

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania
(Sezione Prima)
ha pronunciato la presente

Sentenza

sul ricorso numero di registro generale 3345 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da: I.S.E.D. – INGEGNERIA DEI SISTEMI ELABORAZIONE DATI S.p.A., quale mandante del R.T.I. composto dalla Noemalife S.p.A., Vitrociset – Telecom Italia S.p.A. ed Ised S.p.A., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Andrea Orefice ed Alessandro Ferone, con i quali è elettivamente domiciliata in Napoli al Parco Comola Ricci n. 165;

Contro

- SO.RE.SA. S.p.A., rappresentata e difesa dall'Avv. Leopoldo Di Bonito, con il quale è elettivamente domiciliata in Napoli al Viale A. Gramsci n. 19; - REGIONE CAMPANIA, non costituita in giudizio;

nei confronti di

- ENGINEERING INGEGNERIA INFORMATICA S.p.A., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Stefano Vinti, Elia Barbieri e Valerio Barone, ed elettivamente domiciliata in Napoli alla Piazza Sannazzaro n. 71 presso lo studio dell'ultimo difensore; - NOEMALIFE S.p.A., TELECOM ITALIA S.p.A. e VITROCISSET S.p.A., non costituite in giudizio;

per l'annullamento

a) della determinazione del direttore generale della SO.RE.SA. S.p.A. n. 39 del 10 maggio 2010, recante l'aggiudicazione definitiva in favore della Engineering Ingegneria Informatica S.p.A. della procedura aperta finalizzata alla fornitura del sistema informativo integrato per l'A.O.U. San Giovanni di Dio e Ruggi d'Aragona e l'ASL di Salerno;

b) della determinazione del direttore generale della SO.RE.SA. S.p.A. n. 102 del 20 ottobre 2009, recante la proroga del termine per la presentazione delle offerte al 26 novembre 2009;

c) della determinazione del direttore generale della SO.RE.SA. S.p.A. n. 112 del 17 novembre 2009, con cui è stato modificato il disciplinare di gara ed il capitolato speciale d'appalto ed è stato fissato al 29 dicembre 2009 il nuovo termine per la presentazione delle offerte;

d) del verbale della commissione giudicatrice n. 27 del 22 aprile 2010, nella parte in cui è stata ritenuta congrua l'offerta presentata dalla Engineering Ingegneria Informatica S.p.A. ed è stata aggiudicata provvisoriamente la gara in favore di quest'ultima;

e) di ogni altro atto presupposto, connesso e/o conseguente, se ed in quanto lesivo degli interessi della ricorrente, con particolare riferimento ai verbali tutti della commissione giudicatrice, ivi inclusa la determinazione del direttore generale della SO.RE.SA. S.p.A. n. 1 del 4 gennaio 2010, con la quale è stata nominata la predetta commissione;

e per la declaratoria

di inefficacia del contratto, ove mai esistente e già stipulato, tra la SO.RE.SA. S.p.A. e la Engineering Ingegneria Informatica S.p.A.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati; Visti gli atti di costituzione in giudizio della società resistente e di quella controinteressata; Visto il ricorso incidentale; Viste le memorie difensive; Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 marzo 2011 il dott. Carlo Dell'Olio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Letto l'art. 120, comma 10, del c.p.a. sull'ordinaria redazione della sentenza in forma semplificata nel rito appalti;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

1. Il raggruppamento temporaneo di cui la società ricorrente è mandante ha partecipato alla procedura aperta, indetta dalla SO.RE.SA. S.p.A. (d'ora in seguito anche "Soresa"), finalizzata alla fornitura del sistema informativo integrato per l'A.O.U. San Giovanni di Dio e Ruggi d'Aragona e l'ASL di Salerno, classificandosi secondo nella graduatoria di merito.

La ricorrente impugna, anche con motivi aggiunti, l'aggiudicazione definitiva intervenuta in favore della prima graduata Engineering Ingegneria Informatica S.p.A. (d'ora in seguito anche "Engineering") unitamente a tutti gli atti di gara meglio in epigrafe individuati, adducendo una serie di doglianze attinenti alla violazione dell'art. 97 della Costituzione, alla violazione del codice dei contratti pubblici e del d.lgs. n. 81/2008, alla violazione dei principi di pubblicità, trasparenza e par condicio nelle procedure selettive, nonché all'eccesso di potere per sviamento.

Oltre che per l'annullamento degli atti impugnati, la medesima insta anche per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato tra la Soresa e la Engineering.

Resistono entrambe le società intime, eccependo l'inammissibilità e l'infondatezza delle censure attoree.

La controinteressata Engineering ha spiegato ricorso incidentale, nel quale sostiene che l'offerta della ricorrente andava comunque esclusa dalla gara per non conformità con le prescrizioni del disciplinare.

2. Il Collegio ritiene opportuno, per ragioni di economia processuale che non incidono sul diritto di difesa della controinteressata, affrontare in via prioritaria l'esame del ricorso principale, essendo evidente la sua infondatezza (cfr. Consiglio di Stato, A.P., 7 aprile 2011 n. 4). Tale infondatezza rende, altresì, superfluo lo scrutinio delle eccezioni di rito formulate dalle difese delle controparti.

Ciò premesso, si rileva che tutte le doglianze di cui in gravame, come integrato dai motivi aggiunti, tendono ad infirmare l'intera procedura selettiva muovendo da tre diverse prospettive, rispettivamente inerenti al mancato rispetto dei termini per la pubblicazione del bando, alla violazione della par condicio ed all'irregolare composizione della commissione giudicatrice.

2.1 Con riguardo al primo profilo, parte ricorrente lamenta che tra la determinazione direttoriale n. 112/2009 di modifica della lex specialis, della quale è stato pubblicato avviso nella G.U.U.E., ed il nuovo termine per la presentazione delle offerte, fissato al 29

dicembre 2009, non sussiste l'intervallo minimo di 52 giorni previsto dall'art. 70, comma 2, del codice dei contratti pubblici, ai sensi del quale "Nelle procedure aperte, il termine per la ricezione delle offerte non può essere inferiore a cinquantadue giorni decorrenti dalla data di trasmissione del bando di gara".

La censura non ha pregio.

Come emerge dalla piana lettura della pagina 9 del bando, nel caso di specie è stato pubblicato l'avviso di preinformazione. Ne discende, in adesione alla puntuale eccezione della difesa della

Soresa, che non è applicabile il comma 2 dell'art. 70, bensì il comma 7, che riduce il termine minimo per la ricezione delle offerte (di norma) a 36 giorni; ebbene, intercorrendo tra la data di spedizione dell'avviso di modifica alla G.U.U.E., coincidente con il 17 novembre 2009 (cfr. punto VI.5 dell'avviso stesso), ed il 29 dicembre 2009 più di quaranta giorni, non si ravvisa alcuna violazione delle formalità di pubblicazione previste dal codice dei contratti pubblici.

2.2 Quanto alla dedotta violazione del principio di par condicio, la ricorrente evidenzia le seguenti anomalie:

a) in relazione al paragrafo 7.2.14 del capitolato tecnico, avente ad oggetto gli "armadi farmaceutici di reparto", la stazione appaltante ha reso, rispettivamente al punto 5 della faq n. 1 (pubblicata il 12 ottobre 2009) ed al punto 24 della faq n. 5 (pubblicata il 14 dicembre 2009), chiarimenti tra loro contraddittori, prospettando nel primo caso la necessità di fornire 80 armadietti farmaceutici come componente hardware, mentre nel secondo ha al contrario segnalato che era necessaria la fornitura del solo software gestionale degli armadi esistenti. Ciò ha impedito alle ditte partecipanti "di presentare un'offerta valida, non essendo possibile in pochissimi giorni provvedere a rivalutare l'effettiva remuneratività del servizio oggetto di appalto e la convenienza economica dell'esecuzione dello stesso", oltre a costituire un ostacolo per la presentazione di idonee giustificazioni di prezzo e per il riscontro dell'adeguatezza delle offerte, "con conseguente violazione dei principi dettati in materia di verifica della congruità delle offerte e di correttezza ed efficienza dell'azione amministrativa";

b) "il responsabile del procedimento ha omesso di pubblicare gran parte dei quesiti contenenti chiarimenti di natura amministrativa, limitandosi in alcuni casi a rispondere in forma privata alle singole imprese che chiedevano i chiarimenti (cfr. nota prot. n. U009074 del 26/11/2009 e nota prot. U9222 del 01/12/2009 della So.re.sa., indirizzate alla sola Engineering e mai pubblicate)";

c) la diversa interpretazione del capitolato fornita al punto 24 della faq n. 5 non è stata comunicata contestualmente a tutte le ditte interessate a partecipare, essendo stata anticipata alla richiedente Engineering con la citata nota del 26 novembre 2009, con la conseguenza di porre quest'ultima in una posizione di indebito vantaggio;

d) essendo la faq n. 5 stata pubblicata solo il 14 dicembre 2009, a fronte della scadenza del termine per la ricezione delle offerte fissato al successivo 29 dicembre, le ditte concorrenti diverse dall'aggiudicataria hanno avuto a disposizione poco tempo utile per rimodulare le proprie offerte.

Tutte le prefate doglianze, seppur suggestive, non meritano condivisione.

2.3 Il paragrafo 7.2.14 del capitolato tecnico così recita: "Deve essere prevista la gestione automatizzata dell'armadio farmaceutico di reparto, e dei dispositivi medici, a livello di paziente, in modo da ottenere l'esatta contabilizzazione dei costi connessi col ricovero del singolo paziente. Va previsto il collegamento con il sistema Farmacia per il carico/scarico di dispositivi e farmaci, e la possibilità di interfacciarsi con altri sistemi di gestione informatizzata di detti beni."

Dall'uso del vocabolo "gestione automatizzata" e dal tenore complessivo della clausola si ricava in maniera inequivoca che oggetto della fornitura non sono gli armadi farmaceutici di reparto, bensì più semplicemente il software gestionale inerente agli stessi, in linea peraltro con l'oggetto proprio dell'appalto, che si configura come fornitura di un sistema informativo integrato, e non anche di arredi sanitari.

Ne discende che i chiarimenti contenuti al punto 5 della faq n. 1 ed al punto 24 della faq n. 5, se letti alla luce di quanto prescritto nello specifico dal capitolato, non possono ingenerare dubbi di coerenza sistematica e far sorgere il sospetto di interpretazioni contraddittorie della stazione appaltante, soprattutto se si considera che gli armadi non possono essere assimilati a componenti hardware e che nella prima faq in questione si fa riferimento al termine "mappatura", il quale evidentemente presuppone l'esistenza in loco di armadi farmaceutici già nella disponibilità delle strutture sanitarie.

D'altronde, parte ricorrente non allega il concreto pregiudizio subito a causa di tale pretesa contraddittorietà, limitandosi genericamente a prospettare incisioni dell'effettiva remuneratività delle offerte presentate da tutte "le ditte partecipanti".

2.4 La ricorrente non adduce alcun valido elemento di prova da cui si possa arguire che la stazione appaltante non abbia pubblicato tutti i quesiti sottoposti dai possibili candidati.

Anzi, le emergenze processuali depongono in senso contrario, se solo si pone mente alla abbondanza di chiarimenti resi nelle faq via via pubblicate prima dell'inizio della gara (cfr. documentazione allegata alla memoria della Soresa depositata il 27 luglio 2010).

Né accreditano la tesi attorea le note della Soresa prot. n. U009074 del 26 novembre 2009 e prot. U9222 del 1° dicembre 2009, i cui contenuti sono stati pedissequamente riprodotti ai punti 23 e 24 della faq n. 5.

Ad ogni modo, giova richiamare quanto osservato da questa Sezione in fattispecie analoga, anche con riguardo alla mancata dimostrazione del profitto conseguito dal candidato in possesso delle informazioni complementari: "(...) vale osservare che le modalità di pubblicazione delle risposte a quesiti formulati dagli aspiranti concorrenti non costituiscono oggetto di una espressa e specifica disciplina normativa, la quale lascia ampio margine di scelta alla stazione appaltante, con il limite del rispetto dei principi che presidiano lo svolgimento delle procedure ad evidenza pubblica. La ragione di tale flessibilità di disciplina risiede nella circostanza che le uniche fonti della procedura di gara sono costituite dal bando di gara, dal capitolato e dal disciplinare, unitamente agli eventuali allegati. Nessuna interferenza può essere ascritta alle informazioni rilasciate dall'amministrazione in sede di chiarimenti. Il significato stesso del termine vale a chiarire

che le risposte richieste all'amministrazione hanno una mera funzione di illustrazione delle regole già formate predisposte dalla lex specialis di gara, onde non possono avere alcuna incidenza in termini di modificazione delle condizioni di gara. Ciò posto, può astrattamente ipotizzarsi che le risposte dell'amministrazione possano avere come effetto la creazione di un indebito vantaggio in favore della ditta che ha ricevuto i chiarimenti, laddove gli stessi non siano fruibili da tutte le imprese offerenti. Tuttavia nel caso di specie non è in contestazione la conoscibilità dei chiarimenti, ma solo una peculiare modalità di estrinsecazione degli stessi, ed inoltre non è in alcun modo specificato come ed in quale misura qualche candidato abbia tratto indebito profitto dalle informazioni supplementari rese dalla stazione appaltante." (così TAR Campania Napoli, Sez. I, 29 aprile 2010 n. 2205).

2.5 Né la legge né la disciplina di gara imponevano alla stazione appaltante di diffondere contestualmente a tutti i candidati le risposte ai quesiti posti da altri candidati. Anzi, il sistema di comunicazione pre-gara delineato nell'art. 71 del codice dei contratti pubblici con riferimento alle procedure aperte, appare relegare la circolazione delle informazioni complementari esclusivamente nell'ambito della relazione richiedente – stazione appaltante.

2.6 La pubblicazione della faq n. 5 sul sito internet della Soresa è avvenuta comunque in tempo utile, ossia "almeno sei giorni prima della scadenza del termine stabilito per la ricezione delle offerte", come prescritto dal citato art. 71 per la comunicazione delle informazioni complementari, costituendo tale pubblicazione strumento atto, sia in generale (artt. 50 e 54 del codice dell'amministrazione digitale) sia in particolare (artt. 70 del codice dei contratti pubblici), ad informare gli interessati, trattandosi di forma idonea di pubblicità notizia (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 13 ottobre 2010 n. 7471).

2.7 Con riferimento, infine, alla denunciata irregolarità di composizione della commissione giudicatrice, la ricorrente si sofferma sui seguenti aspetti:

e) nel corpo motivazionale della determinazione direttoriale di nomina della commissione giudicatrice non si rinvennero tracce di sufficiente istruttoria in ordine sia alla verifica delle effettive

competenze dei singoli commissari sia, quanto alla nomina dei due commissari esterni, all'accertata carenza in organico di adeguate professionalità, in violazione dell'art. 84, commi 2 ed 8, del codice dei contratti pubblici, essendo peraltro da escludere che la pianta organica della stazione appaltante fosse sprovvista di professionalità uguali od anche superiori al componente Sig. Oreste Califano, in possesso del semplice titolo di studio di diploma di scuola media superiore;

f) come emerge dai curricula depositati in corso di giudizio dalla stessa Soresa, nessuno dei membri della commissione sarebbe in possesso di specifiche capacità nel settore salute, oggetto di appalto;

g) il Sig. Oreste Califano è sprovvisto del diploma di laurea in ingegneria, quantunque nella determinazione di nomina sia stato qualificato come ingegnere;

h) l'altro componente diverso dal presidente, ing. Paolo Eugenio Cresci, oltre a non avere specifiche capacità ed esperienze nell'ambito delle procedure di gara, "risulta ricoprire la posizione di dirigente informatico presso il Comune di Napoli con contratto a tempo

determinato ed è dunque privo del requisito della stabilità necessario per rivestire la qualifica di funzionario pubblico".

Anche le suddette censure non si palesano convincenti.

2.8 Dalle emergenze processuali si evince che la stazione appaltante, prima di procedere alla nomina dei componenti della commissione giudicatrice, costituita da un dirigente interno in qualità di presidente e da due funzionari di altre amministrazioni aggiudicatrici (rispettivamente Comune di Napoli ed Azienda Ospedaliera Monaldi), ha acquisito i curricula di questi ultimi, verificando, pertanto, la loro competenza e professionalità nel settore oggetto di appalto, attinente all'implementazione di sistemi informativi in ambito sanitario. Per il dirigente interno, ovviamente, non era il caso di acquisire alcun curriculum, essendo egli espressione della stessa stazione appaltante, istituzionalmente preposta a funzioni di acquisto e fornitura di beni ed attrezzature in ambito sanitario. Ne deriva l'inconfigurabilità di carenze istruttorie al riguardo.

Né era necessario dare conto in motivazione della accertata carenza in organico di adeguate professionalità, giacché l'art. 84, comma 8, del codice dei contratti pubblici non impone alla stazione appaltante alcun obbligo di motivare diffusamente la scelta di nominare commissari esterni, ma piuttosto si limita a prescrivere che la stessa stazione appaltante appuri la predetta carenza prima di attingere a soggetti provenienti da altre realtà professionali (cfr. TAR Trentino Alto Adige Trento, Sez. I, 14 ottobre 2010 n. 195; TAR Sardegna, Sez. I, 28 luglio 2009 n. 1396). Solo laddove la ricorrente avesse dimostrato che nell'organico della Soresa esisteva la concreta ed effettiva possibilità di nominare personale interno si sarebbe potuto in teoria ipotizzare una violazione della suddetta norma, ma tale prova non è stata fornita, neppure richiamando il titolo di studio del commissario Sig. Oreste Califano; invero, tale titolo si profila al riguardo come un dato neutro e privo di significatività, prescindendo la professionalità dal livello di istruzione raggiunto.

Ad ogni modo, occorre osservare che la norma in parola ha un'esclusiva rilevanza interna, essendo preordinata a garantire, per intuibili esigenze di bilancio e di corretta amministrazione delle risorse finanziarie, che le stazioni appaltanti utilizzino prioritariamente il proprio personale, così evitando inutili esborsi di denaro. Ne deriva che la stessa non può essere invocata dalle ditte concorrenti per dedurre presunti vizi di composizione del seggio di gara (cfr. TAR Sardegna, Sez. I, n. 1396/2009 cit.). Né corrobora le ragioni attoree la recente sentenza del Consiglio di Stato n. 224 del 17 gennaio 2011, richiamata nella memoria depositata il 12 marzo 2011, poiché si riferisce alla diversa fattispecie della nomina, quale commissario esterno, di un professionista privo di tutti i requisiti prescritti dall'art. 84, comma 8, cit.

2.9 Il presidente della commissione ed il Sig. Califano, il quale è responsabile del C.E.D. dell'Azienda Ospedaliera Monaldi, appartengono a realtà organizzative operanti nel campo dei servizi sanitari, mentre l'ing. Cresci, pur non provenendo dal settore salute, si presenta, sulla base della sua attuale

esperienza di dirigente del sistema informativo amministrativo e documentale del Comune di Napoli e di quanto contenuto nel curriculum, come soggetto dotato di particolari competenze tecniche nell'ambito dei sistemi informativi di amministrazioni pubbliche complesse, assimilabili alle aziende sanitarie e/o ospedaliere.

D'altra parte, il requisito generale dell'esperienza "nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto", prescritto dall'art. 84, comma 2, del codice dei contratti pubblici, deve essere inteso gradatamente ed in modo coerente con la poliedricità delle competenze di volta in volta richieste in relazione alla complessiva prestazione da affidare; non è necessario, pertanto, che l'esperienza professionale di ciascun componente della commissione copra tutti i possibili ambiti oggetto di gara, in quanto è la commissione, unitariamente considerata, che deve garantire quel grado di conoscenze tecniche richiesto nella specifica fattispecie, in ossequio al principio di buon andamento della pubblica amministrazione (cfr. TAR Sardegna, Sez. I, 4 giugno 2008 n. 1126; TAR Piemonte, Sez. II, 22 maggio 2007 n. 2223).

Ne deriva che è da escludere che i componenti della commissione siano privi di specifiche capacità in ordine all'oggetto dell'appalto.

2.10 Il pacifico assunto che, ad onta di quanto indicato nella determinazione di nomina della commissione, il sig. Califano non posseda il diploma di laurea in ingegneria, non induce a ritenere lo stesso sprovvisto di competenza in materia, essendo descritta nel curriculum una vasta esperienza in ambito informatico, corroborata da titolo di studio specifico (perito elettrotecnico) nonché da vari corsi di formazione e docenze. Invero, l'art. 84, comma 2, cit. non richiede che i membri della commissione giudicatrice debbano essere tutti laureati, ma semplicemente pretende che chi è nominato commissario debba essere esperto nel settore oggetto d'appalto, con conseguente irrilevanza del possesso del titolo di studio di un determinato livello, purché, beninteso, il titolo di studio vantato sia adeguato alla prestazione oggetto della gara (come è puntualmente avvenuto nella presente fattispecie).

2.11 Quanto all'ing. Cresci, il Collegio si limita a rilevare che la dedotta inesperienza nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica è sconsigliata dal suo curriculum, nel quale, alla pagina 3, si dà atto del ripetuto espletamento delle funzioni di presidente di commissione di gara.

Inoltre, il possesso della qualifica di funzionario pubblico non è impedita dalla durata del contratto di lavoro stipulato con l'amministrazione di appartenenza, non essendo, peraltro, richiesto dall'art. 84 cit. il requisito della stabilità dell'impiego per assumere il ruolo di componente di commissione giudicatrice.

3. In conclusione, resistendo gli atti impugnati a tutte le censure prospettate, la domanda di annullamento degli stessi deve essere rigettata per infondatezza, unitamente alla domanda di declaratoria dell'inefficacia del contratto stipulato.

Pertanto il ricorso principale, come integrato dai motivi aggiunti, deve essere in toto respinto, mentre il ricorso incidentale deve essere dichiarato inammissibile per evidente carenza di interesse. Sussistono giusti e particolari motivi, in virtù della relativa complessità della vicenda contenziosa, per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese e degli onorari di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così statuisce:

- respinge il ricorso principale;
- dichiara inammissibile il ricorso incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nelle camere di consiglio dei giorni 23 marzo e 24 giugno 2011 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Guida, Presidente

Fabio Donadono, Consigliere

Carlo Dell'Olio, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA Il 26/10/2011