



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1190 del 2011, proposto da:

SANITANOVA S.R.L., rappresentata e difesa dagli avv. Marco Buffa, Luca Trevisan, Gabriele Cuonzo, Vincenzo Acquafredda, con domicilio eletto presso Marco Buffa in Torino, via Alfieri, 19;

contro

AZIENDA SANITARIA LOCALE TORINO 1, rappresentata e difesa dall'avv. Brunella De Blasio, con domicilio eletto presso Brunella De Blasio in Torino, corso Tassoni, 25;

nei confronti di

MUST S.R.L.;

PREX S.P.A.;

per l'annullamento

- della deliberazione del commissario della ASL TO1 n. 623/B.03/2011 del 7.09.2011, comunicata alla ricorrente a mezzo nota prot. n. 0091045 B.03 a firma del direttore f.f. della ASL TO1 trasmessa via posta ordinaria con lettera del 20.09.2011 e ricevuta in data 23.09.2011 (da intendersi, ove occorra, anch'essa oggetto della presente impugnazione), avente ad oggetto "Procedure negoziate per l'acquisto di pacchetti formativi E.C.M.-FAD corsi: 'Dimensioni di cura' . gara n. 2706473, 'Responsabilità e responsabilizzazione del personale sanitario' - gara n. 2705294, 'Risk management in ambito sanitario' - gara n. 2698641 - Aggiudicazione alla ditta Must Srl e contestuale attivazione dei corsi";

- di ogni altro atto ad essa presupposto, connesso e/o consequenziale, ancorchè non conosciuto dalla ricorrente, ivi compresi, in particolare, tutti i verbali di gara della Commissione tecnica che ha proceduto all'analisi delle offerte, nonchè gli eventuali ulteriori atti (non conosciuti) con cui l'Azienda sanitaria abbia determinato di stipulare i contratti di affidamento dei predetti corsi di formazione all'aggiudicataria;

nonchè del/dei contratto/i eventualmente stipulato/i dalla ASL TO1 con la Must S.r.l., a seguito dell'aggiudicazione delle tre predette procedure negoziate e di subentro della ricorrente nel/nei contratto/i;

ovvero, in subordine, per l'accertamento,

del diritto della ricorrente al risarcimento dei danni patiti a causa della illegittima aggiudicazione delle tre predette procedure negoziate in favore della Must S.r.l. e per la condanna dell'intimata Amministrazione al risarcimento dei predetti danni.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale Torino 1;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 febbraio 2014 il dott. Antonino Masaracchia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con tre distinti provvedimenti del 6 giugno 2011 l'Azienda Sanitaria Locale Torino 1 (d'ora innanzi: ASL TO1) ha indetto altrettante procedure negoziate *“per l'acquisto di pacchetto formativo E.C.M.-FAD per l'erogazione, al personale dell'Asl TO1, di un Corso di Formazione”*. Nel dettaglio, i tre corsi di formazione oggetto della procedura di gara vertevano sui seguenti temi: *“Dimensioni di cura”* (gara n. 2706473); *“Responsabilità e responsabilizzazione del personale sanitario”* (gara n. 2705294); *“Risk Management in ambito sanitario”* (gara n. 2698641).

I tre provvedimenti sono stati pubblicati sul sito Internet dell'Azienda e, contestualmente, sono stati inviati a quattro imprese operanti, a livello nazionale, nel settore della formazione *“ECM”* (acronimo di *“Educazione Continua in Medicina”*, rispondente al sistema di formazione continua di cui all'art. 16-*bis* del d.lgs. n. 502 del 1992). Hanno successivamente presentato un'offerta solo due delle imprese invitate: la Sanitanova s.r.l., odierna ricorrente, e la Prex s.r.l.; inoltre ha presentato un'offerta anche un'impresa non espressamente invitata, la Must s.r.l. Le tre procedure di gara si sono concluse con un unico provvedimento finale di affidamento (prot. n. 623/B.03.2011, del 7 settembre 2011, del Commissario della ASL TO1) che ha individuato nella Must s.r.l. – ossia, proprio nell'impresa che non era stata invitata – l'aggiudicataria delle tre commesse.

La Sanitanova s.r.l. (seconda classificata in tutte e tre le graduatorie finali) ha quindi impugnato, dinnanzi a questo TAR, la citata deliberazione del Commissario della ASL TO1, insieme a tutti i verbali di gara, chiedendone l'annullamento, previa sospensione cautelare, e formulando altresì domanda di subentro nel contratto, oltre alla domanda di risarcimento dei danni. Questi, in sintesi, i motivi a sostegno dell'impugnazione (pur accorpati sotto un'unica rubrica):

- violazione dei bandi (lettere di invito); eccesso di potere; sviamento: l'impresa aggiudicataria, secondo la ricorrente, sarebbe *“priva dell'accredimento ECM”* e quindi, in quanto tale, non poteva essere ammessa alla partecipazione in gara in quanto *“impossibilitata a garantire [...] il conseguimento, da parte del personale della ASL TO 1 destinato a frequentare i predetti corsi di formazione, i crediti formativi garantiti dall'impresa in sede di offerta, nonché il rilascio dell'attestato ECM”*. In base alla *lex specialis* – riferisce la ricorrente – i corsi di formazione avrebbero infatti dovuto garantire *“l'accredimento E.C.M. per non meno di 20 crediti”* (lettera B delle *“Caratteristiche essenziali”*) ed il rilascio di apposito *“attestato E.C.M.”* (lettera E delle *“Caratteristiche essenziali”*);

- difetto di istruttoria, carenza dei presupposti e difetto di motivazione: la stazione appaltante (e, per essa, la Commissione tecnica preposta alla valutazione delle offerte) non avrebbe in alcun modo considerato che l'aggiudicataria *“non è in possesso dell'accredimento ECM”*. Il difetto di istruttoria, peraltro, risulterebbe ancor più evidente laddove si considerasse che *“la stazione appaltante ha invitato a partecipare alle tre procedure negoziate di cui è causa quattro imprese [...] tutte iscritte nell'Albo nazionale dei provider ECM [...], ma ha*

aggiudicato le procedure *de quibus* all'unica offerente che non era stata invitata dall'Azienda sanitaria (evidentemente in quanto priva dell'accreditamento ECM)".

2. Si è costituita in giudizio l'Azienda Sanitaria Locale TO1, in persona del Commissario *pro tempore*, depositando documenti e concludendo per il rigetto del gravame.

Dopo aver premesso, in punto di fatto, che – nelle more della notificazione dell'atto introduttivo – “i corsi oggetto dell'aggiudicazione sono stati accreditati dalla piattaforma nazionale”, la resistente osserva, in punto di diritto, che la *lex specialis* di gara richiedeva “che il singolo corso dovesse (dovrà) conseguire l'accreditamento (lett. B bando e lettera invito), e non come vorrebbe controparte, che detto accreditamento sarebbe dovuto essere ‘garantito’ *a priori* per una qualità del soggetto organizzatore (cd accreditamento Provider)”.

3. All'esito di una prima discussione in camera di consiglio (23 novembre 2011), questo TAR, con ordinanza collegiale n. 1227 del 2011, ha ordinato all'amministrazione resistente di chiarire se l'impresa aggiudicataria, in corso di gara, si fosse avvalsa (o meno) dello strumento dell'avvalimento; ciò, in particolare, in quanto nelle premesse dell'offerta da essa presentata si legge che la sua partecipazione è avvenuta insieme al “*provider accreditato ECM n. 2059 presente nell'Albo Provider*” (doc. n. 5 dell'amministrazione).

Con memoria depositata il 30 dicembre 2011 l'amministrazione – nel ribadire che il bando non richiedeva il possesso, nell'offerente, della qualità di *provider* ECM – ha riferito che l'aggiudicataria si è effettivamente avvalsa di un “contratto di Partnership con GEM”, producendolo in atti.

Con ordinanza n. 6 del 2012 questo TAR ha respinto la domanda cautelare proprio valorizzando la circostanza che, come documentalmente provato in giudizio, l'aggiudicataria ha utilizzato i requisiti di altro soggetto (GEM s.p.a.) di cui si è avvalsa ai fini della procedura di gara, al contempo anche evidenziando che, comunque, i corsi offerti “hanno effettivamente ottenuto l'accreditamento nazionale ECM”.

4. Successivamente, entrambe le parti costituite hanno depositato memorie difensive (per la resistente, in data 7 maggio 2012 e, per la ricorrente, il successivo 11 maggio), ciascuna ribadendo le proprie argomentazioni difensive. La ricorrente, in particolare, ha evidenziato che mai, durante il corso della gara, la controinteressata Must s.r.l. “aveva reso edotta l'amministrazione dell'esistenza di un contratto di partnership con altra impresa, accreditata quale provider ECM (la ditta GEM Spa)”. Inoltre la ricorrente, sempre nella memoria depositata l'11 maggio 2012, ha “ribadito” “un altro grave profilo di illegittimità che vizia i provvedimenti impugnati”, ossia l'avvenuta aggiudicazione in favore di una ditta che non era stata invitata alla procedura negoziata: aspetto che tradirebbe l’“esigenza dell'Amministrazione di effettuare un controllo preliminare dei requisiti dei concorrenti e di impedire che tale verifica venga vanificata o elusa con modificazioni soggettive in corso di gara delle imprese candidate”.

In vista della pubblica udienza di discussione, quindi, le parti hanno depositato nuove memorie. L'amministrazione, in particolare, ha evidenziato che la collaborazione con la GEM s.p.a., da parte dell'aggiudicataria, sarebbe stata “resa palese sin dal deposito dell'offerta”. Dal canto suo la ricorrente ha ulteriormente sviluppato la contestazione sul mancato previo invito della ditta aggiudicataria, riferendosi alla violazione degli artt. 3, comma 40, e 62, comma 5, del d.lgs. n. 163 del 2006.

Alla pubblica udienza del 12 febbraio 2014 le parti hanno oralmente discusso circa la tempestività e l'ammissibilità della doglianza sul mancato previo invito della ditta aggiudicataria. La causa, quindi, è stata trattenuta in decisione.

In data 13 febbraio 2014 è stato pubblicato il dispositivo della presente sentenza.

5. Il ricorso non è fondato.

Il primo motivo di impugnazione è destituito di fondamento se solo si ha riguardo a due decisive circostanze. Anzitutto, come è emerso nel corso del giudizio, è pacifico che l'impresa aggiudicataria si sia avvalsa, ai fini dell'aggiudicazione della commessa, di una diversa impresa (la GEM s.p.a.) la quale è risultata in possesso del contestato requisito, ossia l'accreditamento ECM. Al riguardo già l'offerta presentata dalla controinteressata (doc. n. 5 dell'amministrazione) rendeva chiaro, nelle premesse, l'esistenza di un contratto di *partnership* con un diverso *provider* accreditato ECM dei cui requisiti soggettivi essa intendeva avvalersi in relazione alle gare *de quibus*, ai sensi della norma generale di cui all'art. 49 d.lgs. n. 163 del 2006. Si legge, infatti, nella "Premessa" dell'offerta che "la MUST srl è partner tecnologico ed ente strumentale del provider accreditato ECM n. 2059 presente nell'Albo Provider sul sito del Ministero/Agenas, partner con il quale oggi MUST si presenta in risposta al bando di cui in oggetto". Il contratto di *partnership*, peraltro, è stato acquisito dall'amministrazione la quale ha anche provveduto a depositarlo in giudizio (doc. n. 20): con esso, tra le altre cose, la società GEM si è impegnata ad individuare la MUST s.r.l. "come fornitore preferenziale per la produzione di corsi di formazione ECM in modalità FAD per eventi formativi FAD e/o Blended, senza vincolo di esclusiva". Non vi è dubbio, pertanto, che proprio sulla base di siffatto impegno contrattuale l'aggiudicataria poteva avvalersi, per le procedure di gara, del requisito dell'accreditamento ECM posseduto dalla società GEM; aspetto, quest'ultimo, che peraltro non è nemmeno in discussione nel presente giudizio, non essendo stato oggetto di alcuna doglianza da parte della ricorrente (questa ha solo accennato della circostanza che mai, durante la gara, l'amministrazione sarebbe stata edotta dell'esistenza di un simile rapporto di avvalimento: ma – in disparte la non veridicità di simile assunto, posto che già l'offerta, come visto, aveva chiaramente riportato l'indicazione del contratto di *partnership*– si tratta di un profilo di censura non ritualmente introdotto con il ricorso, ma solo indicato in una memoria difensiva non notificata alla controparte). Non vi è dubbio, poi, che l'istituto dell'avvalimento potesse, nella specie, essere utilizzato anche a prescindere da un'espressa previsione da parte del bando di gara. Deve, in proposito, ricordarsi che – secondo un pacifico orientamento della giurisprudenza amministrativa – l'avvalimento è un istituto di carattere generale, previsto sia dalla normativa comunitaria che da quella nazionale, e di conseguenza l'assenza di un'espressa previsione nella *lex specialis* autorizza i concorrenti a fare l'uso più ampio di tale facoltà. L'art. 49 del d.lgs. n. 163 del 2006 contiene quindi un precetto imperativo che determina l'efficacia integrativa automatica delle previsioni del bando di gara, anche in carenza di un espresso richiamo, così che i partecipanti alla gara devono ritenersi legittimati a far uso della facoltà prevista dalla norma nella sua più ampia portata (cfr. *ex multis*, da ultimo: Cons. Stato, sez. V, n. 2401 del 2009; TAR Liguria, sez. II, n. 315 del 2013; TAR Lazio, Roma, sez. II-ter, n. 5221 del 2012; TAR Abruzzo, L'Aquila, sez. I, n. 668 del 2010).

La seconda, decisiva, circostanza è che – in ogni caso – i corsi offerti dalla ditta aggiudicataria hanno effettivamente ottenuto l'accreditamento ECM, come documentalmente provato in giudizio (doc. n. 16 dell'amministrazione, recante le stampate Internet dal sito dell'AGENAS, ente responsabile a livello regionale del progetto di Educazione Continua in Medicina). Al riguardo deve osservarsi che le lettere di invito (bandi) di tutte e tre le procedure di gara avevano stabilito, tra le "Caratteristiche essenziali" delle offerte, che "il corso" "Dovrà conseguire l'accreditamento E.C.M. per non meno di 20 crediti" (lettera B) e che esso "Dovrà prevedere la verifica finale dell'apprendimento, il test di gradimento e il rilascio dell'attestato E.C.M." (lettera E). Dal che risulta quindi chiaro che l'accreditamento avrebbe dovuto interessare "il corso" e non già l'impresa di formazione in quanto tale, con radicale sorpasso della doglianza proposta dalla ricorrente.

6. Non fondato è anche il secondo profilo di censura di cui al ricorso.

Nessun difetto di istruttoria e/o di motivazione è infatti dato rinvenire negli atti impugnati, posto che – come già visto – l’impresa futura aggiudicataria aveva già allegato il possesso del requisito dell’accreditamento dei corsi mediante l’indicazione del contratto di *partnership* con altra società iscritta nell’Albo dei *provider* ECM. Né può avere alcuna rilevanza la circostanza – chiaramente dedotta, nel ricorso, ai soli fini di rafforzare la censura di difetto di istruttoria – che l’impresa aggiudicataria non fosse stata invitata alla procedura negoziata da parte della stazione appaltante “evidentemente in quanto priva dell’accreditamento ECM” (così il ricorso, par. n. 34, pag. 12): ciò che conta è, infatti, che tale impresa avesse già indicato, in sede di offerta, il possesso del requisito di accreditamento ECM (mediante il più volte richiamato rapporto di avvalimento), con la conseguenza che la presunta assenza del requisito risultava, *per tabulas*, già smentita al momento della valutazione delle offerte.

Anche a voler ritenere, peraltro, che il mancato previo invito dell’impresa aggiudicataria costituisca un autonomo motivo di impugnazione – come successivamente sviluppato dalla ricorrente nelle ultime memorie difensive, nelle quali l’originario ed evidente collegamento con la censura di difetto di istruttoria non è stato più ripetuto – esso non potrebbe comunque giovare alla ricorrente, in quanto non fondato nel merito. L’indizione di una procedura negoziata, previa pubblicazione di un bando di gara (art. 56 d.lgs. n. 163 del 2006), costituisce una deroga ai principi di *par condicio* e di libera concorrenza perseguiti dal legislatore comunitario e, pertanto, in tanto può giustificarsi, in quanto ricorrano quelle eccezionali e tassative condizioni descritte dal vigente art. 56 del codice dei contratti; condizioni che, a loro volta, sono funzionali all’ottenimento di una semplificazione e di uno snellimento della procedura di gara. Pertanto, allorché queste ultime esigenze non risultino compromesse e sia quindi consentito il celere svolgimento della gara, risponde alla *ratio* del sistema – ed anzi è in linea con il principio del *favor participationis*, precipitato della libera concorrenza – che possa prendere parte alla selezione anche un’impresa non previamente invitata, purché in possesso dei requisiti di partecipazione indicati dalla *lex specialis*. Contro quest’interpretazione non possono invocarsi né l’art. 3, comma 40, del d.lgs. n. 163 del 2006 (norma che, nel definire il concetto di “*procedura negoziata*”, si riferisce alle gare “*in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti*”), in quanto di per sé neutro rispetto al problema che qui ci si pone, né l’art. 62, comma 5, del medesimo d.lgs. (a norma del quale “*Le stazioni appaltanti non possono invitare operatori economici che non hanno chiesto di partecipare, o candidati che non hanno i requisiti richiesti*”), in quanto concernente un diverso e speculare problema; in verità, non esiste alcuna norma che faccia divieto ad un’impresa non invitata di partecipare ad una gara di appalto, allorché essa soddisfi tutti i requisiti richiesti dalla stazione appaltante e vieppiù nelle ipotesi – come quella oggetto del presente giudizio – in cui il bando sia stato comunque oggetto di pubblicazione e, quindi, potenzialmente indirizzato a qualsiasi operatore interessato. Non può infatti non ricordarsi che le lettere di invito, oltre ad essere state recapitate alle singole imprese, nel caso di specie erano state anche pubblicate sul sito Internet della ASL TO1: qualunque operatore poteva quindi prenderne conoscenza e verificare agevolmente i requisiti richiesti per l’offerta, con la conseguenza che – anche al di là degli inviti formalizzati – non era esclusa, ma anzi era agevolata, la possibilità di ulteriori partecipazioni alla selezione (purché, beninteso, nel rispetto dei requisiti richiesti: aspetto che – come già visto – l’odierna controinteressata soddisfaceva in pieno). Il tutto, sia nel rispetto delle esigenze di particolare celerità e snellezza delle procedure, sia nell’ossequio ai principi basilari di *par condicio* e di libera concorrenza tipici degli affidamenti pubblici. Né vale invocare in contrario – come fa la ricorrente – la decisione n. 5224 del 2009 della V Sezione del Consiglio di Stato la quale, nell’occuparsi di una analoga questione, solo apparentemente ha dettato una soluzione in contrasto con quanto ritiene questo Collegio, posto che – in quel caso – l’impresa non espressamente invitata era risultata priva dei requisiti minimi previsti dalla *lex specialis*.

7. In definitiva, il ricorso deve essere integralmente respinto, nei sensi appena delineati.

In considerazione della peculiarità della fattispecie, nonché della natura delle questioni trattate, il Collegio rinviene giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte, Sezione seconda, definitivamente pronunciando, Respinge il ricorso in epigrafe, nei sensi di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 12 febbraio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Savio Picone, Primo Referendario

Antonino Masaracchia, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/02/2014

IL SEGRETARIO

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