

N. 05454/2011REG.PROV.COLL.  
N. 07054/2010 REG.RIC.  
N. 07109/2010 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 7054 del 2010, proposto da:

SAGO INFORMATICA SANITARIA S.R.L., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Gabriele Di Paolo e Dover Scalera, con domicilio eletto presso l'avv. Gabriele Di Paolo in Roma, viale Liegi, n.35b;

***contro***

AZIENDA OSPEDALIERA DI PERUGIA, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Lietta Calzoni, con domicilio eletto presso Luigi Medugno in Roma, via Panama, n. 58;

***nei confronti di***

TELECOM ITALIA S.P.A., in proprio e quale capogruppo

mandataria del costituendo R.T.I. con l'impresa Noemalife S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto presso l'avv. Giuseppe Franco Ferrari in Roma, via di Ripetta, n. 142;

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 7109 del 2010, proposto da:

AZIENDA OSPEDALIERA DI PERUGIA, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Lietta Calzoni, con domicilio eletto presso Luigi Medugno in Roma, via Panama, n. 58;

***contro***

SAGO INFORMATICA SANITARIA S.R.L., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Gabriele Di Paolo e Dover Scalera, con domicilio eletto presso l'avv. Gabriele Di Paolo in Roma, viale Liegi, n. 35/b;

***nei confronti di***

TELECOM ITALIA S.P.A., in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo R.T.I. con l'impresa Noemalife S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto presso l'avv. Giuseppe Franco Ferrari in Roma, via di Ripetta, n. 142;

***entrambi per la riforma***

della sentenza del T.A.R. UMBRIA, Sez. I, n. 292 del 12 maggio

2010, resa tra le parti, concernente FORNITURA "CHIAVI IN MANO" DI SISTEMA INFORMATICO PER GESTIONE BLOCCHI OPERATORI - RIS.DANNI;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera di Perugia (nel ricorso NRG. 7054/2010), della Sago Informatica Sanitaria s.r.l. (nel ricorso NRG. 7109/2010) e, in entrambi i ricorsi, della Telecom Italia S.p.A., in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo R.T.I. con Noemalife S.p.A, che ha spiegato appello incidentale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 maggio 2011 il Cons. Carlo Saltelli e uditi per le parti gli avvocati Di Paolo, Lauteri, per delega dell'Av. Calzoni, e Pinto, per delega dell'Avv. Ferrari Di Paolo, Lauteri, per delega dell'Av. Calzoni, e Pinto, per delega dell'Avv. Ferrari;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

#### FATTO

1. La società Sago Informatica Sanitaria, che era stata invitata a partecipare alla procedura di gara, indetta dall'Azienda Ospedaliera di Perugia con la deliberazione n. 1407 del 14 ottobre 2009, per la fornitura del "Sistema informatico di gestione dei Blocchi

Operatori”, con ricorso giurisdizionale notificato a mezzo del servizio postale il 17 aprile 2010, ha chiesto al Tribunale amministrativo regionale per l’Umbria l’annullamento della deliberazione del direttore generale della predetta Azienda Ospedaliera n. 22 del 20 gennaio 2010 (con la quale la fornitura in questione era stata aggiudicata definitivamente all’A.T.I. Telecom Italia S.p.A. – Noemalife S.p.A.), oltre che della lettera di invito, nella parte in cui al punto 3 era stato previsto che tutte le fasi della gara si sarebbero svolte in seduta riservata; delle decisioni della commissione di gara che aveva proceduto alla verifica della documentazione amministrativa ed alla apertura dei plichi contenenti gli elaborati tecnici e le offerte economiche in sedute non pubblica e che non aveva escluso dalla gara l’A.T.I. poi dichiarata aggiudicataria, la cui offerta non era conforme a legge; della graduatoria finale con i relative punteggi e, per quanto occorreva, del capitolato speciale di gara e del regolamento per l’acquisto di beni e servizi in economia della predetta azienda ospedaliera, con conseguente declaratoria di annullamento e/o inefficacia dell’eventuale contratto di appalto già stipulato e condanna dell’intimata amministrazione al risarcimento del danno.

L’impugnativa è stata affidata a tre motivi di censura, il primo rubricato “1. Violazione e falsa applicazione dell’art. 125, commi 11 e 14 e 37 del D. Lgs. n. 163/2006 in relazione alle previsioni della lex specialis sulle condizioni di partecipazione alla gara dei

raggruppamenti temporanei d'impresa. Violazione dei principi generali dell'ordinamento e che regolano le gare di appalto. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento ed erronea valutazione di elementi di fatto. Violazione dei principi generali di trasparenza, parità di trattamento. Illogicità e contraddittorietà manifesta"; il secondo "Violazione e falsa applicazione di norme di legge e di principi generali dell'ordinamento. Illegittimità della lex specialis della gara per violazione e falsa applicazione dell'art. 89 r.d. 827/24, artt. 3 e 97 Cost., artt. 2, comma 1, 125 e 226 d. lgs. n. 163/2006; art. 91 d.p.r. n. 554/99; art. 21 octies l. 241/90. Eccesso di potere in relazione alla mancata effettuazione della seduta pubblica di apertura delle buste contenenti i documenti amministrativi, della busta contenente gli elaborati tecnici ai fini della verifica sia della regolarità della documentazione amministrativa sia della completezza del contenuto della busta dell'offerta tecnica. Eccesso di potere in relazione alla mancata effettuazione della seduta pubblica di apertura delle buste contenenti le offerte economiche, con conseguente pubblica lettura del prezzo offerto dai concorrenti. Eccesso di potere per travisamento, illogicità manifesta, violazione della regola generale della trasparenza ed imparzialità. Illegittimità degli atti di gara nella parte in cui non ammettono la seduta pubblica di gara e limitano alle sedute riservate le attività della commissione di gara e della stazione appaltante" ed il terzo "Violazione dell'art. 79, comma 5, d. lgs. n. 163/2006 in relazione agli artt. 3 e 97 della Cost.. Eccesso di potere

per violazione della regola generale della trasparenza e della pubblicità”.

In sintesi, secondo la ricorrente, il R.T.I. aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso dalla gara in quanto non solo nell’offerta non erano state dichiarate le parti di fornitura che sarebbero state eseguite dai singoli componenti dello stesso, per quanto trattandosi di raggruppamento di tipo verticale, in palese violazione della normativa vigente, la mandataria Telecom Italia S.p.A. aveva assunto l’onere di fornire solo la licenza di software, mentre la mandante Noemalife S.p.A.) avrebbe dovuto eseguire la parte preponderante (anche in termini economici dei servizi, professionali e di assistenza) della fornitura; inoltre l’intero procedimento di gara erano viziato per essersi svolto interamente in seduta riservata, ivi comprese le operazioni relative all’apertura ed alla verifica dei plichi contenenti i documenti amministrativi, gli elaborati tecnici e l’offerta economica, in palese violazione del principio di pubblicità (essendo sul punto illegittima anche la relativa previsione contenuta nella lettera di invito); infine era illegittimo il provvedimento di aggiudicazione anche per essere stata omessa ai partecipanti alla gara la comunicazione dell’esito della stessa (conosciuto dalla ricorrente in modo del tutto accidentale).

L’adito tribunale, sez. I, con la sentenza n. 292 del 12 maggio 2010, nella resistenza dell’Azienda Ospedaliera di Perugia e della Telecom Italia S.p.A., in proprio e quale capogruppo mandataria del

costituendo R.T.I. con Noemalife S.p.A., respinti il primo ed il terzo motivo di ricorso, ha ritenuto fondato il secondo, rilevando che le operazioni della commissione di gara, diverse dalla da quelle relative alla formulazione di valutazioni discrezionali, dovevano svolgersi in seduta pubblica e che nel caso di specie si era verificata un'inammissibile commistione tra le due fasi di valutazione dell'offerta tecnica e di apertura delle offerte economiche, svoltesi nel corso di un'unica seduta riservata, come si ricavava dalla lettura dell'unico verbale della commissione di gara; di conseguenza ha annullato sia il provvedimento di aggiudicazione, sia la stessa lex specialis (che prevedeva lo svolgimento in seduta riservata di tutte le operazioni di gara, ritenendo tempestiva la relativa impugnazione) ed ha respinto la domanda risarcitoria, in quanto l'accoglimento del secondo motivo di ricorso non determinava l'aggiudicazione in favore della ricorrente, ma comportava solo la necessità di rinnovare le operazioni di valutazione, senza alcun pregiudizio per il relativo esito (con l'ulteriore precisazione che la rinnovazione della gara non era ostacolata dalla circostanza che il contratto era da ritenere già concluso pur in assenza di una vera e propria stipulazione, atteso che l'annullamento dell'aggiudicazione ne determinava automaticamente l'inefficacia).

2. Sago Informatica Sanitaria s.r.l. con atto di appello notificato il a mezzo del servizio postale il 28 luglio 2010 ha chiesto la riforma di tale sentenza, deducendo l'erroneità alla stregua di tre motivi di

gravame.

Con il primo, denunciando “Erroneità della sentenza per violazione e falsa applicazione dell’art. 125, commi 11 e 14 e 37 del d. lgs. n. 163/2006, in relazione alle previsioni della *lex specialis* sulle condizioni di partecipazione alla gara dei raggruppamenti temporanei d’impresa. Violazione dei principi generali dell’ordinamento e che regolano le gare di appalto. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento ed erronea valutazione di elementi di fatto. Violazione dei principi generali di trasparenza, parità di trattamento. Illogicità e contraddittorietà manifesta”, l’appellante ha riproposto le censure svolte con il primo motivo del ricorso di primo grado, erroneamente apprezzate, superficialmente esaminate ed inopinatamente respinte con motivazione lacunosa, contraddittoria ed affatto condivisibile, insistendo sulla illegittimità dell’omessa esclusione dalla gara del R.T.I. poi dichiarato aggiudicatario.

Con il secondo, deducendo “Erroneità della sentenza per violazione e falsa applicazione dell’art. 112 cpc. Violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato. Omessa pronuncia, illogicità e contraddittorietà della motivazione”, è stato lamentato che i primi giudici, pur accogliendo il secondo motivo di censura, non avevano tratto da tale accoglimento tutte le necessarie conseguenze, dovendo derivarne la caducazione dell’intera gara e non già la mera rinnovazione di non meglio precisate fasi della procedura.

Con il terzo motivo, invocando il principio devolutivo, sono stati

infine riproposti all'esame del giudice di appello il terzo motivo del ricorso introduttivo del giudizio ("3. Violazione dell'art. 79, comma 5, d. lgs. n. 163/2006 in relazione agli artt. 3 e 97 della Cost.. Eccesso di potere per violazione della regola generale della trasparenza e della pubblicità") e la domanda risarcitoria.

Ha resistito al gravame l'Azienda Ospedaliera di Perugia deducendone l'inammissibilità e l'infondatezza.

Anche Telecom Italia S.p.A., in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo R.T.I. con Noemalife S.p.A. ha resistito al gravame, chiedendone il rigetto, siccome inammissibile ed infondato, e spiegando a sua volta appello incidentale, a mezzo del quale ha chiesto la riforma della sentenza impugnata e il rigetto del ricorso proposto in primo grado dalla Sago Informatica Sanitaria s.r.l. alla stregua di un solo motivo, rubricato "Omessa, parziale ed erronea valutazione e motivazione in punto di: violazione e falsa applicazione di norme di legge e di principi generali dell'ordinamento. Illegittimità della lex specialis della gara per violazione e falsa applicazione dell'art. 89 r.d. 827/24, art. 3 e 97 Cost. artt. 2, comma 1, 125 e 226 d, lgs. n. 163/2006; art. 91 d.P.R. n. 554/1999; art. 21 octies l. n. 241/90 – eccesso di potere in relazione alla mancata effettuazione della seduta pubblica di apertura delle buste contenenti i documenti amministrativi, della busta contenente gli elaborati tecnici ai fini della verifica sia della regolarità della documentazione amministrativa sia della completezza del contenuto

della busta dell'offerta tecnica. Eccesso di potere in relazione alla mancata effettuazione della seduta pubblica di apertura delle buste contenenti le offerte economiche, con conseguente pubblica lettura del prezzo offerto dai concorrenti. Eccesso di potere per travisamento, illogicità manifesta, violazione della regola generale della trasparenza ed imparzialità. Illegittimità degli atti di gara nella parte in cui non ammettono la seduta pubblica di gara e limitano alle sedute riservate le attività della Commissione di gara e della stazione appaltante”.

In sintesi, secondo l'appellante incidentale, i primi giudici avevano fatto erronea applicazione al caso di specie del principio di pubblicità delle sedute di gara (relativamente alla fase di apertura delle buste), non avvedendosi che esso poteva essere derogato in presenza di particolari condizioni, sussistenti nel caso di procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, qual'era quella in esame.

Il ricorso in questione è stato iscritto al NRG. 7054 dell'anno 2010.

3. Anche l'Azienda Ospedaliera di Perugia ha chiesto la riforma della ricordata sentenza alla stregua di cinque articolati motivi di gravame, rubricati rispettivamente, “1. Sull'interesse dell'Azienda appellante ad impugnare la sentenza di primo grado”; “2. Violazione ed errata interpretazione dell'art. 125 del D. Lgs. n. 163/2006, in particolare commi 4 e 11, e del D.P.R. n. 384/2001, artt. 2, comma 2, 6, 2° comma, e 5 – Manifesta illogicità e contraddittorietà della

motivazione per erronea presupposizione di fatto, anche in relazione all'indirizzo"; "3. Error in iudicando in punto di pubblicità delle sedute di gara nelle procedure negoziate"; "4. Error in iudicando. Irricevibilità/Inammissibilità del ricorso di I° grado per omessa tempestiva impugnazione della disciplina di gara"; "5. Violazione, falsa ed errata applicazione del principio di segretezza delle offerte. Manifesta illogicità e contraddittorietà della motivazione sul punto".

Dopo aver sottolineato la sussistenza del proprio interesse ad impugnare, asseritamente fondato sulla necessità di ottenere una pronuncia in ordine alla legittimità del proprio *modus operandi* anche in relazione ad altre analoghe procedure avviate e da avviare, l'amministrazione appaltante ha rivendicato la legittimità della procedura di gara espletata in ragione della sua peculiarità (cittimo fiduciario, procedura di gara negoziata senza previa pubblicazione di bando di gara) e dalla conseguente snellezza, agilità ed informalità della procedura stessa, malamente apprezzate e superficialmente esaminate dai primi giudici.

Ha resistito al gravame Sago Informatica Sanitaria s.r.l., deducendone l'inammissibilità e l'infondatezza ed instando per il suo rigetto.

Anche in questo giudizio si è costituita Telecom Italia S.p.A., in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo R.T.I. con Noemalife S.p.A., spiegando appello incidentale, identico a quello svolto nel giudizio instaurato sull'appello di Sago Informatica Sanitaria s.r.l.

Il ricorso in questione è stato iscritto al NRG. 7109 dell'anno 2010.

4. Le parti hanno illustrato con apposite memorie le proprie rispettive tesi difensive: in particolare Sago Informatica s.r.l. ha contestato la tempestività dell'appello incidentale spiegato dalla Telecom Italia S.p.A. nella più volte ricordata qualità; sul punto quest'ultima ha puntualmente contro dedotto.

Alla pubblica udienza del 3 maggio 2011, dopo la rituale discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

#### DIRITTO

5. Deve innanzitutto disporsi la riunione degli appelli in trattazione, in quanto proposti avverso la stessa sentenza, ai sensi dell'art. 96, comma 1, c.p.a.

6. Per priorità logica deve essere esaminato innanzitutto l'appello principale proposto dall'Azienda Ospedaliera di Perugia (NRG. 7109/2010), che con gli spiegati motivi di gravame ha rivendicato la correttezza e la legittimità della gara di appalto e del conseguente provvedimento di aggiudicazione della fornitura al costituendo R.T.I. tra Telecom Italia S.p.A. e Noemalife S.p.A.

Al riguardo la Sezione osserva quanto segue.

6.1. Non può dubitarsi dell'ammissibilità dell'appello (questione sulla quale indugiato l'appellante con il primo motivo di gravame, pur non essendo stata sollevata alcuna contestazione dalle altre parti in causa), sussistendo l'interesse dell'Azienda Ospedaliera di Perugia ad impugnare la sentenza che ha annullato la gara da essa indetta per la

fornitura del sistema informatico di gestione dei Blocchi Operatori.

Occorre tuttavia chiarire che detto interesse che nasce direttamente (ed esclusivamente) dalla soccombenza e costituisce il necessario corollario dell'esercizio del diritto di difesa costituzionalmente garantito, diretto, nel caso di specie, a rivendicare la legittimità del proprio operato, anche al fine di sottrarsi ad eventuali fattispecie di responsabilità, civili e/o contabili: sono invece irrilevanti, ai fini dell'ammissibilità dell'appello e dell'interesse all'impugnazione, le motivazioni, meramente soggettive, con le quali l'Azienda ha inteso supportare l'esercizio di tale facoltà, essendo le stesse finalizzate ad ottenere dal giudice di appello una inammissibile legittimazione all'espletamento di (tutte le) gare con procedura negoziata e con sedute segrete per evitare le presunte lungaggini connesse al procedimento ordinario di gara, di cui è stata denunciata l'incompatibilità con l'esiguità del personale in servizio e con la celerità e l'urgenza di provvedere.

6.2. Sempre in linea preliminare deve essere esaminata la censura sollevata con il quarto motivo di gravame, rubricato "Error in iudicando. Irricevibilità/inammissibilità del ricorso di 1° grado per omessa tempestiva impugnazione della disciplina di gara".

Secondo l'Azienda appellante, infatti, poiché Sago Informatica Sanitaria s.r.l., ricorrente in primo grado, aveva fondato le sue sulla illegittimità delle disposizioni contenute nella lettera di invito (che aveva previsto lo svolgimento di tutte le operazioni della

commissioni in seduta riservata), il vulnus della sua posizione giuridica, determinato dall'impossibilità di assistere allo svolgimento delle operazioni di gara e verificarne de visu la regolarità, era da ricollegarsi in modo diretto ed immediato proprio a tale previsione e non già all'esito del procedimento di gara, con conseguente onere di immediata impugnazione della *lex specialis*, che nel caso di specie non era stato adempiuto: ciò rendeva tardiva o comunque inammissibile l'impugnazione della predetta previsione solo con il provvedimento di aggiudicazione della gara.

Il motivo di doglianza è privo di fondamento giuridico.

Secondo un consolidato e condivisibile indirizzo giurisprudenziale, come peraltro già correttamente rilevato dai primi giudici, l'onere di immediata impugnazione delle clausole di un bando di concorso o della *lex specialis* di una gara sussiste solo allorché esse impediscano la stessa partecipazione alla procedura di gara, rinvenendosi la loro immediata lesività proprio nell'immediato effetto preclusivo, cui consegua per l'interessato un provvedimento negativo avente carattere meramente dichiarativo e ricognitivo di una lesione già prodotta (ex multis, C.d.S., sez. V, 4 marzo 2011, n. 1380; 15 ottobre 2010, n. 7515; 10 agosto 2010, n. 5555; 3 giugno 2010, n. 3489; sez. III, 13 gennaio 2011, n. 2463; sez. VI, 24 febbraio 2011, n. 1166).

Nel caso in esame la previsione dello svolgimento dell'intero procedimento di gara in seduta riservata non ha costituito di per sé

motivo ostativo alla partecipazione alla gara, né causa di immediata esclusione dalla stessa.

Deve peraltro evidenziarsi che nei procedimenti di gara le imprese concorrono soltanto per l'aggiudicazione dell'appalto, così che esse subiscono la lesione della loro posizione giuridica o per effetto di clausole che impediscono la loro partecipazione ovvero per effetto di provvedimento che non consente loro di conseguire il bene della vita perseguito (aggiudicazione ad altra concorrente o esclusione dalla procedura), non potendo ammettersi, come prospettato dall'appellante, un mero interesse strumentale al mero controllo del legittimo svolgimento del procedimento di gara, slegato dall'interesse sostanziale all'aggiudicazione dell'appalto.

A ciò consegue che la lesione della posizione giuridica della ricorrente Sago Informatica Sanitaria s.r.l. si è verificata solo per effetto dell'aggiudicazione alla controinteressata della fornitura, così che non sussisteva alcun onere di immediata impugnazione della previsione della lettera di invito che aveva previsto lo svolgimento in seduta riservata di tutte le operazioni di gara.

6.3. Possono essere esaminati congiuntamente, per la loro intima connessione, il secondo ed il terzo motivo di gravame, rubricati rispettivamente "2. Violazione ed errata interpretazione dell'art. 125 del D. Lgs. n. 163/2006, in particolare commi 4 e 11, e del D.P.R. n. 384/2001, artt. 2, comma 2, 6, 2° comma e 5. Manifesta illogicità e contraddittorietà della motivazione per erronea presupposizione di

fatto, anche in relazione all'indirizzo" e "3. Error in iudicando in punto di pubblicità delle sedute di gara nelle procedure negoziate".

Con essi, in sintesi, l'Azienda Ospedaliera appellante ha sostenuto che i primi giudici, nel ritenere fondato il secondo motivo del ricorso proposto in primo grado dalla Sago Informatica Sanitaria s.r.l., avevano erroneamente apprezzato la peculiarità della fattispecie, consistente in una procedura negoziata preceduta da gara informale (cottimo fiduciario) che determinava la legittima deroga all'invocato principio di pubblicità delle sedute di gara generalmente applicabile alle procedure ordinarie di affidamento; inoltre, a suo avviso, non vi era stata alcuna commistione tra la fase di valutazione delle offerte tecniche e quella di apertura delle buste contenenti l'offerta economica, atteso che dallo stesso verbale della commissione di gara, documento fidefacente fino a querela di falso e non impugnato, emergeva l'avvenuto corretto, autonomo e separato espletamento delle due predette fasi.

Le doglianze non meritano favorevole considerazione.

6.3.1. E' indispensabile premettere che la controversia non ha ad oggetto la legittimità della scelta dell'amministrazione di procedere all'acquisto del "sistema informatico di gestione dei Blocchi Operatori" utilizzando la procedura negoziata preceduta da gara informale, né la effettiva sussistenza dei presupposti di fatto e di diritto per l'affidamento della fornitura in questione mediante cottimo fiduciario, bensì la legittimità dell'operato

dell'amministrazione appaltante che ha espletato l'intero procedimento di gara in seduta riservata (così come prescritto dalla lex specialis): la questione portata all'esame della Sezione consiste nello stabilire se sia ammissibile e legittimo che i procedimenti per l'affidamento di lavori, servizi e forniture attraverso il cottimo fiduciario si svolgano interamente in seduta riservata.

L'art. 125 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, disciplinando la fornitura di "Lavori, servizi e forniture in economia", al comma 11 prevede espressamente che "Per servizi o forniture di importo pari o superiore a ventimila euro e fino alle soglie di cui al comma 9, l'affidamento mediante cottimo fiduciario avviene nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei, individuati sulla base di indagini di mercato ovvero tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante", aggiungendo altresì che "Per servizi o forniture inferiori a ventimila euro, è consentito l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento".

L'espresso richiamo al rispetto dei principi di trasparenza, rotazione e parità di trattamento esclude innanzitutto che l'affidamento mediante cottimo fiduciario di lavori, servizi e forniture sia riconducibile ad una semplice attività negoziale, essendo per contro evidente la preoccupazione del legislatore di salvaguardare l'applicazione dei principi costituzionali cui deve essere improntata in

generale l'azione amministrativa (ed in particolare il procedimento di scelta del contraente dei contratti pubblici), posti a tutela non già a tutela degli interessi singolari dell'amministrazione appaltante o degli operatori economici interessati, quanto piuttosto dell'interesse pubblico generale alla legalità, imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa (come valore essenziale ed imprescindibile dell'intero ordinamento e della convivenza sociale).

6.3.2. Sotto tale profilo, se i principi di rotazione e parità di trattamento tendono ad evitare che l'utilizzo del sistema del cottimo fiduciario possa in concreto determinare abusi in danno di alcuni operatori economici (sistematicamente esclusi dagli affidamenti di cottimo) o creare di fatto inammissibili situazioni di monopolio in favore di altri operatori economici (unici affidatari dei predetti affidamenti), così non solo alterandosi il gioco della concorrenza, ma anche violandosi conseguentemente il principio di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa (ex art. 97 della Costituzione), per contro il principio di trasparenza è invece finalizzato a garantire la correttezza formale e sostanziale del procedimento di gara (in senso lato), consentendo agli interessati di controllare l'operato della singola amministrazione appaltante (e per essa del seggio di gara o della commissione di gara), verificando costantemente la sua rispondenza ai principi di legalità, imparzialità e buon andamento.

Nell'ambito del principio di trasparenza trova collocazione, quale suo

corollario, il principio di pubblicità dei procedimenti di gara o quanto meno di alcune loro fasi (quali quella dell'apertura delle buste, della verifica della integrità delle medesime e/o anche di verifica dell'effettivo inserimento nei plichi stessi della documentazione amministrativa prevista a pena di esclusione dalla gara), volto a rendere effettivamente trasparente l'operato dell'amministrazione attraverso la possibilità della presenza degli stessi concorrenti a tali momenti peculiari, così assicurando contemporaneamente anche l'ulteriore principio della par condicio dei concorrenti.

6.3.3. Così ricostruita la ratio e la finalità del ricordato richiamo (ex art. 125 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163) al rispetto dei principi di trasparenza, rotazione e parità di trattamento, è da escludersi che, come invece prospettato dall'amministrazione appellante, tali principi ed in particolare il principio di pubblicità in particolare possano essere considerati sic et simpliciter derogabili nelle ipotesi in cui lo stesso legislatore consente l'utilizzo di procedimento di gara per la scelta del contraente più snelli e più agili, com'è nel caso in cui è ammesso l'affidamento di lavori, forniture e servizi attraverso il sistema del cottimo fiduciario.

Anche a prescindere dalla pur decisiva considerazione che la ricostruzione operata dall'amministrazione appellante non è suffragata da alcun elemento normativo e/o sistematico, occorre ricordare che la giurisprudenza ha ribadito che il principio di pubblicità dei procedimenti di gara trova fondamento nel dettato

costituzionale (art. 97) e nei principi comunitari e che esso è applicabile anche agli appalti concernenti i cc.dd. settori esclusi, a nulla rilevando sul punto il silenzio della legge (C.d.S., sez. VI, 5 dicembre 2008, n. 5943), precisando peraltro che l'obbligo di pubblicità delle sedute delle commissioni di gara riguarda esclusivamente la fase dell'apertura dei plichi contenenti la documentazione e l'offerta economica dei partecipanti e non anche la fase di apertura e valutazione delle offerte tecniche (C.d.S., sez. V, 13 ottobre 2010, n. 7470; 14 ottobre 2009, n. 6311; così anche, sez. V, 28 ottobre 2008, n. 5386).

6.3.4. Sulla scorta dei delineati principi deve condividersi l'assunto dei primi giudici circa l'illegittimità dell'operato dell'amministrazione (e della previsione della lettera d'invito) per essersi svolto l'intero procedimento di gara in seduta riservata, in palese violazione del principio di pubblicità e di trasparenza, sottraendo così ingiustificatamente il proprio operato al costante controllo degli operatori economici che avevano fatto domanda di partecipazione alla gara.

Sussiste anche la commistione tra le varie fasi del procedimento di gara solo per alcune delle quali, come evidenziato dai primi giudici, poteva giustificarsi il ricorso alla seduta segreta (com'è il caso della valutazione delle offerte tecniche allorquando l'aggiudicazione deve avvenire con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa). Né, d'altra parte la sussistenza e la rilevanza di tale vizio può essere

attenuata o addirittura esclusa per il fatto che le operazioni di gara sono state riassunte nell'apposito verbale fidefaciente, non impugnato: giova rammentare che oggetto della controversia in esame non è la correttezza o meno dello svolgimento del procedimento di gara (cioè se la commissione di gara abbia effettivamente verificato la integrità dei plichi contenenti le offerte, se abbia riscontrato la effettiva sussistenza nei plichi della documentazione amministrativa richiesta a pena di esclusione dalla gara, se abbia proceduto all'apertura delle buste contenenti l'offerta economica solo dopo aver esaurito la fase di valutazione delle offerte tecniche), quanto piuttosto se sia ammissibile che l'intero procedimento di gara; ciò esclude la stessa effettiva rilevanza dell'impugnazione con querela di falso del contenuto del verbale delle operazioni redatto dalla commissione di gara.

6.4. Non è meritevole di favorevole considerazione neppure il quinto motivo di gravame con il quale denunciando, "Violazione, falsa ed errata interpretazione ed applicazione del principio di segretezza delle offerte. Manifesta illogicità e contraddittorietà della motivazione sul punto", l'Azienda Ospedaliera appellante ha sostenuto l'erroneità della motivazione della sentenza impugnata nella parte in cui dall'accoglimento del secondo motivo del ricorso di primo grado ha fatto derivare solo l'obbligo della rinnovazione delle operazioni di valutazione, senza pregiudicarne l'esito o prefigurarne in alcun modo l'esito, non tenendo conto invero che una volta note

le offerte economiche è impossibile la riedizione delle operazioni di valutazione delle offerte tecniche, essendo venuta meno la segretezza delle offerte.

Al riguardo occorre rilevare che l'osservazione dell'appellante, in sé corretta, non conduce affatto, anche in virtù delle considerazioni svolte nel precedente paragrafo, alla riforma della sentenza ed alla declaratoria di legittimità della gara e dell'impugnato provvedimento di aggiudicazione, quanto piuttosto alla conferma della sentenza impugnata, sia pur con una diversa motivazione, come si preciserà in seguito.

7. Le considerazioni fin qui svolte in ordine alla infondatezza dell'appello principale dell'Azienda Ospedaliera di Perugia, con particolare riferimento a quelle contenute nel paragrafo 6.3, determinano la infondatezza degli appelli incidentali spiegati dalla Telecom Italia S.p.A., in proprio e quale capogruppo mandataria della costituenda A.T.I. con Noemalife S.p.A., anch'essi diretti a sostenere la legittimità dell'operato dell'amministrazione appaltante (il che esime la Sezione dall'esame dell'eccezione di irricevibilità dell'appello incidentale stesso sollevata dalla Sago Informatica Sanitaria s.r.l., questione involgente anche la stessa qualificazione dell'appello incidentale come proprio o improprio).

8. Passando all'esame dell'appello principale proposto dalla Sago Informatica Sanitaria s.r.l., la Sezione osserva quanto segue.

8.1. Non è meritevole di accoglimento il primo motivo di gravame,

con il quale denunciando “Erroneità della sentenza per violazione e falsa applicazione dell’art. 125, commi 11 e 14 e 37 del d. lgs. n. 163/2006, in relazione alle previsioni della lex specialis sulle condizioni di partecipazione alla gara dei raggruppamenti temporanei d’impresa. Violazione dei principi generali dell’ordinamento e che regolano le gare di appalto. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento ed erronea valutazione di elementi di fatto. Violazione dei principi generali di trasparenza, parità di trattamento. Illogicità e contraddittorietà manifesta”, sono state riproposte le censure svolte con il primo motivo del ricorso di primo grado in relazione all’omessa esclusione dalla gara del R.T.I. poi dichiarato aggiudicatario.

Come hanno correttamente rilevato dai primi giudici, dalla lettura della lettera di invito e del Capitolato Speciale non emerge alcuna specifica previsione circa l’indicazione delle parti principali e di quelle secondarie della fornitura in questione, essendo soltanto previsto (paragrafo 1, busta A, lett. a) della lettera di invito) che le imprese raggruppate avrebbero dovuto specificare le parti della forniture che sarebbero state eseguito dalle singole imprese.

Tali minime prescrizioni sono state rispettate dal costituendo R.T.I. Telecom Italia S.p.A. – Noemalife S.p.A. che nella offerta in data 17 novembre 2009 ha indicato la suddivisione della fornitura, la mandataria Telecom Italia S.p.A. fornendo le licenze software e la mandante Noemalife S.p.A. i servizi professionali e assistenza.

D'altra parte la tesi dell'appellante, secondo cui nel caso di specie la mandataria, in violazione dell'art. 37, comma 2, del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, non svolgerebbe la prestazione principale si fonda su di un assunto indimostrato e cioè che il valore delle licenze di software (parte della fornitura che sarebbe stata svolta dalla mandataria) sia inferiore ai servizi professionali e assistenza (parte della fornitura che sarebbe stata svolta dalla mandante), non essendoci alcun elemento indiziario inequivocabile dal quale ragionevolmente desumere che proprio la fornitura dei servizi professionali e dell'assistenza, così come sostenuto dall'appellante, abbia un ruolo preponderante nell'ambito dell'offerta complessiva del costituendo R.T.I. in questione (irrilevante a tal fine essendo il profilo organizzatorio di tale attività, articolata su quattro profili professionali).

Può aggiungersi per completezza che la specifica indicazione delle parti della fornitura che sarebbe stata eseguita dalle singole imprese componenti il R.T.I. aggiudicataria e il carattere unitario dell'oggetto dell'appalto (fornitura di un sistema informatico di gestione dei Blocchi Operatori, i cui elementi, secondo l'art. 3 del Capitolato Speciale, sono le licenze d'uso della soluzione software, i servizi professionali finalizzati alla messa in esercizio del sistema, i servizi di formazione e supporto all'avviamento, le integrazioni con la piattaforma informatica e la garanzia del sistema informatica per almeno 24 mesi dalla data del collaudo), rende e rende del tutto inutile la invocata necessità dell'ulteriore indicazione della

percentuale della quota di partecipazione delle singole imprese al costituendo R.T.I., non essendo peraltro neppure contestata la qualificazione delle predette imprese all'esecuzione delle parti di fornitura che si sono impegnate ad eseguire.

8.2. Merita invece favorevole considerazione il secondo motivo di gravame, con il quale, deducendo "Erroneità della sentenza per violazione e falsa applicazione dell'art. 112 cpc. Violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato. Omessa pronuncia, illogicità e contraddittorietà della motivazione", l'appellante ha lamentato che i primi giudici non avevano tratto tutte le necessarie conseguenze dall'accoglimento del secondo motivo di censura del ricorso di primo grado, dovendo, a suo avviso, da ciò derivare la caducazione dell'intera gara e non già la mera rinnovazione di non meglio precisate fasi della procedura.

In realtà, una volta appurata l'illegittimità dell'operato dell'amministrazione (e della relativa previsione contenuta nella lettera di invito) per essersi svolto l'intero procedimento di gara in seduta riservata, laddove l'utilizzazione di tale modus procedendi poteva ritenersi consentito solo per le operazioni che presupponevano valutazioni discrezionali (quale la fase della valutazione delle offerte tecniche, mentre le altre operazioni della commissione di gara prive di connotati discrezionali dovevano soggiacere al principio di pubblicità), non può ammettersi che l'annullamento dell'aggiudicazione e del procedimento di gara

comporti la sola rinnovazione delle operazioni di valutazione, trattandosi di un'attività che peraltro non potrebbe essere nemmeno legittimamente svolta.

Infatti, posto che, com'è pacifico tra le parti, la commissione di gara ha interamente concluso i propri lavori, procedendo sia alla valutazione delle offerte tecniche, sia all'apertura delle buste contenenti le offerte economiche, non può essere rinnovata alcuna attività di valutazione, la quale sarebbe evidentemente condizionata dalla conoscenza delle offerte economiche, con macroscopica violazione dei fondamentali principi di imparzialità e buon andamento dell'attività amministrativa ex art. 97 Cost. e dello stesso principio di trasparenza, ex art. 125, comma 11, del D. Ls. 12 aprile 2006, n. 163.

Sul punto è sufficiente richiamare il consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui anche la sola possibilità della conoscenza dell'entità dell'offerta economica e delle caratteristiche di quella tecnica mette in pericolo la garanzia dell'imparzialità dell'operato dell'organo valutativo, comportando il rischio che i criteri siano plasmati e adattati alle offerte in modo che ne sortisca un effetto potenzialmente premiante nei confronti di una di esse (così che l'esame delle offerte economiche prima di quelle tecniche costituisce una palese violazione dei principi inderogabili di trasparenza e di imparzialità che devono presiedere le gare pubbliche in quanto la conoscenza preventiva dell'offerta economica consente

di modulare il giudizio sull'offerta tecnica in modo non conforme alla parità di trattamento dei concorrenti e tale possibilità, ancorché remota ed eventuale, inficia la regolarità della procedura) (C.d.S., sez. 8 settembre 2010, n. 6509).

La fondatezza dell'esaminato motivo di gravame comporta in definitiva la conferma della sentenza impugnata (che ha annullato l'aggiudicazione dell'appalto in questione e del procedimento di gara) con diversa motivazione, nel senso cioè che il predetto procedimento di gara deve intendersi interamente annullato ed insuscettibile di una parziale rinnovazione, neppure con riguardo alle operazioni preliminari di apertura dei plichi, di verifica della loro integrità e delle buste contenenti l'offerta tecnica e quella economica e della completezza della documentazione indispensabile ai fini della stessa ammissione alla gara.

8.3. E' poi infondato il terzo motivo di gravame con il quale l'appellante ha riproposto il terzo motivo del ricorso principale "3. Violazione dell'art. 79, comma 5, d. lgs. n. 163/2006 in relazione agli artt. 3 e 97 della Cost.. Eccesso di potere per violazione della regola generale della trasparenza e della pubblicità".

Anche a voler prescindere dalla considerazione che esso è stato effettivamente esaminato e respinto (ovvero dichiarato inammissibile dai primi giudici) e che l'appellante non ha al riguardo svolto alcuna specifica contestazione, è sufficiente rilevare che il denunciato vizio di omessa tempestiva comunicazione del provvedimento di

aggiudicazione non incide sulla validità di quest'ultima, trattandosi di attività successiva al suo perfezionamento, quanto piuttosto sulla tempestività dell'impugnazione (su cui però non vi è stata alcuna contestazione) e sulla validità dell'eventuale ulteriore attività dell'amministrazione appaltante (in relazione alla quale non vi è alcuna menzione).

8.4. Con l'appello in esame Sago Sanitaria Informatica s.r.l. ha riproposto, peraltro in maniera assai generica, la domanda risarcitoria spiegata in primo grado.

Indipendentemente da ogni questione sulla stessa ammissibilità di tale motivo di gravame, la domanda risarcitoria deve essere respinta, sia con riguardo alla richiesta di reintegrazione in forma specifica, sia con riguardo alla richiesta di condanna per equivalente.

Quanto alla prima l'annullamento dell'intera procedura di gara (anche a prescindere dalla circostanza che nessuna delle parti ha chiarito se il contratto sia stato effettivamente stipulato e tanto meno se sia stato o meno eseguito), esclude in radice la possibilità di disporre il subentro dell'appellante.

Quanto alla seconda poi occorre rilevare che, sebbene la illegittimità dell'attività provvedimento della pubblica amministrazione costituisce di per sé elemento sufficiente a far ritenere sussistente l'elemento soggettivo della colpa, non sussistendo nel caso di specie le particolari fattispecie escludenti (difficoltà interpretative della normativa, contrasti giurisprudenziali, etc.), l'appellante tuttavia non

ha fornito alcun elemento di prova (e tanto meno eventuali indizi) del danno subito e del suo ammontare, onere che non può essere supplito dal giudice con l'eventuale valutazione equitativa, peraltro neppure espressamente richiesta (C.d.S., sez. VI, 3 febbraio 2011, n. 775).

9. In conclusione alla stregua delle considerazioni svolte, previa riunione dei giudici, devono essere respinti l'appello principale proposto dall'Azienda Ospedaliera di Perugia e gli appelli incidentali della Telecom Italia S.p.A., in proprio e quale mandataria del costituendo R.T.I. con Noemalife S.p.A, mentre deve essere accolto in parte, alla stregua del secondo motivo, l'appello principale proposto dalla Sago Informatica Sanitaria s.r.l., con conferma della sentenza impugnata con diversa motivazione, respingendosi tuttavia la domanda risarcitoria.

La peculiarità delle questioni trattate giustifica la compensazione tra le parti delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sui ricorsi in appello proposti rispettivamente da Sago Informatica s.r.l. (NRG. 7054/2010) e dall'Azienda Ospedaliera di Perugia (NRG. 7109/2010), nonché dagli appelli incidentali spiegati in entrambi i predetti giudizi dalla Telecom Italia S.p.A., in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo R.T.I. con Noemalife S.p.A., tutti avverso la sentenza del

Tribunale amministrativo regionale dell'Umbria, sez. I, n. 292 del 12 maggio 2010, così provvede;

- riunisce i ricorsi;
- respinge l'appello principale proposto dall'Azienda Ospedaliera di Perugia;
- respinge gli appelli incidentali proposti dalla Telecom Italia S.p.A., in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo R.T.I. con Noemalife S.p.A.;
- accoglie in parte (limitamento al secondo motivo) l'appello principale proposto da Sago Informatica Sanitaria s.r.l., respingendo la domanda di risarcimento del danno, e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata con la diversa motivazione indicata;
- dichiara interamente compensate tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Piscitello, Presidente

Aldo Scola, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

Adolfo Metro, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/10/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)