



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 il Piemonte
(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 378 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

ROCHE DIAGNOSTICS S.P.A. - SOCIETA' UNIPERSONALE,
rappresentata e difesa dagli avv. Francesca Mastroviti, Alessandra Bazzani, Jacopo Recla, con domicilio eletto presso Francesca Mastroviti in Torino, via Schina, 15;

contro

A.S.L. AT - AZIENDA SANITARIA LOCALE DI ASTI;

nei confronti di

A. MENARINI DIAGNOSTICS S.R.L., rappresentata e difesa dagli avv. Domenico Iaria, Ivan Marrone, con domicilio eletto presso Alessandra Carozzo in Torino, corso Vinzaglio, 2;

per l'annullamento

- del verbale n. 2 "Apertura buste offerta tecnica" in data 27 gennaio 2011 mediante il quale l'Azienda Sanitaria Locale di Asti ha disposto l'esclusione di Roche Diagnostics S.p.a. e ha "stilato la graduatoria che prevede come aggiudicatario A. Menarini Diagnostics";
 - del verbale tecnico Commissione Giudicatrice in data 26 gennaio 2011;
 - del capitolato speciale, nelle parti di cui in esposizione;
 - del provvedimento di aggiudicazione definitiva, eventualmente medio tempore adottato dall'Azienda Sanitaria Locale di Asti (non noto);
 - per quanto occorrer possa, del verbale della seduta in data 12 gennaio 2011 (non noto);
- nonchè
- di ogni altro atto ad essi presupposto, consequenziale e comunque connesso;
- nonchè
- per la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato tra la stazione appaltante e la controinteressata;
- nonchè per la condanna dell'Amministrazione resistente al risarcimento dei danni subiti dalla ricorrente in conseguenza dei provvedimenti impugnati;
- nonchè per l'annullamento, previa sospensione, con i motivi aggiunti depositati in data 25.10.2011,
- dei verbali n. 3, n. 4 e relativo allegato e n. 5 della Commissione

giudicatrice della Soc. Evoluzione Attività Aziendale e Approvvigionamenti dell'ASL Asti;

- della determina del Direttore ff. della SOC provveditorato e Logistica dell'ASL di Asti n. 221 in data 5 ottobre 2011 (non nota) e della relativa nota di comunicazione n. LB/AS/197 in data 7 ottobre 2011 mediante la quale è stata "confermata alla Ditta A. Menarini Diagnostics la fornitura in oggetto";
- della comunicazione n. Prot. LB/AS/229 in data 11 ottobre 2011.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio di A. Menarini Diagnostics S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 gennaio 2012 il dott. Antonino Masaracchia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Mediante lettere di invito datate 21 settembre 2010 l'Azienda Sanitaria Locale di Asti (d'ora innanzi: ASL AT) ha indetto una procedura negoziata per la fornitura di un sistema automatico per immunocolorazione occorrente, per il periodo di 48 mesi, alla S.o.c. di Anatomia, Istologia patologica e Citodiagnostica. In base al

Capitolato speciale di appalto, la valutazione delle offerte sarebbe avvenuta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Come destinataria di una delle lettere di invito, la società Roche Diagnostics s.p.a. ha preso parte alla gara presentando una propria offerta. Tuttavia, all'esito della valutazione tecnica (compiuta nella seduta riservata del 26 gennaio 2011) la Commissione giudicatrice ha disposto di non ammettere l'offerta della società Roche alla successiva valutazione dell'offerta economica: ciò, a causa del mancato raggiungimento del punteggio minimo previsto dal Capitolato speciale di gara. La motivazione dell'esclusione è stata riferita alla presunta mancanza, nell'offerta presentata, di due "specifiche tecniche obbligatorie" richieste dal Capitolato, ossia l'"esecuzione di protocolli a temperatura ambiente" (punto 5, pag. 6, del Capitolato) e la necessità di "taniche di scarto separate" per gli scarti tossici e per quelli non tossici (punto 7, pag. 6, del Capitolato). L'aggiudicazione è stata, successivamente, riconosciuta provvisoriamente alla ditta "A. Menarini Diagnostics", unica rimasta in gara (verbale della seduta pubblica del 27 gennaio 2011).

2. Non ritenendo legittima la propria esclusione, la società Roche l'ha impugnata dinnanzi a questo TAR, chiedendo l'annullamento, previa sospensione cautelare, dei seguenti atti:

- verbale della seduta pubblica del 27 gennaio 2011 (durante la quale è stata data lettura della relazione riportante le valutazioni delle offerte dal punto di vista tecnico-qualitativo ed è stata aperta la busta

- contente l'offerta economica della "A. Menarini Diagnostics" s.r.l.);
- verbale tecnico della Commissione giudicatrice del 26 gennaio 2011;
 - Capitolato speciale di gara, laddove questo fosse interpretato nel senso di non contenere la c.d. clausola di equivalenza;
 - eventuale provvedimento di aggiudicazione definitiva in favore di "A. Menarini";
 - verbale del 12 gennaio 2011 (laddove, come si legge nel verbale del 27 gennaio successivo, una prima contestazione da parte di Roche era stata sollevata ed aveva condotto il responsabile del procedimento a "sospendere la seduta pubblica" per "rimandarla in attesa di verifica da parte della SOC utilizzatrice").

Con i dedotti motivi di gravame la ricorrente fa valere, anzitutto, svariate figure sintomatiche di eccesso di potere (illogicità manifesta, difetto di istruttoria, travisamento, disparità di trattamento, difetto di motivazione, ecc.) tutte collegate ad una presunta violazione del capitolato: violazione consistente, in sintesi, nella mancata considerazione del fatto che il sistema offerto dalla società Roche assicurerebbe "risultati equivalenti" rispetto a quelli che la Commissione ha riscontrato nel prodotto offerto dalla controinteressata. Ciò varrebbe, in particolare, per il requisito della "lavorazione a temperatura ambiente" rispetto al quale, anzi, l'offerta della ricorrente – proprio perché includeva alcuni "strumenti che svolgono alcune operazioni non a temperatura ambiente" – avrebbe

addirittura apportato un “livello migliorativo”. Anche con riferimento al problema della separazione degli scarti, peraltro, l’offerta della Roche “doveva essere considerata migliorativa [...] rispetto a quanto richiesto dalla *lex specialis*”.

Lungo un altro versante, poi, la ricorrente contesta anche la legittimità dello svolgimento della gara sotto diversi profili. Tra questi, in particolare, si deduce anche la circostanza che l’apertura delle buste contenenti l’offerta tecnica è avvenuta in seduta riservata (quella del 26 gennaio 2011) anziché, come sarebbe stato necessario, in seduta pubblica.

La ricorrente chiede, inoltre, la dichiarazione di inefficacia dell’eventuale contratto già stipulato con la controinteressata ed il risarcimento del danno in forma specifica (solo in subordine, il risarcimento per equivalente).

3. Si è costituita in giudizio la “A. Menarini Diagnostics” s.r.l., depositando documenti e chiedendo il rigetto del ricorso.

Preliminarmente, la controinteressata solleva alcune eccezioni di irricevibilità, sia con riferimento all’impugnazione dell’esclusione (posto che, sin dal 12 gennaio 2011, la società ricorrente era già a conoscenza della sua esclusione, sicché il ricorso, notificato in data 26 marzo 2011, sarebbe tardivo) sia con riferimento all’impugnazione del capitolato (il quale, nella prospettiva della controinteressata, avrebbe dovuto essere impugnato sin dal momento in cui la ricorrente ne è venuta a conoscenza, in base ai

principi statuiti dall'Adunanza plenaria n. 1 del 2003).

L'amministrazione resistente, invece, non si è costituita in giudizio.

4. Con ordinanza n. 280 del 2011 questo TAR ha accolto la domanda cautelare, ritenendo, ad un primo sommario esame, la non fondatezza dell'eccezione di tardività e considerando, nel merito, che, con riferimento all'offerta presentata dalla società ricorrente, non potesse "escludersi, in base al capitolato speciale, la possibilità di ammettere l'equivalenza, da intendere come idoneità del risultato utile per l'amministrazione (tenuto conto che il prodotto viene utilizzato da altre aziende sanitarie per attività di laboratorio del tutto equivalenti)". Per l'effetto, la società ricorrente è stata ammessa, con riserva, alla valutazione della propria offerta economica.

Il Consiglio di Stato, sez. III, con ordinanza n. 2499 del 2011 ha respinto l'appello avverso l'ordinanza cautelare n. 280 del 2011 di questo TAR.

5. Successivamente, e proprio a seguito dell'ordinanza cautelare di questo TAR, la commissione giudicatrice si è nuovamente riunita per valutare l'offerta tecnica della società ricorrente. Ancora una volta, tuttavia, la valutazione si è fermata al punteggio di 16,5, ossia ad una soglia non sufficiente a raggiungere il minimo (punti 18) per accedere alla valutazione dell'offerta economica (verbali nn. 3, 4 e 5 della commissione giudicatrice). In seguito a ciò, l'ASL AT ha comunicato la conferma dell'aggiudicazione in favore di Menarini (nota del 7

ottobre 2011 – determinazione n. 221 del 5 ottobre 2011).

Anche questi ultimi atti sono stati impugnati, con motivi aggiunti, da parte di Roche, che ne ha chiesto l'annullamento previa nuova sospensione cautelare.

I vizi fatti valere, questa volta, si attestano su di una presunta "elusione" dell'ordinanza cautelare n. 280 del 2011 di questo TAR, nonché sulla contestazione, sotto diversi profili di natura tecnica, della valutazione compiuta dalla commissione. Vengono inoltre riproposti i motivi inerenti allo svolgimento della gara, primo tra tutti il mancato svolgimento della seduta pubblica per l'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica.

6. Con memoria depositata il 7 novembre 2011 la società Menarini ha argomentato la non fondatezza dei motivi aggiunti.

Alla camera di consiglio del 9 novembre 2011, chiamata per la discussione della domanda cautelare contenuta nei motivi aggiunti, la causa è stata interamente rinviata al merito, essendo la relativa udienza di discussione già fissata ed imminente.

Con successiva memoria, depositata il 23 dicembre 2011, la società ricorrente ha ribadito le proprie argomentazioni soffermandosi, in particolare, sulle eccezioni di tardività formulate dalla controinteressata.

Alla pubblica udienza dell'11 gennaio 2012, quindi, la causa è stata trattenuta in decisione.

Ai sensi dell'art. 75, comma 2, cod. proc. amm., la decisione è stata

differita alla successiva camera di consiglio del 7 febbraio 2012.

7. Il ricorso è fondato.

Portata assorbente assume il motivo di gravame mediante il quale la ricorrente ha contestato la mancata apertura, in seduta pubblica, delle buste contenenti l'offerta tecnica.

Si deve, sul punto, preliminarmente osservare che tale motivo di gravame è stato sollevato dalla ricorrente – quanto meno, nell'atto di motivi aggiunti – in via subordinata rispetto agli altri profili di contestazione (inerenti, direttamente, l'esclusione dell'interessata dalla valutazione delle offerte economiche). Come si legge nelle conclusioni tracciate nei motivi aggiunti, infatti, la ricorrente ha chiesto, in via principale, la riammissione dell'offerta e la corretta attribuzione del punteggio e, solo in via subordinata, l'annullamento di tutta la procedura. Va tuttavia ricordato che – come più volte statuito dal Consiglio di Stato (si vd., da ultimo, *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, n. 2143 del 2009) – rientra nel potere del giudice amministrativo, riveniente dal particolare oggetto del giudizio impugnatorio legato all'esercizio della funzione pubblica, decidere l'ordine di trattazione delle censure dedotte dal ricorrente, sulla base della loro consistenza oggettiva e del rapporto fra le stesse esistente sul piano logico giuridico, non alterabile dalla semplice richiesta dell'interessato; segue da ciò che nel caso di impugnazione di una procedura di gara pubblica il ricorrente non può pretendere che sia esaminata prima la censura che conduca al conseguimento

dell'aggiudicazione e poi, in caso di mancato accoglimento, far valere un motivo di illegittimità riguardante l'intera procedura, atteso che non si può ottenere un'aggiudicazione a seguito di una selezione la cui procedura sia integralmente invalida e in tal caso il giudice correttamente procede nell'ordine logico segnato da quei motivi che evidenziano in astratto una più radicale illegittimità del provvedimento, comunque idonei, in caso di accoglimento, a soddisfare l'interesse sostanziale dedotto in giudizio.

Venendo quindi al merito della censura in esame, deve evidenziarsi che la problematica oggetto di disamina è stata recentemente risolta con l'autorevole avallo dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (dec. n. 13 del 2011), la quale ha senz'altro ritenuto imprescindibile, ai fini del legittimo svolgersi delle gare di pubblici appalti, la pubblicità della seduta durante la quale si aprono le buste contenenti l'offerta tecnica. Seppur non esplicitamente richiesto dalle norme del d.lgs. n. 163 del 2006 e del d.P.R. n. 207 del 2010 (le quali impongono la valutazione delle offerte tecniche in seduta riservata ma nulla esplicitano in ordine al preliminare momento dell'apertura delle buste), infatti, tale incombente (che l'Adunanza plenaria definisce come un "passaggio essenziale e determinante dell'esito della procedura concorsuale") è da ritenere una diretta derivazione del principio di trasparenza, radicato nel diritto comunitario ed interno. Si tratta, in ogni caso, di un adempimento che non determina un esagerato aggravamento dell'*iter* procedurale, essendo

sufficiente che la commissione, aperta la busta del singolo concorrente, proceda ad un esame della documentazione leggendo il solo titolo degli atti rinvenuti, e dandone atto nel verbale della seduta.

Nel caso di specie, non è dubbio che le buste siano state aperte in occasione della seduta riservata, convocata per la valutazione delle offerte tecniche: ciò si evince, come correttamente osserva la ricorrente, dal verbale della seduta pubblica del 12 gennaio 2011 nel quale si dà atto che la “documentazione tecnica” era stata “trasmessa” alla s.o.c. utilizzatrice per consentirne la successiva valutazione. Nessuna indicazione, in proposito, si rinviene in ordine al momento effettivo in cui le buste tecniche sono state aperte, sicché deve ritenersi – anche in assenza di contestazioni, sul punto, ad opera delle controparti – che le buste siano state effettivamente aperte in occasione della seduta riservata convocata per la valutazione tecnica.

8. Tutti gli atti di gara, pertanto, vanno annullati per avvenuta violazione dei principi di pubblicità e di trasparenza, così come statuito dall’Adunanza plenaria n. 13 del 2011, con assorbimento degli ulteriori motivi di gravame.

Non vi è luogo, tuttavia, ad una dichiarazione di inefficacia del contratto *ex art. 122 cod. proc. amm.*, posto che non risulta che sia stato stipulato alcun contratto tra la stazione appaltante e la ditta aggiudicataria.

Non vi è luogo, inoltre, ad alcun risarcimento del danno per equivalente, posto che la relativa domanda è stata avanzata dalla società ricorrente in modo del tutto generico (quasi di stile), senza che all'espressa riserva (contenuta nell'atto introduttivo) di quantificare il danno subito "in corso di causa" sia poi seguita alcuna ulteriore precisazione negli ulteriori atti depositati in giudizio. Non si rinviene, pertanto, nella specie, alcun danno "subito e provato", così come richiesto dall'art. 124, comma 1, cod. proc. amm.

9. In considerazione dell'esito della presente controversia, nonché del fatto che la decisione dell'Adunanza plenaria n. 13 del 2011 è sopravvenuta in corso di causa, il Collegio rinviene giusti motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte, definitivamente pronunciando,

Accoglie

il ricorso ed i motivi aggiunti di cui in epigrafe e, per l'effetto, annulla tutti gli atti impugnati.

Respinge la domanda risarcitoria.

Spese compensate.

Così deciso in Torino nelle camere di consiglio dei giorni 11 gennaio e 7 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Ofelia Fratamico, Presidente FF

Manuela Sinigoi, Referendario

Antonino Masaracchia, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/02/2012

IL SEGRETARIO

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