

Publicato il 21/01/2019

N. 00518/2019REG.PROV.COLL.

N. 06206/2018 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente
SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6206 del 2018, proposto da Azienda per Assistenza Sanitaria n. 5 “Friuli Occidentale”, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Vittorina Colo', Andrea Manzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Andrea Manzi in Roma, via Confalonieri, 5;

contro

Fabio Balducci Romano, rappresentato e difeso dagli avvocati Carlo Malinconico, Fabio Balducci Romano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Carlo Malinconico in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 284;

nei confronti

Filomena Polito, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. FRIULI VENEZIA GIULIA - TRIESTE: SEZIONE I n. 00252/2018, resa tra le parti, concernente affidamento del servizio di data protection officer;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Fabio Balducci Romano;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 dicembre 2018 il Cons. Pierfrancesco Ungari e uditi per le parti gli avvocati Vittorina Colò, Andrea Manzi e Romano Fabio Balducci;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La A.S.S. 5 Friuli Occidentale, mediante determinazione n. 983 in data 23 maggio 2018 - in esito alla procedura negoziata avviata, ex art. 36, comma 2, lettera b), del d.lgs. 50/2016, con decreto n. 342 in data 30 aprile 2018 - ha aggiudicato definitivamente il servizio di Data Protection Officer, per un anno prorogabile di un altro anno, alla ditta Compliance officer e data protection di Polito Filomena.
2. Con provvedimento n. 413 in data 24 maggio 2018, la dott.ssa Polito è stato conseguentemente designata quale responsabile della protezione dei dati personali ai sensi del Regolamento UE 2016/679.
3. Gli atti di gara sono stati impugnati dinanzi al TAR Friuli VG dal dott. Balducci, professionista del settore interessato all'incarico, il quale ha lamentato, tra l'altro, che la stazione appaltante, in violazione dell'art. 36, cit., e delle Linee Guida ANAC n. 4, approvate con deliberazione n. 206/2018, ha omesso di pubblicare l'avviso per individuare i cinque soggetti da consultare nella procedura negoziata, non sussistendo neppure i presupposti per dare corso all'affidamento diretto, ai sensi dell'art. 63, del d.lgs. 50/2016.

4. Il TAR Friuli VG, con la sentenza appellata (n. 252/2018) ha esaminato e ritenuto fondata la predetta censura e, assorbite le altre, ha accolto il ricorso, annullando gli atti di gara.

5. Nell'appello, la ASS 5 prospetta in fatto di aver pubblicato sul sito internet istituzionale il decreto n. 342/2018, unitamente alla lettera di invito ed alle norme di partecipazione alla procedura, e che la lettera di invito è stata trasmessa in data 30 aprile 2018 a cinque operatori.

5.1. Ciò premesso, con il primo motivo, ripropone l'eccezione di inammissibilità del ricorso introduttivo per difetto di interesse, in quanto non stata superata la c.d. prova di resistenza, non avendo il ricorrente dimostrato che, qualora fosse stato invitato a presentare domanda, sarebbe potuto risultare vincitore, e, prima ancora, di essere in possesso dei requisiti di partecipazione (in particolare, il requisito n. 2, consistente nell'aver svolto "attività di consulenza e/o verifica e controllo in materia di privacy in ambito sanitario di almeno tre anni, con puntuale indicazione dell'oggetto dell'attività svolta, delle date (inizio e fine) e dei destinatari."

Sottolinea anche che chi non partecipa alla gara non può censurarne l'esito, tranne che contesti in radice l'indizione della gara, o che la gara sia mancata ovvero impugni direttamente le clausole immediatamente escludenti.

5.2. Sostiene che non vi è stata alcuna violazione dell'art. 36, comma 2, lettera b), del d.lgs. 50/2016 e delle Linee Guida ANAC n. 4, in quanto la deliberazione n. 342/2017 è stata pubblicata dall'8 maggio 2018 fino al 14 maggio 2018 (data di scadenza della presentazione delle offerte indicata nella lettera di invito).

Sottolinea di aver svolto le indagini di mercato richieste dalle Linee Guida ANAC mediante l'esame degli atti di analoga procedura effettuata dalla AS di Bolzano e facendo riferimento a ditte esperte nel settore.

5.3. Lamenta infine che il TAR abbia ritenuto non motivata l'urgenza prevista dall'art. 63, cit., per la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando

di gara, posto che non è questa la procedura seguita e che il riferimento all'urgenza nel decreto n. 342/2018 è legato alla necessità di completare l'affidamento entro il 25 maggio 2018.

6. L'appellato Balducci si è costituito in giudizio, controdeducendo puntualmente e riproponendo il motivo di ricorso assorbito in primo grado.

Lamenta con esso che l'aggiudicazione, alla luce degli elementi che hanno caratterizzato la procedura – omissione della pubblicazione; aggiudicazione con ribasso del solo 2% sull'altissimo prezzo a base di gara; utilizzazione dell'appalto in luogo di un incarico ex art. 7, comma 6, del d.lgs. 165/2001 (che avrebbe consentito di ottenere il servizio di un soggetto di “comprovata specializzazione universitaria”); previsione di requisiti di partecipazione eccessivamente bassi (frequenza di un corso in materia, senza ulteriori precisazioni); previsione di contenuti illogici del servizio (non essendo disposto il vincolo di presenza per il responsabile per la protezione dei dati); previsione della stipula del contratto senza attendere il termine dilatorio di cui all'art. 32, comma 9, del codice, in assenza dei presupposti richiesti dal comma 10 – sia frutto di uno sviamento.

7. Le parti hanno depositato memorie e repliche.

8. Il Collegio osserva anzitutto che la legittimazione non può essere negata a chi, pur non avendo presentato domanda e addirittura non essendo stato invitato, lamenta che sia stata omessa la pubblicità necessaria ad individuare gli operatori da invitare e, prima ancora, a permettere agli interessati di manifestare il proprio interesse.

In sostanza, l'ipotesi verificatasi equivale a quella in cui venga contestata la mancanza di una gara viceversa doverosa per legge.

Osserva quindi che l'odierno appellato ha documentato di aver svolto, oltre ad un'intensa attività formativa, attività professionale di consulenza in materia su incarico di altra Azienda sanitaria del Friuli a partire dal 2010, nonché attività di

assistenza di dirigenti del SSN in procedimenti presso il Garante della privacy, ciò che, alla luce della formulazione generica della lettera di invito requisito - “consulenza e/o verifica e controllo in materia di privacy in ambito sanitario di almeno tre anni” – deve ritenersi sufficiente ad integrare il requisito di partecipazione.

Al superamento della c.d. prova di resistenza, non osta nemmeno il rilievo, peraltro svolto in memoria, sulla mancanza dell'altro requisito - “partecipazione ad almeno n. 1 corso in tema di Regolamento Europeo Privacy” - posto che il dott. Balducci risulta aver tenuto quale docente diversi corsi di formazione sulla materia e che negare rilevanza a tale attività, quale indice presuntivo di aggiornata preparazione in materia, risulterebbe formalistico (tanto più, se si considera la formulazione del requisito, così poco stringente ed impegnativa) e del tutto eccedente rispetto allo scopo della previsione.

9. Nel merito del vizio ravvisato dal TAR, le premesse normative non sembrano discutibili.

L'art. 36, comma 2, lett. b), del d.lgs. 50/2016 consente la procedura semplificata nel caso di affidamento di contratti di importo pari o superiore ad euro 40.000,00 e inferiore a 150.000,00, “mediante procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno dieci operatori economici per i lavori, e, per i servizi e le forniture di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti. (...) L'avviso sui risultati della procedura di affidamento, contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati;”.

Riguardo allo svolgimento di detta consultazione degli operatori economici, le Linee Guida ANAC n. 4/2018, precisano che “la stazione appaltante assicura l'opportuna pubblicità dell'attività di esplorazione del mercato, scegliendo gli strumenti più idonei in ragione della rilevanza del contratto per il settore

merceologico di riferimento e della sua contendibilità, da valutare sulla base di parametri non solo economici. A tal fine la stazione appaltante pubblica un avviso sul profilo di committente, nella sezione «amministrazione trasparente» sotto la sezione «bandi e contratti», o ricorre ad altre forme di pubblicità. La durata della pubblicazione è stabilita in ragione della rilevanza del contratto, per un periodo minimo identificabile in quindici giorni, salva la riduzione del suddetto termine per motivate ragioni di urgenza a non meno di cinque giorni” (punto 5.1.4).

Ed è indiscutibile che la ASS 5 non abbia dimostrato di aver pubblicato l'avviso predetto, ovvero effettuato forme di pubblicità funzionalmente analoghe.

La pubblicazione della deliberazione n. 342/2018 è evidentemente irrilevante, posto che riguarda una fase successiva, nella quale erano già state individuati i cinque operatori da invitare.

Come siano stati individuati costoro non emerge con chiarezza dagli atti; tuttavia, sembra non contestato che non tutti gli operatori invitati avessero presentato offerte nella gara dell'Azienda sanitaria di Bolzano.

Quel che è certo è che la novità della normativa da applicare e la correlata esiguità degli operatori specializzati presenti sul mercato, non costituiscono esimenti, rispetto all'onere di previa pubblicità dell'avviso finalizzato all'individuazione dei concorrenti.

Il riferimento ad una gara espletata da diversa Azienda non può ritenersi sufficiente a soddisfare detto onere, poiché le finalità di trasparenza e di garanzia della partecipazione più adeguata in relazione alle caratteristiche del singolo affidamento, ad esso sottese, non possono prescindere da una pubblicità attuale e specificamente riferita all'incarico da svolgere (senza contare la non piena corrispondenza tra i soggetti partecipanti alle due procedure).

Infine, meramente rafforzativo, nel percorso argomentativo della sentenza appellata, risulta il riferimento all'art. 63 del Codice.

10. In conclusione, l'appello è infondato e deve pertanto essere respinto.

11. Le spese del grado di giudizio seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'Azienda appellante al pagamento in favore dell'appellato della somma di euro 3.000,00 (tremila/00), oltre agli accessori di legge, per spese del grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 dicembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere, Estensore

Stefania Santoleri, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere

L'ESTENSORE
Pierfrancesco Ungari

IL PRESIDENTE
Franco Frattini

IL SEGRETARIO