cui all'allegato II del d.lgs. 163/2006 ai sensi dell'art. 20 del codice.

La congruità dei termini di pubblicazione del bando e di ricezione delle offerte va dunque apprezzata ai sensi dell'art. 27 del d.lgs. 163/2006, e quindi in relazione al rispetto dei principi di economicità, efficacia, parità di trattamento, trasparenza e, soprattutto proporzionalità: in concreto, tale giudizio dipende dal rapporto tra l'oggetto della gara, eventuali ragioni d'urgenza, il meccanismo di selezione delle offerte e la durata del contratto.

Nello specifico, si tratta di una gara bandita nelle more del rinnovo di una procedura di affidamento (disposta a sua volta in esecuzione delle deliberazioni nr. 94 del 16.02.2012 e 148 del 26.03.2012, i cui termini sono scaduti il 28.05.2012 senza offerte), in via d'urgenza (avendo dichiarato la precedente affidataria uscente di non voler proseguire il servizio come da nota acquisita al nr. 75890 del 7.11.2012 e considerata la necessaria continuità da assicurare al servizio stesso) per un periodo temporale circoscritto e limitato (cinque mesi), da aggiudicarsi con il metodo del massimo ribasso sul prezzo a base d'asta; inoltre, è certamente da apprezzarsi la circostanza che il meccanismo di selezione dell'offerta al massimo ribasso è un metodo di gara che non richiede particolari elaborazioni (anche in considerazione della particolare specializzazione delle ricorrenti derivante dalla loro esperienza e della circostanza che sono già in regime di collaborazione con l'Azienda).

In base a ciò, rimane indimostrato l'assunto che la difesa dei ricorrenti prospetta, secondo cui la partecipazione al

bando sarebbe stata di tale complessità da essere incompatibile con i termini ridotti per l'offerta, che invece, nei limiti esposti, si rivelano congrui e ragionevoli ai sensi dell'art. 27 del codice degli appalti, senza che possa ad essi riconnettersi alcuna effettiva valenza impeditiva alla partecipazione.

c) Da ultimo, va preso in esame il primo motivo di ricorso, a natura formale, con il quale si lamenta la violazione del regime delle competenze interne, con riferimento ad argomenti che, postulando l'incompetenza dell'organo procedente, possono considerarsi come rivolti a contestare l'"an" della pubblicazione della gara, e dunque prescindono dal tema della partecipazione ad essa.

Anche tale ordine di censure si rivela infondato.

Secondo parte ricorrente, il direttore dell'Ufficio procedente (Ufficio Approvvigionamenti Beni e Servizi) non avrebbe titolarità ad emanare il bando ed indire la gara, in quanto tale competenza sarebbe esclusivamente attribuita al Direttore Amministrativo o al Direttore Generale dell'ASP.

E' regola generale che i dirigenti di unità organizzative interne possono esercitare facoltà gestionali, anche a rilevanza esterna, regola che trova nell'atto aziendale una specifica conferma nel caso di specie (così come documentato in atti), laddove si prevede (capo III) la delegabilità ai dirigenti dell'adozione di atti e provvedimenti a rilevanza esterna, nonché esercizio di autonoma facoltà di spesa.

In ogni caso, qualsiasi altra indagine in merito è preclusa, in quanto ininfluyente ai fini di causa, dal momento che il Direttore generale dell'ASP, all'atto dell'approvazione delle risultanze di gara, ha espressamente considerato nel relativo atto deliberativo l'intero iter della procedura (peraltro inquadrandolo altresì nelle sue corrette premesse storiche: deliberazione del direttore generale nr. 577 del 21.12.2012, in atti).

Pertanto, anche a voler considerare rilevante il difetto di prova (da parte dell'ASP) dell'avvenuta delega, la delibera di approvazione esplica, sul piano probatorio, un valore implicito di conferma dell'esistenza di essa o, sotto un profilo sostanziale, di avvenuta ratifica implicita.

In entrambi i casi ne deriva l'infondatezza della censura.

Il ricorso, pertanto, va respinto, sussistendo comunque giuste ragioni per disporre la piena compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria Sezione Staccata di Reggio Calabria definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 16 gennaio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Ettore Leotta, Presidente

Caterina Criscenti, Consigliere

Salvatore Gatto Costantino, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/02/2013

IL SEGRETARIO

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