

Publicato il 18/07/2018

N. 00252/2018 REG.PROV.COLL.
N. 00172/2018 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 172 del 2018, proposto da
l'avvocato Fabio Balducci Romano, in proprio, con domicilio digitale
come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda per L'Assistenza Sanitaria n.5 Friuli Occidentale, in persona
del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso
dall'avvocato Vittorina Colò, con domicilio digitale come da PEC da
Registri di Giustizia;

nei confronti

Dott.Ssa Filomena Polito non costituito in giudizio;

per l'annullamento

- del decreto del Direttore Generale n. 342 del 30.40.2018, di avvio della procedura per l'affidamento del servizio di Data Protection Officer, e dei relativi allegati, ivi compresa la lettera di invito;
- della determinazione dirigenziale n. 983 del 23.5.2018, di approvazione degli atti di gara e aggiudicazione definitiva del servizio di Data Protection Officer alla controinteressata;
- del decreto del Direttore Generale n. 413 del 24.5.2018, recante in oggetto "Designazione del Responsabile della Protezione dei Dati Personali ai sensi dell'art. 37 del Regolamento UE 2016/679";
- di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente, anche non cognito.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda per L'Assistenza Sanitaria n.5 Friuli Occidentale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 4 luglio 2018 il dott. Nicola Bardino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Considerato che:

- il ricorrente impugna il decreto del Direttore generale n. 342 del 30 aprile 2018, di avvio della procedura per l'affidamento del servizio di Data Protection Officer, e dei relativi allegati, ivi compresa la lettera di invito, la determinazione di approvazione degli atti di gara e l'aggiudicazione definitiva del servizio di Data Protection Officer alla controinteressata, nonché il decreto avente ad oggetto la "*designazione*

del Responsabile della Protezione dei Dati Personali ai sensi dell'art. 37 del Regolamento UE 2016/679;

- a fondamento dell'impugnazione proposta, espone che l'Azienda per l'Assistenza Sanitaria n. 5 Friuli Occidentale avviava la procedura selettiva per l'affidamento del servizio di Responsabile per la Protezione dei Dati, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per il prezzo base di euro 100.000,00 oltre IVA;
- precisa che l'Amministrazione si sarebbe determinata ad instaurare la procedura, dopo avere ritenuto necessario *“reclutare le necessarie professionalità”*, avendo *“appurato che il servizio in esame non rientra in gare centralizzate regionali e non è presente nel mercato elettronico della Pubblica Amministrazione”*;
- sulla base di tale premessa è stata quindi attivata la procedura negoziata *“ai sensi dell'art. 36 comma 2 lettera b) del D.L.vo 50/2016, mediante la preventiva consultazione, di almeno 5 operatori economici”* (all. 1) in possesso di significativa esperienza nel settore oggetto dell'affidamento;
- evidenzia che, nello schema di lettera di invito (all. 2), l'Amministrazione individuava, oltre alle specifiche caratteristiche del servizio richiesto, i seguenti requisiti di partecipazione (art. 3):
 - *“documentata formazione consistente nella partecipazione ad almeno n. 1 corso in tema di Regolamento Europeo Privacy”*;
 - *“comprovata esperienza di 3 anni in materia di privacy in ambito sanitario consistente nello svolgimento di funzioni di consulenza e/o verifica/controllo in materia di privacy in ambito sanitario con puntuale indicazione dell'oggetto dell'attività svolta, delle date (inizio e fine) e dei destinatari. Qualora l'esperienza sia riferita ad una ditta, il DPO deve aver ricoperto il ruolo di responsabile/referente dell'attività”*;

- segnala che sarebbe pervenuta un'unica offerta, inoltrata dalla ditta individuale *Compliance officer e data protection*, condotta dalla controinteressata, dott.ssa Filomena Polito, in Cascina (PI), alla quale, con determinazione del 23 maggio 2018, veniva aggiudicato il servizio per il corrispettivo di euro 98.000,00 (IVA esclusa) per dodici mesi, eventualmente prorogabili per ulteriori dodici mesi (all. 3);

- si costituiva l'Amministrazione, contestando, oltre alle censure proposte, la sussistenza, in capo al ricorrente, dell'interesse a proporre l'impugnativa.

Rilevato che:

- tale eccezione è senz'altro infondata, in quanto il ricorrente ha correttamente impugnato l'atto di avvio della procedura di affidamento, censurando la scelta della procedura anche nella parte in cui, specie in ragione delle modalità con le quali è stata posta in essere, gli ha di fatto precluso ogni possibilità di partecipazione;

- in ogni caso, il medesimo ricorrente ha ampiamente dimostrato il possesso dei requisiti necessari per poter prendere parte alla selezione, avendo documentato rilevanti titoli formativi (consistenti, in particolare, nella partecipazione a numerosi corsi in qualità di docente) e lo svolgimento di incarichi professionali, taluni conferiti da un'azienda sanitaria, nel settore pertinente all'affidamento (all. 2 e 3, deposito del 2 luglio 2018).

Rilevato, inoltre, che:

- il ricorso è manifestamente fondato in relazione al primo motivo con il quale viene dedotto: *violazione dell'art. 36, co. 2, lett. b) del d.lgs. 50/2016; violazione delle Linee Guida dell'ANAC n. 4; violazione degli artt. 4 e 30 del d.lgs. 50/2016 e dei principi di libera concorrenza, non*

discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità delle procedure di affidamento;

- l'art. 36, comma 2, lett. b), D. Lgs. n. 50 del 2016 consente alle stazioni appaltanti la facoltà di dare corso alla procedura semplificata nel caso di affidamento di contratti di importo pari o superiore a € 40.000,00 e inferiore a € 150.000,00;

- come testualmente previsto dalla disposizione richiamata, detta procedura negoziata deve essere preceduta dalla *“consultazione, ove esistenti, di almeno dieci operatori economici per i lavori, e, per i servizi e le forniture di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli invit?”*;

- in relazione allo svolgimento di tale attività di consultazione degli operatori economici le Linee Guida ANAC n. 4, approvate con deliberazione 1° marzo 2018, n. 206, precisano che *“la stazione appaltante assicura l'opportuna pubblicità dell'attività di esplorazione del mercato, scegliendo gli strumenti più idonei in ragione della rilevanza del contratto per il settore merceologico di riferimento e della sua contendibilità, da valutare sulla base di parametri non solo economici. A tal fine la stazione appaltante pubblica un avviso sul profilo di committente, nella sezione «amministrazione trasparente» sotto la sezione «bandi e contratti», o ricorre ad altre forme di pubblicità. La durata della pubblicazione è stabilita in ragione della rilevanza del contratto, per un periodo minimo identificabile in quindici giorni, salva la riduzione del suddetto termine per motivate ragioni di urgenza a non meno di cinque giorni?”* (punto 5.1.4);

- nel caso di specie, l'Amministrazione ha omesso di dare corso alla prescritta pubblicazione dell'avviso, adempimento del quale (al di là

- di un generico cenno all'interno della memoria di costituzione - p. 11) non viene fornita prova alcuna;
- come correttamente evidenziato dal ricorrente, neppure sussistono nel caso di specie i presupposti (al di là del laconico riferimento all'urgenza di affidare il servizio) per dare corso all'affidamento diretto, ai sensi dell'art. 63, D. Lgs. n. 50 del 2016;
 - l'Amministrazione non ha neppure indicato quelle ragioni di *“estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice”* che, se sussistenti, avrebbero consentito di derogare agli adempimenti previsti dalla procedura adottata ((art. 63, comma 2, lett. c);
 - la deroga, peraltro, appare del tutto incompatibile con la prevista facoltà di proroga annuale dell'affidamento, dovendosi considerare che l'esenzione dall'obbligo di pubblicazione appare consentita solo *“nella misura strettamente necessaria”* ad affrontare la specifica situazione emergenziale, la quale costituisce la causa ovvero l'occasione dell'affidamento, ciò che precluderebbe la possibilità di disporre un eventuale rinnovo a favore dell'aggiudicatario, allorché le condizioni di urgenza siano inevitabilmente venute meno;
 - in conclusione, la rilevata carenza della prescritta pubblicità dell'avviso rende del tutto inattendibile la procedura di selezione del contraente posta in essere dall'Amministrazione e, nel contempo, si dimostra direttamente lesiva della posizione del ricorrente, avendone illegittimamente precluso la partecipazione, nonostante egli risultasse in possesso dei titoli prescritti;
 - per le considerazioni anzidette, devono dunque essere annullati gli atti di gara oggetto del presente giudizio, potendosi prescindere

dall'esame dei restanti motivi, da dichiararsi assorbiti, in ragione dell'accoglimento del primo profilo di censura;

- le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie ai sensi e per gli effetti di cui in motivazione.

Condanna l'Azienda per L'Assistenza Sanitaria n.5 Friuli Occidentale a rifondere al ricorrente le spese di giudizio, che liquida nella misura di euro 3.000,00, oltre ad imposte e ad oneri se dovuti.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 4 luglio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Oria Settesoldi, Presidente

Manuela Sinigoj, Consigliere

Nicola Bardino, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Nicola Bardino

IL PRESIDENTE
Oria Settesoldi

IL SEGRETARIO