

Publicato il 16/10/2019

N. 02404/2019 REG.PROV.COLL.
N. 01602/2019 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 la Sicilia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1602 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Technoray S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e nella qualità di mandante del costituendo r.t.i. con Carestream Health Italia S.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Marianna Capizzi e Antonio Bivona, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ismett S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Mazzearella e Sonia Cirella, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giuseppe Mazzearella, in Palermo, via Caltanissetta, 1;

Regione Siciliana - Presidenza, Regione Siciliana - Assessorato Regionale delle Infrastrutture e della Mobilità, Regione Siciliana - UREGA - Ufficio Regionale Espletamento Gare Appalti Lavori Pubblici - Palermo, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi *ex lege* dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Palermo, domiciliata in Palermo, via Valerio Villareale, 6;

nei confronti

GE Medical Systems Italia S.p.A., in proprio e nella qualità di mandataria del costituendo r.t.i. con Dedalus S.p.A., rappresentata e difesa, anche disgiuntamente, dagli avv.ti Francesca Romana Correnti e Giovanni Mania, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

ing. Daniela Ruggeri, rappresentata e difesa dall'avvocato Silvano Martella, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento, previa sospensione cautelare,

quanto al ricorso introduttivo:

- della Determina Ismett n. 1150 del 3.6.2019 recante l'aggiudicazione in favore della controinteressata della procedura aperta per la *"Fornitura di un servizio Ris-Pacs in modalità pay per study private SAAS"*;
- del precedente atto Ismett del 12.11.2018 recante la nomina della Commissione di gara;
- della sconosciuta nota UREGA Palermo n. 2189944 del 18.10.2018 in ordine agli esiti del sorteggio dei componenti della Commissione provenienti dall'Albo Regionale degli esperti;
- degli atti con i quali l'UREGA – Sezione Provinciale di Palermo procedeva all'individuazione del componente esterno esperto della

Commissione di gara tratto dalla sottosezione “B2.8” dell’Albo esperti;

- degli sconosciuti atti con i quali l’Amministrazione regionale disponeva l’iscrizione dell’Ingegnere Daniela Ruggeri nella richiamata sottosezione “B2.8”;

- della nota UREGA Centrale prot. n. 58291 del 14.3.2019;

- di tutti i verbali di selezione e di tutte le attività poste in essere dalla Commissione;

- delle attività di verifica dell’anomalia e del successivo verbale congruità del 15.3.2019;

- di qualsiasi ulteriore provvedimento presupposto, connesso e/o consequenziale, nonché per la declaratoria di nullità/inefficacia del Contratto d’appalto se medio tempore stipulato, infine ed ove occorresse, per il risarcimento del danno per equivalente da perdita di chance;

quanto ai motivi aggiunti:

- della determina Ismett n. 1150 del 3.6.2019 recante l’aggiudicazione in favore della controinteressata della procedura aperta per la *“Fornitura di un servizio Ris-Pacs in modalità pay per study private SAAS”*;

- del precedente atto Ismett del 12.11.2018 recante la nomina della Commissione di gara;

- della sconosciuta nota UREGA Palermo n. 2189944 del 18.10.2018 in ordine agli esiti del sorteggio dei componenti della Commissione provenienti dall’Albo Regionale degli esperti;

- degli atti con i quali l’UREGA – Sezione Provinciale di Palermo procedeva all’individuazione del componente esterno esperto della Commissione di gara tratto dalla sottosezione “B2.8” dell’Albo esperti;

- degli sconosciuti atti con i quali l'Amministrazione regionale disponeva l'iscrizione dell'Ingegnere Daniela Ruggeri nella richiamata sottosezione "B2.8";
 - della nota UREGA Centrale prot. n. 58291 del 14.3.2019;
 - di tutti i verbali di selezione e di tutte le attività poste in essere dalla Commissione, in specie nella parte in cui veniva disposta l'ammissione dell'aggiudicataria;
 - delle attività di verifica dell'anomalia e del successivo verbale congruità del 15.3.2019;
 - dell'art. 13 del Disciplinare nella parte infra-indicata;
 - di qualsiasi ulteriore provvedimento presupposto, connesso e/o consequenziale,
- nonché per la declaratoria di nullità/inefficacia del Contratto d'appalto se medio tempore stipulato, infine ed ove occorresse, per il risarcimento del danno.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ismett S.r.l., della Regione Siciliana – Presidenza, dell'Assessorato Regionale delle Infrastrutture e della Mobilità, della Regione Siciliana - Urega - Ufficio Regionale Espletamento Gare Appalti Lavori Pubblici, dell'ing. Daniela Ruggeri e della GE Medical Systems Italia s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 12 settembre 2019 la dott.ssa Raffaella Sara Russo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Con ricorso ritualmente notificato e depositato, Technoray S.r.l. ha impugnato, chiedendone l'annullamento, previa sospensione cautelare, gli atti ed i provvedimenti indicati in epigrafe, denunciando l'illegittimità degli atti della gara indetta da Ismett S.r.l. per la *"Fornitura di un servizio Ris-Pacs in modalità pay per study private SAAS"*.

Ha dedotto, in particolare, l'illegittima composizione della commissione di gara, per ritenuta violazione dell'art. 77, comma 1 d. lgs. n. 50/2016, dell'art. 8, l.r. Sicilia n. 12/2011 e del D.P.R.S. n. 13/2012: in contrasto con le menzionate disposizioni, che stabiliscono che la commissione di gara debba essere composta da *"esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto"*, è stato nominato commissario l'ing. Daniela Ruggeri, privo, in tesi, di idonea esperienza nel settore cui afferisce il contratto; illegittimo sarebbe anche, più a monte, l'atto di iscrizione del detto professionista nella sottosezione *"B2.8 Informatica ed affini"* dell'Albo previsto dall'art. 8, comma 7, L.R. Sicilia n. 12/2011.

Successivamente, con atto notificato il 22 luglio 2019 e depositato il successivo 22 agosto, Technoray s.r.l., a seguito di accesso agli atti di gara, ha proposto motivi aggiunti avverso i medesimi atti già impugnati, chiedendo il loro esame in via prioritaria e solo in subordine l'esame del ricorso introduttivo (il cui accoglimento sarebbe idoneo a travolgere l'intera gara); ha dedotto i seguenti ulteriori vizi:

I. Violazione art. 95, comma 10, Codice Contratti: omessa esposizione del costo del lavoro in seno all'offerta di gara. Violazione dei principi di immutabilità dell'offerta e dei suoi elementi essenziali.

Illegittima modificazione della proposta presentata in gara in fase di verifica dell'anomalia.

II. Violazione principio di certezza e determinatezza dell'offerta di gara. Violazione art. 48, comma 4, nuovo Codice Contratti. Indeterminatezza e genericità dell'offerta.

Si sono costituiti in giudizio Ismett S.r.l., la Regione Siciliana – Presidenza, l'Assessorato Regionale delle Infrastrutture e della Mobilità, la Regione Siciliana - Uregia - Ufficio Regionale Espletamento Gare Appalti Lavori Pubblici, l'ing. Daniela Ruggeri e la GE Medical Systems Italia s.p.a., chiedendo, tutti, il rigetto dell'impugnazione, deducendone l'infondatezza.

La società controinteressata ha anche eccepito l'inammissibilità del ricorso principale, stante che la ricorrente non avrebbe dimostrato che una diversa composizione della commissione avrebbe condotto all'attribuzione di un differente punteggio alle offerte tecniche dei concorrenti; ha, inoltre, contestato l'inammissibilità (*recte*, l'irricevibilità) dei motivi aggiunti: poiché il provvedimento di aggiudicazione definitiva sarebbe stato comunicato il 3 giugno 2019, le doglianze avverso gli atti di gara avrebbero dovuto essere proposte entro i successivi trenta giorni; pertanto, i motivi aggiunti, notificati il 22 luglio 2019, sarebbero irricevibili; né rileverebbe la circostanza che il secondo gravame sia stato proposto solo a seguito (ed in conseguenza) della conoscenza di atti acquisiti in sede di accesso: ciò consentirebbe, al più, secondo l'orientamento citato dalla controinteressata (Consiglio di Stato, Sezione V, 13 agosto 2019 n. 5717) un incremento di dieci giorni del termine per impugnare.

Alla camera di consiglio del 12 settembre 2019, fissata per la trattazione della domanda cautelare, sentite le parti ai sensi dell'art. 60 c.p.a., il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

Tenuto conto della gradazione delle domande effettuata dalla ricorrente, il Collegio preliminarmente prende in esame i motivi aggiunti, di cui deve essere vagliata la tempestività, anche alla luce della sopra richiamata eccezione.

Occorre, a tale proposito, rilevare:

che la stazione appaltante ha comunicato a Technoray s.r.l. l'aggiudicazione definitiva in data 3 giugno 2019 (circostanza affermata dalla controinteressata e non contestata dalla ricorrente);

che la società ricorrente ha avanzato istanza di accesso agli atti di gara in data 12 giugno 2019;

che, l'ISMETT, con nota di riscontro di venerdì 21 giugno 2019, ha accolto l'istanza, dichiarando che i documenti sarebbero stati disponibili dal lunedì al venerdì;

che il martedì successivo, ossia il 25 giugno 2019, la società ricorrente ha effettuato l'accesso, acquisendo la disponibilità dei documenti richiesti;

che i motivi aggiunti sono stati notificati il 22 luglio 2019.

Occorre, dunque, affrontare la generale questione della tempestività dei motivi aggiunti, nelle ipotesi in cui la possibilità di conoscere i contenuti dell'offerta (e prospettare i vizi della relativa valutazione) sia derivata soltanto dall'accesso agli atti.

È noto al collegio l'orientamento giurisprudenziale sorto sotto il vigore dell'art. 79, comma 5, d.lgs. 163/2006 - che dettava una procedimentalizzazione dell'accesso agli atti di gara successivo alla comunicazione dell'aggiudicazione – per il quale:

“ il termine di trenta giorni per l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione non decorre sempre dal momento della comunicazione di cui all'art. 79, comma 5, del d.lgs. 163/2006, ma può essere incrementato di un

numero di giorni pari a quello necessario affinché il soggetto (che si ritenga) leso dall'aggiudicazione possa avere piena conoscenza del contenuto dell'atto e dei relativi profili di illegittimità ove questi non siano oggettivamente evincibili dalla comunicazione (cfr. Cons. Stato, V, n. 592/2017);

- poiché detta disposizione consente la visione ed estrazione di copia dei documenti di gara entro dieci giorni dalla comunicazione, il termine per l'impugnazione può essere prorogato al massimo di dieci giorni rispetto a quello decorrente dalla comunicazione (e deve essere correlativamente ridotto nelle ipotesi in cui, effettuato l'accesso agli atti della gara, la relativa documentazione sia stata resa disponibile in un termine inferiore rispetto a quello di dieci giorni);

- se la parte ha già proposto ricorso avverso l'aggiudicazione, può proporre motivi aggiunti, ai sensi dell'art. 43, cod. proc. amm., nell'ulteriore termine, che può essere al massimo di dieci giorni, per vizi rilevati dagli atti successivamente conosciuti attraverso l'accesso agli atti;" (così Consiglio di Stato sez. III, 6/3/2019, n.1540).

È altresì noto che tale orientamento ha continuato a trovare applicazione anche dopo l'entrata in vigore del vigente codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 50 del 2016 (cfr. Consiglio di Stato sez. V, 13/8/2019, n.5717), il cui art. 76, a differenza del previgente art. 79 del d.lgs n. 163/2006, non prevede una procedimentalizzazione dell'accesso agli atti di gara e dei tempi entro cui tale accesso è consentito.

Ad avviso del Collegio la questione va affrontata alla luce dell'attuale sistema normativo, oltre che dei principi generali in tema di diritto di difesa.

Deve preliminarmente osservarsi che, così per la proposizione di motivi aggiunti come per quella del ricorso introduttivo, non è possibile consentire alla concorrente di procrastinare *ad libitum*

l'accesso e far decorrere poi dal suo concreto esercizio il termine per impugnare gli atti di una pubblica gara; infatti una diversa soluzione, che ammettesse un differimento del termine per impugnare senza precisi limiti temporali, esporrebbe l'azione amministrativa, ispirata soprattutto nel settore dei pubblici appalti ad esigenze di celerità e certezza, all'inconveniente di poter essere in ogni tempo sindacata in sede giurisdizionale semplicemente differendo l'accesso agli atti di gara.

D'altro canto, l'art. 120, co. 5 c.p.a., esplicitamente riferisce il termine di trenta giorni decorrente dalla comunicazione relativa all'aggiudicazione definitiva anche alla proposizione di motivi aggiunti: *“Per l'impugnazione degli atti di cui al presente articolo il ricorso, principale o incidentale e i motivi aggiunti, anche avverso atti diversi da quelli già impugnati, devono essere proposti nel termine di trenta giorni, decorrente, per il ricorso principale e per i motivi aggiunti, dalla ricezione della comunicazione di cui all'articolo 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, o, per i bandi e gli avvisi con cui si indice una gara, autonomamente lesivi, dalla pubblicazione di cui all'articolo 66, comma 8, dello stesso decreto”*.

Una rigida applicazione di tale disposizione (già mitigata dal sopra esposto orientamento giurisprudenziale, che ha dato risalto al dato dell'effettiva conoscenza degli atti di gara), tuttavia, rischierebbe di porsi in contrasto con il diritto di difesa (art. 24 Cost.), che impone di ritenere che la mancata o tardiva ostensione dei documenti di gara da parte dell'amministrazione non possa impedire l'accesso alla tutela giurisdizionale; fermo restando l'onere, per il privato, di attivarsi prontamente, specie nel settore degli appalti pubblici, per accedere ai documenti relativi al provvedimento lesivo.

Il Collegio, dunque, ritiene che la questione possa essere risolta nei seguenti termini.

Il termine di trenta giorni di cui al citato comma 5 opera senza deroghe con riferimento al provvedimento di aggiudicazione definitiva, che il concorrente dovrà impugnare con il ricorso introduttivo; quanto ai motivi aggiunti, con i quali far valere vizi ulteriori degli atti di gara, il termine in questione deve decorrere dalla conoscenza di tali atti, che siano resi disponibili dalla stazione appaltante. Da tale termine, tuttavia, va sottratto il tempo intercorrente tra la conoscenza dell'atto lesivo (provvedimento di aggiudicazione definitiva) e la proposizione dell'istanza di accesso di accesso agli atti: il tempo che il privato abbia impiegato per l'esercizio del diritto di accesso, invero, non può valere quale immotivata proroga del termine di legge.

Nel caso di specie, alla luce dei principi appena esposti, i motivi aggiunti risultano tardivamente proposti: dal termine di trenta giorni decorrente dall'accesso agli atti (intervenuto il 25 giugno 2019), vanno infatti sottratti i nove giorni intercorrenti tra la conoscenza dell'atto lesivo e la proposizione dell'istanza di accesso; i motivi aggiunti, proposti il 22 luglio 2019, sono, dunque, tardivi.

Va comunque rilevato che a non diverse conclusioni si giunge sia dando rigida applicazione al sopra riportato comma 5 del citato art. 120 – che assegna un unico termine di trenta giorni per la proposizione del ricorso principale e dei motivi aggiunti - sia procrastinando tale termine di dieci giorni, come suggerisce anche la più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato.

Passando, ora, all'esame del ricorso principale, deve essere preliminarmente scrutinata l'eccezione di inammissibilità sollevata

dalla società controinteressata, che ha rilevato che non risulta dimostrato che una diversa composizione della commissione avrebbe condotto all'attribuzione di un differente punteggio alle offerte tecniche dei concorrenti.

L'eccezione non merita accoglimento.

La ricorrente, con la proposizione dell'impugnazione principale, tendeva, invero, non al conseguimento dell'aggiudicazione della gara, quanto, piuttosto, al travolgimento della stessa (domanda che qualsiasi concorrente è pacificamente legittimata a proporre). Ne è prova il fatto che, proposti i motivi aggiunti (il cui accoglimento avrebbe comportato l'aggiudicazione della gara in capo alla ricorrente), Technoray s.r.l. ha chiesto che l'esame del ricorso introduttivo venisse subordinato al mancato accoglimento dei motivi aggiunti.

Passando all'esame nel merito dell'impugnazione, ritiene il Collegio che questa non meriti accoglimento.

Secondo un consolidato principio giurisprudenziale, infatti, *“nelle gare pubbliche, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la Commissione aggiudicatrice deve essere composta da esperti nell'area di attività in cui ricade l'oggetto del contratto, ma non necessariamente in tutte e in ciascuna delle materie tecniche e scientifiche o addirittura nelle tematiche alle quali attengono i singoli e specifici aspetti presi in considerazione dalla lex specialis di gara ai fini valutativi; inoltre i dati, in base ai quali ritenere presente una preparazione specifica dei componenti la commissione, possono essere legittimamente costituiti dal possesso del titolo di studio”* (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 20 aprile 2016, n. 1556; 15 settembre 2015, n. 4316; sez.VI, n.6297/2009).

Nel caso in esame, occorre osservare che il commissario la cui nomina è contestata è in possesso di un titolo di studio (laurea in Ingegneria) il cui corso di studi generalmente prevede un esame in informatica.

A ciò va aggiunto che lo stesso commissario ha dichiarato, nella forma di dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà (art. 47 D.P.R. 445/2000), non soltanto di avere tenuto un corso di informatica pratica di 80 ore, ma anche e soprattutto di conoscere i linguaggi di programmazione Java, Visual Basic, QB45, C, C++, Fortran, Cobol, ciò che sicuramente lo rende idoneo alla valutazione delle offerte della gara in questione, relativa a software gestionali e sistemi hardware e software di archiviazione e trasmissione di immagini diagnostiche digitali.

Tenuto conto della complessità e della parziale novità delle questioni affrontate, ritiene il Collegio che le spese di giudizio debbano essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, rigetta il primo e dichiara irricevibili i secondi.

Compensa tra le parti le spese del giudizio.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 12 settembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Nicola Maisano, Presidente FF

Francesco Mulieri, Primo Referendario

Raffaella Sara Russo, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Raffaella Sara Russo

IL PRESIDENTE
Nicola Maisano

IL SEGRETARIO