

Non è sufficiente per escludere il carattere imprenditoriale di una ONLUS nell'ambito dell'attività di prestazione di servizi l'assenza dell'iscrizione al registro delle imprese, del possesso di partita IVA e di posizioni INPS e INAIL attive.

L'assenza dell'iscrizione al registro delle imprese, del possesso di partita IVA e di posizioni INPS e INAIL attive non è sufficiente per escludere il carattere imprenditoriale di una ONLUS nell'ambito dell'attività di prestazione di servizi. A tal proposito, la giurisprudenza comunitaria ha affermato che in ambito europeo la nozione di impresa "comprende qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento", mentre l'attività economica consiste nell'offerta di beni o servizi su un determinato mercato contro retribuzione e con assunzione dei rischi finanziari connessi, anche se non viene perseguito uno scopo di lucro. La nozione di impresa fornita a livello comunitario ha, pertanto, parametri molto ampi, che prescindono da una particolare fattispecie organizzativa, essendo sufficiente l'esercizio di un'attività economica che sia ricollegabile al dato obiettivo inerente all'attitudine a conseguire la remunerazione dei fattori produttivi, rimanendo giuridicamente irrilevante lo scopo di lucro (che riguarda il movente soggettivo che induce l'imprenditore ad esercitare la sua attività): 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. Il Consiglio di Stato, dal canto suo, ha affermato la sussistenza di una nozione di "impresa" più ampia di quella sottesa all'art. 2082 c.c.: nozione che, "alla luce del principio comunitario dell'effetto utile, non può che sussumere nell'ambito delle attività di impresa, ai fini dell'applicazione della disciplina della concorrenza, a prescindere dalla qualifica formale del soggetto che la svolge, qualsiasi attività di natura economica tale da poter ridurre, anche solamente in potenza, la concorrenza nel mercato. Ai predetti fini possono essere considerate imprese tutti i soggetti, comunque strutturati ed organizzati, che compiano atti a contenuto economico idonei a restringere la concorrenza".

Materia: appalti / appalti pubblici di servizi

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, prima Sezione, con l'intervento dei magistrati:

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 1714/2008, proposto da Società Servizi Socio Culturali Cooperativa Sociale Onlus e L'Alba soc. cooperativa sociale onlus in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'avv. Alfiero Farinea, in Venezia-Mestre, via Torre Belfredo 55/a,

contro

la Provincia di Verona in persona del Presidente pro tempore della Giunta Provinciale, rappresentato e difeso dagli avv. Giacomo Santi, Franco Pellizzer ed Antonio Sartori, con elezione di domicilio presso lo studio dell'ultimo in Venezia-Mestre, Calle del Sale 33,

nei confronti di

- Ente Nazionale per la protezione e l'assistenza dei Sordi ONLUS (E.N.S.) in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Alessandro Fusillo e Fabrizio Pulino, con

elezione di domicilio presso la sede della Sezione Provinciale ENS in Venezia-Mestre, via Gazzera Alta 44,

I.RI.FO.R. Onlus - Istituto per la ricerca, la formazione e la riabilitazione in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Giorgio Pasetto e Stefano Gusmitta, con elezione di domicilio presso lo studio del secondo in Venezia-Mestre, via Paruta 31/A,
"ELFO" Onlus Società Cooperativa Sociale in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

Soc. Cooperativa Sociale Onlus Segni di Integrazione a r.l. in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

dei verbali della gara, bandita dalla Provincia di Verona, per l'affidamento a terzi del servizio di integrazione socio-didattica a favore di non vedenti o audiolesi; della aggiudicazione provvisoria a favore del raggruppamento temporaneo costituito da Ente Nazionale per la protezione e l'assistenza dei sordi - Onlus, I.Ri.Fo.R Onlus, "Elfo" Onlus, "Segni di integrazione" Onlus; della determinazione dirigenziale della Provincia di Verona dd. 21.7.2008 n. 4448, di aggiudicazione definitiva al predetto raggruppamento; della ammissione alla gara del raggruppamento temporaneo sopra indicato; del provvedimento del Dirigente coordinatore dell'Area servizio socio culturali della Provincia di Verona dd. 22.7.2008, prot. n. 0074277; nonché di ogni altro atto connesso, presupposto o conseguente; ed altresì per il risarcimento dei danni;

visto il ricorso regolarmente notificato e depositato presso la Segreteria con i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione della Provincia di Treviso, dell'Ente Nazionale per la protezione e l'assistenza dei Sordi ONLUS (E.N.S.) e di I.RI.FO.R. Onlus - Istituto per la ricerca, la formazione e la riabilitazione;

visti gli atti tutti della causa;

uditi alla pubblica udienza del 12 marzo 2009 (relatore il Consigliere Claudio Rovis) i procuratori delle parti costituite come da verbale d'udienza;

ritenuto in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato il 12.9.2008 le cooperative sociali ricorrenti hanno adito l'intestato Tribunale chiedendo l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva, disposta con provvedimento 21.7.2008 n. 4448, della gara bandita dalla Provincia di Verona per l'affidamento del servizio di integrazione socio-didattica a favore dei non vedenti o audiolesi per il triennio 2008-2011 effettuata a favore del raggruppamento temporaneo di imprese costituito dall'Ente nazionale sordi ONLUS, dall'IRIFOR, sez. prov. di Verona ONLUS, da Elfo ONLUS e da Segni di Integrazione ONLUS.

Secondo le ricorrenti, l'Ente nazionale sordi e l'IRIFOR sarebbero inidonei, per le loro caratteristiche strutturali e giuridiche, a partecipare a gare pubbliche per l'appalto di servizi, in quanto privi di connotazione imprenditoriale; inoltre IRIFOR, in quanto priva di personalità giuridica, mancherebbe di soggettività.

Resistono in giudizio la Provincia di Verona, l'Ente nazionale sordi e l'IRIFOR eccependo, preliminarmente, l'inammissibilità del proposto gravame per mancata impugnazione del bando di gara, del disciplinare e del capitolato speciale e rilevandone comunque, nel merito, l'infondatezza, con conseguente richiesta di reiezione.

La causa è passata in decisione all'udienza del 12 marzo 2009.

DIRITTO

1.- È infondato il primo profilo di inammissibilità del proposto gravame, eccetto dalle resistenti, per asserita intempestività dell'impugnazione della *lex specialis* della gara: per giurisprudenza consolidata, infatti, le clausole del bando che debbono essere immediatamente impugnate sono soltanto quelle che impediscono in modo assoluto la partecipazione dell'interessato alla gara (cfr., da ultimo, CdS, V, 3.2.2009 n. 594; 14.1.2009 n. 102).

2.- Analogamente infondato è anche l'ulteriore profilo di inammissibilità con cui viene contestata la mancata, formale impugnazione degli atti indittivi della gara unitamente all'aggiudicazione.

Va osservato, a tal proposito, come - a prescindere dal fatto che gli atti concretamente impugnati devono desumersi non già in via esclusiva dalle indicazioni contenute nell'epigrafe del ricorso, ma con riferimento ai motivi proposti nel ricorso stesso (CdS, V, 14.4.2008 n. 1643) - nel caso di specie le ricorrenti abbiano censurato non già le regole della gara, ma la loro interpretazione offerta dalla stazione appaltante.

3.- Nel merito, con il primo motivo le ricorrenti contestano la sussistenza, in capo alla costituenda ATI aggiudicataria - anzi, più precisamente, in capo al capogruppo mandatario Ente nazionale per la protezione e l'assistenza ai sordi (di seguito: ENS) ed al mandante IRIFOR - dei requisiti per la partecipazione alla gara: in particolare, l'ENS non è iscritto al registro delle imprese e non ha partita IVA; l'IRIFOR, oltre a non essere iscritto al registro delle imprese, non ha le posizioni INPS ed INAIL attive ed è privo di dipendenti. Entrambe le ONLUS, dunque, non sono - secondo la prospettiva delle ricorrenti - associazioni con carattere di imprenditorialità.

Il motivo è infondato.

Va anzitutto precisato che la *lex specialis* richiedeva espressamente alle ditte partecipanti, a pena di esclusione dalla gara, l'appartenenza al "terzo settore", nonché il possesso dei requisiti di "carattere generale" di cui all'art. 38 del DLgs n. 163/06 e di capacità economico finanziaria e tecnico-organizzativa specificamente indicati al punto 6 del disciplinare.

Requisiti, questi, incontestatamente posseduti dalle controinteressate.

Non richiedeva, invece, né l'iscrizione al registro delle imprese, né il possesso di partita IVA e di posizioni INPS e INAIL attive.

D'altro canto, l'assenza di tali elementi non è sufficiente per escludere il carattere imprenditoriale di una ONLUS nell'ambito dell'attività di prestazione di servizi.

A tal proposito, la giurisprudenza comunitaria ha affermato che in ambito europeo la nozione di impresa "comprende qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento", mentre l'attività economica consiste nell'offerta di beni o servizi su un determinato mercato contro retribuzione e con assunzione dei rischi finanziari connessi, anche se non viene perseguito uno scopo di lucro (Corte Giustizia CE, V, 18.6.1998 n. 35; Trib. di I grado CE 4.3.2003 n. 319).

La nozione di impresa fornita a livello comunitario ha, pertanto, parametri molto ampi, che prescindono da una particolare fattispecie organizzativa, essendo sufficiente l'esercizio di un'attività economica che sia ricollegabile al dato obiettivo inerente all'attitudine a conseguire la remunerazione dei fattori produttivi, rimanendo giuridicamente irrilevante lo scopo di lucro (che riguarda il movente soggettivo che induce l'imprenditore ad esercitare la sua attività): 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).

Il Consiglio di Stato, dal canto suo, ha affermato la sussistenza di una nozione di "impresa" più ampia di quella sottesa all'art. 2082 c.c.: nozione che, "alla luce del principio comunitario dell'effetto utile, non può che sussumere nell'ambito delle attività di impresa, ai fini dell'applicazione della disciplina della concorrenza, a prescindere dalla qualifica formale del soggetto che la svolge, qualsiasi attività di natura economica tale da poter ridurre, anche solamente in potenza, la concorrenza nel mercato. Ai predetti fini possono essere considerate imprese tutti i soggetti, comunque strutturati ed organizzati, che compiano atti a contenuto economico idonei a restringere la concorrenza" (CdS, VI, 27.6.2005 n. 3408).

Orbene, alla luce di quanto precede è innegabile la qualificazione di "impresa" di ENS e IRIFOR sia sotto il profilo formale che sotto quello sostanziale: e ciò in ragione, quanto al profilo formale, dell'estensione del concetto di impresa testè richiamato; e quanto al profilo sostanziale, della compiuta verifica da parte della stazione appaltante del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, requisiti, questi, comprovati dall'avvenuto svolgimento, negli ultimi cinque anni, di attività per conto terzi di "servizi di integrazione scolastica per portatori di handicap" e che presuppongono ex se una determinata organizzazione. Organizzazione rispetto alla quale è inconferente sia l'iscrizione nel registro delle imprese (tale iscrizione, infatti, lungi dal porsi quale elemento costitutivo dell'impresa - l'inosservanza dell'obbligo di iscrizione, invero, comporta, ai sensi dell'art. 2194 c.c., la mera irrogazione di una sanzione pecuniaria -, può essere motivo di esclusione dalla gara qualora la relativa certificazione sia espressamente richiesta dalla lex specialis), sia l'assenza di personale dipendente (che, ovviamente, non è elemento necessario dell'organizzazione imprenditoriale), e, quindi, del possesso di posizioni INPS e INAIL.

Quanto, poi, alla contestata mancanza della partita IVA, è sufficiente osservare che, trattandosi di ONLUS, esse sono, quanto meno relativamente allo svolgimento dell'attività di cui è causa, esenti dalla predetta imposta giusta l'art. 10, I comma n. 20) del DPR 26.10.1972 n. 633.

4.- Con la seconda censura le ricorrenti contestano la partecipazione alla gara di IRIFOR, sezione provinciale, in quanto non iscritta al registro delle persone giuridiche e, quindi, priva di soggettività.

La censura non può essere condivisa.

IRIFOR, sezione provinciale di Verona, è articolazione territoriale di IRIFOR nazionale, iscritta al registro nazionale delle persone giuridiche col n. 167 di data 15.11.2002, come espressamente rappresentato dalla partecipante (doc. 10 della Provincia).

Lo statuto IRIFOR stabilisce (art. 3) che "l'Istituto è costituito da una struttura nazionale, da strutture regionali e da strutture provinciali dotate di propria autonomia gestionale, amministrativa, patrimoniale e fiscale". L'art. 8, a sua volta, attribuisce ai Presidenti delle sezioni provinciali le "identiche funzioni" del Presidente nazionale "nell'ambito territoriale di competenza": ne consegue che il Presidente provinciale, in quanto titolare della rappresentanza legale nei confronti di terzi, è pienamente legittimato a partecipare alle gare indette dagli enti pubblici e a stipulare contratti.

5.- Per le considerazioni che precedono, dunque, il ricorso è infondato e va respinto, le spese potendo essere compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, I sezione, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe lo respinge.

Compensa integralmente tra le parti le spese e competenze del giudizio.
Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.
Così deciso in Venezia, nella camera di consiglio del 12 marzo 2009.

Il Presidente L'Estensore

Il Segretario

SENTENZA DEPOSITATA IN SEGRETERIA
il.....n.....

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Direttore della Prima Sezione

(da www.dirittodeiservizipubblici.it)