

Giustizia Amministrativa (<https://www.giustizia-amministrativa.it/>)

Indietro

Publicato il 14/01/2019
N. 00079/2019 REG.PROV.COLL.
N. 00716/2018 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 716 del 2018, proposto da Hospital Consulting S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonio Bivona, Marianna Capizzi, Giovanni Immordino, Giuseppe Immordino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Antonio Bivona in Palermo, via Butera 6;

contro

Regione Sicilia - Assessorato
Economia - Dip.To Bilancio e
Tesoro - Ragioneria Generale -

Centrale Unica di Committenza,
Arnas - Azienda Ospedaliera di
Rilievo Nazionale e Alta
Specializzazione Civico-Di Cristina-
Benfratelli di Palermo, Azienda
Ospedaliera “Ospedali Riuniti Villa
Sofia-Cervello” di Palermo, Azienda
Ospedaliera Universitaria Policlinico
“Paolo Giaccone” - Palermo,
Azienda Sanitaria Provinciale di
Trapani, Azienda Sanitaria
Provinciale di Caltanissetta, Azienda
Sanitaria Provinciale di Enna,
Azienda Sanitaria Provinciale di
Ragusa, Azienda Sanitaria Provinciale
di Siracusa, Azienda Sanitaria
Provinciale di Agrigento, Azienda
Sanitaria Provinciale di Catania,
Azienda Ospedaliera di Rilievo
Nazionale e di Alta Specializzazione
Garibaldi di Catania, Azienda
Ospedaliera per L'Emergenza
Cannizzaro - Catania, Azienda
Sanitaria Provinciale di Messina, Irccs
- Centro Neurolesi Bonino Pulejo -
Messina, Azienda Ospedaliera
Papardo - Messina, Azienda
Ospedaliera Universitaria Policlinico

"G. Martino" - Messina, Azienda Ospedaliera Universitaria "Policlinico - Vittorio Emanuele" - Catania, Azienda Ospedaliera Piemonte - Messina non costituiti in giudizio;
Regione Sicilia - Assessorato dell'Economia, Regione Sicilia - Urega - Ufficio Regionale Espletamento Gare Appalti Lavori Pubblici Palermo, Regione Sicilia - Assessorato delle Infrastrutture e della Mobilità, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale, domiciliata ex lege in Palermo, via Valerio Villareale 6;

nei confronti

Althea Italia S.p.A, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Umberto Ilardo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Palermo, via G. Galilei 9 c/o Avv. n.Bullaro;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del Decreto del Dirigente Responsabile del Servizio n. 254 del 28.2.2018 ed annessa nota di comunicazione del 2.3.2018, con il quale il Servizio CUC della Regione Sicilia disponeva l'aggiudicazione definitiva della procedura aperta in quattro lotti per la “Prestazione dei servizi integrati per la gestione e manutenzione delle apparecchiature elettromedicali per le Aziende Sanitarie ed ospedaliere della Regione Sicilia, mediante convenzione e per la durata di anni 5”;
- della precedente aggiudicazione provvisoria dei Lotti posti in gara;
- del Decreto del Dirigente del Servizio n. 2443 del 21.12.2016 con il quale l'Amministrazione appaltante indicava la procedura di gara per cui è ricorso;
- degli annessi Bando, Disciplinare con allegati e Capitolato Tecnico con allegati;

- della nota prot. n. 4587 dell'1.2.2017 con la quale il Ragioniere Generale della Regione Sicilia individuava l'Avvocato Fabio Damiani quale Presidente della Commissione di gara;
- degli atti con i quali l'UREGA – Sezione Provinciale di Palermo, procedeva all'individuazione dei due componenti esterni della Commissione di gara diversi dal Presidente;
- degli sconosciuti atti con i quali l'Amministrazione regionale ha disposto l'iscrizione del Dottore Domenico Pontillo nella sottosezione B2.12 dell'Albo esperti di cui all'art. 13, comma 1, D.P. Regione Sicilia n. 13/2012;
- del Decreto n. 179 del 20.2.2017 recante la nomina della Commissione giudicatrice;
- ove occorresse, del Decreto n. 1233 del 28.6.2017 di sostituzione di uno dei componenti della Commissione giudicatrice;
- di tutti i verbali di selezione;

- ove occorresse, della nota del Ragioniere Generale della Regione Sicilia prot. n. 60710 del 9.12.2016 recante la nomina a RUP della selezione in contestazione dell'Avvocato Fabio Damiani;
- ove occorresse ancora, del Decreto del Dirigente Responsabile del Servizio dell'Amministrazione appaltante n. 2721 del 15.12.2017, recante avvicendamento nelle funzioni di RUP;
- di qualsiasi ulteriore provvedimento presupposto, connesso e/o consequenziale.

Nonché per la declaratoria di nullità/inefficacia delle eventuali Convenzioni di affidamento dei Lotti posti in gara, se medio tempore stipulate;

- infine, ed ove occorresse, per il risarcimento del danno per equivalente da perdita di chance se per qualsiasi ragione non si ritenesse di dover dichiarare l'inefficacia dei Contratti in ipotesi sottoscritti.

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da TECNOLOGIE SANITARIE S.P.A. il 10\5\2018:

- per l'annullamento dei verbali di gara, ivi compreso in particolare il verbale n. 18 del 18.12.2017, delle valutazioni formulate e dei punteggi assegnati dalla Commissione di gara con riferimento all'offerta tecnica presentata da Hospital Consulting s.p.a. in relazione al Lotto 2 dell'appalto; - nonché di ogni atto e provvedimento con cui la Commissione di gara ha ritenuto di ammettere e di valutare idonea l'offerta tecnica presentata in gara da HC in relazione al Lotto 2 dell'appalto e per l'annullamento di ogni atto e provvedimento presupposto, conseguente e/o connesso, ivi compresi gli atti e provvedimenti con i quali la Commissione di gara ha proceduto all'apertura dell'offerta economica presentata da HC ed ha inserito la concorrente HC nella graduatoria finale relativa al Lotto 2.

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Regione Sicilia - Assessorato dell'Economia e di Regione Sicilia - Urega - Ufficio Regionale Espletamento Gare Appalti Lavori Pubblici Palermo e di Regione Sicilia - Assessorato delle Infrastrutture e della Mobilità e di Althea Italia S.p.A;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Tecnologie Sanitarie S.p.A.;

Vista l'ordinanza cautelare n. 496/2018;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 ottobre 2018 il dott. Roberto Valenti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso introduttivo, la società ricorrente, premesso di aver partecipato alla gara per i lotti n. 2 e

n. 4, contesta la legittimità dell'intera procedura selettiva indetta dalla Regione Siciliana per il conferimento di servizi integrati per la gestione delle apparecchiature elettromedicali a valere per tutte le Aziende del comparto sanitario della Regione Siciliana.

Segnatamente, la società ricorrente impugna: 1) il Decreto del Dirigente Responsabile del Servizio n. 254 del 28.2.2018 ed annessa nota di comunicazione del 2.3.2018 con il quale il Servizio CUC della Regione Sicilia disponeva l'aggiudicazione definitiva; 2) la precedente aggiudicazione provvisoria; 3) il Decreto del Dirigente del Servizio n. 2443 del 21/12/2016 di indizione della procedura di gara e dei relativi annessi al Bando (disciplinare e capitolato tecnico); 4) il provvedimento prot. 4587 del'01/02/2017 di individuazione dell'Avv. Fabio Damiani quale Presidente della Commissione di gara; 5) i provvedimenti con cui l'UREGA – Sez. Prov. Di Palermo- ha

provveduto ad individuare i due componenti esterni della Commissione diversi dal Presidente;

6) gli atti con cui l'Amministrazione regionale ha provveduto ad iscrivere il Dr. Domenico Pontillo nella sottosezione B2.12 dell'Albo degli Esperti di cui all'art. 13, comma 1, D.P. regione Siciliana n. 13/2012; 7) il Decreto n. 179 del 20/2/2017 di nomina della Commissione giudicatrice; 8) ove occorresse, il Decreto 1233 del 28/6/2017 di sostituzione di uno dei componenti della Commissione; di tutti i verbali di selezione, della nota n. 60710 del 9/12/2016 di nomina del R.U.P. nella persona dell'Avv. Fabio Damiani; della nota n. 2721 del 15/12/2017 di avvicendamento del R.U.P.; di ogni ulteriore atto presupposto connesso e conseguente.

Chiede l'annullamento degli atti impugnati, nonché la declaratoria di inefficacia/nullità delle eventuali convenzioni di affidamento dei lotti

ove nelle more stipulati; nonché il risarcimento del danno per equivalente per perdita di chances.

Premette parte ricorrente che la procedura di gara riguarda l'affidamento per cinque anni, per una base d'asta di € 202.400.318,17, i servizi integrati per la gestione delle apparecchiature elettromedicali a valere per tutte le Aziende del comparto regionale sanità.

Ad avviso di parte l'iter selettivo avrebbe dovuto essere espletato da una Commissione in grado di garantire i più elevati *standards* di professionalità per quanto riguarda lo specifico settore oggetto di appalto: diversamente, nella prospettazione di parte, la Commissione giudicatrice è risultata carente delle professionalità necessarie alla valutazione delle proposte, siccome composta inizialmente da due Avvocati ed un Geologo. In seguito, causa la rinuncia dell'Avvocato esperto in materie giuridiche, la Commissione è risultata composta da un Avvocato

(Presidente di Commissione), un Geologo ed un Dottore Commercialista.

Per altro, mercé il provvedimento prot. 60710 del 9/12/2016, il Ragioniere Generale della Regione Sicilia conferiva all'Avvocato Fabio Damiani, nella qualità di Dirigente Responsabile della CUC, l'incarico di RUP per l'espletamento della gara regionale dei servizi integrati di gestione e manutenzione delle apparecchiature elettromedicali che, a sua volta, con decreto 2443 del 21/12/2016, indicava la *“Gara telematica regionale, mediante convenzione, per la prestazione dei servizi integrati per la gestione e manutenzione delle apparecchiature elettromedicali, per le Aziende Sanitarie ed Ospedaliere della regione Sicilia, articolata in 4 lotti territoriali, da espletare mediante procedura aperta, ai sensi dell'art. 60 de D.Lgs. n. 50/2016, per un importo complessivo quinquennale a base d'asta pari ad Euro 202.400.318,17 di cui Euro 127.500,00 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso, oltre IVA”*, da aggiudicarsi con il

criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, contestualmente approvando la relativa *lex specialis*. La gara veniva articolata in 4 diversi lotti.

Il ricorso è affidato alle seguenti censure:

- 1)- violazione dell'art. 77 comma 4 D.Lgs. 50/2016, violazione del principio c.d. "*virgin mind*", eccesso di potere;
- 2)- violazione dell'art. 77 comma 4 D.Lgs. 50/2016 sotto altro profilo; violazione delle Linee guida ANAC n. 3/2016 nella versione riferita al testo originario dell'art. 77 comma 4 D.Lgs. 50/2016; violazione del principio di nomina del RUP quale membro della Commissione; eccesso di potere;
- 3)- violazione dell'art. 77, comma 1, D.Lgs. 50/2016, eccesso di potere, violazione del principio della specifica competenza della Commissione di gara.

Resiste l'Avvocatura distrettuale dello Stato per l'Amministrazione intimata.

Resistono altresì la controinteressata Althea Italia S.p.A., prospettando profili di inammissibilità del ricorso (con riferimento in primo luogo ai lotti nn. 1 e 3, cui non ha partecipato parte ricorrente, sia per con riferimento a tutti i lotti, per mancata prova di ottenere una qualche utilità dall'annullamento degli atti) e di irricevibilità per tardività rispetto ai provvedimenti di nomina della Commissione; contestando nel merito le singole censure, alcune delle quali risulterebbero inammissibili.

Resiste altresì Tecnologie Sanitarie S.p.A., eccependo l'inammissibilità del ricorso per violazione dell'art. 120, comma 11-bis c.p.a., considerato che parte ricorrente, pur avendo partecipato alla gara per i soli lotti 2 e 4, ha inteso impugnare anche il risultato dei lotti n. 1 e 3, rispetto ai quali risulterebbe un profilo di inammissibilità (ulteriore) per difetto di interesse; nonché per mancanza di prova di resistenza.

Sempre Tecnologie Sanitarie S.p.A. ha quindi interposto ricorso incidentale, al fine di determinare il difetto di interesse della ricorrente principale, impugnando gli atti di gara nella parte in cui la Commissione ha ritenuto di ammettere e di valutare idonea l'offerta tecnica presentata dalla ricorrente Hospital Consulting in relazione al lotto 2.

Con ordinanza n. 496/2018 è stata fissata la pubblica udienza di trattazione, in prossimità della quale le parti hanno prodotto memorie conclusive e di replica.

Alla pubblica udienza del 25 ottobre 2018 la causa è stata posta in decisione, presenti i procuratori delle parti, come da verbale.

Preliminarmente, ritiene il Collegio di dover vagliare le eccezioni in rito formulate dalle controparti.

Le eccezioni vanno disattese per le considerazioni che seguono.

In primo luogo, quanto alla prospettata inammissibilità per violazione dell'art. 120, comma 11-*bis*, c.p.a., osserva il Collegio che nel caso

in esame la procedura di gara era unica ed articolata in quattro differenti lotti, aggiudicati con il medesimo provvedimento ancorché riferiti, appunto, a lotti differenti. Nel caso in esame, quindi, come controdedotto dalla parte ricorrente, il ricorso cumulativo è ammissibile perché mira a contestare medesimi profili di illegittimità che, in specie, attengono alla composizione dell'unica Commissione aggiudicatrice dell'intera procedura di gara, non rilevando in specie il precedente del T.A.R. Lazio n. 9641/2018, citato dalla resistente Tecnologie Sanitarie S.p.A., atteso che –come puntualmente dedotto da parte ricorrente con l'ultima memoria di replica- con quella pronuncia il T.A.R. capitolino ha ritenuto di dover pronunciare l'inammissibilità del ricorso proprio in ragione dell'impugnazione con un unico mezzo degli esiti di procedure di evidenza pubblica del tutto distinte. Nel caso in esame, diversamente, si è in presenza (come da espressa

previsione dell'art. 2 del Disciplinare di gara) di gara unica suddivisa in più Lotti, congiuntamente aggiudicati con unico atto (l'impugnato Decreto D.A.S. n. 254 del 28.2.2018).

Anche l'ulteriore eccezione di inammissibilità del ricorso rispetto ai lotti n. 1 e n. 3, cui parte ricorrente non ha partecipato, è priva di consistenza e va disattesa proprio in ragione delle considerazioni sopra esposte, venendo in contestazione atti prodromici relativi alla composizione dell'unica commissione che ha giudicato le offerte di tutti i differenti lotti nel contesto dell'unica procedura di gara bandita. Sul piano processuale, avrebbe infatti prestato il fianco ad opposte eccezioni di inammissibilità la scelta di limitare l'impugnazione ai soli lotti n. 1 e n. 3, a fronte della prospettata illegittimità di atti prodromici valevoli per tutti e quattro i lotti in cui era articolata l'unica procedura di gara.

Quanto alla eccezione relativa alla mancanza di prova di resistenza, ritiene il Collegio di poter aderire alle

controdeduzioni formulate da parte ricorrente, attesa, come già evidenziata, la natura delle censure volte a contestare *funditus* la legittimità dell'intera procedura di gara a causa della ritenuta errata composizione della Commissione, con conseguente interesse strumentale della parte, *ex se* ricavabile alla rinnovazione dell'intera procedura di evidenza pubblica: la riedizione della gara risulta circostanza certamente idonea a restituire alla parte l'opportunità di ottenere il bene della vita conteso, così da configurare in capo alla stessa ricorrente una aspettativa di tipo "strumentale", positivamente apprezzabile, in termini di attualità e concretezza, ai fini del favorevole scrutinio di ammissibilità della domanda. Il Consiglio di Stato (sez. III, Sentenza 16.4.2018, n. 2258), opportunamente richiamato dalla parte ricorrente a confutazione dell'eccezione, ha già avuto modo di osservare che:

- “(...) *allorché le censure proposte sono dirette ad ottenere l’annullamento dell’intera procedura e non il conseguimento di una immediata collocazione utile nella graduatoria impugnata, non sussiste in capo al deducente l’onere di fornire alcuna prova di resistenza (si vedano, in tal senso, Cons. Stato, sez. III, 2.3.2018, n. 1312 e 5 marzo 2018, n. 1335; Id., sez. VI, 1.4.2016, n. 1288);*

- “(...) *l’utilitas che in ipotesi siffatte la parte ricorrente in giudizio può ritrarre è quella, già evidenziata, della rinnovazione della gara, interesse strumentale che la Corte di Giustizia UE riconosce, nelle controversie relative all’aggiudicazione di appalti pubblici, come meritevole di tutela per esigenze di effettività (cfr. sentenza Puligienica, Corte di giustizia Ue, grande sezione, 5 aprile 2016, C-689/13)”.*

Anche l’eccezione sulla ritenuta tardività del ricorso è da disattendere.

Ed invero, l’atto di nomina della Commissione, al pari degli atti da questa compiuti nel corso del procedimento, non produce di per sé un effetto lesivo immediato, e comunque tale da implicare l’onere

dell'immediata impugnazione nel prescritto termine decadenziale. Secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato (Sezione III, Sentenza 11.5.2018, n. 2835), anche in tale caso puntualmente invocata a confutazione dell'eccezione da parte ricorrente, *“La nomina dei componenti della Commissione può essere impugnata dal partecipante alla selezione, che la ritenga illegittima solo nel momento in cui, con l'approvazione delle operazioni concorsuali, si esaurisce il relativo procedimento amministrativo e diviene compiutamente riscontrabile la lesione della sfera giuridica dell'interessato (cfr. “infra multis” Consiglio di Stato sez. V 16 gennaio 2015 n. 92)”*; (in termini cfr. anche C.d.S. Sez. III. 16 aprile 2018, n. 2257).

Ciò posto, ritiene il Collegio di dover procedere preliminarmente allo scrutinio del ricorso introduttivo considerato che il ricorso incidentale (con cui si contesta, invero, unicamente il profilo del punteggio attribuito alla ricorrente principale) non ha natura paralizzante rispetto all'interesse primario di parte

ricorrente volto sostanzialmente all'annullamento dell'intera gara, per illegittima composizione della Commissione di Gara, e alla sua riedizione. Il Collegio ritiene di poter aderire alla prospettazione di parte ricorrente che, a sostegno della necessità del preventivo scrutinio del ricorso principale "caducante", richiama l'arresto giurisprudenziale dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 11.5.2018, n. 6 con cui il massimo consesso della Giustizia Amministrativa ha sottoposto la questione alla Corte di Giustizia delle UE.

Procedendo con ordine, il primo ed il secondo motivo del ricorso principale sono da disattendere.

Con le predette doglianze, parte ricorrente pone in rilievo la prospettata incompatibilità tra la figura di RUP e di Presidente della Commissione di Gara rivestite, entrambe, dall'Avv. F. Damiani, Dirigente Responsabile del Servizio Centrale Unica di Committenza (sino alla sostituzione del RUP effettuata

con DAS n. 2721 del 15/12/2017), il quale era stato in precedenza posto (Decreto Ragioniere Generale della Sicilia n. 657 del 26.5.2016) in posizione di comando, per anni due, con funzioni di Dirigente responsabile del Servizio 6 “Centrale Unica di Committenza” al fine di “sovrintendere all’espletamento dei compiti propri della Centrale”.

Parte ricorrente richiama a tal fine il comma 4 dell’art. 77 D.Lgs. 5072016 che, in tesi di parte, ampliando il contenuto precettivo della previgente norma di cui all’art. 84 comma 4 del vecchio “codice degli Appalti” (D.Lgs. 163/2006), oggi imporrebbe che tutti “I commissari non devono aver svolto nè possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta”.

Ad avviso di parte ricorrente, gli atti di gara, e segnatamente il Bando ed il Disciplinare, “risultano predisposti

direttamente dall'Avvocato Damiani", poi nominato Presidente della Commissione di gara.

Con la seconda censura, la violazione dell'art. 77 comma 4 del D.Lgs. 50/2016 viene censurata, unitamente alla violazione delle Linee-guida n. 2/2016 dell'ANAC (come riferita al testo originario della norma di legge qui in rilievo) in considerazione della nomina del RUP, Avv. F. Damiani, quale membro della Commissione di gara.

Premesso quanto dedotto dalle contro interessate sulla mancata prova che l'Avv. Fabio Damiani abbia personalmente redatto o comunque partecipato effettivamente alla redazione del Bando del Disciplinare di gara, avendo -in tesi dei resistenti- unicamente apposto la firma ad atti del proprio ufficio, si osserva comunque quanto segue sul quadro normativo di riferimento applicabile in specie.

È noto che il nuovo codice degli appalti, D.Lgs. 50/2016, sia stato recepito in Sicilia mercé l'art. 24 della

legge regionale 17 maggio 2016, n. 8 che, nel sostituire la pregressa normativa di cui all'art. 1 a legge regionale 12 luglio 2011, n. 12, ha previsto che *“A decorrere dall'entrata in vigore del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, si applicano nel territorio della Regione le disposizioni in esso contenute e le successive modifiche ed integrazioni nonchè i relativi provvedimenti di attuazione, fatte comunque salve le diverse disposizioni introdotte dalla presente legge”*. Il successivo comma 3 dello stesso art. 24 L.R. 8/2016 ha inoltre previsto, nella sua originaria stesura, che la disciplina dell'art. 8 della L.R. 12/2011 (relativa alla composizione delle commissioni di gara) si applica *“con i limiti temporali stabiliti dall'articolo 77, comma 12, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50”*. Detta norma è stata tuttavia sostituita dall'art. 2 della L.R. 26 gennaio 2017, n. 1: oggi il comma 3 dell'art. 24 L.R. 6/2016 prevede quindi che *“Le disposizioni di cui all'articolo 8 della legge regionale 12 luglio 2011, n. 12, per l'affidamento di appalti di servizi o forniture, si applicano*

sino alla concreta attivazione dell'albo prevista dall'articolo 78 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50”.

Da quanto precede, quindi, è indubbio che nella questione qui in rilievo trovi applicazione, ai fini della composizione della Commissione di gara, l'art. 8 della legge regionale n. 12/2011, ai sensi del quale comma 3) “La commissione è presieduta di norma da un dirigente della stazione appaltante e, in caso di mancanza in organico, da un funzionario della stazione appaltante incaricato di funzioni apicali, nominato dall'organo competente”. Il successivo comma 4 dello stesso articolo 8 L.R. 12/2011, con disposizione sostanzialmente analoga a quella vigente in ambito nazionale ex art. 84 D.Lgs. 163/2006, stabilisce che “*I commissari diversi dal presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta*”, prevedendosi nei commi successivi (coma 6) le modalità di scelta dei componenti esterni.

Correttamente quindi l'Amministrazione ha proceduto ad individuare il Presidente della Commissione in un Dirigente interno allo stesso Ufficio. Per altro, come osservato dalla controinteressata Tecnologie Sanitarie S.p.A., il comma 12 dell'art. 216 D.Lgs. 50/2016 prevede che *“Fino alla adozione della disciplina in materia di iscrizione all'Albo di cui all'articolo 78, la commissione giudicatrice continua ad essere nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante”*.

Coerentemente, quindi, il disciplinare di gara, all'art. 11, ha previsto che *“l'aggiudicazione è demandata ad una commissione istituita ai sensi dell'art.77 del D.Lgs.50/2016 in atto correlato alla legge regionale 12/2011, nelle more dell'istituzione dell'albo presso l'Anac, fatto salvo l'emanaazione di detto albo prima della pubblicazione della presente procedura,*

poiché in tal caso verrà applicato esclusivamente il citato art. 77 del D.Lgs.50/16”.

Analoghe considerazioni valgono altresì in relazione alla contestazione della ravvisata incompatibilità del Presidente della Commissione di Gara che ha svolto altresì il ruolo di RUP.

Oltre a quanto sopra evidenziato, appare utile poter richiamare la recentissima sentenza del Consiglio di Stato, Sez. Terza, 26/10/2018 n. 6082 per la cui valutazione il Collegio ha ritenuto di riconvocare la Camera di consiglio per la data del 14 novembre 2018.

La questione dedotta con il relativo appello atteneva dedotta incompatibilità del Dirigente della CUC incaricato della redazione del bando di gara con la qualità anche di Presidente della Commissione aggiudicatrice: incompatibilità esclusa in concreto dal T.A.R. Bolognese (Sez. II, sent. 00227/2018) e riproposto come motivo di impugnazione in sede di appello.

Nella sentenza di primo grado, il T.A.R. dell'Emilia Romagna aveva per un verso evidenziato che l'art. 77 del nuovo codice dei contratti sia applicabile esclusivamente “a regime”, cioè a seguito della istituzione dell'albo nazionale di Commissari di gara: di tal guisa che, nella fase intertemporale, non è ravvisabile alcuna incompatibilità tra i ruoli di Presidente della Commissione e di RUP o di soggetto aggiudicatore, a meno che non venga dimostrata in concreto una specifica interferenza tra le due funzioni.

Ebbene, il Consiglio di Stato ha evidenziato:

-che l'art. 77 comma 4 del d.lgs. 50/2016 nella sua versione originaria (applicabile *ratione temporis* alla vicenda) disponeva che “*I commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta*”;

-con la modifica introdotta in sede di correttivo dall'art. 46, comma 1, lett. d) del D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56, il

predetto comma 4 dell'art. 77 cit. è stato arricchito di un addendum ai sensi del quale *“nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura”*.

Il Consiglio di Stato ha riassunto le posizioni contrastanti della giurisprudenza amministrativa.

Secondo un primo orientamento, la portata innovativa dell'art. 77, nella sua formulazione originaria, muoveva dalla scelta di introdurre una chiara incompatibilità per tutti i componenti della Commissione di gara, ed in quanto tale era di immediata applicazione, non essendo condizionata alla effettiva istituzione dell'albo dei commissari previsto dall'art. 77, comma 2 D.Lgs. 50/2016 (in tal senso T.A.R. Latina, sez. I, 23 maggio 2017, n. 325; T.A.R. Brescia sez. II, 4 novembre 2017, n. 1306). Ed in tal senso si era orientato anche l'ANAC nel primo schema delle Linee guida n. 3. Tuttavia il predetto indirizzo dell'ANAC è mutato nel testo definitivo delle Linee Guida (poi approvate con determinazione

dell'ANAC n. 1096 del 26 ottobre 2016): testo rielaborato, alla luce del parere del Consiglio di Stato n. 1767/2016, nel senso che *"Il ruolo di RUP è, di regola, incompatibile con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice (art. 77, comma 4 del Codice), ferme restando le acquisizioni giurisprudenziali in materia di possibile coincidenza"* (punto 2.2., ultimo periodo).

Il Consiglio di Stato dà atto altresì dell'altro indirizzo giurisprudenziale che, diversamente, ha interpretato l'art. 77 comma 4 D.Lgs. 50/2016 in continuità con l'indirizzo formatosi sul previgente codice con particolare riferimento all'art. 84 D.Lgs. 163/2006: secondo tale indirizzo, nelle procedure di evidenza pubblica, il ruolo di RUP può coincidere con le funzioni di commissario di gara e di Presidente della commissione giudicatrice, a meno che non sussista la concreta dimostrazione dell'incompatibilità tra i due ruoli, desumibile da una qualche comprovata ragione di interferenza e

di condizionamento tra gli stessi (in tal senso cfr. T.A.R. Veneto, sez. I, 7 luglio 2017, n. 660; T.A.R. Lecce, sez. I, 12 gennaio 2018, n. 24; T.A.R. Bologna, sez. II, 25 gennaio 2018, n. 87; T.A.R. Umbria, sez. I, 30 marzo 2018, n. 192).

Ebbene, il Consiglio di Stato, con la predetta sentenza, ha aderito a questo secondo indirizzo giurisprudenziale, dubitando per altro che lo stesso art. 77 comma 4 D.Lgs. 50/2016, anche nella sua versione antecedente al correttivo, potesse essere interpretato nel senso di precludere al RUP la partecipazione alla Commissione. Tale interpretazione e lettura della norma non aveva infatti avuto l'avallo dello stesso Consiglio di Stato sin dal parere n. 1767, del 2 agosto 2016, reso ad ANAC sullo schema di Linee Guida n. 3, nel quale la Commissione speciale aveva così censurato l'impostazione espressa nel documento all'esame: *"...la disposizione che in tal modo viene interpretata (e in maniera estremamente restrittiva) è in larga parte coincidente con l'articolo 84, comma 4*

del previgente 'Codice' in relazione al quale la giurisprudenza di questo Consiglio aveva tenuto un approccio interpretativo di minor rigore, escludendo forme di automatica incompatibilità a carico del RUP, quali quelle che le linee-guida in esame intendono reintrodurre (sul punto ex multis: Cons. Stato, V, n. 1565/2015). Pertanto, non sembra condivisibile che le linee-guida costituiscano lo strumento per revocare in dubbio (e in via amministrativa) le acquisizioni giurisprudenziali...”.

L'addendum normativo introdotto al comma 4 dell'art. 77 D.Lgs. 50/2016 è preso in considerazione dal Consiglio di Stato per avvalorare l'analisi esegetica: “*Sembra difficile negare che il correttivo normativo introdotto nel 2017 abbia svolto una funzione di ausilio ad una esegesi della disposizione che era già emersa alla luce della prima versione dell'art. 77*”. E nei predetti termini, la stessa ANAC, con il parere di cui alla deliberazione n. 193 /2018, –proprio con riguardo ad una fattispecie riconducibile alla prima versione dell'art. 77 comma 4 D.Lgs. 50/2016 - ha chiarito che “*al fine di evitare forme*

di automatica incompatibilità a carico del RUP, l'eventuale situazione di incompatibilità, con riferimento alla funzione di commissario di gara e Presidente della commissione giudicatrice, deve essere valutata in concreto dalla stazione appaltante verificando la capacità di incidere sul processo formativo della volontà tesa alla valutazione delle offerte, potendone condizionare l'esito" (e nello stesso senso si pone la precedente delibera ANAC n. 436 del 27 aprile 2017).

Il Consiglio di Stato ha, quindi, dato seguito all'impostazione secondo la quale non può essere ravvisata nessuna automatica incompatibilità tra le funzioni di RUP e quelle di componente della commissione giudicatrice; a meno che essa - nell'ottica di una lettura dell'art. 77 comma 4 del d.lgs. n. 50/2016 che si ponga in continuità con l'indirizzo interpretativo formatosi sul comma 4 dell'art. 84 del previgente d.lgs. n. 163/2006 (cfr., ex multis, Cons. Stato, sez. III, 18.1.2018, n. 695) - non venga dimostrata in concreto.

Ed a tal fine, il Consiglio precisa

(punto 2.8 della citata sentenza) che:

«- la garanzia di trasparenza ed imparzialità nella conduzione della gara impedisce la presenza nella commissione di gara di soggetti che abbiano svolto un'attività idonea a interferire con il giudizio di merito sull'appalto di che trattasi (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 21.7.2011, n. 4438, parere n. 46 del 21 marzo 2012);

- la situazione di incompatibilità deve ricavarsi dal dato sostanziale della concreta partecipazione alla redazione degli atti di gara, al di là del profilo formale della sottoscrizione o mancata sottoscrizione degli stessi e indipendentemente dal fatto che il soggetto in questione sia il funzionario responsabile dell'ufficio competente (Cons. Stato, sez. V, 28.4.2014, n. 2191);

- per predisposizione materiale della legge di gara deve quindi intendersi “non già un qualsiasi apporto al procedimento di approvazione dello stesso, quanto piuttosto una effettiva e concreta capacità di definirne autonomamente il contenuto, con valore univocamente vincolante per l'amministrazione ai fini della valutazione delle offerte, così che in definitiva il suo contenuto prescrittivo sia riferibile

esclusivamente al funzionario” (Cons. Stato, sez. V, 22.1.2015, n. 255 e 23.3.2015, n. 1565);

- ad integrare la prova richiesta, non è sufficiente il mero sospetto di una possibile situazione di incompatibilità, dovendo l’art. 84, comma 4, essere interpretato in senso restrittivo, in quanto disposizione limitativa delle funzioni proprie dei funzionari dell’amministrazione (Cons. Stato, sez. V, 22.1.2015, n. 255);

- detto onere della prova grava sulla parte che deduce la condizione di incompatibilità (cfr. Cons. Stato, sez. V, 25.1.2016, n. 242 e 23.3.2017, n. 1320; Id., sez. III, 22.1.2015, n. 226);

- in ogni caso, la predetta incompatibilità non può desumersi ex se dall’appartenenza del funzionario - componente della Commissione, alla struttura organizzativa preposta, nella fase preliminare di preparazione degli atti di gara e nella successiva fase di gestione, all’appalto stesso (cfr. T.A.R. Lazio, sez. III, 6.5.2014, n. 4728; T.A.R. Lecce, sez. III, 7.1.2015, n. 32).»

Nel caso qui in esame, come sopra già evidenziato, parte ricorrente ha limitato le proprie deduzioni unicamente in relazione al dato formale della presenza, quale Presidente della Commissione di Gara, dell'Avv. F. Damiani, Dirigente della stessa CUC che aveva al contempo svolto il ruolo di RUP. Sicché, al pari di quanto precisato dal Consiglio di Stato nella richiamata decisione parte ricorrente “ *... non ha specificato le ragioni effettive di siffatta asserita incompatibilità, ossia come e quando si sia concretata l'attività idonea ad interferire con il giudizio di merito sull'affidamento, come tale attività abbia inciso sul processo formativo della volontà che conduce alla valutazione delle offerte e come ne sia stato conseguentemente condizionato l'esito*”.

La relativa doglianza, quindi, risulta infondata.

Passando all'esame della terza ed ultima censura, va preliminarmente deliberata l'eccezione sollevata dalla controinteressata Tecnologie Sanitarie S.p.A. (cfr. memoria del

08/10/2018) sulla improcedibilità e/o inammissibilità della stessa, anche avendo riguardo alla omessa notifica del ricorso al controinteressato Domenico Pontillo.

Sotto detto limitato profilo l'eccezione di controparte merita condivisione per le considerazioni che seguono.

Se, per un verso, risulta condivisibile, sul piano generale, quanto sostenuto da parte ricorrente sulla non necessarietà della intimazione del ricorso ai componenti della Commissione di gara (cfr. Consiglio di Stato, sent. 2484/2018), nel caso in esame, tuttavia, parte ricorrente chiede l'annullamento *“degli sconosciuti atti con i quali l'Amministrazione regionale ha disposto l'iscrizione del Dottore Domenico Pontillo nella sottosezione B2.12 dell'Albo esperti di cui all'art. 13, comma 1, D.P. Regione Sicilia n. 13/2012”*. Rispetto a tali (presupposti) provvedimenti è indubbia la posizione di effettivo controinteressato del Dr. Domenico Pontillo, che avrebbe dovuto essere

ritualmente intimato con il presente ricorso. In assenza della rituale intimazione dell'unico effettivo controinteressato, per detta parte il ricorso e la relativa censura risultano inammissibili.

Tuttavia, ciò non impedisce alla parte ricorrente di contestare comunque, con la restante parte della medesima censura qui in scrutinio, l'illegittimità della composizione delle Commissioni di gara sotto speculare profilo comunque connesso alla ritenuta assenza di competenza, rispetto all'oggetto della gara, dei componenti della Commissione di valutazione.

Ed invero, dal combinato dell'art. 77 D.Lgs 50/2016 e dell'art. 8 l.r. 12/2011 (applicabile, ex comma 3 dell'art. 24 L.R. 6/2016, fintantoché non sarà istituita l'Albo previsto dall'articolo 78 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50) si ricava che nel caso di aggiudicazione della gara secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, come nel caso in esame, la

Commissione giudicatrice deve essere composta, in maggioranza, da “*esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto*” (comma 2 art. 8 cit.), ossia da componenti che per il titolo di studio conseguito e/o per le esperienze professionali precedentemente maturate, sono dotati di competenza tecnica adeguata alla peculiarità del settore interessato dall'appalto in considerazione.

Detta regola costituisce il portato dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, dai quali le singole Amministrazioni appaltanti non possono prescindere: sia in fase di formazione degli elenchi di esperti, sia nella successiva fase di nomina delle commissioni giudicatrici.

Secondo quanto previsto dall'art. 8 L.R. 12/2011, la Commissione viene nominata dalla Stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto (comma 2) e deve essere composta da un numero dispari di componenti

“esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto, di cui uno esperto in materie giuridiche” (sempre comma 2 art. 8 cit.).

Inoltre ed al fine di assicurare condizioni di massima trasparenza nell'espletamento delle procedure, i commissari diversi dal presidente sono scelti (comma 6) mediante sorteggio pubblico effettuato dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte, fra gli esperti iscritti all'albo di cui al comma 7.

Ad avviso del Collegio, una lettura costituzionalmente orientata della norma qui in rilievo, rispettosa dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento della Pubblica Amministrazione, postula che all'Amministrazione procedente non sia sottratto il potere-dovere di verificare in concreto, anche a valle del “*sorteggio*” operato dall'UREGA, il possesso della specifica competenza, rispetto all'oggetto del contratto, del Commissario esterno – diverso dal

Presidente – che è chiamato a comporre (nella predetta qualità) la Commissione di gara.

Nel caso in cui la stessa P.A., in relazione alla natura e complessità dell'oggetto della gara, ritenga che il nominativo sorteggiato non risulti un esperto nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto, è tenuta – anche in via di autotutela – ad adottare le determinazioni di competenza in ordine al provvedimento di nomina della commissione giudicatrice foriere di profili di illegittimità - a valle - di tutte le operazioni di valutazione delle offerte e del provvedimento di aggiudicazione definitiva dell'appalto.

Nel caso qui in esame, afferente ad una procedura di gara a rilevanza regionale per prestazione di servizi integrati di gestione e manutenzione delle apparecchiature elettromedicali per tutte le Aziende sanitarie/ospedaliere della Sicilia, la Commissione risulta composta da tre membri tra cui un Avvocato, nella qualità di Presidente, un altro

avvocato e un da un geologo quali esperti esterni, cui è stata affidata una valutazione delle offerte tecniche di non trascurabile complessità proprio perché afferenti ad apparecchiature elettromedicali. Nello specifico, con riferimento alla posizione del Dr. Geologo Domenico Pontillo, la professionalità posseduta da quest'ultimo appare, *ictu oculi*, non adeguata rispetto al settore cui si riferisce l'appalto in questione, senza che possano assumere dirimente rilievo le pregresse partecipazioni del medesimo Dr. Pontillo, quale componente esterno sorteggiato, in altre commissioni relative a gare (ma) più circoscritte in ambito sanitario.

Sotto detto profilo opportunamente parte ricorrente richiama, a sostegno della censura, l'orientamento recentissimo di questo T.A.R. per la Sicilia che, ancorché espresso in sede cautelare (ord. Sez. II, 21 settembre 2018, n. 867), ha trovato l'avallo del giudice di seconde cure, che, con ordinanza della Sez. Giurisdizionale del C.G.A., 19 ottobre 2018 n. n. 701,

ha ritenuto illegittima la composizione della commissione di gara sul rilievo che « ... *la professionalità propria di uno dei due membri tecnici della commissione risulta effettivamente non coerente con lo “specifico settore cui afferisce l’oggetto del contratto”, che è connotato dalla estrema complessità tecnica dell’apparato diagnostico da fornire, e, d’altra parte, non è stato fatto nemmeno constare che il medesimo avesse già acquisito significative esperienze nella partecipazione a gare vertenti su oggetti simili* ».

Nei termini predetti, quindi, la censura in esame è fondata e va accolta risultando che la Commissione nominata per la gara in parola non era costituita, in maggioranza, da componenti dotati di specifica professionalità connessa all’oggetto della gara.

Dalla fondatezza della doglianza discende, in conseguenza, l’accoglimento del ricorso con conseguente annullamento, per quanto di ragione, dei provvedimenti

impugnati con l'ulteriore travolgimento delle Convenzioni di affidamento dei Lotti posti in gara.

Il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata, oltre che improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse (stante l'effetto caducante della intera gara connesso alla sopra riferita illegittima composizione della commissione di Gara), risulta comunque infondato per le considerazioni che seguono.

In primo luogo occorre rimarcare che con il ricorso incidentale la controinteressata pone, essenzialmente, ed in disparte la prima censura "latamente" prospettata come escludente, questioni che attengono invero al mero punteggio assegnato alla ricorrente principale.

Quanto alle singole questioni, il Collegio osserva che:

1)-sulla prima doglianza: come dedotto dalla ricorrente principale, ai sensi dell'art. 7 del Capitolato Speciale di Appalto, il previsto organigramma riguarda la fase non

già selettiva della procedura di gara, quanto piuttosto quella “esecutiva”, siccome rivolta all’”impresa aggiudicataria”; in ogni caso dalla documentazione versata in atti (produzione del 3 ottobre 2018), e non oggetto di specifica contestazione, l’offerta tecnica dell’impresa ricorrente riporta seco anche una descrizione analitica del proprio organigramma; inoltre la stessa offerta descrive le figure dei lavoratori che verranno impiegati in caso di aggiudicazione della gara riportato a corredo un sintetico *curriculum vitae* esemplificativo in apposita tabella, differenziato per ogni nominativo indicato, ivi compresa la figura di un perito elettronico dell’Industria elettrica ed Elettronica; quanto all’ulteriore profilo della stessa prima censura del ricorso incidentale, la gestione integrata delle attività di manutenzione preventiva con quelle di controllo appare sufficientemente descritta da Hospital Consulting al

relativo capitolo dell'offerta
“Procedura organizzativa delle attività programmate nel loro complesso”;

2)- la ricorrente principale ha ottenuto 48,75 punti rispetto al minimo previsto di 40,00 (soglia che consente l'accesso alla successiva fase di gara);

3)- le ulteriori contestazioni sui singoli punteggi, volte a contestare (mercé il ricorso incidentale) l'erroneità della Commissione sulla offerta della ricorrente principale, oltre a non essere debitamente supportate sul piano documentale – alla stregua delle controdeduzioni e richiami della ricorrente principale sui documenti allegati, sulla articolazione della propria proposta ed offerta e alle luce delle analisi fatte dalla stessa Commissione di gara – supportano *ex adverso* le tesi di parte ricorrente volte, come sopra dedotto, a contestare la mancanza di figure professionali all'interno della Commissione di gara dotate di necessaria esperienza nello specifico settore oggetto di gara.

In conclusione, il ricorso introduttivo, in parte va dichiarato inammissibile, quanto all'impugnazione del provvedimento di inserimento del Dr. Domenico Pontillo nell'albo di cui all'art. 8 L.R. 12/2001 e, per la restante parte va accolto con conseguente annullamento, per quanto di ragione, dei provvedimenti impugnati secondo quanto sopra riportato, con effetti diretti sulle convenzioni nelle more stipulate a far data dalla presente sentenza; il ricorso incidentale, oltre che improcedibile, va respinto in quanto altresì infondato.

Infondata è, infine, la formulata domanda di “*risarcimento del danno per equivalente da perdita di chance ...*”, attesa la natura strumentale (e non pienamente satisfattiva del bene della vita cui aspira parte ricorrente) della riedizione della gara quale effetto della presente decisione di annullamento.

Le spese di lite possono essere compensate tra le parti tenuto conto della novità delle questioni deliberate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così dispone:

- 1) dichiara in parte inammissibile, nei sensi di cui in motivazione, il ricorso introduttivo e per la restante parte lo accoglie con annullamento, per quanto di ragione, dei provvedimenti impugnati;
- 2) dichiara improcedibile, oltre che infondato, il ricorso incidentale.
- 3) spese compensate.

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

Così deciso in Palermo nelle camere di consiglio dei giorni 25 ottobre 2018, 14 novembre 2018, con l'intervento dei magistrati:

Calogero Ferlisi, Presidente

Aurora Lento, Consigliere

Roberto Valenti, Consigliere,

Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

Roberto Valenti Calogero Ferlisi

IL SEGRETARIO

Valuta questo sito

Giustizia Amministrativa
Segretariato Generale

Uffici relazioni con il pubblico

Consiglio di Stato

CGA Sicilia

TAR

Amministrazione trasparente

Accedi

Carta dei Servizi

Consiglio di Stato

CGA Sicilia

TAR

Seguici su:

YouTube

Contatti

[Consiglio di Stato](#)

[CGA Sicilia](#)

[TAR](#)

[Mappa del sito](#)

[Guida al sito](#)

[Accessibilità](#)

[Condizioni di utilizzo](#)

[Privacy](#)

[Regole di accesso](#)

[Webmail](#)