



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3346 del 2012, proposto da:

Cochlear Italia S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Rosaria Russo Valentini, Roberto Bonatti, con domicilio eletto presso Roberto Bonatti in Roma, piazza Grazioli, 5;

contro

Tecsan Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Chiara Cacciavillani, con domicilio eletto presso Chiara Cacciavillani in Roma, via Tacito, 41;

nei confronti di

Associazione "Area Vasta Emilia Nord", Azienda Usl di Piacenza, Azienda Usl di Parma, Azienda Usl di Modena, Azienda Ospedaliero Universitaria di Parma, Azienda Ospedaliero Universitaria di Reggio Emilia Arcispedale S.Maria Nuova, Azienda Ospedaliero Universitaria Policlinico di Modena, Med. El. Elektromedizinische Gerate GmbH; Azienda Usl di Reggio Emilia, rappresentata e difesa dagli avv. Vittorio Miniero, Simone Addario Solieri, con domicilio eletto presso Antonia De Angelis in Roma, via Portuense, 104;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. EMILIA-ROMAGNA, SEZ. STACCATA DI PARMA, n. 00106/2012, resa tra le parti, concernente procedura di gara per la fornitura di due lotti di impianti cocleari;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Tecsan Srl e della Azienda Usl di Reggio Emilia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 novembre 2012 il Cons. Raffaele Prosperi e uditi per le parti gli avvocati Rosaria Russo Valentini, Chiara Cacciavillani e Fabrizio Mozzillo, su delega dell'avv. Vittorio Miniero;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il 10 novembre 2009 la A.V.E.N., conglomerato di aziende sanitarie locali site nel Nord-Ovest dell'Emilia Romagna, aveva indetto procedura aperta per l'aggiudicazione della fornitura di impianti cocleari per 24 mesi in

favore di alcune delle aziende sanitarie componenti.

La gara veniva divisa in due lotti, a loro volta aggiudicati rispettivamente alla Cochlear Italia srl ed alla Med-El Elektromedizinische Geraete gmbh. La concorrente Tecsan srl, esclusa nel lotto n. 1 per il mancato raggiungimento del punteggio tecnico minimo, impugnava l'intera procedura davanti al TAR dell'Emilia Romagna, sede di Parma, e ne chiedeva l'annullamento deducendo nove censure tese ad invalidare l'intera gara.

Con sentenza n. 106 del 22 febbraio 2012 il TAR riteneva fondati i motivi quarto, inerente l'apertura in seduta riservata dei plichi contenenti le offerte tecniche, sesto, riguardante la violazione del principio di continuità della gara articolatasi in quattro sedute nell'arco temporale di sette mesi, e settimo, ovverosia la mancata conservazione dei plichi nel corso di tutto questo tempo senza l'adozione delle necessarie ed obbligatorie cautele.

L'annullamento dell'intera gara veniva impugnato in Consiglio di Stato dalla Cochlear Italia srl con appello notificato il 24 aprile 2012, recante le seguenti censure:

1. Erroneità ed ingiustizia della sentenza, nella parte in cui riconosce la violazione del principio di segretezza per l'omessa verbalizzazione delle modalità di custodia dei plichi. La sentenza impugnata ha ritenuto illegittima la procedura per la mancata previsione di modalità di conservazione dei plichi contenenti le offerte, in modo tale da impedire la manomissione o la lesione della segretezza; in realtà la pronuncia non ha tenuto conto che tra le operazioni di apertura e di verifica della regolarità formale delle buste in parola e quelle di specifica valutazione sono intercorse solo cinque settimane, quindi da un lato un lasso di tempo sufficientemente breve, e dall'altro non ha considerato che la completezza formale era stata già verificata e che dunque tale elemento aveva eliminato le esigenze di segretezza e fatto permanere solo quelle di ordinaria custodia.

2. Erroneità ed ingiustizia della sentenza, nella parte in cui ha ritenuto che la verifica di irregolarità della documentazione tecnica sia avvenuta illegittimamente, o per incompetenza del seggio di gara nella prima seduta pubblica o perché effettuata ad opera della commissione nella successiva seduta riservata. Vizio di extrapetizione rispetto alla dichiarata incompetenza; violazione dell'art. 112 c.p.c. Inapplicabilità *ratione temporis* dei principi affermati in *overruling* da a.p. 13/11. La sentenza impugnata ha altresì ritenuto fondate le doglianze che sostenevano la violazione del principio di pubblicità in dipendenza della verifica dell'integrità dei plichi contenenti le offerte tecniche in seduta riservata. In realtà la verifica si è svolta nella seduta pubblica del 19 febbraio 2010 da parte del seggio di gara: a questi spettava il compito di apertura e verifica delle buste e non alla commissione tecnica, la quale ha operato in seduta riservata, ma la cui competenza all'apertura e verifica non è stata posta in discussione dalla ricorrente in primo grado. In ogni caso, qualora la competenza fosse stata della commissione tecnica secondo i principi affermati dalla sentenza n. 13/11 dell'adunanza plenaria, si sarebbe venuti a trattare di una non ammessa applicazione retroattiva di principi non applicabili a gare già concluse al momento dell'emanazione di tale sentenza.

3. Erroneità ed ingiustizia della sentenza, nella parte in cui ha ritenuto violato il principio di continuità della gara, quanto meno in relazione al lotto n. 1. Contraddittorietà ed illogicità della motivazione. Non si può ritenere violato il principio di continuità della gara, poiché tra l'apertura iniziale delle buste e l'aggiudicazione sono intercorsi sette mesi, tra cui quelli estivi, in cui si è svolto anche il sub procedimento di verifica dell'anomalia ed inoltre tenendo conto che la commissione di gara ha esaurito in un'unica seduta tutte le valutazioni tecniche per il lotto n. 1. Né la sentenza ha valutato che i membri della commissione sono medici apicali in servizio presso diverse aziende sanitarie e che quindi erano tenuti a convocare le sedute nel plenum, in esito alle esigenze organizzative dei propri reparti.

4. Nullità della sentenza e violazione dell'art. 49 c.p.a. Tecsan ha notificato il ricorso introduttivo alla Med-El Elektromedizinische Geraete gmbh presso la sede di Bolzano. In realtà la sede legale della controinteressata si trova

in Austria a Innsbruck, Furstenweg 77/A. Dunque la notifica è stata irregolare ed il principio di contraddittorio violato.

L'appellante concludeva per l'accoglimento del ricorso con vittoria di spese.

La Tecsan s.r.l. si è costituita in giudizio tramite appello incidentale notificato il successivo 14 maggio, contestando le tesi dell'appello principale, riproponendo la domanda di condanna per equivalente al risarcimento dei danni subiti, già respinta in primo grado e ribadendo i motivi respinti o dichiarati inammissibili o comunque assorbiti in primo grado, di seguito enunciati:

1. Violazione degli artt. 2 e 3 legge reg. 28/2007 e 18, 19 e 21 legge reg. 11/2004 (2° motivo del ricorso di primo grado). Le norme in rubrica imponevano l'acquisto dei beni in questione mediante procedura informatizzata e attraverso un'apposita struttura regionale.

2. Incompetenza; contrasto con precedenti atti della p.a.; violazione dell'art. 11 della direttiva 2004/18/CE e degli artt. 11, 33 e 84 D. Lgs. 163/06 (3° motivo del ricorso di primo grado). L'associazione A.V.E.N. ha agito come centrale di committenza, nominando anche la commissione giudicatrice, mentre doveva agire nel caso di specie una delle aziende sanitarie nella qualità di azienda capofila con delega delle aziende collegate. La stessa A.V.E.N. non esercita un'attività esterna di confronti di terzi ed in suo luogo, per statuto, doveva agire la A.S.L. di Reggio Emilia e comunque non quella di Piacenza che ha svolto tutte le attività materiali.

3. Violazione dell'art. 84 D. Lgs. 163/06 (5° motivo del ricorso di primo grado). La commissione di gara risultava composta esclusivamente da medici e dal direttore dell'unità operativa acquisizione di beni e servizi di una delle aziende sanitarie, senza la partecipazione di un tecnico esperto nel settore specifico del contratto.

4. Violazione e falsa applicazione degli artt. 44 e 53 direttiva n. 18/2004 e degli artt. 42 e 83 D. Lgs. 163/06. Eccesso di potere per violazione del canone generale di ragionevolezza e dei principi comunitari di concorrenza, parità di trattamento e di massima partecipazione alle procedure di gara (8° motivo del ricorso di primo grado). Nella procedura vi è stata una commistione dei criteri soggettivi di ammissione e criteri oggettivi di valutazione del merito tecnico delle offerte, in contrasto con la necessità di tenere distinti elementi che attengono alla capacità tecnica dell'impresa ed alla qualità dell'offerta.

L'appellata concludeva per il rigetto dell'appello principale e l'accoglimento delle proprie censure, insistendo altresì per il risarcimento del equivalente dei danni subiti, risarcimento non l'inevitabile alla dichiarazione della gara.

Si è costituita in giudizio l'Azienda sanitaria di Reggio Emilia in rappresentanza dell'A.V.E.N., sostenendo la fondatezza dell'appello principale e chiedendone l'accoglimento.

Alla odierna udienza pubblica la causa è passata in decisione.

DIRITTO

Deve essere dapprima esaminato per ragioni di ordine logico il motivo sub 4) dell'appello principale, con cui si deduce che la notifica del ricorso introduttivo da parte della Tecsan s.r.l. alla Med-El Elektromedizinische Geraete gmbh, altra concorrente controinteressata, è stata eseguita presso la sede di Bolzano e non presso la sua sede legale in Austria, precisamente ad Innsbruck.

Il motivo è infondato.

Come desumibile dal verbale redatto il 19 febbraio 2010 di apertura della documentazione amministrativa delle offerte, la Med-El Elektromedizinische Geraete gmbh era presente a tale operazione tramite il proprio rappresentante munito di regolare procura con domicilio eletto a Bolzano, via Maso della Pieve 60/a, a titolo di domicilio speciale ai fini della procedura in questione.

Con il primo motivo di appello Cochlear s.r.l. contesta l'applicazione del principio, da parte della sentenza

impugnata, della necessità della predisposizione di modalità di conservazione dei plichi contenenti le offerte nel corso della gara: secondo le conclusioni del giudice di primo grado, la violazione sarebbe dimostrata dalla mancanza di verbalizzazione dell'indicazione delle cautele adottate per preservare l'integrità e la conservazione delle buste contenenti le offerte.

La censura è fondata.

Il Collegio è pienamente consapevole che il tema sottoposto sia attualmente oggetto di una giurisprudenza fortemente oscillante e che vi sia la necessità di giungere ad un punto fermo.

Ma nel caso di specie però, si deve rilevare la correttezza di quanto sostenuto dall'appellante circa l'avvenuta verifica della completezza formale del contenuto delle offerte da parte di tutti gli interessati.

E' infatti affermato nelle difese dell'amministrazione – pagg. 12/14 della memoria depositata nella camera di consiglio del 5 giugno scorso - senza contestazione alcuna, che nella seduta del 19 febbraio 2010 il seggio di gara ha aperto le buste n. 1, rilevando al suo interno la documentazione amministrativa, la documentazione tecnica, la campionatura e la sigillatura delle offerte economiche, dando modo a tutti i concorrenti di verificare tali contenuti, tenendo integralmente sigillate le offerte economiche. Poiché nella seconda seduta pubblica il seggio ha provveduto all'apertura dei plichi contenenti le offerte economiche verbalizzando detta attività senza rilievi da parte dei rappresentanti delle imprese partecipanti, così come non vi sono stati rilievi su eventuali manomissioni sulle documentazioni tecniche ed amministrative, si deve pacificamente dedurre che la censura sollevata da Tecsan s.r.l. in primo grado veniva a perdere ogni significato al pari dell'assenza della verbalizzazione dei modi di conservazione dei plichi.

Con il secondo motivo di appello Cochlear si duole dell'errore commesso dalla sentenza del TAR nel ritenere l'avvenuta violazione del principio di pubblicità, per quanto concerne la verifica dell'integrità dei plichi contenenti le offerte tecniche in seduta riservata oppure in seduta pubblica, ma da parte di organo incompetente.

La sentenza impugnata ha infatti considerato violato il principio di segretezza delle offerte tecniche per essere state queste visionate dal seggio di gara e quindi trasmesse ad apposita commissione tecnica che ha operato in seduta riservata; perciò, a parere della sentenza, o l'apertura delle buste è avvenuta sì correttamente in seduta pubblica, ma ad opera di soggetto incompetente oppure vi è stata violazione dei principi affermati dall'adunanza plenaria con la sentenza n. 13/11, data la verifica compiuta in seduta riservata.

Secondo l'appellante, al seggio di gara e non alla commissione tecnica spettava il compito di apertura e verifica delle buste, ed in ogni caso quanto affermato dall'adunanza plenaria non può estendersi a fatti anteriormente avvenuti.

Le tesi sostenute nel secondo motivo di appello concernenti la competenza del seggio di gara all'apertura dei plichi contenenti le offerte sono del tutto condivisibili, vista soprattutto la cronologia dei fatti.

Come si è avuto già ragione di rilevare, il seggio di gara ha proceduto all'apertura pubblica delle buste contenenti la documentazione tecnica e a verificare la regolarità di questa, quindi svolgendo un'operazione della procedura di gara avente natura incontestabilmente formale e con carattere tipicamente amministrativo e non tecnico.

A prescindere dal fatto che in realtà la Tecsan s.r.l. non ha avanzato con il ricorso di primo grado censure inerenti l'incompetenza del seggio di gara ad aprire le buste contenenti le offerte tecniche, non si può che ribadire quanto prima affermato a proposito del primo motivo: nella seduta del 19 febbraio 2010 il seggio di gara nella persona del responsabile del procedimento, chiamato dall'art. 10 co. 3 lett. c) D. Lgs. 163/06 a curare il corretto svolgimento delle procedure e dunque anche un passaggio rigoroso quanto formale come quello in questione, ha proceduto all'apertura delle offerte tecniche verificando l'integrità dei plichi in presenza dei rappresentanti delle concorrenti.

Altresì fondato è il terzo motivo di appello, concernente l'asserita mancata violazione del principio di continuità

delle gare, disapplicato dalla stazione appaltante secondo la sentenza impugnata.

In linea generale si deve rilevare che la giurisprudenza ha sempre affermato il principio di continuità delle gare a carattere tendenziale e va interpretato con giudizio, soprattutto laddove l'oggetto della gara richieda, ai fini del rispetto del principio di buon andamento, un'attività di valutazione estremamente ponderata (Cons. Stato, V, 28 ottobre 2008 n. 5372 e giur. ivi cit.); non occorre spendere molte argomentazioni per rilevare come la fornitura di apparecchiature delicate come le orecchie bioniche possa essere operazione di seria complessità.

Quindi, se si calcola che dall'apertura iniziale delle buste e l'aggiudicazione sono trascorsi sette mesi, inclusi il periodo estivo, se si considera che le valutazioni tecniche delle offerte per il lotto n. 1 sono state esaurite in un'unica seduta, che si è dovuto tenere un subprocedimento di verifica di anomalia e che quattro dei cinque componenti la commissione di valutazione delle offerte erano medici apicali in servizio presso varie A.S.L. che compongono l'A.V.E.N. con tutti i problemi derivanti dalle esigenze delle proprie unità operative, si può pacificamente ritenere l'erronea interpretazione del principio di continuità da parte del giudice di primo grado.

Con l'appello incidentale Tecsan ha riproposto una serie di censure superate o assorbite dalla sentenza impugnata che ora si vanno ad esaminare.

Con il primo motivo si sostiene che l'acquisto delle apparecchiature cocleari dovesse avvenire mediante procedura informatizzata e attraverso un'apposita struttura regionale.

Il motivo è generico ancor prima che infondato.

L'art. 3 della legge regionale dell'Emilia Romagna 21 dicembre 2007 n. 28 afferma al comma secondo la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di procedere in modo autonomo alle acquisizioni di beni e servizi e stabilisce quindi la facoltà di queste di valutare interamente se ricorrere o meno alle procedure centralizzate.

Non sussiste quindi una generalizzazione delle procedure richiamate nella censura e questa non rappresenta pienamente se nel caso di specie vi fosse, a suo dire, un vincolo inderogabile di avvalersi dell'Agenzia Intercent-ER, cioè del centro unico regionale per gli acquisti.

Con il secondo motivo l'appellante incidentale si duole del fatto che l'associazione A.V.E.N. abbia agito come centrale di committenza in luogo dell'azienda sanitaria capofila con delega delle aziende collegate e ciò anche perché la stessa A.V.E.N. non esercita attività esterne nei confronti di terzi, mentre in suo luogo può agire la sola A.S.L. di Reggio Emilia.

Anche tale motivo è infondato.

Non si ravvisano i vizi evocati da Tecsan, poiché già dallo stesso estratto del bando, così come pubblicato sulla Gazzetta ufficiale, si evince che l'Associazione Area Vasta Emilia Nord ha bandito la gara presso l'Azienda Sanitaria di Reggio Emilia sfruttandone la personalità giuridica - si veda ad esempio l'attestato di pubblicazione - i basilari atti di gara sono stati emessi dal Direttore Operativo di A.V.E.N. ai sensi dell'art. 14 dello Statuto approvato dalle Aziende di Piacenza, Parma, Reggio Emilia e Modena, mentre alla Azienda piacentina sono state rimesse una serie di incombenze operative di carattere meramente materiale.

Per completezza la costituzione in giudizio di A.V.E.N. è avvenuta tramite la legale rappresentanza dell'Azienda di Reggio Emilia.

Con il terzo motivo Tecsan s.r.l. sostiene che la commissione di gara dovesse ritenersi priva delle necessarie competenze tecniche imposte dall'art. 84 D. Lgs. 163/06, in quanto composta esclusivamente da medici e dal direttore dell'unità operativa acquisizione di beni e servizi di una delle aziende sanitarie senza la partecipazione di un tecnico esperto nel settore specifico del contratto.

Anche questa censura appare infondata.

I quattro componenti tecnici della commissione di valutazione delle offerte tecniche - il presidente è il direttore

dell'Unità operativa acquisizione di beni e servizi dell'Azienda di Piacenza - sono stati quattro dirigenti medici otorini di cui due primari, appartenenti alle A.S.L. di Reggio Emilia, Modena, Parma e Piacenza, ovverosia i vertici medici chiamati nel corso del servizio a decidere o meno della necessità per i pazienti degli apparecchi cocleari.

L'assenza di un ingegnere biomedico, se questa era realmente la ragione ultima della censura, non può certamente concretizzare un'illogicità o una violazione dell'art. 84 D. Lgs. 163/06, visto comunque l'alto profilo tecnico dei componenti la commissione e quindi il conseguente accertamento del rispetto della norma evocata.

Con il quarto ed ultimo motivo grado l'appellante incidentale si duole che nella procedura vi sia stata una commistione dei criteri soggettivi di ammissione e criteri oggettivi di valutazione del merito tecnico delle offerte, in contrasto con la necessità di tenere distinti elementi che attengono alla capacità tecnica dell'impresa ed alla qualità dell'offerta.

Il motivo è infondato.

A prescindere dall'interesse alla censura, sul punteggio massimo ottenibile in tema di "referenze" così come eccepito dalle difese dell'Amministrazione, si deve rilevare che l'art. 4 punto d) del disciplinare di gara inerente la documentazione tecnica da allegare alla documentazione necessaria ai fini dell'ammissione, richiedeva al n. 3 la compilazione di un questionario tecnico riportato all'allegato D del medesimo disciplinare.

L'art. 6 successivo recante le modalità di aggiudicazione indicava al cosiddetto "item" 3 i punti attribuibili per le referenze, tra queste il numero di impianti ad oggi del modello offerto e l'eventuale autorizzazione alla commercializzazione da parte della *Food and Drug Administration* statunitense.

Ora, se alcune di queste referenze erano da inserire nel questionario tecnico da compilare ai fini dell'ammissione non vuol dire che tali titoli di valutazione fossero richiesti anche ai fini della stessa ammissione: appare intuitivo che il loro necessario inserimento all'interno della domanda, ove sussistenti, altro non concretizzasse che uno snellimento dell'esame dei titoli da parte della commissione di valutazione.

E' evidente che un'obbligatoria collocazione schematica poteva rendere maggiormente agevole l'attribuzione del punteggio finale.

Per le suesposte considerazioni deve essere respinto l'appello incidentale, mentre va accolto l'appello principale con la conseguente riforma della sentenza impugnata ed il rigetto del ricorso in primo grado.

Spese come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sugli appelli come in epigrafe proposti,

respinge l'appello incidentale ed accoglie l'appello principale e, per l'effetto in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Condanna l'appellante incidentale al pagamento a favore dell'appellante principale delle spese per entrambi i gradi di giudizio, liquidandole in complessivi €. 4.000,00 (quattromila/00) oltre ad accessori di legge, mentre le compensa nei confronti dell'Amministrazione.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/12/2012

IL SEGRETARIO

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