

Pubblicato il 09/10/2017

N. 02329/2017 REG.PROV.COLL.

N. 01897/2016 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1897 del 2016, proposto da: OMISSIS S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Corrado Diaco, Simona Gambardella e Carmelo Giurdanella, domiciliato ex art. 25 cod.proc.amm. presso la Segreteria di questo Tar, sito in Palermo nella Via Butera n. 6;

contro

l'AZIENDA SANITARIA PROVINCIALE DI AGRIGENTO, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Massimiliano Mangano, con domicilio eletto presso il suo studio sito in Palermo nella Via N. Morello n.40;

nei confronti di

- OMISSIS S.p.a. in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonio Lirosi, Marco Martinelli e Gaspare Lo Iacono, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, sito in Palermo nella Via Mariano Stabile n.151;
- OMISSIS S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonio Lirosi, Marco Martinelli e Gaspare Lo Iacono, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, sito in Palermo nella Via Mariano Stabile n.151;
- OMISSIS S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Gaetano Mattina, Calogero Mattina, con domicilio eletto presso lo studio del dott. L. Tedesco in Palermo, via Malaspina 27;
- RTI costituito da OMISSIS S.r.l. e OMISSIS S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

- dell'intera procedura di gara indetta con deliberazione n. CS 4983 del 04.12.2013;
- del bando di gara del 17.12.2013 pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale 2013/S244-424170 del 17.12.2013;
- del disciplinare e del capitolato d'oneri approvati con deliberazione CS n. 4983 del 04.12.2013;
- della comunicazione di adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva dell'ASP Agrigento prot. n. 96590 del 14.06.2016, comunicato, in pari data, a mezzo fax, in favore di RTI OMISSIS S.p.A., OMISSIS S.p.A.;
- della deliberazione n. 625 del 23.04.2015 di nomina della commissione aggiudicatrice;
- della deliberazione n. 1565 del 08.10.2015;
- della deliberazione del direttore generale ASP Agrigento n. 694 del 01.06.2016 - Approvazione del verbale di gara ed aggiudicazione definitiva;
- del verbale di gara del 26.02.2014;
- del verbale di gara del 06.03.2014;
- del verbale di gara del 29.05.2014;
- del verbale di riunione del 20.05.2015 (numero 1);
- del verbale di riunione del 27.07.2015 (numero 2);
- del verbale di riunione del 27.07.2015 (numero 3);
- del verbale di riunione del 20.10.2015 (numero 4);
- del verbale di riunione del 06.11.2015 (numero 5);
- del verbale di riunione del 12.11.2015 (numero 6);
- del verbale di riunione del 13.11.2015 (numero 7);
- del verbale di riunione del 25.11.2015 (numero 8);
- del verbale di riunione del 17.12.2015 (numero 9), con annesse schede di valutazione tecnica;
- del verbale di riunione del 17.12.2015 (numero 10);
- del verbale di riunione n.11, di cui non si é in possesso anche se oggetto di richiesta di accesso agli atti;
- del verbale di riunione del 14.01.2016 (numero 12);
- del verbale di riunione del 19.01.2016 (numero 13);

- del verbale di riunione del 19.01.2016 (numero 14);
- del verbale di riunione del 21.01.2016 (numero15);
- del verbale di riunione del 21.01.2016 (numro16);
- del verbale di riunione del 04.02.2016 (numero17), con annesse schede di valutazione tecnica;
- del verbale di riunione del 18.02.2016 (numero18);
- del verbale di riunione del 10.03.2016 (numero19);
- del verbale di riunione del 18.03.2016 (numero20);
- della nota ASP Agrigento del 15.02.2016;
- di tutti gli atti di gara citati e non, presupposti, nonchè per l'annullamento, previa sospensione, di ogni altro atto, presupposto, consequenziale e, comunque, connesso, se ed in quanto lesivo degli interessi della ricorrente;
- del contratto eventualmente stipulato nelle more.

Inoltre, in via gradatamente subordinata, qualora non fosse possibile il risarcimento in forma specifica, venga riconosciuto il diritto al risarcimento per equivalente dei danni subiti dalla ricorrente a causa della mancata aggiudicazione.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Provinciale di Agrigento e di OMISSIS Spa, OMISSIS S.p.A. e di OMISSIS Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 aprile 2017 il dott. Sebastiano Zafarana e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.1. Con il ricorso in epigrafe la ricorrente ha esposto:

- che con deliberazione CS n. 4983 del 04.12.2013 è stata indetta - ai sensi dell'art. 55 del D.Lgs. n.163/2006 – una gara d'appalto a mezzo procedura aperta per la fornitura, in noleggio quinquennale, di attrezzature e servizi annessi per la realizzazione e gestione di un sistema RIS-PACS per la digitalizzazione, archiviazione e trasmissione delle immagini diagnostiche dell'Azienda Sanitaria Provinciale di Agrigento (codice gara 5364651 Codice CIG- 5504608239), per un importo a base d'asta di € 5,800.000,00 IVA esclusa, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;

- che con la sopra indicata delibera sono stati approvati il bando di gara, il Disciplinare di gara, con allegato capitolato tecnico, e il Capitolato d'oneri, redatti in conformità alle disposizioni del D. Lgs. 163/2006;

- che alla procedura di gara hanno partecipato n. 4 concorrenti e più precisamente: 1) il RTI costituito da OMISSIS S.r.l. e OMISSIS S.r.l.; 2) la ricorrente Fujifilm Italia S.p.A; 3) il RTI formato da OMISSIS S.p.A, Andra S.p.A e OMISSIS S.p.a; 4) il RTI formato da OMISSIS S.o.A e OMISSIS S.r.l.

- che nel corso di tre anni si sono seguiti incontri e riunioni conclusi nei verbali oggetto di impugnazione, e nell'aggiudicazione del 14.06.2016 che ha ufficializzato l'aggiudicazione in favore del RTI formato da OMISSIS S.p.A., OMISSIS S.p.A e OMISSIS S.p.A., che, avrebbe totalizzato il maggior punteggio di 99,23/100, a fronte del punteggio di 85,09 della RTI OMISSIS s.r.l. - Technoray s.r.l. e di 80,52 della ricorrente OMISSIS s.p.a.;

- che durante lo svolgimento delle operazioni di gara – protrattosi per circa tre anni - la ricorrente ha più volte sollevato profili di illegittimità della procedura di gara stante il continuo mutamento della Commissione di gara, per i motivi riproposti con il presente ricorso.

1.2. Il gravame è affidato a tre distinti motivi di ricorso così rubricati: 1) Illegittimità della procedura di gara - Violazione dell'art. 71 R.D. n. 827 del 1924 - Violazione del principio della continuità e concentrazione della gara. 2) Illegittimità della procedura di gara - Violazione e falsa applicazione dell'art. 84 del d.lgs. n.163/2006. Apertura delle buste contenenti le offerte tecniche antecedentemente alla nomina della Commissione tecnica; 3) Illegittimità della procedura di gara Violazione e falsa applicazione dell'art. 84 del d.lgs. n.163/2006. Mutamento dei membri della Commissione dopo l'apertura delle buste tecniche e prima della conclusione dell'attribuzione punteggi.

1.3. Si è costituita l'Azienda Sanitaria Provinciale di Agrigento che, in data 25/03/2017 ha depositato memoria con la quale ha chiesto rigettarsi il ricorso.

1.4. Si sono costituite in via autonoma – ancorché componenti del medesimo RTI - anche OMISSIS S.p.A, OMISSIS S.p.A e OMISSIS S.p.a.. Tutte le imprese controinteressate hanno chiesto il rigetto del ricorso.

1.5. Non si è costituito il RTI formato da OMISSIS s.r.l. e OMISSIS s.r.l.

1.6. Alla pubblica udienza del 6 aprile 2017 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

2.1. Con il primo motivo di ricorso la ricorrente deduce l'illegittimità della procedura di gara per violazione dell'art. 71 R.D. n. 827 del 1924 (Regolamento della contabilità di Stato) e del principio della continuità e concentrazione delle operazioni di gara.

Sostiene la ricorrente – citando varie pronunzie giurisprudenziali - che nelle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, le garanzie di imparzialità, pubblicità, trasparenza e speditezza dell'azione amministrativa postulano che le sedute della Commissione di gara debbano ispirarsi al principio di concentrazione e di continuità e che, quindi, la valutazione delle offerte tecniche ed economiche deve esaurirsi, di norma, in una sola seduta, senza interruzioni, di guisa da scongiurare possibili influenze esterne e da garantire l'assoluta indipendenza e genuinità del giudizio dell'organo incaricato della valutazione. Nel caso di specie la deliberazione di indizione della gara risalirebbe al

2013 mentre il provvedimento di aggiudicazione al 2016, con la conseguenza che tra una seduta e l'altra sarebbero trascorsi talvolta mesi e in alcuni casi anni.

Ad avviso della ricorrente, pertanto, le modalità con cui sarebbe stata svolta la procedura di gara ne inficerebbero la legittimità per il semplice decorso del tempo e per la discontinuità delle singole sedute della commissione, in violazione delle necessarie garanzie in ordine alla segretezza delle offerte e della trasparenza delle valutazioni.

Le superiori censure sono infondate.

Infatti, come peraltro chiarito dal Consiglio di Stato, tale regola (di concentrazione della procedura di gara) è soltanto tendenziale, nel senso che non si tratta di un precetto inviolabile ma, al contrario, tollera deroghe alla sua operatività; in particolare è stato anche chiarito che la sua inosservanza “resta ammessa solo in presenza di situazioni particolari che impediscano, obiettivamente, l'esaurimento di tutte le operazioni di gara in una sola seduta e, comunque, anche in questa evenienza, alle condizioni della durata minima dell'intervallo temporale tra le diverse riunioni e dell'adeguatezza delle modalità di conservazione dei plichi, a presidio dell'imparzialità e della correttezza delle operazioni valutative” (Consiglio di Stato sez. III 25 novembre 2016 n. 4993).

Orbene, nel caso di specie è oggettivamente rilevabile che la procedura di gara è durata, nel suo complesso, un lasso temporale piuttosto lungo, ma ad un'analisi più approfondita deve rilevarsi come appaia ininfluenza l'epoca di indizione della gara (2013) e come invece rilevino – per quanto qui di interesse - le operazioni di valutazione della commissione che risultano concentrate in un ambito temporale assai più circoscritto e che sono comunque caratterizzate da una serrata cadenza, sicché i vizi denunciati si rivelano insussistenti.

Infatti, come chiarito e documentato dalla difesa della ASP di Agrigento, la procedura ha avuto un iniziale rallentamento in seguito alla proposizione di un ricorso presentato da OMISSIS Spa (in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento di imprese con OMISSIS Spa e OMISSIS Spa), che era stata in un primo momento esclusa durante la seduta di gara relativa alla fase amministrativa. L'Amministrazione ha ritenuto di attendere l'esito del giudizio che si è concluso favorevolmente per la ricorrente con sentenza di questo Tar n.1968/2014, passata in giudicato il 23/11/2014.

In realtà è documentato in atti che la commissione di gara veniva nominata soltanto con delibera dirigenziale n.625 del 23/04/2015 che e la prima seduta della Commissione si svolgeva il 20/05/2015; in tale sede veniva disposta una sospensione delle attività di gara in attesa di un parere legale per problematiche estranee al presente giudizio. In esito al reso parere, la Commissione riprendeva i lavori il 27/07/2015. Tuttavia, a seguire si dimetteva un componente della Commissione, che veniva sostituito con delibera n.1565 dell'8/10/2015.

Si tratta, come evidente, di eventi (la definizione di un giudizio, la necessità di un parere legale, la sostituzione di un membro della commissione) assolutamente suscumbibili sotto il paradigma di situazioni contingenti che hanno impedito, obiettivamente, l'esaurimento di tutte le operazioni di gara in una sola seduta o in un arco di tempo relativamente breve; come detto il principio di concentrazione e continuità delle operazioni di gara è un principio solo tendenziale, derogabile in presenza di ragioni oggettive quali, ad esempio, la complessità delle operazioni di valutazione delle offerte, il numero delle offerte in gara, l'eventuale indisponibilità dei membri della commissione, la correlata necessità di nominare sostituti o altro che giustificano il ritardo.

Dopo tali obbligati rinvii, la Commissione, nella nuova composizione, tornava a riunirsi il 20/10/2015 ed è semmai da questo momento che occorre valutare la concentrazione e la continuità dell'attività svolta dalla Commissione.

La quale, dopo la seduta del 20/10/2015 ha proseguito i lavori nelle sedute del 6/11/2015; 12/11/2015; 13/11/2015; 25/11/2015; 17/12/2015; 14/01/2016; 19/01/2016; 21/01/2016; 4/02/2016; 18/02/2016; 10/03/2016; 18/03/2016 (aggiudicazione provvisoria). Infine il 01/06/2016 veniva aggiudicata definitivamente la gara.

Orbene, rilevato che la ricorrente non deduce che lo svolgersi della procedura di gara in più sedute abbia dato vita a specifiche irregolarità o violazioni della par condicio, deve altresì rilevarsi che il serrato susseguirsi delle sedute della Commissione porta ad escludere di per sé che, nel caso di specie, siano stati in qualche modo violati i principi di trasparenza e imparzialità - cui il principio di concentrazione e di continuità dell'azione amministrativa è preordinato - con conseguente infondatezza delle censure.

Infondata è altresì la censura, relativa alla mancata indicazione, nei verbali di gara, delle specifiche modalità di conservazione dei plichi contenenti le offerte pervenute.

Infatti, “nelle gare pubbliche la mancata e pedissequa indicazione, in ciascun verbale, delle operazioni finalizzate alla custodia dei plichi non può tradursi, con carattere di automatismo, in effetto viziante della procedura concorsuale, in tal modo implicitamente collegando all'insufficienza della verbalizzazione il pregiudizio alla segretezza ed all'integrità delle offerte, atteso che a supporto di tale conclusione si pone il principio di conservazione dei valori giuridici, il quale porta ad escludere che la procedura di gara possa essere integralmente viziata per incompletezza dell'atto descrittivo delle operazioni materiali, tecniche ed intellettive ad esso preordinate, ove le contestazioni del concorrente, volte a ipotizzare una possibile manomissione o esposizione a manomissione dei plichi, non siano suffragate da circostanze ed elementi che, su un piano di effettività e di efficienza causale, possano avere concretamente inciso sulla genuinità della selezione” (Consiglio di Stato sez. V 19 agosto 2015 n. 3948).

Pertanto, in mancanza di specifiche censure in ordine a una possibile manomissione dei plichi la doglianza si appalesa generica e come tale va rigettata.

2.2. Con il secondo motivo di ricorso la ricorrente deduce l'illegittimità della procedura di gara per violazione e falsa applicazione dell'art. 84 del d.lgs. n.163/2006 assumendo che le buste contenenti le offerte tecniche sarebbero state aperte antecedentemente alla nomina della Commissione tecnica.

Deduce altresì che dette buste, una volta aperte, non sarebbero state custodite adeguatamente a garanzia della loro segretezza, non essendovi in atti la prova di una effettiva attività di custodia da parte della P.A.

La censura è infondata.

Risulta dal verbale di gara del 26/02/2014 e del 06/03/2014 che il Presidente si è limitato a verificare in seduta pubblica che all'interno della busta B contenente la documentazione tecnica vi fosse tutta la documentazione richiesta dal bando procedendo poi, dopo la sola lettura dei titoli a risigillare la busta: “Il Presidente assistito dai testimoni, accertata la regolarità dei sigilli, procede all'apertura dei plichi pervenuti e secondo le modalità stabilite dall'art.9 del disciplinare di gara, verifica la presenza della documentazione richiesta per l'ammissione alla gara, sia nella busta A “Documentazione amministrativa” sia nella busta B “Documentazione tecnica”, specificando

ancora che “la stessa documentazione viene inserita nella corrispondente busta, richiusa, che sarà trasmessa alla Commissione giudicatrice”.

Dunque l’apertura dei plichi è avvenuta nelle sedute pubblica in parola e nessuna attività valutativa sulla documentazione tecnica risulta compiuta, essendo state richiuse le buste per la trasmissione (quella B) alla Commissione tecnica.

Circa poi la custodia delle buste B, una volta richiuse, valga quanto sopra riferito in ordine alla genericità della censura proposta e alla necessità che sia specificamente dedotto un effettivo pregiudizio alla segretezza ed all’integrità delle offerte, in disparte quanto dedotto e documentato dalla difesa dell’ASP in punto di custodia.

Quanto poi alla tempistica relativa alla nomina della Commissione, l’art.84 del D.lgs.163/06 pone il divieto di nominare la Commissione prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte mentre, nel caso in esame, la designazione della Commissione è avvenuta dopo la suddetta scadenza e prima dell’inizio delle attività valutative delle offerte, essendosi il seggio limitato, fino a quel punto, al mero controllo formale.

Dunque nessuna violazione della norma in esame risulta essersi verificata.

2.3. Con il terzo motivo di ricorso la ricorrente deduce l’illegittimità della procedura di gara per violazione e falsa applicazione dell’art. 84 del d.lgs. n.163/2006, nonché per il mutamento dei membri della commissione dopo l’apertura delle buste tecniche e prima della conclusione dell’attribuzione punteggi.

Sotto il primo profilo deduce che il Presidente della Commissione sarebbe stato sostituito da persona già firmataria del capitolato tecnico di gara, con conseguente sua incompatibilità.

La censura è infondata.

Infatti l’incompatibilità prevista dall’art. 84 comma 4, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163 fra l’incarico di componente la commissione di gara pubblica e un precedente incarico tecnico o amministrativo afferente al contratto aggiudicando non è applicabile nei confronti del presidente della commissione di gara (Consiglio di Stato sez. III 25 febbraio 2013 n. 1169).

Quanto poi alla dedotta illegittimità conseguente al mutamento dei membri della commissione dopo l’apertura delle buste tecniche e prima della conclusione dell’attribuzione punteggi deve preliminarmente rilevarsi come “Nell’ordinamento vigente non esiste un principio di assoluta immutabilità delle commissioni giudicatrici delle gare pubbliche di appalto, atteso che esso è destinato ad incontrare deroghe in caso d’indisponibilità da parte di uno dei commissari a svolgere le proprie funzioni (Consiglio di Stato sez. III 25 febbraio 2013 n. 1169).

Nel caso in esame i mutamenti si sono resi necessari, dapprima per le dimissioni del Presidente (mai insediatosi) e pertanto sostituito, e successivamente per le dimissioni di un altro componente sostituito, giusta delibera n.1565 del 8/10/2015, in una fase relativa all’esame iniziale della domanda del RTI OMISSIS Srl – OMISSIS Srl, esame che veniva portato a termine con il contributo del nuovo componente (sostituito) nella seduta del 20/10/2015, previa dichiarazione di ratifica del lavoro fino a quel momento svolto dalla commissione.

Dunque non possono ritenersi viziate le operazioni di gara per il fatto che un componente della commissione giudicatrice sia stato sostituito per indisponibilità in un momento in cui era appena

iniziata (ma non conclusa) la valutazione soltanto di un primo concorrente, atteso che nel complesso le operazioni valutative di tutti i concorrenti (con la relativa attribuzione dei punteggi) sono state effettuate con la presenza di un sostituto che aveva le medesime qualità e la medesima esperienza del componente sostituito.

Quanto poi alla censura relativa alle qualifiche e alle competenze dei componenti della commissione, la previsione di un componente esperto in materie giuridiche – contestata dalla ricorrente - è espressamente prevista dall'art.8 della L.R. 12/2011 e, quanto alla loro imparzialità, essa è garantita dal fatto che sono nominati dall'Urega attingendo dagli appositi albi professionali attraverso sorteggio pubblico.

Infine, le censure svolte con riferimento al ruolo, o peso, avuto dal dott. Alonge in occasione della presentazione della demo della ricorrente, risultano del tutto inconferenti, risultando documentalmente che in detta occasione lo stesso ha rivestito il ruolo di segretario verbalizzante e che nelle sedute riservate di attribuzione dei punteggi lo stesso non è mai stato presente.

4. Conclusivamente, per tutti i surriferiti motivi il ricorso è infondato e va rigettato.

5. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la ricorrente OMISSIS SpA al pagamento delle spese di giudizio che liquida nelle seguente misura:

- € 1.000,00 (mille/00) oltre oneri e accessori di legge in favore dell'Azienda Sanitaria Provinciale di Agrigento;

- € 750,00 (settecentocinquanta/00), oltre oneri e accessori di legge, in favore di ciascun controinteressato costituito e, dunque, in favore di OMISSIS S.p.A, di OMISSIS S.pA e di OMISSIS S.p.a.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 6 aprile 2017 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Ferlisi, Presidente

Roberto Valenti, Consigliere

Sebastiano Zafarana, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Sebastiano Zafarana

IL PRESIDENTE
Calogero Ferlisi