



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 320 del 2012, proposto da:

I.Fin. - Sistemi S.r.l. A Socio Unico, rappresentato e difeso dagli avv. Nicola De Zan, Giuseppe Sbisà, Nicola Creuso, con domicilio eletto presso Giuseppe Sbisà' Avv. in Trieste, via Donota 3;

contro

Insiel S.p.A., rappresentato e difeso dall'avv. Gianni Zgagliardich, con domicilio eletto presso Gianni Zgagliardich in Trieste, via Filzi 4;

nei confronti di

Unimatica S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Andrea Corinaldesi, Alberto Mischi, Orio De Marchi, con domicilio eletto presso Orio De Marchi Avv. in Trieste, via Fabio Severo 20; Intersistemi Italia S.Pa.;

per l'annullamento

-della determinazione di aggiudicazione definitiva, disposta da INSIEL s.p.a. e di data 2.8.2012, al RTI. composto dalle contro interessate Unimatica spa e Intersistemi spa del contratto avente ad oggetto "la fornitura di un sistema per la conservazione legale delle immagini diagnostiche, da utilizzarsi in ambito clinico - sanitario, comprensivo di software, infrastruttura tecnologica e relativi servizi di manutenzione in garanzia per 60 mesi";

-dell'atto di Insiel s.p.a. in data 2.8.2012 prot. 2012/3874, recante comunicazione dell'aggiudicazione definitiva;

-di tutti i verbali di gara, ivi compreso il verbale, ed ogni altro atto, recante il giudizio di non anomalia dell'offerta delle controinteressate;

-dell'atto di INSIEL s.p.a. in data 24.8.2012 prot. 2012/4161, che ha consentito solo parzialmente l'accesso della ricorrente agli atti di gara, ed in particolare alla documentazione relativa alla verifica di anomalia dell'offerta del RTI. controinteressato;

-della nota di INSIEL s.p.a. di riscontro dell'istanza di i.fin. ex art.243-bis d.lgs. n.163/2006, recante conferma dell'esito della procedura di gara, comunicata via p.e.c. in data 12.9.2012;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o conseguente;

per l'accertamento del diritto di Ifin Sistemi.s.r.l., in RTI con . con Analogica Sistemi s.r.l., al conseguimento dell'aggiudicazione ed al subentro nel contratto eventualmente stipulato, della dichiarazione di inefficacia del contratto medesimo, oltre al risarcimento del danno;

-nonché, in subordinata alternativa, per il risarcimento del danno per equivalente.

- per la sospensione cautelare degli atti impeditivi dell'aggiudicazione;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Insiel S.p.A. e di Unimatica S.p.A.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Unimatica S.p.A. in proprio e quale Capogruppo Rti con Intersistemi Italia Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Alberto Mischi, Andrea Corinaldesi, con domicilio eletto presso Orio De Marchi Avv. in Trieste, via Fabio Severo 20;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 novembre 2012 il dott. Enzo Di Sciascio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso in esame la ricorrente I.FIN Sistemi srl ha impugnato gli atti, indicati in epigrafe, relativi all'appalto, mediante procedura aperta, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per la fornitura di un sistema per la conservazione legale delle immagini diagnostiche, da utilizzarsi in ambito clinico – sanitario, comprensivo di software, di infrastruttura tecnologica e dei relativi servizi di manutenzione.

Sono stati dedotti, al riguardo, i seguenti motivi di gravame:

A) - Quanto all'esclusione dalla gara del raggruppamento controinteressato:

. sarebbe stata omessa la dichiarazione di due direttori tecnici, in violazione dell'art. 38 del D. Lgs n. 163/2006;

- esso non sarebbe in possesso del requisito specifico richiesto dall'art. II.2.2 del bando per l'ammissione alla gara;

- sarebbe viziata la dichiarazione di non anomalia dell'offerta dell'R.T.I. controinteressato, che invece avrebbe dovuto essere escluso;

Per quanto concerne il primo profilo sia la mandante che la mandataria del raggruppamento controinteressato avrebbero dichiarato di non avere alcun Direttore tecnico, nemmeno cessato dalla carica nel triennio precedente. Nell'offerta tecnica risulterebbe invece l'esistenza di un Direttore tecnico sia per Unimatica (dal 2000 a tutt'oggi – v. pag. 61 della parte dedicata ai curricula) che per Intersistemi Italia (nel curriculum della persona destinata a fungere da direttore specializzato) pur se entrambe le imprese hanno sostenuto, nella dichiarazione ex art. 38 e ai sensi del DPR n. 445/2000, l'assenza di Direttori tecnici, sottraendosi così ai controlli previsti dal succitato art. 38 D. Lgs n. 163/2006.

Per quanto concerne il secondo profilo, posto che, alla pag. 7/17 del bando l'art. III.2.2 richiede come requisito di partecipazione, nei tre esercizi precedenti la sua pubblicazione, un fatturato specifico “per forniture e servizi nel settore oggetto della presente gara, pari almeno a 2.150.000,00 euro Iva esclusa” è stato rivolto alla stazione appaltante il quesito n. 5, così formulato:

“In riferimento al punto III.2.2 “Capacità economica e finanziaria” del bando di gara si chiede se il fatturato specifico...che deve essere posseduto a pena di esclusione – può essere raggiunto con forniture realizzate in ambito di conservazione sostitutiva a norma di legge, intesa in tutte le sue applicazioni (es. ciclo passivo/attivo, immagini/flussi video, record log, documenti amministrativi) oppure se è richiesto un fatturato specifico in ambito del trattamento delle sole immagini diagnostiche”.

E' stata fornita dalla stazione appaltante la seguente risposta: “Il fatturato specifico può essere raggiunto con forniture e servizi realizzati in ambito di conservazione legale delle immagini diagnostiche, da utilizzarsi in ambito

clinico – sanitario”.

Con il quesito n. 7 con cui “si chiede se può essere considerato valido come requisito di capacità economico finanziaria relativa al fatturato specifico la conservazione legale effettuata nel settore privato, non inerente l’ambito sanitario o di immagini diagnostiche” la risposta è stata “Si rimanda al quesito n. 5”.

Anche in risposta al quesito n. 13 la stazione appaltante ha mantenuto la medesima posizione, sostenendo che doveva, sia pur con vari mezzi, in caso di dubbio, essere data la prova che il fatturato specifico atteneva all’oggetto della gara.

Doveva quindi essere provato, per essere ammessi alla gara, che il fatturato specifico, nell’ammontare prescritto, attenesse alla conservazione legale delle immagini diagnostiche in ambito clinico – sanitario.

Di tale requisito il raggruppamento aggiudicatario sarebbe sprovvisto.

Avrebbe infatti allegato alla propria offerta numerose fatture (in particolare quelle di Unimatica) che concernono forniture estranee all’oggetto della gara, riguardando settori estranei all’ambito clinico – sanitario e relative alla trattazione di dati, per lo più di carattere amministrativo o contabile, diversi dalle immagini diagnostiche, così che, escludendo i relativi importi non derivanti dal trattamento di immagini diagnostiche o estranei all’ambito clinico – sanitario, il fatturato specifico ammissibile non raggiungerebbe la misura minima prescritta.

In altri termini non sarebbe documentata la necessaria esperienza nel settore oggetto dell’appalto, onde erroneo e contraddittorio è stato l’operato della Commissione di gara, che ha ritenuto costituenti fatturato specifico prestazioni che la stessa stazione appaltante, nei suoi chiarimenti, aveva escluso potesse essere qualificato in tal modo.

Non potrebbe essere utilizzata, a sostegno della contraria tesi, la risposta al quesito n. 5, con cui si è affermato che “il fatturato specifico può essere raggiunto con forniture e servizi realizzati in ambito di conservazione legale di immagini diagnostiche, da utilizzarsi in ambito clinico – sanitario” in quanto essa va interpretata alla luce della relativa domanda, con cui si chiedeva se detto fatturato specifico potesse essere raggiunto in prestazioni diversissime, anche del tutto estranee all’ambito considerato, ma che fossero comunque idonee alla conservazione di dati, o se questa fosse da ritenersi limitata alle immagini diagnostiche in ambito clinico – sanitario.

Così rettamente intesa la risposta sarebbe chiarissima (anche perché ripetuta tre volte nelle risposte ai quesiti).

Non si troverebbe perciò alcuno spiraglio per l’ammissione del raggruppamento aggiudicatario.

Inoltre il procedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta proposta dal raggruppamento controinteressato si sarebbe concluso, del tutto illegittimamente, a favore dello stesso.

Pur non essendo in possesso della documentazione integrale, a causa del susseguirsi di “omissis” sul testo della verifica, andrebbe sottolineato che il costo del software necessario e di alcune licenze ad esso relative, indicato in € 270.000,00, sarebbe, in base alla documentazione esibita in causa dalla ricorrente principale, gravemente sottostimato e tale da inficiare l’esito del controllo della congruità dell’offerta. Sul punto la ricorrente si riserva, al caso, la proposizione di motivi aggiunti.

Pertanto, riassumendo le sopraddette censure, l’offerta del raggruppamento controinteressato avrebbe dovuto essere esclusa:

- per violazione della lex specialis di gara, comportando la mancata dichiarazione delle imprese associate che lo costituiscono, della presenza di Direttori tecnici, di cui peraltro si fa espressa menzione nell’offerta tecnica di entrambe, la violazione del punto 3.1.1 del disciplinare di gara, anche là dove rinvia ai moduli 1 e 1 bis, che ne costituiscono parte integrante) e la violazione dell’art. 38 del D. Lgs. n. 163/2006, non consentendo di sottoporre dette figure ai controlli previsti dalla norma.
- per la violazione dell’art. III.2.2 del bando e degli artt. 1 e 2 del disciplinare, anche nella parte in cui rinvia al

modulo Allegato 1, per la mancanza di un fatturato specifico, nel senso fatto palese dalla stazione appaltante in ben tre chiarimenti, perché quello esposto dal raggruppamento aggiudicatario non attiene alla fornitura di beni e servizi attinenti alla fornitura di beni e servizi idonei alla conservazione e gestione, in formato digitale, di immagini diagnostiche in ambito clinico – sanitario per l'ammontare previsto dal bando, ma ad altri ambiti, quali risultano in particolare dalle fatture esposte da Unimatica, né poteva la Commissione di gara sovvertire la chiara indicazione della *lex specialis*, specificata dai chiarimenti, pena la violazione della *par condicio*.

A detta specificità dell'oggetto della gara corrisponde la peculiarità e la complessità del software per gestire tali particolarissimi dati, che vanno datati, identificandone la fonte e vanno conservati in modo da renderli imm modificabili, onde occorre avere la conoscenza delle metodologie e dei protocolli formatisi, al riguardo, in ambito internazionale, che sono del tutto particolari e non interscambiabili con quelli in uso per la gestione di documenti amministrativi o fiscali.

Per ottenere questi risultati le immagini diagnostiche vanno acquisite, inserendole in un preciso formato, così realizzando veri e propri documenti informatici giuridicamente rilevanti. Tali immagini contengono, al loro interno, anche le relative informazioni, con la conseguente necessità di una particolare competenza per estrarle dai documenti stessi, con notevole differenza dalla gestione documentale di tipo tradizionale.

Le immagini diagnostiche, inoltre, hanno un volume enormemente superiore a quelle di tipo tradizionale, onde è necessaria una particolare esperienza per trattarle senza sprecare risorse hardware o saturare i sistemi di gestione, determinandone il blocco.

Esse sono gestite con lo standard DICOM, che di necessità va conosciuto approfonditamente se si vuole trattarle anche ai fini legali, come richiede l'appalto in parola, che è l'unico capace di trattare l'enorme volume di dati che le dimensioni delle immagini diagnostiche comporta.

E' necessaria pertanto una particolare esperienza nello specifico settore, onde è del tutto corretto che la si richieda nell'appalto "de quo".

Pertanto è fuorviante il richiamo della Commissione di gara al "favor participationis" che, di fronte alle disposizioni del bando e alle precisazioni fornite ad alcuni concorrenti, impedisce di dare una diversa lettura dell'oggetto dell'appalto, pena la violazione della "par condicio" e del principio di imm modificabilità delle condizioni di gara successivamente al bando.

Pertanto il raggruppamento controinteressato era chiaramente privo del fatturato specifico nella misura minima richiesta per l'ammissione alla gara e avrebbe dovuto, e deve, essere escluso dalla gara, con annullamento dell'aggiudicazione.

- per la violazione degli artt. 86 e 89 del D. Lgs. n. 163/2006

Risulterebbe evidente che l'esito positivo della valutazione di anomalia dell'offerta del raggruppamento controinteressato è viziata, in quanto essa è stata ritenuta congrua senza tener conto che il R.T.I. controinteressato non può aver acquistato il necessario software per soli € 270.000, come risulta dal verbale della Commissione di valutazione dell'anomalia, quando, allo stato delle conoscenze della ricorrente il suo costo si aggirerebbe su oltre € 380.000. Di conseguenza risulterebbe viziata anche l'offerta economica. Al riguardo, e a prova della suddetta censura, si richiama la richiesta istruttoria sul punto, di cui in precedenza, che si ribadisce ora, chiedendo che le giustificazioni rese dalla stazione appaltante in ordine al giudizio di non anomalia dell'offerta del R.T.I. controinteressato, fornite alla ricorrente, siano rese in forma integrale.

Di conseguenza l'offerta del raggruppamento controinteressato deve essere esclusa, con conseguente annullamento dell'aggiudicazione e dichiarazione del diritto del R.T.I. di cui la ricorrente è componente, quale secondo graduato, a conseguire l'aggiudicazione e il contratto, che finora non risulta stipulato.

Per scrupolo difensivo, se esso fosse stato stipulato, si chiede che esso sia dichiarato inefficace.

Hanno replicato, con memorie, l'amministrazione intimata e il raggruppamento controinteressato, chiedendo il rigetto del ricorso..

In seguito alla domanda cautelare della ricorrente questo Collegio si è pronunciato con ordinanza n. 126 del 18.10.2012, sospendendo l'aggiudicazione al R.T.I. controinteressato e fissando l'udienza di merito al 28.11.2012

Con il ricorso incidentale indicato nelle premesse depositato il 5.11.2012 la Unimatica spa, controinteressata nel ricorso principale, ha chiesto che, in detta udienza, sia pronunciato l'annullamento dei verbali di gara, ed in particolare di quello del 10.9.2012, e di ogni altro atto, nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione del raggruppamento Arslogica – I.FIN per difetto del requisito del fatturato specifico richiesto dal bando, della determinazione di aggiudicazione definitiva dd. 2.10.2012, nella parte in cui INSIEL spa non ha disposto l'esclusione del predetto raggruppamento per mancanza del fatturato specifico richiesto dal bando, del punto III.2.2 del bando di gara, nella parte in cui rinvia al contenuto del modulo denominato Allegato 1, che ne costituisce parte integrante, ove il "fatturato specifico per forniture di beni e servizi per il settore oggetto della presente gara" pari ad almeno 2.150.000,00 EUR IVA esclusa sia da intendersi esclusivamente riferito alla fornitura di un sistema per la conservazione legale delle immagini diagnostiche da utilizzarsi in ambito clinico - sanitario.

per l'accertamento

del diritto della ricorrente incidentale ad essere dichiarata aggiudicataria della gara;

per la condanna

dell'amministrazione ad aggiudicare alla ricorrente incidentale e a farle eseguire l'appalto ovvero, in subordine, al risarcimento del danno per equivalente;

Al riguardo, nel dettaglio, deduce, come più sopra specificato, i seguenti motivi:

- violazione del punto III.2.2 del bando di gara e degli artt. 1, 2 e 3.1.1 del disciplinare di gara, anche laddove rinvia al contenuto del modulo denominato Allegato 1, che ne costituisce parte integrante; eccesso di potere per falso presupposto di fatto; violazione ed errata applicazione dei principi generali in materia di raggruppamenti temporanei di imprese.

Poiché il summenzionato punto del bando di gara richiede, <come requisito di capacità economica e finanziaria, alle imprese partecipanti alla gara di avere realizzato, negli ultimi tre esercizi precedenti alla pubblicazione del bando, un fatturato globale di almeno 4.300.000,00 EUR IVA esclusa e, in particolare, un fatturato specifico per forniture di beni e servizi nel settore oggetto della presente gara, pari ad almeno 2.150.000 EUR IVA esclusa, ed inoltre l'art. II.1.5 dello stesso bando definisce come oggetto dell'appalto la "fornitura di un sistema per la conservazione legale delle immagini diagnostiche da utilizzare in ambito clinico – sanitario, comprensivo di software, di infrastruttura tecnologica e dei relativi servizi di manutenzione, secondo l'interpretazione proposta dalla controinteressata (pur non condivisa dalla ricorrente incidentale) non era necessario possedere un fatturato specifico relativo all'ultimo triennio per la fornitura di un sistema per la conservazione legale dei dati, idoneo ad archiviare immagini, fra cui anche quelle di natura diagnostica, ma si richiedeva solamente che il sistema conservasse le immagini diagnostiche da utilizzarsi in ambito clinico – sanitario.

Se così è, il RTI Arslogica - I.FIN, che ha dichiarato di possedere detto fatturato specifico (di cui Arslogica per € 3.430.376,78 e I.FIN per per € 1.565.506,20) non possiede detto requisito, perché le fatture prodotte da dette società espongono anche documentazione relativa alla conservazione legale di immagini in settori estranei a quelli indicati dal bando, che sono state tutte valutate dalla Commissione, come per quelle presentate dal RTI Unimatica – Intersistemi Italia srl, che ha considerato tutte le fatture relative alla conservazione legale dei dati.

Invero dette fatture non recano mai l'intestazione di cui all'asserito oggetto della gara e sono state emesse nei

confronti di soggetti che operano in settori del tutto diversi, o che operano in campo sanitario, ma non per la conservazione legale delle immagini diagnostiche da utilizzarsi in quel campo (in particolare tutte le fatture esibite da Arslogica).

Sul punto il TAR potrà condurre le opportune verifiche, e già fin d'ora si chiede una CTU al riguardo.

La Commissione di gara, pertanto, del tutto legittimamente, ha interpretato il bando nel senso che il fatturato specifico dovesse riferirsi alla categoria 7 – Servizi informatici e affini, dell'allegato II A del D. Lgs. 163/2006 e non solo di quello relativo alla conservazione legale delle immagini diagnostiche in ambito clinico sanitario, come specificato dal suo verbale dd. 10.9.2012, dove si sostiene altresì che detta conclusione è già presente nella risposta ai quesiti 1 e 5, sollevati dai concorrenti.

Ne consegue che, ove venisse accolto il 2° motivo del ricorso principale, deve essere accolto anche il presente motivo, dato che la Commissione si è comportata in maniera identica nel valutare le fatture proposte dai due concorrenti per verificare il possesso del requisito, relativo al fatturato specifico. Inoltre il ricorrente principale, non essendo in possesso del requisito, doveva essere escluso. Ne consegue che, essendo fondato il primo motivo del ricorso incidentale, il ricorso principale dev'essere dichiarato improcedibile.

Nemmeno gioverebbe l'eventualità che l'amministrazione o il raggruppamento controinteressato sostengano che il requisito del fatturato specifico viene raggiunto attraverso quanto prodotto dalla mandante I.FIN, dovendo essere egualmente escluso il raggruppamento in questa sede controinteressato, dato che non avrebbe i requisiti la mandante Arslogica, che dovrebbe possederli in misura maggioritaria.

In via di mero subordine, ove la tesi esposta non fosse condivisa, si impugna il bando di gara al punto III.2.2 nonché gli artt. 1,2 e 3.11 del disciplinare nella parte in cui rinvia al modulo Allegato 1, che ne forma parte integrante, ove venissero interpretati nel senso che il fatturato specifico per forniture di beni e servizi nel settore oggetto della presente gara, pari almeno a € 2.150.000,00 IVA esclusa fosse da riferirsi esclusivamente alla fornitura di sistemi per la conservazione legale delle immagini solo ed esclusivamente di tipo diagnostico da utilizzarsi in ambito clinico – sanitario, per il seguente motivo:

- violazione dei principi generali in materia di partecipazione alle gare d'appalto e dei principi comunitari e violazione dell'art. 42 e dell'Allegato IIA del D. Lgs. 163/2006 e s.m.i.

L'interpretazione censurata, cioè il ritenere che l'art. III.2.2 del bando di gara, unitamente agli artt. 1, 2 e 3.11 del disciplinare di gara, anche nella parte in cui rinvia all'Allegato 1, nel regolare il requisito del fatturato specifico di beni e servizi nel settore oggetto della presente gara, pari ad almeno € 2.150.000,00 IVA esclusa, si riferisca soltanto alla fornitura di un sistema per la conservazione legale delle immagini diagnostiche da utilizzarsi in ambito clinico – sanitario, è da ritenersi illegittima.

In primo luogo essa urterebbe con il principio comunitario del favor participationis, che non consente che partecipino alla gara solo le imprese che abbiano già effettuato analoghe forniture, ma deve intendersi riferita anche a forniture analoghe, che garantiscano prestazioni simili, attraverso l'ammissione di tutti i concorrenti che garantiscono complessivamente l'affidabilità.

L'indicazione, pertanto, del settore individuato dalla categoria 7 – Servizi informatici ed affini dell'Allegato II A del D. Lgs. n. 163/2006 costituisce, al riguardo, una concreta indicazione percorribile.

Se pertanto il bando dovesse essere inteso nel senso non solo del consentire la fornitura di un sistema per la conservazione dei dati (in cui sono ricomprese anche le immagini) ma soltanto delle immagini diagnostiche da utilizzarsi in ambito clinico sanitario esso sarebbe illegittimo.

In primo luogo non sarebbe dato comprendere come si potrebbero identificare il tipo di immagini che i partecipanti

devono dimostrare di aver legalmente conservato.

Inoltre il fatturato richiesto non sarebbe analogo, ma identico a quello oggetto di gara, senza una plausibile ragione, dato che non vi è differenza tra immagini diagnostiche o di altro tipo, purché consentano la conservazione a lungo termine e la protezione dei dati.

Ad una gara siffatta potrebbero essere ammessi, ove si riconoscesse la legittimità di tale norma del bando, soltanto coloro che avessero già svolto forniture nella conservazione legale delle immagini diagnostiche, chiudendo il mercato a quegli operatori che pur avendo svolto forniture analoghe nel campo della conservazione legale dei dati non le hanno effettuate per quelle diagnostiche.

Il bando così interpretato violerebbe il principio secondo cui sono illegittimi gli ostacoli posti alla più ampia partecipazione e sarebbe da ritenere illegittimo.

Sono intervenuti, con memorie, nel ricorso incidentale la ricorrente principale, che ha replicato alle considerazioni svolte dalla ricorrente incidentale e l'amministrazione resistente.

La ricorrente incidentale ha, da ultimo, replicato alla ricorrente principale, dopo di che il ricorso è stato introitato per la decisione.

DIRITTO

Il Collegio deve innanzitutto decidere sul ricorso incidentale, in quanto esso mira ad escludere il raggruppamento di cui fa parte la ricorrente principale.

Al riguardo deduce innanzitutto che nemmeno detto raggruppamento, ed in particolare la mandante Arslogica, raggiungerebbe il fatturato specifico da esso stesso ritenuto oggetto di gara, da cui andrebbe pertanto escluso.

Sul punto la difesa dello stesso ne ha negato anzitutto il fondamento in fatto.

A sostegno del suo assunto le contestate fatture di Arslogica sono state elencate in un prospetto, ove è stata dettagliata puntualmente la descrizione del bene o del servizio fornito o prestato, il relativo prezzo e la parte di esso che si riferisce all'oggetto della gara, con il relativo totale ampiamente superiore alla soglia di fatturato specifico richiesta.

Si è in tal modo controdedotto alla parte fondamentale della sopraddetta censura, sostenendone la pertinenza a tale oggetto.

In sé tale prospetto – e quindi la tesi ad esso sottesa - non è stato analiticamente contestato, in nessuna sua parte, dalla ricorrente incidentale a sostegno della sua tesi, secondo cui nemmeno il R.T.I. ricorrente principale raggiungerebbe detta soglia di fatturato specifico richiesta dal bando, dal capitolato e dal disciplinare di gara, tesi che avrebbe richiesto la confutazione analitica dell'attribuibilità all'oggetto dell'appalto, come sopra inteso, almeno di una parte consistente delle singole fatture.

Il Collegio, peraltro, pur nell'ambito delle elementari cognizioni informatiche, che possono esser proprie anche di questo giudice, può convenire con l'affermazione della memoria, che accompagna tale prospetto, secondo cui tali fatture si riferiscono all'hardware (server) alle licenze del software Oracle e Wmware (che anche il raggruppamento di cui fa parte la ricorrente incidentale ha offerto, a riprova della sua pertinenza alla gara de qua) e dei servizi accessori (manutenzione, storage ecc.), nei settori perciò che, nel raggruppamento verticale I.FIN – Unimatica spettava a quest'ultima dimostrare di avere la relativa esperienza, per un ammontare indiscutibilmente superiore a quello richiesto per la partecipazione alla gara.

Ne consegue che la relativa censura del ricorso incidentale che contesta il possesso da parte del RTI Arslogica – I.FIN di quello che esso ritiene il fatturato specifico pertinente all'oggetto della gara nella misura prevista dal bando e dagli atti di gara dev'essere rigettata.

Tale conclusione è, di per sé, sufficiente a rigettare il ricorso incidentale.

Al riguardo si deve notare che anche la resistente INSIEL spa, stazione appaltante, ha, con ben altra cognizione del merito, ritenuto, sulla base di tali fatture, ammissibile l'offerta della ricorrente principale, pur se dev'essere sottolineato che tale ammissione è avvenuta in base a una identificazione dell'oggetto della gara del tutto diversa da quella, che qui si pone a base delle censure esposte.

Il Collegio ritiene, comunque, per completezza, di esaminare anche gli ulteriori motivi di ricorso incidentale.

La ricorrente incidentale contesta nel merito la pertinenza di alcune fatture, che non sarebbero appartenenti all'oggetto dell'appalto, sia perché riguardano forniture in settori estranei a quello oggetto di gara sia perché non recano la espressa dizione della loro finalizzazione a un sistema dedicato alla conservazione di immagini diagnostiche in ambito clinico – sanitario, in tesi oggetto dell'appalto in questione.

Unimatica, nel dettaglio, ha sostenuto detta tesi, che dimostrerebbe la non idoneità dell'offerta contestata, fondandosi su tre preliminari osservazioni:

- a) l'oggetto di dette fatture non è mai la “conservazione legale di immagini diagnostiche da utilizzarsi in ambito clinico – sanitario” presunto oggetto della gara de qua;
- b) esse erano riferite a forniture ai soggetti più svariati, anche del tutto estranei all'ambito sanitario;
- c) avendo la Commissione di gara ritenute ammissibili le offerte di entrambe le parti, in ordine al requisito del fatturato specifico, tenendo conto di tutti i servizi informatici ed affini, se peraltro si dovesse ritenere che il metro di giudizio della loro ammissibilità è quello sostenuto dal ricorrente principale, allora il fatturato dal raggruppamento di cui egli fa parte, comprendendovi le forniture oggetto delle fatture contestate sub a) e b), verificando i rispettivi requisiti con tale metodo, se esso rende illegittima la valutazione del fatturato specifico del RTI Unimatica – Intersistemi, del pari renderebbe illegittima la valutazione del fatturato specifico del RTI I.FIN – Arslogica, onde se il secondo motivo del ricorso principale viene accolto dovrebbe essere accolto anche il primo motivo del ricorso incidentale.

Prescindendo dalla conclusione cui già sopra è pervenuto il Collegio, secondo cui, quale possa essere la pertinenza di tali fatture, il RTI intimato in questa sede comunque possiede il requisito del fatturato specifico, esso comunque non concorda col primo dei tre motivi sopra elencati.

Invero, siccome il fatturato specifico, al pari di quello globale, deve essere maturato nell'arco di tre anni, non è pensabile che, fin d'allora, quasi presentando la presente gara, fosse dovere delle imprese partecipanti dimostrare la propria esperienza esponendo fatture, per l'ammontare richiesto, intestate esplicitamente all'oggetto della fornitura dell'appalto in discussione, pena la loro inammissibilità. Ciò è tanto più vero in quanto si richiede un “sistema per la conservazione delle immagini diagnostiche in ambito clinico – sanitario” cioè un complesso di apparecchiature hardware, di software di varie specie e di servizi, con esperienza nel settore da provare con fatture che senz'altro si riferiscono a forniture parziali e non al sistema stesso.

Ciò che conta, dato che le fatture debbono dimostrare una certa esperienza, a garanzia della stazione appaltante, è che le imprese abbiano fatturato elementi idonei a fornire quel sistema (comunque esso venga interpretato) per l'ammontare previsto, in modo da esibirlo a corredo dell'offerta, per le valutazioni della stazione appaltante.

Per motivi sostanzialmente analoghi il Collegio ritiene infondata anche la seconda delle censure qui esposte.

Se quello appena indicato, cioè la dimostrazione dell'esperienza e della capacità di fornire ciò che occorre alla stazione appaltante, per realizzare il predetto sistema, è, come ritiene il Collegio, l'obiettivo per cui la pregressa fatturazione è richiesta, non importa a quale soggetto, sanitario o non, siano state addebitate le fatture, non dipendendo da simili considerazioni l'idoneità alla fornitura oggetto di gara, in qualsiasi momento dovesse occorrere, purché sia idoneo a dimostrare detta esperienza e capacità in modo specifico, cioè mediante la fornitura

di software, hardware e servizi pertinenti all'oggetto di gara.

La contestazione delle fatture indicate in ricorso incidentale ben può essere accolta, purché la parte istante dimostri che non solo esse si riferiscono a forniture a banche, assicurazioni ecc. e ad altri soggetti, ma che siano estranee a dimostrare esperienza da far valere nella gara "de qua".

A tale scopo non è sufficiente rifarsi al destinatario della prestazione e alla sua attività prevalente, ma, come opportunamente sottolineato dalla difesa della controinteressata in memoria, bisognerebbe dimostrare che le forniture contestate sono estranee al software, all'hardware, alle licenze software e ai servizi, indicati nel punto 2 del pur da essa contestato capitolato di gara, dimostrazione che, come rilevato più sopra non è stata fornita.

Se anche però lo fosse, bisognerebbe contestare il già menzionato prospetto, nella parte in cui riconduce alle prescrizioni del capitolato il fatturato di Arslogica, il che nemmeno è stato fatto.

In altri termini non è con l'intestazione o con il destinatario che si può esprimere un giudizio di pertinenza o non delle fatture contestate, ma dimostrando che esse non corrispondono alle prestazioni richieste in capitolato.

Pertanto la conclusione che il ricorrente vuole trarre dalle censure testé rigettate, cioè l'inammissibilità della considerazione di fatture della ricorrente quali quelle che con esse egli contesta, per rilevanti importi, non può essere accolta dal Collegio.

Di conseguenza esso non può condividere la conclusione del ricorrente incidentale secondo cui, avendo la Commissione di gara ha ammesso sia il RTI cui appartiene la ricorrente principale, sia quello cui appartiene la ricorrente incidentale, se si dovesse ritenere che il metro di giudizio per verificare la sussistenza del fatturato specifico non è stato quello richiesto alla luce della categoria 7 – Servizi informatici e affini dell'allegato II A del D. Lgs. 163/2006, fatto proprio dalla Commissione di gara, ma quello della sussistenza del requisito relativo alla conservazione delle immagini diagnostiche da utilizzarsi in ambito clinico – sanitario, ne conseguirebbe l'illegittimità dell'ammissione del RTI ricorrente principale, che non raggiungerebbe il fatturato in tali termini previsto, dovendosi escludere le fatture contestate.

Di conseguenza nemmeno può condividere la tesi secondo cui, ove venisse accolto il secondo motivo di gravame del ricorso principale, che tale metro di giudizio invoca, dovrebbe essere accolto il primo motivo del presente ricorso incidentale.

In disparte il carattere meramente ipotetico e condizionato della censura, si dovrà valutare in sede di ricorso principale se questo è o non il legittimo oggetto dell'appalto, pendendo la decisione sul relativo motivo, anche perché, quanto meno fino alla sua decisione, è la ricorrente incidentale la legittima affidataria dell'appalto stesso .

Nella presente sede, in cui una simile conclusione è data per scontata ai fini dell'interesse al ricorso, va ribadito che, anche muovendo da essa, non si possono ritenere non pertinenti nella controversa gara alcune fatture solo perché non intestate espressamente all'oggetto dell'appalto o perché oggetto di fornitura ad enti non sanitari, dato che ciò non inficia la capacità tecnica della parte qui intimata, per le ragioni già esposte, onde dai motivi di ricorso sul punto non può dedursi che esse siano estranee all'oggetto dell'appalto, come rappresentato nel ricorso principale.

La posizione di Insiel, che ha svolto una difesa sul punto in discussione sostanzialmente adesiva a quella della ricorrente incidentale, specificando di aver adottato un'interpretazione ampliativa, ispirata al favor participationis, del requisito di capacità tecnica, e la replica della ricorrente principale non incidono ulteriormente sulle censure dedotte col primo motivo, finora rappresentate, che vanno rigettate.

Va pertanto esaminato il secondo motivo di gravame del ricorso incidentale, con cui si impugnano il punto III.2.2 del bando di gara e gli artt. 1, 2 e 3.11 del disciplinare, anche nella parte in cui si rinvia all'Allegato 1 che di detto disciplinare costituisce parte integrante, ove la loro interpretazione sia quella per cui il fatturato specifico per forniture di beni e servizi nel settore oggetto della presente gara, pari ad almeno 2.150.000.00 EUR IVA esclusa sia

da riferirsi esclusivamente alla fornitura di sistemi per la conservazione legale delle immagini solo ed esclusivamente di tipo diagnostico da utilizzarsi in ambito clinico – sanitario.

Se così fosse, osserva la parte ricorrente incidentale, la legge di gara si porrebbe contro il principio comunitario del favor participationis, non ammettendo le imprese che sono in grado di fornire servizi analoghi a quelli oggetto dell'appalto e che possono comunque essere ritenute affidabili, con ciò opponendosi all'obiettivo dell'apertura del mercato a cui detto principio si ispira e alle stesse intenzioni del seggio di gara, che ha individuato come criterio discriminante l'appartenenza delle concorrenti alla categoria 7 – Servizi informatici e affini dell'Allegato II A del D. Lgs. 163/2006, che stabilisce espressamente che esso disciplina i “servizi informatici e affini”.

Ne conseguirebbe, ove si ritenesse che il bando abbia richiesto l'aver non solo prestatato, per l'ammontare indicato, la fornitura di un sistema per la conservazione legale dei dati (che comprende anche le immagini) ma solo delle immagini diagnostiche da utilizzarsi in ambito clinico sanitario, esso sarebbe illegittimo.

Non sarebbe dato comprendere come si potessero distinguere il tipo di immagini che i partecipanti avessero legalmente conservato, non essendovi differenza fra immagini diagnostiche o di altro tipo, dato che tutte devono consentire la conservazione a lungo termine e la protezione dei dati.

Diversamente opinando si dovrebbe ammettere che alla gara potesse partecipare solo chi avesse svolto forniture nel settore delle immagini diagnostiche, chiudendo il mercato sia a chi avesse svolto forniture analoghe nell'ambito della conservazione legale dei dati (fra cui anche le immagini) ma non le ha effettuate per quelle di carattere diagnostico e, specificatamente, in ambito clinico sanitario.

Se pertanto il bando va interpretato nel senso che vorrebbe il raggruppamento qui controinteressato, esso sarebbe illegittimo.

Ritiene il Collegio che una simile interpretazione dei requisiti per essere ammessi alla gara, se si concede che siano quelli censurati, non è fondata.

Non lo è in genere, in quanto provocherebbe la partecipazione delle imprese dalle più diverse caratteristiche e capacità (in tesi tutte quelle che elaborano e conservano dati informatici) in violazione dell'altrettanto fondamentale principio della par condicio fra i partecipanti.

Lo è altresì nella specie, mirando il bando ad assicurare, in un procedimento importantissimo per la stazione appaltante, trattandosi di fornire tutte le strutture del sistema sanitario regionale dei servizi informatici del tipo più volte indicato, una sufficiente capacità tecnica, attraverso la dimostrazione di essere, per pregressa esperienza documentata con fatture per il notevole importo dettagliato nella lex specialis, in grado di fornire il servizio indicato nel bando stesso e non un servizio simile o analogo in settori diversi tra loro.

Per questi motivi il Collegio ritiene legittime le disposizioni di bando e di capitolato qui impugnate.

Invero, se esse venissero travolte o intese come vorrebbe la ricorrente incidentale, si rischierebbe di trasformare una gara in cui, oltre all'offerta economica, è prevista proprio dagli atti impugnati una particolare capacità tecnica, dettagliatamente descritta nei documenti della gara medesima, sostanzialmente in un appalto da aggiudicarsi all'offerta più bassa fra i concorrenti che comunque avessero maturato esperienza nella conservazione di dati informatici, quali che essi siano, come vorrebbe la ricorrente incidentale.

Né il bando né il capitolato permettevano questo risultato, in quanto definivano in termini assai più specifici i requisiti di capacità tecnica ed è per questo che la ricorrente incidentale ne chiede, seppure in via subordinata, l'annullamento.

Tale richiesta è da ritenere illegittima, come si è ora espresso, ne verrebbe compromessa e la par condicio fra i concorrenti e la qualità del sistema per la conservazione delle immagini diagnostiche, che il bando, del tutto legittimamente, intendeva assicurare, ammettendo alla gara le imprese di provata esperienza in materia, dando una

definizione precisa dell'oggetto dell'appalto e dei requisiti di capacità tecnica.

Con ciò in nessun modo si sarebbe chiuso il mercato o ostacolata la partecipazione, servendo lo strumento, di cui in questa sede si è usufruito, dell'associazione temporanea fra imprese proprio perché, raggruppandosi, venissero posseduti i requisiti mancanti alla singola impresa.

Anche questo motivo va pertanto ritenuto infondato.

Ne consegue il rigetto del ricorso incidentale.

Deve ora passarsi all'esame del ricorso principale.

Esso è fondato.

Appare al riguardo assorbente la censura, che il Collegio ha già accolto in sede cautelare, secondo cui oggetto dell'appalto era quello indicato dal bando e dal capitolato e il raggruppamento aggiudicatario non lo possedeva compiutamente, nei termini ivi previsti.

L'art. III.2.2 del bando richiedeva, a pena di esclusione il possesso, da parte di ciascun candidato, di "un adeguato fatturato globale e fatturato specifico" realizzato negli ultimi tre anni anteriori alla sua pubblicazione. Il livello minimo, nel periodo indicato, di fatturato specifico per "forniture e servizi nel settore oggetto della presente gara" doveva essere "pari ad almeno 2.150.000,00 EUR IVA esclusa".

L'oggetto dell'appalto era descritto dall'art. 2 del disciplinare di gara, che specificava che la stazione appaltante Insiel "stipulerà contratto avente ad oggetto la fornitura di un sistema per la conservazione delle immagini diagnostiche, da utilizzarsi in ambito clinico – sanitario, comprensivo di software, infrastruttura tecnologica e relativi servizi di manutenzione in garanzia per 60 mesi dalla data di collaudo definitivo, come meglio descritto nel capitolato tecnico" dove venivano date le caratteristiche dell'hardware, del software, delle licenze software e dei servizi, che dovevano comporre l'offerta.

Al riguardo, il possesso dei requisiti contenuti nel bando, e quindi anche del possesso del fatturato specifico nel settore oggetto di gara doveva essere autocertificato, a pena di esclusione, da ciascun offerente, ai sensi dell'art. 3.1.1 del disciplinare, attraverso la compilazione del modello Allegato 1 (o 1 bis) con cui, in particolare, si dichiarava la conformità della propria offerta al bando e al capitolato.

Sostiene parte ricorrente che, dall'esame delle fatture prodotte, in particolare da Unimatica, si rileverebbe che esse non attengono, se non per un ammontare inferiore a quello stabilito dal bando, all'oggetto della gara e sono per lo più relative a settori estranei a quello clinico – sanitario, non in quanto documentano forniture a soggetti diversi dagli enti sanitari, ma in quanto non utilizzabili per le finalità indicate dal bando, cioè per la conservazione legale delle immagini diagnostiche da utilizzarsi nel settore clinico -sanitario.

Insiel peraltro contrappone a questa deduzione argomenti tecnici e, in particolare, il diverso metro di giudizio adottato dalla Commissione di gara, che ha ritenuto di porre come criterio dell'ammissibilità delle offerte la conformità alla categoria 7 – Servizi informatici e affini dell'Allegato II A del D. Lgs. 163/2006, che stabilisce espressamente che esso disciplina i "servizi informatici e affini".

E' su questa base, come risulta dalla difesa del raggruppamento controinteressato, che essa difende l'ammissibilità della propria offerta, in quanto (pag. 10 della memoria depositata in data 15 ottobre 2012) "secondo tale indirizzo ermeneutico (NB il favor participationis) il concetto di fornitura analoga deve essere inteso non come identità, ma come similitudine tra le prestazioni, tenendo conto che l'interesse pubblico sottostante...(è) l'apertura del mercato, attraverso l'ammissione alla gara di tutti i concorrenti per i quali si possa raggiungere un giudizio complessivo di affidabilità.

Di conseguenza il contestato riferimento della Commissione al settore individuato dalla categoria 7 – Servizi informatici e affini dell'Allegato II-A D. Lgs n. 163/2006 costituisce una indicazione chiara di quelle che possono

essere “le realtà merceologiche differenziate” idonee ad integrare il requisito del fatturato specifico di cui al punto III.2.2 – Capacità economica e finanziaria – richiesto dal bando” soggiungendo poi (pag. 11) “Ad abundantiam un ulteriore argomento deriva dall’applicazione del principio, secondo cui, qualora la portata della regola di gara sia incerta o dubbia o equivoca debba essere privilegiata l’interpretazione (da parte della commissione di gara, organo competente) che consente la più ampia partecipazione di imprese alla competizione (piuttosto che quella che la ostacoli)” così terminando: “In conclusione, nel caso di specie, al di là di sterili sofismi, la capacità economico – finanziaria del RTI aggiudicatario è stata provata”.

Il Collegio ritiene, al contrario, in primo luogo non corretta la tesi sostenuta dalla Commissione di gara, in quanto non si è attenuto, in sede di ammissione delle concorrenti, alle chiare indicazioni sopra riportate del bando e del capitolato in ordine all’oggetto della gara.

Per sua stessa ammissione, in base alla sua dichiarazione appena riportata, il RTI controinteressato è stato ammesso alla gara in base a una regola diversa da quella chiaramente indicata dalla lex specialis, che richiedeva che il fatturato specifico fosse interamente riferito “nel settore oggetto della presente gara” definito dall’art. 2.1 del bando stesso come “Fornitura di un sistema per la conservazione delle immagini diagnostiche da utilizzarsi in un ambito clinico – sanitario”, come dimostrano le sue difese e anche il ricorso incidentale, tutti tesi a sottolineare che valeva invece la diversa regola stabilita dalla Commissione di gara.

Al rispetto di tale regola si è invece correttamente richiamato il ricorrente.

Ne consegue che il ricorso principale va accolto, con annullamento degli atti impugnati di aggiudicazione definitiva della controversa gara al raggruppamento controinteressato disposta da Insiel spa in data 2.8.2012, della sua comunicazione, dei verbali di gara nella parte in cui contengono determinazioni sfavorevoli al ricorrente, e del contratto eventualmente sottoscritto nelle more sottoscritto.

Non essendo stato accolto il ricorso incidentale l’unica offerta valida rimane quella del raggruppamento ricorrente principale, cui spetta l’aggiudicazione.

Le spese seguono la soccombenza e vanno liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, respinge il ricorso incidentale ed accoglie il ricorso principale, nei limiti di cui in motivazione.

Condanna il RTI Unimatica spa – Intersistemi spa al rimborso alla ricorrente delle spese e competenze giudiziali, che liquida in complessivi € 8000 (ottomila).

Condanna l’Insiel spa al rimborso delle spese e competenze giudiziali alla ricorrente, che liquida in complessivi € 8.000 (ottomila) comprensive di quelle liquidate nella fase cautelare, oltre al contributo unificato.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 28 novembre 2012 con l’intervento dei magistrati:

Umberto Zuballi, Presidente

Enzo Di Sciascio, Consigliere, Estensore

Oria Settesoldi, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/12/2012

IL SEGRETARIO

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