

Parere n. 29 del 31/01/2008

PREC274/07

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dal Comune di Giugliano in Campania - Servizio di ricovero, mantenimento e cura dei cani randagi.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 29 marzo 2007 il Comune di Giugliano in Campania ha bandito una gara per l'appalto del servizio indicato in epigrafe, da svolgersi con il sistema della procedura aperta, così come definita dall'art. 3, comma 37, e dall'art. 55 del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m., con aggiudicazione secondo il criterio di cui all'art. 82, ossia quello del prezzo più basso.

In data 12 giugno 2007 è pervenuta a questa Autorità l'istanza di parere in oggetto, con la quale la S.A. ha rappresentato la controversia insorta con la concorrente associazione "CANI FELICI", che ha sostenuto la possibilità di partecipare alla gara di cui trattasi in qualità di soggetto iscritto all'Albo Regionale delle Associazioni per la Protezione degli Animali, di cui all'art. 16 della L.R. 24 novembre 2001, n. 16, e di non essere pertanto tenuta all'iscrizione alla C.C.I.A.A., prevista come requisito di partecipazione dall'art. 18 del Capitolato speciale.

A riscontro della richiesta, inoltrata da questa Autorità, di trasmettere proprie considerazioni in merito alla controversia in oggetto, l'associazione "CANI FELICI" ha ritenuto di non partecipare al contraddittorio documentale e non ha inviato alcuna memoria.

Ritenuto in diritto

Occorre preliminarmente rilevare che, ai sensi dell'art. 1 della Legge Regionale n. 16/2001, all'attuazione delle finalità di tutela degli animali di affezione e di prevenzione del randagismo dalla stessa perseguite provvedono, nei rispettivi ambiti di competenza, non solo i soggetti istituzionali ivi indicati (la Regione, le Province, i Comuni, le Comunità Montane e le Aziende Sanitarie Locali), ma anche "gli enti ed associazioni di volontariato protezionistiche, zoofile ed animaliste regolarmente riconosciute ed iscritte nell'apposito Albo regionale".

L'Albo regionale in questione è disciplinato dall'art. 16 della medesima L.R. n. 16/2001, che lo istituisce presso la Presidenza della Giunta regionale, denominandolo "Albo delle associazioni per la protezione degli animali" e precisando che ad esso possono iscriversi le associazioni dal cui atto costitutivo e statuto risultino le finalità protezionistiche e l'assenza di lucro.

L'art. 6 della legge stessa prevede, inoltre, che i Comuni possono affidare i canili pubblici "in tutto o in parte in gestione, mediante convenzione, alle associazioni di volontariato protezionistiche, zoofile ed animaliste regolarmente riconosciute ed iscritte nell'apposito albo regionale".

Dal combinato disposto delle citate disposizioni si evince, dunque, che i soggetti privati rientranti nel campo di applicazione della legge regionale in esame, per i quali la stessa prevede l'obbligo di iscrizione all'Albo regionale di cui all'art. 16, sono associazioni di volontariato, disciplinate dalla legge 11 agosto 1991, n. 266. In quanto tali, dette associazioni sono caratterizzate dall'assenza del fine di lucro, che deve emergere dal loro atto costitutivo, per cui le stesse possono assumere anche la forma giuridica di Organizzazioni Non Lucrative di Utilità Sociale (ONLUS), nel rispetto della loro struttura e delle loro finalità, come previsto dall'art. 8 del D.Lgs. n. 460 del 4 dicembre 1997.

Nel descritto quadro normativo di riferimento si colloca la concorrente associazione "CANI FELICI".

Detta associazione, infatti, in quanto iscritta, con decreto della Regione Campania n. 080/A del 22 agosto 2005, all'"Albo delle associazioni per la protezione degli animali", di cui all'art. 16 della L.R. n. 16/2001, è innanzitutto un'associazione di volontariato protezionistica, come si evince dal suo atto costitutivo del 6 settembre 2004, il cui art. 3 espressamente prevede che "per il raggiungimento dei propri scopi l'Associazione si avvarrà dell'opera prestata dai propri iscritti, in maniera libera, volontaria e senza fini di lucro".

Successivamente, lo statuto adottato in data 19 gennaio 2007 ne ha cambiato la denominazione in

“CANI FELICI ONLUS”, conferendole la forma giuridica e i tratti tipici di un’Organizzazione Non Lucrativa di Utilità Sociale, senza con ciò far venir meno la sua natura di associazione di volontariato, come si evince dalla circostanza che l’atto costitutivo è rimasto il medesimo e l’associazione ha conservato la sua originaria iscrizione all’Albo regionale di cui all’art. 16 della L.R. n. 16/2001.

Precisato quanto sopra si evidenzia che la prevalente giurisprudenza ha considerato ammissibile la partecipazione alle gare di appalti pubblici di servizi delle ONLUS che non siano anche associazioni di volontariato (cfr. TAR Lazio, Roma Sez. IIIquater, 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), non essendo precluso (né dal preesistente D.Lgs. n. 157/1995 né dall’attuale art. 3, comma 22, del D.Lgs. n. 163/2006) l’accesso a dette procedure da parte di soggetti privi della qualifica di imprenditori commerciali e del fine di lucro, quand’anche trattasi di enti senza personalità giuridica.

Di contro, un costante orientamento giurisprudenziale ha ritenuto illegittima la partecipazione alle gare di appalti pubblici di servizi delle associazioni di volontariato, di cui alla legge n. 266/1991, in quanto l’espletamento di una procedura di selezione del contraente fondata sulla comparazione delle offerte con criteri concorrenziali di convenienza tecnica-economica è apparsa inconciliabile con il riconoscimento alle associazioni di volontariato, ex art. 5 della legge n. 266/1991, della possibilità di usufruire di proventi costituiti esclusivamente da “rimborsi derivanti da convenzioni”, che prescindono dalle regole di concorrenza, nonché da “attività commerciali e produttive marginali” svolte, come precisato dal DM 25 maggio 1995, “senza l’impiego di mezzi organizzati professionalmente per fini di concorrenzialità sul mercato” (cfr. TAR Piemonte, Sez. II, 31 marzo 2006, n. 1604; TAR Campania, Napoli, Sez. I, 21 marzo 2006, n. 3109; TAR Emilia Romagna, Bologna, Sez. II, 14 giugno 2005, n. 822).

In considerazione delle argomentazioni di carattere generale sostenute da tale orientamento giurisprudenziale, nonché della ulteriore specifica circostanza che l’appalto in questione è aggiudicato con il criterio del prezzo più basso, per cui l’impiego di volontari è senz’altro idoneo ad alterare la par condicio tra i concorrenti, consentendo all’associazione “CANI FELICI” un consistente abbattimento dei costi per il personale da adibire allo svolgimento delle prestazioni dedotte in appalto, si ritiene che la stessa non sia legittimata a partecipare alla procedura in esame.

Infatti, come rilevato dall’Autorità nella deliberazione n. 307/2007, la presenza di volontari nella struttura organizzativa del concorrente altera la concorrenza e la parità di trattamento con gli altri partecipanti alla medesima gara, sotto il profilo del personale dipendente che viene adibito allo svolgimento delle prestazioni dedotte in appalto e del relativo costo, incidente, quale fattore della produzione, sull’offerta.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l’associazione “CANI FELICI”, in quanto ONLUS che è anche associazione di volontariato, non possa essere ammessa a partecipare alla gara in oggetto.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Guido Moutier

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 15/02/2008