

T.A.R. Lazio Roma Sez. III quater, Sent., 24-07-2012, n. 6866

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

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

PROSS - XXXX e XXXX, in persona del rispettivo legale rappresentante pro - tempore, rappresentate e difese dagli avv.ti XXXXXXXXXXX, con gli stessi elettivamente domiciliate in Roma, piazzaXXXXX;

contro

XXXXXXXXXXXX, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso dall'avv. XXXXX, nel cui studio è elettivamente domiciliato in Roma, XXXX;

per l'annullamento

del Provv. n. 0008241/2011 del 21 dicembre 2011, con cui è stata disposta l'esclusione della ricorrente dalla gara per l'affidamento del servizio di conduzione e gestione del servizio di "Help Desk", della gestione e manutenzione delle postazioni di lavoro, della conduzione e gestione tecnica ed operativa della Infrastruttura di rete, del data Center, della sicurezza logica del Sistema operativo informativo aziendale dell'XXXXXX, per la durata di un anno, nonché, ove occorra, della delibera a contrarre di estremi e contenuto ignoti, del Capitolato d'oneri e dello stesso bando di gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di XXXXX;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 luglio 2012 il Cons. Maria Luisa De Leoni e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Svolgimento del processo

Con ricorso notificato il 20 gennaio 2012 e depositato il successivo 2 febbraio, la ricorrente impugna l'atto specificato in epigrafe e ne chiede l'annullamento.

Riferisce di aver partecipato alla gara a procedura aperta per l'affidamento del servizio di conduzione e gestione del servizio di "Help Desk", della gestione e manutenzione delle postazioni di lavoro, della conduzione e gestione tecnica ed operativa della Infrastruttura di rete, del data

Center, della sicurezza logica del Sistema operativo informativo aziendale dell'XXXXXX, per la durata di un anno, ma di essere stata esclusa con il provvedimento impugnato in ragione del mancato possesso della certificazione ISO 27001 richiesto al punto 8 del Capitolato speciale d'oneri.

Puntualizza la ricorrente che il requisito in argomento veniva indicato nel Capitolato tecnico solo per l'esecuzione dell'appalto, sicché non costituiva un requisito essenziale di partecipazione. Tuttavia, in prossimità della scadenza della presentazione delle offerte (30.9.2011) la S.A. rettificava il Capitolato speciale d'oneri, includendo il possesso della certificazione ISO 27001 al punto 8 dell'art. 8, quale requisito di partecipazione alla gara.

La ricorrente, riponendo affidamento sull'originaria prescrizione del bando, aveva avviato la procedura volta ad ottenere la richiesta certificazione ed al momento della pubblicazione del bando (agosto 2011) non ne era in possesso.

A sostegno delle proprie ragioni deduce che il provvedimento impugnato è stato adottato in assenza di una espressa sanzione di esclusione.

Richiama, inoltre, l'art. 46, co. 1-bis, del D.Lgs. n. 163 del 2006 nella nuova formulazione circa la tassatività delle clausole di esclusione, che sancisce con la nullità eventuali prescrizioni del bando o della lettera di invito poste a pena di esclusione, che si pongono al di fuori di quelle espressamente indicate dalla citata disposizione .

Assume, inoltre, che il possesso del certificato di qualità non può essere considerato requisito di ammissione, ma, eventualmente, solo titolo rilevante ai fini dell'assegnazione del punteggio, anche in considerazione del fatto che l'art. 43 lo prevede come facoltativo. La ricorrente aveva inteso il possesso di tale certificato come elemento da comprovare in caso di aggiudicazione, secondo il dettato originario del capitolato d'oneri.

Riferisce la ricorrente di aver, comunque, allegato il Manuale ISO 27001 ed il Documento SGSI (Sistema di gestione della Sicurezza delle Informazioni) quali prove della quasi ultimata procedura di certificazione, mancando solo la visita ispettiva dell'Ente certificatore; ciò in coerenza con lo "schema di rettifiche", pubblicato sul sito internet della S.A., laddove veniva precisato che "ai sensi dell'art. 43 del D.Lgs. n. 163 del 2006 e s.m.i. se il concorrente non è in possesso del requisito di cui al punto 8, potrà presentare altre prove relative all'impiego di misure equivalenti di garanzia della qualità alla Stazione appaltante".

Sottolinea, infine, la irragionevolezza di detta prescrizione, poiché la discussa certificazione presenta elementi di novità e di particolarità tali che nemmeno aziende leader del settore la posseggono né può essere richiesta per ogni settore, ma essa è riservata ad un ambito circoscritto quale ad esempio il settore della protezione dati nella sanità etc..

L'XXXXXX, costituitosi in giudizio, eccepisce preliminarmente la tardività del ricorso, nella parte in cui è rivolto avverso la lex specialis di gara, come rettificata; nel merito, conclude per la infondatezza del ricorso.

La domanda cautelare è stata respinta da questo Tribunale, ma riformata in appello, con l'ammissione con riserva della ricorrente alle successive fasi della gara.

All'udienza del 19 luglio 2012 la causa è stata trattenuta in decisione.

Motivi della decisione

Oggetto della presente controversia è il provvedimento di esclusione dalla gara delle Società ricorrenti, determinata dal mancato possesso della certificazione ISO 27001 richiesto al punto 8 del Capitolato speciale d'onori.

Preliminarmente va esaminata l'eccezione sollevata dall'XXX intimato circa la irricevibilità del ricorso nella parte in cui viene censurata la *lex specialis* di gara.

L'eccezione è fondata.

Prodromico a tale disamina è stabilire se la prescrizione in contestazione sia stata introdotta quale clausola di partecipazione a pena di esclusione, qualità contestata dalla ricorrente.

L'art. 8, denominato "Condizioni e requisiti di ordine generale e professionale per la partecipazione alla gara", prevede che "per essere ammesse alla gara le Imprese concorrenti devono essere in possesso dei seguenti requisiti" e al punto 8, come modificato dalla Delib. n. 432 del 23 settembre 2011: "certificazione ISO 27001 o altra equivalente".

Dalla semplice lettura della disposizione può agevolmente ritenersi che trattasi di disposizione che individua un requisito specifico di partecipazione e, come tale, la sua mancanza non può che determinare l'automatica esclusione dalla gara.

Acclarata, pertanto, la natura precettiva della disposizione, il cui mancato rispetto determina necessariamente l'esclusione dalla procedura selettiva, non sembra potersi dubitare che dalla data di pubblicazione delle rettifiche del bando, vale a dire dalla data del 30 settembre 2011, è sorto per le ricorrenti l'onere di impugnare immediatamente la prescrizione della *lex specialis*, divenuta da quel momento ostativa alla partecipazione alla gara dei concorrenti privi della certificazione di qualità in argomento.

Da quanto sopra deriva la irricevibilità del ricorso, nella parte in cui si rivolge contro la disposizione della *lex specialis* testé esaminata, in quanto proposta solo in data 20 gennaio 2012.

Il ricorso è, comunque, infondato nel merito.

Chiarito che il possesso della ripetuta certificazione è stato previsto come requisito di partecipazione ed essendo pacifico, per stessa ammissione di parte, che le ricorrenti non hanno potuto produrre alcun altro documento emesso da parte degli Organismi abilitati idoneo ad attestare l'esistenza presso le stesse di un sistema di gestione per la qualità idoneo a proteggere le informazioni in ambito sanitario, il punto focale della controversia è quello di stabilire la portata della previsione della *lex specialis* che ha introdotto il principio di alternatività secondo cui i concorrenti potevano o produrre la certificazione ISO 27001 ovvero fornire prove relative all'impiego di misure equivalenti di garanzia della qualità.

Le ricorrenti affermano di aver presentato il Manuale ISO 27001 ed il Documento SGSI (Sistema di gestione della Sicurezza delle Informazioni) quali prove della quasi ultimata procedura di certificazione, da intendersi come equivalente del richiesto certificato.

Osserva peraltro il Collegio che la predetta documentazione non può sostituire la certificazione ISO

27001, poiché, come specificato dalle medesime deducenti, manca la visita ispettiva, la quale, ove positiva, abilita al possesso di detta certificazione. La documentazione esibita dimostra soltanto che il procedimento era, al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, in itinere.

Né può ritenersi che gli elementi di prova esibiti possano costituire una misura alternativa. Invero, la prescrizione del bando richiede la presentazione di prove relative all'impiego di misure equivalenti di garanzia della qualità e, quindi, di misure concretamente operanti, idonee a comprovare il possesso dei requisiti insiti nella certificazione richiesta e ad offrire garanzie di conformità ai requisiti qualitativi del servizio, caratteristica che non può essere riconosciuta ad un manuale, ancorché specificamente attinente alla documentazione richiesta.

D'altro canto, la Stazione appaltante, nel chiarimento n. 1, ha precisato che "Certificazioni equivalenti alla ISO 27001 si possono considerare la precedente BS 7799 oppure la PCI DSS rilasciata dal Security Standard Council". Nulla di tutto ciò è stato presentato dalle ricorrenti.

Da ultimo, anche il tentativo delle ricorrenti di equiparare le misure previste dal D.Lgs. n. 196 del 2003 in relazione alla riservatezza a quelle riconosciute dalla certificazione ISO 27001 non può essere condiviso.

Invero, la legge sulla privacy è volta alla tutela dei dati personali sensibili; cosa diversa è la certificazione ISO 27001, che garantisce un Sistema di gestione per la sicurezza delle informazioni idoneo a proteggere anche i dati che devono essere salvaguardati nell'interesse della stessa amministrazione, esigenza imprescindibile per un Istituto di alta specializzazione quale è lo XXXX, operante in ambito sanitario.

Per tutto quanto precede, il ricorso deve essere respinto.

Le spese di giudizio possono tuttavia essere integralmente compensate tra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara in parte irricevibile ed in parte lo respinge, come specificato in motivazione.

Spese compensate.

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