

N. 00300/2013 REG.PROV.COLL.
N. 01086/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1086 del 2012, proposto da:

I GIRASOLI S.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Bruno Poy, con domicilio eletto presso lo studio del medesimo in Torino, piazza San Carlo, 197;

contro

A.S.L. VCO - OMEGNA, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Cinzia Meloda, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Alessandra Rava in Torino, piazza Castello, 165;

per l'annullamento

- del bando di gara dell'A.S.L. VCO per la concessione del servizio di Residenza Sanitaria Assistenziale (R.S.A.) presso la struttura ex ospedale San Rocco di Verbania per un periodo di anni quindici (pari a giorni 5.478), pubblicato sul sito dell'ASL VCO in data 11.10.2012;
- del capitolato speciale di gara stesso, pubblicato in pari data, 11.10.2012;
- degli atti tutti presupposti, connessi e/o consequenziali.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di A.S.L. VCO - Omegna;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto il dispositivo di sentenza n. 238/2013 del 22 febbraio 2013;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 febbraio 2013 il dott. Ariberto Sabino Limongelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La società ricorrente ha gestito dal 2004 fino al 31 dicembre 2012 la Residenza Sanitaria Assistenziale (R.S.A.) presso la Struttura ex Ospedale San Rocco di Verbania.

2. Con ricorso a questo Tribunale consegnato per la notifica il 12 novembre 2012 e depositato il 27 novembre 2012, essa ha impugnato il bando e il capitolato speciale della gara bandita dall'ASL VCO per l'affidamento in concessione per 15 anni della gestione globale della predetta RSA, mediante procedura aperta con aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa.

3. Attraverso cinque motivi di ricorso, la ricorrente ha lamentato il carattere escludente di talune previsioni della legge di gara, da cui il sorgere dell'interesse della deducente alla loro immediata impugnazione in quanto clausole immediatamente lesive.

In particolare:

I) Con il primo motivo la ricorrente ha dedotto l'illegittimità degli art. 29 e 31 del capitolato speciale d'appalto nella parte in cui richiedono, a pena di esclusione, rispettivamente tra i requisiti di ordine generale e tra quelli concernenti la capacità economica tecnica e finanziaria, il possesso da parte del concorrente della "certificazione del sistema di qualità ISO 9001

specifica per la Gestione dei Servizi Socio Sanitari”; la ricorrente non possiede tale certificazione, quindi di fatto risulta esclusa a priori dalla gara, nonostante che, ad onta di tale carenza formale, negli ultimi otto anni essa abbia gestito il servizio con piena soddisfazione dell’Azienda sanitaria; il requisito prescritto a pena di esclusione dalla legge di gara costituisce violazione dei principi generali in materia di gare pubbliche, nonché, in particolare, dell’art. 43 del Codice dei Contratti, il quale dispone che anche quando richiedono tali certificazioni, le stazioni appaltanti riconoscono in ogni caso “i certificati equivalenti” e “altre prove”.

II-III) con il secondo e il terzo motivo la ricorrente ha dedotto la sussistenza negli atti di gara di gravi errori di fatto (in ordine al numero di posti letto, all’orario di presenza nella struttura del responsabile di struttura e del direttore sanitario, alla misura del canone e alla facoltatività del PEF), idonei di fatto a fuorviare le imprese concorrenti nella formulazione dell’offerta;

IV) con il quarto motivo la ricorrente ha dedotto l’erroneità della qualificazione giuridica dell’oggetto della gara quale “concessione” di servizi, anziché quale “appalto” di servizi;

V) infine, con il quinto motivo la ricorrente ha censurato la decisione della stazione appaltante di attribuire irragionevolmente e immotivatamente, nell’ambito del criterio prescelto dell’offerta economicamente più vantaggiosa, un peso maggior all’elemento quantitativo (60%) rispetto a quello qualitativo (40%).

4. Si è costituita l’ASL VCO contestando puntualmente le censure avversarie e chiedendo il rigetto del ricorso (tra l’altro osservando, in relazione al primo motivo, che la stazione appaltante avrebbe comunque consentito alla società ricorrente di provare in gara il possesso di “misure equivalenti” alla certificazione di qualità ISO 9001).

5. All’udienza in camera di consiglio del 6 dicembre 2012, la difesa di parte

ricorrente ha dichiarato di rinunciare all'istanza cautelare, e il collegio ha fissato contestualmente l'udienza di discussione per il giorno 21 febbraio 2013.

6. All'udienza pubblica del 21 febbraio 2013, il difensore di parte ricorrente ha fatto presente che la società propria assistita, con atto pubblico del 24 ottobre 2012, si è fusa per incorporazione nella società Il Faggio s.r.l., con effetti decorrenti dalla data di iscrizione dell'atto di fusione nel registro delle imprese (avvenuta il 26 novembre 2012); a seguito della fusione, la società incorporante è subentrata nei rapporti giuridici facenti capo alla società incorporata, e quindi anche nella gestione della RSA ex ospedale San Rocco, ottenendo altresì la proroga del relativo contratto fino al 31 marzo 2013, in forza di deliberazione del direttore generale dell'ASL VCO n. 14 del 9 gennaio 2013. Alla luce di tali circostanze, il predetto difensore ha chiesto disporsi l'interruzione del processo al fine di consentire alla società il Faggio s.r.l. di proseguire eventualmente il giudizio in luogo della società I Girasoli s.r.l., estinta per effetto dell'incorporazione. Il difensore dell'ASL si è opposto alle richieste avversarie osservando che l'atto di fusione è intervenuto in data antecedente alla notifica e al deposito del ricorso.

7. Il collegio si è riservato di decidere.

8. Il giorno successivo è stato pubblicato il dispositivo della presente decisione.

DIRITTO

1. La richiesta di interruzione del processo formulata dalla difesa di parte ricorrente non può essere accolta.

1.1. La giurisprudenza ha chiarito che, alla luce dei principi desumibili dall'art. 2504 bis c.c., introdotto dalla legge di riforma del diritto societario (d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6), la fusione per incorporazione tra società non determina l'estinzione della società incorporata, ma si risolve in una

vicenda meramente evolutivo-modificativa dello stesso soggetto giuridico, che conserva la propria identità, pur in un nuovo assetto organizzativo, con la conseguenza che essa non è un evento suscettibile di causare l'interruzione del processo (Cassazione civile sez. un., 17 settembre 2010, n. 19698; T.A.R. Salerno sez. II, 05 ottobre 2009, n. 5316).

1.2. Non determinandosi l'interruzione del processo, il giudizio prosegue tra le parti originarie, salva l'efficacia della sentenza anche nei confronti dei terzi aventi causa (nel caso di specie, la società incorporante Il Faggio s.r.l.), secondo quanto previsto dall'art. 111 c.p.c., applicabile al processo amministrativo in forza del rinvio recettizio di cui all'art. 39 comma 1 c.p.a..

1.3. La causa, pertanto, può essere definita nel merito.

2. Nel merito, il ricorso è fondato limitatamente al *primo motivo* dedotto.

2.1. In materia di servizi e forniture, nell'assenza di un sistema accreditato di qualificazione (che, viceversa, per gli appalti di lavori pubblici è rimesso alle SOA, cui compete anche l'attestazione del possesso della certificazione di qualità aziendale), l'art. 43, d.lgs. n. 163 del 2006 stabilisce che le stazioni appaltanti, qualora richiedano la presentazione di certificazione di qualità aziendale rilasciata da organismi indipendenti, fanno riferimento ai sistemi di assicurazione della qualità basati su una serie di norme europee in materia e certificati di organismi conformi alle norme europee relative alla certificazione; in ogni caso, le stazioni appaltanti riconoscono i certificati equivalenti rilasciati da organismi stabiliti in altri Stati membri ed ammettono parimenti altre prove relative all'impiego di misure equivalenti di garanzia della qualità prodotte dagli operatori economici.

2.2. Si tratta, secondo il collegio, di una norma che, nell'ammettere la produzione in gara di "certificati equivalenti" e di "altre prove relative all'impiego di misure equivalenti di garanzia", codifica principi di carattere generale, essendo finalizzata a favorire la più ampia partecipazione degli

operatori economici alla gare pubbliche in condizioni di parità e di non discriminazione, oltre che a garantire la ragionevolezza e la proporzionalità dei requisiti soggettivi di partecipazione.

2.3. In quanto espressione di principi generali, la norma trova applicazione non solo nel settore degli appalti di servizi e forniture, ma anche in quello delle concessioni di servizi di cui all'art. 30 del Codice dei Contratti.

2.4. Nel caso di specie, le prescrizioni contenute negli artt. 29 e 31 del Capitolato Speciale d'appalto confliggono con i predetti principi. Esse, infatti, richiedono quale requisito di partecipazione di ordine generale e quale requisito di capacità tecnico economico e finanziaria il possesso a pena di esclusione della "certificazione del sistema di qualità ISO 9001 specifica per la Gestione dei Servizi Socio Sanitari", senza ammettere certificazioni o altre prove equipollenti.

2.5. L'imposizione di un requisito così restrittivo, formulato in termini assoluti ed escludenti, non trova alcuna ragionevole giustificazione negli atti di gara e limita senza alcuna comprensibile ragione la platea dei potenziali partecipanti alla gara.

2.6. La stessa stazione appaltante, del resto, sembra esserne consapevole, tanto da aver affermato nelle proprie difese che "laddove la ricorrente, così come evidenzia in ricorso, sia in possesso di misure equivalenti di garanzia della qualità, ben potrà documentarle e produrle, laddove possedute, in fase di partecipazione alla gara", quasi a voler intendere che si sarebbe trattato, in definitiva, di una formulazione infelice della legge di gara, più che di una precisa volontà escludente.

2.7. Peraltro, nei termini assoluti in cui è stata formulata, la legge di gara non si presta alla lettura estensiva proposta in giudizio dalla difesa dell'amministrazione, né si può pretendere che la ricorrente presentasse ugualmente la propria domanda confidando in tale interpretazione, correndo il rischio di vedersi escludere dalla gara senza neppure la garanzia

di aver impugnato cautelativamente il bando. E dunque, sotto tale profilo, il capitolato speciale d'appalto va annullato *in parte qua*, limitatamente alla parte in cui, nel prescrivere il possesso della certificazione di qualità ISO 9001, non ammette i concorrenti a provare il possesso di certificati equivalenti o a fornire altre prove relative all'impiego di misure equivalenti di garanzia.

3. I restanti motivi di ricorso sono, invece, in parte infondati e in parte inammissibili per carenza di interesse.

In particolare:

- il *secondo* e il *terzo* motivo sono infondati dal momento che la stazione appaltante ha pubblicato una serie di chiarimenti su tutti i profili denunciati dalla ricorrente in tempo utile per la corretta formulazione delle offerte, tenuto conto che l'ultimo chiarimento è stato pubblicato circa 20 giorni prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte;

- il *quarto motivo* è inammissibile per carenza di interesse, dal momento che l'asserita erroneità della qualificazione giuridica dell'oggetto della gara ("concessione" anziché "appalto") non configura un elemento atto ad impedire la partecipazione alla gara; in ogni caso appare corretta la qualificazione della commessa quale "concessione" di servizi, non essendo previsto un corrispettivo a carico della stazione appaltante (se mai il contrario) e addossandosi il rischio economico della gestione a carico del concessionario, il quale remunera il servizio con gli introiti dell'attività sulla base delle tariffe predeterminate dalla Regione con appositi provvedimenti;

- infine, anche il *quinto motivo* è inammissibile per carenza di interesse, dal momento che la previsione della legge di gara censurata dalla ricorrente (quella relativa al peso ponderale attribuito alle due componenti dell'offerta) non è immediatamente lesiva ed escludente; peraltro, la censura è comunque infondata nel merito, perché impinge nelle valutazioni di merito riservate alla p.a. e sottratte al sindacato giurisdizionale.

4. L'accoglimento del primo motivo determina l'annullamento parziale della legge di gara, ma non comporta, peraltro, l'obbligo di rifacimento integrale della procedura.

4.1. Attualmente, secondo quanto dichiarato in udienza dalla difesa dell'Azienda Sanitaria, la procedura di gara è ferma alla fase della verifica della documentazione amministrativa presentata dai concorrenti, mentre non è stata ancora iniziata la fase di apertura delle buste contenenti le offerte tecniche ed economiche.

4.2. In tale contesto, la stazione appaltante potrà provvedere a riformulare la legge di gara nei termini anzidetti, ripubblicare il bando di gara e riaprire i termini per la presentazione di nuove domande di partecipazione; quindi, successivamente, potrà procedere a verificare le nuove domande di partecipazione pervenute, unitamente alla documentazione allegata; una volta espletati tali incombeni, la gara potrà proseguire normalmente con l'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche ed economiche di tutti i concorrenti ammessi (vecchi e nuovi), e con l'esame delle offerte medesime.

5. Le spese di lite possono essere compensate, ricorrendone giusti motivi per la peculiarità delle questioni esaminate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- a) accoglie il primo motivo e per l'effetto annulla *in parte qua* gli atti impugnati, nei limiti indicati in motivazione;
- b) lo respinge nel resto;
- c) compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 21 febbraio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Ariberto Sabino Limongelli, Referendario, Estensore

Giovanni Pescatore, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/03/2013

IL SEGRETARIO

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