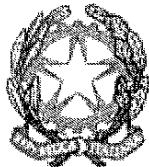


N. 01287/2015 REG.PROV.COLL.
N. 00656/2015 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

Sezione Staccata di Reggio Calabria

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 656 del 2015, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Gesan Srl, in persona del legale rappresentante pt, rappresentata e difesa dagli avv. Alessandro Russo e Stefano La Marca, con domicilio eletto presso Segreteria T.A.R. in Reggio Calabria, viale Amendola, 8/B;

contro

Azienda Sanitaria Provinciale di Reggio Calabria, rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Maria Latella, con domicilio eletto presso l'Ufficio Legale dell'Azienda in Reggio Calabria, V. S.Anna II Tr.Pal. Tibi;

Azienda Ospedaliera Bianchi Melacrino Morelli di Reggio Calabria in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Anna Curatolo, con domicilio eletto in via Provinciale Spirito Santo N. 24;

nei confronti di

*Engineering - Ingegneria Informatica Spa in proprio e nella qualità
di mandataria capogruppo del RTI Engineering - Ingegneria
Informatica Spa - SIED IT Srl, rappresentati e difesi dall'avv.
Antonio Maria Gangemi, con domicilio eletto in Reggio Calabria,
Via G. De Nava N. 40/B;*

Telecom SpA;

*per l'annullamento, previa tutela cautelare
del provvedimento emesso con delibera del Commissario
Straordinario dell'Azienda Ospedaliera "Bianchi-Melacrino-
Morelli" n. 390 del 30 giugno 2015 e pubblicato sull'albo pretorio
dal 6 luglio 2015 al 21 luglio 2015;*

*del protocollo d'intesa tra l'Azienda Sanitaria Provinciale di Reggio
Calabria e l'Azienda Ospedaliera "Bianchi Melacrino Morelli" ,
sottoscritto in data 26 maggio 2015, avente ad oggetto la
realizzazione di un centro unico prenotazione a valenza provinciale
e di cui non si conosce il contenuto;*

*del cronoprogramma con dettaglio delle attività allegato al
protocollo d'intesa del 26.05.2015 e conosciuto a seguito di istanza
di accesso agli atti in data 23 luglio 2015;*

*della proposta tecnica e commerciale trasmessa da RTI
Engineering / Sied in data 25 maggio 2015, acquisita, in pari data
al protocollo generale dell'Azienda Ospedaliera di Reggio Calabria
al n.9314, di cui non si conosce il contenuto;*

*della nota mail del 5 giugno 2015 del RTI Engineering / Sied con la
quale si è precisato che il costo indicato per l'unità di supporto a
presidio, pari ad €. 58.560,00 IVA inclusa, è da considerarsi annuale*

e rimodulabile mensilmente per ogni mese di effettivo utilizzo, di cui non si conosce il contenuto;

del verbale del 20 novembre 2014 redatto d'intesa tra l'Azienda Ospedaliera "Bianchi Melacrino Morelli", l'Azienda Sanitaria Provinciale di Reggio Calabria e il RTI Engineering /Sied relativo all'integrazione dei rispettivi sistemi CUP, di cui non si conosce il contenuto;

della nota prot. nn.1407 del 9 giugno 2015 con la quale il Direttore dell'UOC Programmazione Controllo ha comunicato che in data 26 maggio 2015 è stato firmato il protocollo d'intesa tra l'Azienda Ospedaliera "Bianchi Melacrino Morelli" di Reggio Calabria e l'Asp di Reggio Calabria nonché di qualsiasi altro atto connesso, presupposto o consequenziale;

quanto ai motivi aggiunti,

della Deliberazione del Commissario Straordinario della ASP n.463 del 10 luglio 2015 ed avente ad oggetto "Ratifica ed approvazione del protocollo d'intesa tra ASP di Reggio Calabria e l'Azienda Ospedaliera Bianchi-Melacrino-Morelli di Reggio Calabria, sottoscritto in data 26 maggio 2015, avente per oggetto la realizzazione di un centro unico di Prenotazioni a valenza provinciale" conosciuto nell'esistenza in data 27 agosto 2015 a seguito del deposito del controricorso da parte dell'Azienda Ospedaliera "Bianchi Melacrino Morelli" e nel contenuto in data 9 settembre 2015 a seguito di pubblicazione nell'Albo pretorio dell'ASP;

del provvedimento emesso dalla Azienda Ospedaliera con deliberazione n. 395/2015 di cui non si conosce il contenuto e della cui esistenza si è appreso in data 27 agosto 2015 a seguito del

deposito del controricorso da parte dell'Azienda Ospedaliera "Bianchi Melacrino Morelli";

del protocollo d'intesa tra la Asp di Reggio Calabria e l'Azienda Ospedaliera "Bianchi Melacrino Morelli", sottoscritto in data 26 maggio 2015 ed avente ad oggetto la realizzazione di un Centro Unico Prenotazione a valenza provinciale, conosciuto nei suoi contenuti in data 16 settembre 2015 a seguito di deposito da parte dell'Azienda Ospedaliera "Bianchi Melacrino Morelli" presso questo TAR in adempimento ad ordinanza istruttoria;

delle valutazioni tecniche economiche per la realizzazione del CUP unificato della provincia di Reggio Calabria, allegato al n. 3 del protocollo d'intesa del 26 maggio 2015 e conosciuto nell'esistenza e nei suoi contenuti in data 16 settembre 2015 a seguito di deposito da parte dell'Azienda Ospedaliera "Bianchi Melacrino Morelli" presso questo TAR in adempimento ad ordinanza istruttoria;

dello schema macro-fasi tecnico per le attività di realizzazione del CUP unificato della provincia di Reggio Calabria allegato al protocollo d'intesa del 26 maggio 2015 e conosciuto nell'esistenza e nei suoi contenuti in data 16 settembre 2015 a seguito di deposito da parte dell'Azienda Ospedaliera "Bianchi Melacrino Morelli" presso questo TAR in adempimento ad ordinanza istruttoria;

della proposta tecnico - economica di realizzazione del CUP trasmessa dal RTI Engineering/SIED prot. N. 206/15-ADG/SB del 25 maggio 2015, e conosciuta nei suoi contenuti in data 16 settembre 2015 a seguito di deposito da parte dell'Azienda Ospedaliera "Bianchi Melacrino Morelli" presso questo TAR in adempimento ad ordinanza istruttoria;

della nota mail del 5 giugno 2015, acquisita al protocollo dell'Azienda Ospedaliera "Bianchi Melacrino Morelli" al n. 1398 del 8 giugno 2015 e conosciuta nei suoi contenuti in data 16 settembre 2015 a seguito di deposito da parte dell'Azienda Ospedaliera "Bianchi Melacrino Morelli" presso questo TAR in adempimento ad ordinanza istruttoria;

del verbale del 20 novembre 2014 redatto d'intesa tra l'Azienda Ospedaliera "Bianchi Melacrino Morelli", l'Azienda Sanitaria Provinciale di Reggio Calabria ed RTI Engineering/SIED relativo all'integrazione dei rispettivi sistemi CUP e conosciuto nei suoi contenuti in data 16 settembre 2015 a seguito di deposito da parte dell'Azienda Ospedaliera "Bianchi Melacrino Morelli" presso questo TAR in adempimento ad ordinanza istruttoria;

della nota prot. N. 1407 del 9 giugno 2015 con la quale il Direttore dell'UOC Programmazione Controllo ha comunicato che in data 26 maggio 2015 è stato firmato il protocollo d'intesa tra l'Azienda Ospedaliera "Bianchi Melacrino Morelli" di Reggio Calabria e l'ASP di Reggio Calabria e conosciuta nei suoi contenuti in data 16 settembre 2015 a seguito di deposito da parte dell'Azienda Ospedaliera "Bianchi Melacrino Morelli" presso questo TAR in adempimento ad ordinanza istruttoria;

di ogni altro atto connesso, presupposto o consequenziale.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Provinciale di Reggio Calabria, della Azienda Ospedaliera Bianchi Melacrino Morelli Reggio Calabria, di Engineering - Ingegneria

*Informatica Spa e di RTI Engineering - Ingegneria Informatica Spa
- Sied It Srl;*

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

*Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 dicembre 2015 il dott.
Filippo Maria Tropiano e uditi per le parti i difensori come
specificato nel verbale;*

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

*1. La vicenda che viene all'esame del Collegio si riferisce
all'avvenuto affidamento del servizio di Centro Unico di
Prenotazione (CUP) dell'Azienda Sanitaria Provinciale di Reggio
Calabria, che l'ente resistente ha disposto in favore del RTI
Engineering/Sied (di seguito solo RTI) ai sensi del disposto di cui
all'art. 57 comma 5 lettere a) e b) D.Lgs n. 163/2006, con
contestuale affidamento del connesso servizio di Call Center a
Telecom Italia.*

*Con ricorso debitamente notificato, la Gesan ha impugnato gli atti
menzionati alle lettere da a) a g) dell'epigrafe, lamentandone
l'illegittimità in forza del seguente cumulativo motivo di diritto:*

*violazione di legge - violazione degli artt. 2 e 53 e ss. D.Lgs
163/2006 - inesistenza dei presupposti di fatto e di diritto -
violazione e falsa applicazione degli artt. 1 e 3 della L. 241/90 -
violazione dei principi in tema di giusto procedimento e di
procedure ad evidenza pubblica - eccesso di potere per carenza di
istruttoria e di motivazione - eccesso di potere per erroneità del
presupposto - ingiustizia manifesta - sviamento di potere - illogicità*

manifesta - difetto di interesse pubblico - palese arbitrarietà dell'azione amministrativa - violazione e falsa applicazione del principio del favor participationis - violazione e falsa applicazione del principio di non aggravamento del procedimento amministrativo - violazione dei canoni di buona fede - affidamento e correttezza - violazione del principio di buon andamento dell'azione amministrativa ex art. 97 Cost..

In sostanza, la società ricorrente ha lamentato l'assoluta mancanza dei presupposti di fatto e di legge onde poter ricorrere alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, come messa in essere dall'Amministrazione resistente sulla base dell'asserito disposto di cui all'art. 57 comma 5 lettere a) e b) del Codice dei Contratti.

Si è costituita l'Azienda Ospedaliera "Bianchi Melacrino Morelli" di Reggio Calabria con controricorso depositato in data 27 agosto 2015; l'Azienda ha contestato gli assunti di parte ricorrente, chiedendo la reiezione del gravame nonché della domanda cautelare pure svolta nell'atto introduttivo.

Con ordinanza n. 206/2015 resa alla camera di consiglio del 2 settembre 2015, il Collegio ha sospeso gli atti impugnati, ha ordinato l'acquisizione della documentazione richiesta in via istruttoria dalla società ricorrente ed ha fissato l'udienza del 2 dicembre 2015 per la trattazione del merito.

In adempimento dell'ordinanza succitata, in data 16 settembre 2015 l'Azienda Ospedaliera ha depositato documentazione presso la Segreteria del TAR.

In data 14 ottobre 2015 si è costituito il controinteressato RTI, chiedendo il rigetto del gravame.

La Gesan proponeva ricorso per motivi aggiunti, depositato in data 19 ottobre 2015, con cui ha altresì impugnato tutti gli altri atti indicati in epigrafe alle lettere da h) a m), contestandone la legittimità in virtù di un unico cumulativo motivo di gravame, sostanzialmente coincidente con quello già articolato nel ricorso introduttivo, come da tenore testuale dell'atto cui si rinvia.

L'Azienda Sanitaria Provinciale di Reggio Calabria depositava in data 23 ottobre 2015 memoria difensiva, nella quale assumeva la legittimità dell'operato delle Amministrazioni coinvolte e per l'effetto concludeva per la reiezione del ricorso.

La stessa Azienda Ospedaliera replicava ai motivi aggiunti, in forza di controricorso depositato in data 29 ottobre 2015.

Con ordinanza n. 291/2015, resa alla camera di consiglio del 4 novembre 2015, il Collegio, rigettava l'istanza di revoca della sospensione degli atti, come avanzata dalla ASP a verbale di udienza, disponeva ulteriori incombenti istruttori e confermava l'udienza del 2 dicembre 2015 per la discussione del merito.

In data 20 novembre 2015, la ASP di Reggio Calabria depositava documentazione.

All'udienza del 2 dicembre 2015 la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Tanto sinteticamente premesso in fatto, deve subito rilevarsi che il punto centrale dell'odierna controversia risiede nel verificare la legittimità o meno dell'affidamento operato dalla resistente Amministrazione in favore del RTI, siccome disposto nelle forme della procedura negoziata senza pubblicazione del bando ai sensi del citato art. 57 del Codice degli Appalti.

Ogni altra vicenda, come narrata negli atti difensivi, se vale a meglio illustrare gli sviluppi storico-processuali del fatto oggetto di giudizio nonché a confermare la piena legittimazione a ricorrere della Gesan, consuma, per così dire, e risolve la propria rilevanza dinanzi all'unico e fondamentale quesito che nel caso di specie deve essere risolto; e cioè quello se fosse possibile il ricorso alla procedura *de qua* ovvero se sussistessero gli inderogabili presupposti di legge che soli permettono di omettere una ordinaria gara aperta alla partecipazione di tutti i potenziali concorrenti.

Orbene, esaminata la documentazione in atti e segnatamente quella depositata nel corso del giudizio a cura dell'Azienda e della ASP anche su ordine del TAR, il Collegio rileva la fondatezza del ricorso e la evidente illegittimità che connota la condotta posta in essere dall'Azienda resistente.

2A. Il chiaro disposto dell'art. 57 comma 5 lettere a) e b) del D.Lgs 163/2006 prevede che:

"nei contratti pubblici relativi a lavori e negli appalti pubblici relativi a servizi, la procedura del presente articolo è, inoltre, consentita: a) per i lavori o servizi complementari, non compresi nel progetto iniziale né nel contratto iniziale che, a seguito di una circostanza imprevista, sono divenuti necessari all'esecuzione dell'opera o del servizio oggetto del progetto o del contratto iniziale, purchè aggiudicati all'operatore economico che presta tale servizio o esegue tale opera, nel rispetto delle seguenti condizioni: a.1) tali lavori o servizi complementari non possono essere separati, sotto il profilo tecnico o economico, dal contratto iniziale, senza recare gravi inconvenienti alla stazione appaltante, ovvero pur essendo separabili dall'esecuzione del contratto iniziale, sono strettamente

necessari al suo perfezionamento; a.2) il valore complessivo stimato dei contratti aggiudicati per lavori o servizi complementari non supera il cinquanta per cento dell'importo del contratto iniziale; b) per nuovi servizi consistenti nella ripartizione dei servizi analoghi già affidati all'operatore economico aggiudicatario del contratto iniziale dalla medesima stazione appaltante, a condizione che tali servizi siano conformi a un progetto di base e che tale progetto sia stato oggetto di un primo contratto aggiudicato secondo una procedura aperta o ristretta; in questa ipotesi la possibilità del ricorso alla procedura negoziata senza bando è consentita solo nei tre anni successiva alla stipulazione del contratto iniziale e deve essere indicata nel bando del contratto originario; l'importo complessivo stimato dei servizi successivi è computato per la determinazione del valore globale del contratto, ai fini delle soglie di cui all'art. 28”.

2B. Tanto premesso sul piano normativo, deve ricordarsi che la possibilità di esperire una procedura negoziata senza una pubblicazione di un bando di gara in ordine a lavori e servizi “complementari” o per la ripetizione di “servizi analoghi” è legata alla ricorrenza dei sopra esposti stringenti presupposti, i quali devono ricorrere tutti cumulativamente, trattandosi di ipotesi derogatoria ed eccezionale rispetto alla regola principale secondo cui la procedura di evidenza pubblica costituisce l'indispensabile presidio a garanzia del corretto dispiegarsi della libertà di concorrenza e della trasparenza dell'operato delle Amministrazioni. Declinando tali coordinate con riguardo alla fattispecie in esame, va invece notato quanto segue.

Con riguardo alla ipotesi sub a) dell'art. 57 comma 5 Codice dei Contratti:

non sembra ricorrere un'ipotesi di "lavori o servizi complementari", per il quale la possibilità di ricorso alla negoziata si legittima in base ad un esteso indice di presupposti fondanti, i quali postulano l'estranchezza dei lavori o servizi rispetto al contratto originario, l'imprevedibilità della circostanza che ne rende necessaria la relativa esecuzione ed il rigido nesso di complementarietà tra prestazioni necessarie e quelle originarie;

invero l'estranchezza dei lavori o servizi complementari rispetto al contratto principale e al relativo progetto iniziale deve essere rigidamente intesa nel senso che l'originario negozio non deve abbracciarli neppure in via meramente eventuale ed opzionale. Laddove il contratto originario ne contemplasse la prestazione pur ipotetica, oltre a configurarsi la possibilità di una loro esecuzione, verrebbe tra l'altro meno il presupposto caratteristico che ne consente l'utilizzo e cioè "la circostanza imprevista";

l'imprevedibilità della circostanza che rende necessaria l'esecuzione dei lavori o servizi complementari, va intesa come un accadimento materiale che, oltre ad essersi concretata successivamente alla stipula, non sia prevedibile tramite l'ordinaria programmazione in base a diligenti valutazioni della stazione appaltante. E' stato infatti chiarito in dottrina che la nozione di "circostanza imprevista" implica un giudizio di valore circa l'adeguatezza della condotta soggettiva preparatoria della stazione appaltante, nel senso che deve trattarsi di un evento che va al di là di qualsiasi ragionevole previsione;

quanto al nesso di complementarietà tra prestazioni necessarie e prestazioni originarie, essa può configurarsi: - i) nella inseparabilità dei nuovi servizi o lavori rispetto a quelli già contrattualizzati, fondata su ragioni tecniche o economiche, purchè la prospettiva di una eventuale separazione sia tale da recare gravi inconvenienti alla stazione appaltante, che ne dia conto con congrua motivazione; - ii) in caso di possibilità di separazione, nella circostanza che i nuovi lavori o servizi siano strettamente necessari al perfezionamento del contratto originario, circostanza pure questa che non pare ricorrere tecnicamente nella fattispecie de qua.

lo stesso valore complessivo massimo dei contratti complementari deve essere contenuto entro il 50% dell'importo del contratto iniziale, cosa che all'apparenza non risulta sussistere.

Con riferimento alla ipotesi di cui alla lettera b) dell'art. 57 comma 5 D.Lgs. 163/2006, deve viceversa osservarsi che:

risulta superato il limite temporale dei tre anni successivi alla stipulazione del contratto iniziale, dovendosi prendere come riferimento temporale la convenzione stipulata in data 6 agosto 2009 tra l'Azienda Ospedaliera ed il RTI, in atti;

la possibilità del ricorso alla procedura negoziata senza bando non risulta indicata nel bando originario che ha dato luogo al primo affidamento e cioè nel bando di cui alla procedura aperta indetta con delibere nn. 490/2007, 587/2007 e 825/2007 rese dall'Azienda Ospedaliera;

i servizi non sembrano essere aderenti ad alcun progetto base oggetto del primo contratto aggiudicato. Tale progetto di base deve sostanziarsi in una pianificazione economico- prestazionale della stazione appaltante, assunta in sede di adozione della

determinazione a contrarre, dalla quale risulti che la ripetizione delle prestazioni appare necessaria o conveniente sotto il profilo tecnico e/o economico (su progetto base vedi TAR Lazio, Roma, Sez. I bis n. 3546/2008.

La mancanza apparente delle suddette condizioni assorbe ogni giustificazione prospettata dall'Amministrazione resistente, la quale, pur plausibile, urta contro le dette condizioni ostative, le quali sono normativamente conformate in senso inderogabile, proprio per la natura derogatoria della procedura negoziata de qua rispetto alla concorrenzialità della procedura aperta.

In particolare, la prospettazione di una situazione di urgenza qualificata, segnatamente la necessità di dare esecuzione alla delibera della Giunta Regionale Calabria n. 494/2010 e la preferibile funzionalità dell'accorpamento dei servizi CUP mediante unificazione del programma già esistente in favore di entrambe le Aziende, rappresentano motivazioni (che per altro originano da comportamenti volontari imputabili alla stessa amministrazione) incapaci di superare l'assenza delle circostanze di legge come espressamente codificate dal legislatore.

Alla luce delle superiori considerazioni, il ricorso ed i motivi aggiunti devono essere accolti per la ricorrenza del vizio di violazione di legge nonché di difetto dei presupposti di fatto e di diritto onde procedere all'affidamento de quo, con assorbimento di ogni altra questione e conseguente annullamento di tutti gli atti impugnati.

Le regolamentazione delle spese tra ricorrente e resistenti segue la soccombenza, come da liquidazione in dispositivo; mentre sussistono

i presupposti di legge per compensare le spese tra Gesan e RTI controinteressato.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria Sezione Staccata di Reggio Calabria definitivamente pronunciando sul ricorso integrato da motivi aggiunti, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Condanna le Aziende resistenti in solido a rifondere le spese di lite in favore della società ricorrente, che si liquidano in complessivi € 3.000,00 (tremila/00) oltre IVA e CPA come per legge;

Compensa le spese tra ricorrente e controinteressato.

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

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 2 dicembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Politi, Presidente

Filippo Maria Tropiano, Referendario, Estensore

Angela Fontana, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/12/2015

IL SEGRETARIO

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