

N. 00325/2014 REG.PROV.COLL.

N. 00048/2014 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 48 del 2014, proposto da:

Associazione Senza Confini Onlus, rappresentata e difesa dagli avv. Mara Beccaceci, Daniele Valeri, con domicilio eletto presso Daniele Valeri in Ancona, via della Loggia 40;

contro

Azienda Ospedaliero-Universitaria Ospedali Riuniti Umberto I - G.M. Lancisi - G.Salesi, rappresentata e difesa dall'avv. Galileo Omero Manzi, con domicilio eletto presso , Segreteria T.A.R. Marche in Ancona, via della Loggia, 24;

nei confronti di

Itatracom S.r.l. Impresa Sociale, non costituita un giudizio;

per l'annullamento

- degli atti della procedura di RDO n.337335 - CIG 73D0B49OFA con cui l'Azienda Sanitaria ha aggiudicato il servizio di mediazione linguistico-culturale alla Itatracom s.r.l. e atti connessi del procedimento,

e per

- la declaratoria di inefficacia del contratto;

- l'aggiudicazione del servizio in favore della ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliero-Universitaria Ospedali Riuniti Umberto I - G.M. Lancisi - G.Salesi;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 6 febbraio 2014 il dott. Giovanni Ruiu e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

La ricorrente associazione, partecipava al bando , ai sensi dell'art. 125 del d.lgs 163/2006, per "l'individuazione di soggetti interessati interessati all'affidamento biennale del servizio di mediazione culturale presso l'Azienda Ospedaliero-Universitaria Ospedali Riuniti Umberto I - G.M. Lancisi - G.Salesi per l'anno 2014-2015. Si richiedeva l'esperienza nel servizio di almeno un anno.

L'associazione ricorrente partecipava alla gara

In data 9.10.2013, l'Amministrazione trasmetteva una nota ove comunicava che, vista la presenza del servizio nel mercato telematico della pubblica amministrazione, MEPA, vi era l'obbligo per legge di ricorrere a tale strumento. Di conseguenza, comunicava l'intenzione di ricorrere alla suddetta procedura. Parte ricorrente, dopo avere assunto informazioni in merito, informava la Stazione Appaltante dell'assenza del servizio sulla piattaforma, chiedendo di dare seguito alla procedura iniziata.

In data 13.2.2014, l'ente comunicava alla ricorrente di avere esperito sul MEPA la procedura per l'acquisizione del servizio, aggiudicato alla ITRACOM Srl dall'1.1.2014, ribadendo l'obbligatorietà del ricorso alla procedura.

Con il presente ricorso, la ricorrente impugna i provvedimenti in epigrafe affermandone l'illegittimità sotto diversi profili, in particolare:

-assenza di obbligatorietà nell'utilizzo del MEPA.

-in ogni caso, anche qualora vi fosse tale obbligatorietà, comunque verrebbe meno a causa della mancata disponibilità del bene sulla piattaforma telematica e, comunque, della mancanza delle qualità essenziali necessarie nel servizio;

-sarebbe stata illegittimamente annullata la procedura di gara, senza idonea motivazione.

-nel rispondere alle istanze della ricorrente solo dopo l'acquisto del servizio nel mercato telematico, la Stazione Appaltante avrebbe violato i principi di correttezza e buona fede.

-violazione dell'art. 134 del d.lgs 163/2006 e del d.lgs 207/2010, nonché della direttiva 2204/18/CE con riguardo all'impossibilità, per le Onlus, di partecipare al MEPA.

Si è costituita l'Amministrazione, resistendo al ricorso.

Alla Camera di Consiglio del 6.2.2014, sussistendone i presupposti, il ricorso è stato trattenuto per la decisione sul merito ai sensi dell'art. 60 del d.lgs 104/2010.

1 Si ritiene di respingere le eccezioni di irricevibilità dedotte dall'Azienda Ospedaliera. La comunicazione n. 4510 del 9.10.2013 è stata riscontrata dalla ricorrente che ha presentato osservazioni, e la stessa poteva trarre in inganno sulla definitività della decisione di interrompere la procedura in essere e ricorrere al mercato telematico. Anche l'eccezione di carenza di interesse all'impugnazione non può essere condivisa, in quanto parte ricorrente ha interesse al proseguimento della procedura iniziata dall'Azienda e all'annullamento della decisione di interromperla e ricorrere al mercato telematico, con potenziale effetto caducante sull'attività successiva della PA.

2 Nel merito, il ricorso è infondato.

2.1. Difatti, l'art. 15 c.13 lett.d del DL 95/2012, convertito nella legge 135/2012, prevede l'obbligo di acquisto dei beni e della categorie merceologiche presenti nel catalogo CONSIP anche per le aziende sanitarie.

1.1 In ogni caso, anche nella normativa precedente, ove si riteneva che tale obbligo fosse facoltativo, vi era una forte preferenza per gli acquisti tramite questa piattaforma, per cui la scelta di utilizzarla non richiedeva particolare motivazione. Difatti, è stato condivisibilmente sostenuto che, ad esempio, la scelta di aderire alla convenzione Consip "proprio perché la individuazione del miglior contraente avviene nel rispetto dei principi comunitari, non richiede da parte della amministrazione che se ne avvale una specifica motivazione dell'interesse pubblico che la sottende. E infatti per le amministrazioni non statali vi è una facoltà implicitamente desumibile dalla norma senza che per questo incomba sulla stesse un obbligo di motivazione sul perché della scelta di avvalersi o di non avvalersi della convenzione. È l'ente che, nell'ambito della sua autonomia e nell'esercizio di una attività non imposta ma consentita dalla norma, assume la decisione di aderire alla convenzione e tale adesione non necessita del supporto di una specifica delibera" (CdS sez. V, 1.10.2010 n. 7261). Detta adesione non integra un'elusione dell'obbligo di individuare il miglior contraente mediante procedure ad evidenza pubblica, visto che nel sistema centralizzato di acquisti il meccanismo del confronto comparativo è assicurato dalla stazione appaltante Consip che gestisce una procedura di gara ed individua il soggetto affidatario, al quale gli altri Enti potranno rivolgersi per ottenere le prestazioni oggetto dell'impegno negoziale assunto (tra le tante Tar Lazio Roma 1.3.2013, n. 2260, Tar Catanzaro 14.6.2013 n. 675).

1.2 Nel caso in esame, anche se sussistessero dubbi sull'applicazione del citato art. 13 lett. D del 95/2012, stante non appare esservi totale identità tra il servizio offerto nella piattaforma e quello richiesto dalla Stazione Appaltante, la scelta dell'Amministrazione di ricorrere, a una Richiesta di Offerta RDO sulla piattaforma telematica, per ottenere un servizio conforme alle proprie esigenze, appare del tutto conforme allo scopo della normativa sopra ricordata. Di conseguenza, la scelta di considerare il servizio tra quelli non acquistabili tramite MEPA e, quindi, di indire una procedura ai sensi dell'art. 125 del d.lgs 163/2006 avrebbe richiesto specifica motivazione, mentre non ne richiede alcuna la scelta di utilizzare il MEPA. Come è evidente dal capitolato d'oneri depositato dall'Amministrazione, il servizio di interpretariato telefonico è stato integrato con l'intervento del personale su chiamata e la previsione dell'utilizzo di mediatori culturali, costituendo un servizio da ritenersi sostanzialmente equivalente alla mediazione linguistico culturale e, quindi, a quello oggetto della procedura di affidamento in precedenza interrotta (tenendo altresì della discrezionalità dell'amministrazione nel modulare il servizio). Ne consegue l'infondatezza delle censure di dedotte dalla ricorrente con riguardo alla circostanza che il servizio non sarebbe presente nel MEPA e, che

in ogni caso, non potrebbe essere esercitato in modo idoneo. Nel caso in esame l'Amministrazione, nell'ambito della propria discrezionalità ha riscontrato la presenza nel MEPA di un servizio affine alla mediazione culturale (l'interpretariato da remoto), immettendo una specifica Richiesta di Offerta, con relativo capitolato d'oneri, ove il servizio è modulato secondo le esigenze della Stazione Appaltante.

1.3 Dalle considerazioni di cui sopra consegue l'infondatezza delle censure relative ai principi in materia di autotutela. Difatti, per costante giurisprudenza, persino l'aggiudicazione provvisoria della gara d'appalto è idonea a generare nella ditta provvisoriamente vincitrice una posizione consolidata. Sull'Amministrazione che intende esercitare il potere di autotutela incombe comunque un onere di motivazione, sia pure fortemente attenuato, circa le ragioni di interesse pubblico che l'hanno determinata, essendo sufficiente che sia reso palese almeno il ragionamento seguito per giungere alla determinazione negativa attraverso l'indicazione degli elementi concreti ed obiettivi in base ai quali essa ritiene di non procedere più all'aggiudicazione definitiva (Tar Toscana 9.5.2011 n. 1372). Nel caso in esame, ove la gara era ancora nella fase della valutazione delle offerte, non era dovuta neanche la comunicazione di avvio del procedimento di revoca (Tar Napoli 2.12.2013 n. 5475). Di conseguenza, motivare l'annullamento della procedura in economia con la decisione di utilizzare il MEPA (fortemente incentivato dalla normativa) è del tutto sufficiente, anche se non fosse presente la stretta obbligatorietà del suo utilizzo, ritenuta dalla Stazione Appaltante.

1.4 Con riguardo all'ultimo motivo, ove si deduce la violazione dell'art. 134 del d.lgs 163/2006 e del d.lgs 207/2010, nonché della direttiva 2204/18/CE con riguardo all'impossibilità, per le Onlus, di partecipare al MEPA, la censura si presenta del tutto generica. Difatti, la ricorrente non risulta avere presentato alcuna richiesta di iscrizione al MEPA e l'affermazione secondo cui l'iscrizione al Mercato Elettronico escluderebbe del tutto le Onlus e gli enti no profit appare generica e priva di riscontri normativi. Va quindi rigettata per genericità, in assenza di qualunque tentativo della ricorrente di abilitarsi al MEPA (come richiesto dalla Stazione Appaltante) e, quindi, di partecipare alla procedura. Del resto, anche se fosse prevista la necessità di modificazioni sociali per l'iscrizione al MEPA della ricorrente, ciò non sarebbe, di per sé solo, discriminatorio (va rilevato che l'iscrizione al MEPA non richiede, tra l'altro l'iscrizione al Registro Esercenti il Commercio REC).

2 Il ricorso va quindi respinto.

2.1 Le spese possono essere compensate, considerata la novità della questione e la presentazione di documenti rilevanti per la decisione nella costituzione della resistente azienda ospedaliera.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 6 febbraio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Gianluca Morri, Presidente FF

Tommaso Capitano, Consigliere

Giovanni Ruiu, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/03/2014

IL SEGRETARIO

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