



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 457 del 2012, proposto da:

Roche Diagnostics S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Jacopo Recla, Francesca M. Colombo, con domicilio eletto presso Jacopo Recla in Milano, via Visconti di Modrone, 12;

contro

Azienda Ospedaliera San Gerardo, rappresentata e difesa dagli avv. Maria Teresa Collico, Emanuele Ratto, con domicilio eletto presso Alberto Colombo in Milano, Viale Lazio n. 4;

nei confronti di

Abbott S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Francesco Scanzano, Filippo Brunetti, Elio Leonetti, con domicilio eletto presso Studio Legale Chiomenti in Milano, via Verdi, 2;

per l'annullamento

della deliberazione n. 5 in data 10.01.2012 mediante la quale il Direttore Generale dell'Azienda Ospedaliera San Gerardo ha disposto l'aggiudicazione definitiva a favore di Abbott S.r.l del lotto 2 della procedura aperta per la fornitura di sistemi diagnostici per esami microbiologici e della relativa comunicazione n. prot. 807 in data 16.1.2012; del capitolato di gara, nelle parti di cui in esposizione; per quanto occorrer possa, dei verbali delle sedute pubbliche in data 3.8.2011 e 15.11.2011 e dei verbali delle sedute riservate (non noti); nonché di ogni altro atto presupposto, consequenziale e comunque connesso, e per la condanna dell'amministrazione intimata al risarcimento del danno in forma specifica ed in subordine per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera San Gerardo e di Abbott S.r.l.;

Visto il ricorso incidentale Abbott S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 dicembre 2012 la dott.ssa Elena Quadri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il presente ricorso Roche Diagnostics S.p.a., esecutrice in proroga del precedente affidamento e classificatasi al secondo posto in graduatoria su due concorrenti (in considerazione dell'esclusione della terza partecipante), impugna gli atti relativi al lotto 2 della procedura aperta indetta dall'Azienda Ospedaliera San Gerardo per l'affidamento con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa della fornitura di sistemi diagnostici per esami microbiologici, conclusasi con l'aggiudicazione alla controinteressata Abbott S.r.l.

A sostegno del proprio ricorso Roche ha dedotto, essenzialmente, la violazione della normativa e dei principi vigenti nell'ordinamento nazionale e dell'Unione Europea in relazione all'obbligo di apertura in seduta pubblica delle buste contenenti le offerte tecniche, atteso che tale obbligo, peraltro non previsto dalla *lex specialis* di gara, nella specie non sarebbe stato rispettato.

Si sono costituite l'Azienda Ospedaliera intimata e la società controinteressata, controdeducendo alla specifica censura e chiedendo la reiezione del ricorso per infondatezza nel merito.

La società controinteressata ha, altresì, proposto ricorso incidentale, deducendo, tra l'altro, l'illegittima ammissione alla procedura concorsuale della ricorrente in relazione all'indeterminatezza dell'offerta della stessa, che contemplerebbe due diversi software nell'offerta tecnica ed in quella economica, rispettivamente Amplilink 3.3 e Amplilink 3.2 (del quale ultimo sarebbe stata prodotta la documentazione tecnica), software di cui solo il primo sarebbe compatibile con lo strumento cobas p 630 ricompreso nell'offerta tecnica di Roche, oltre a diverse altre censure ed insistendo, di conseguenza, per l'inammissibilità del ricorso principale per carenza di legittimazione ad agire in capo a Roche.

Con ordinanza n. 574/2012 del 26 aprile 2012, la sezione ha disposto una verifica, da effettuarsi a cura del Direttore del Dipartimento di Elettronica ed Informazione del Politecnico di Milano o suo delegato, al fine di accertare, in contraddittorio fra le parti, se il funzionamento dello strumento cobas p 630 ricompreso nell'offerta tecnica della ricorrente fosse possibile sia mediante l'utilizzazione del software Amplilink 3.2 che dell'Amplilink 3.3, fissando la discussione del merito della causa.

Successivamente l'Ing. Luca Bascetta, ricercatore di ruolo presso il Dipartimento di Elettronica ed Informazione del Politecnico di Milano, a tal fine delegato dal Direttore del medesimo Dipartimento, ha depositato dettagliata relazione di verifica.

L'Azienda Ospedaliera ha provveduto, dunque, alla stipula del contratto di appalto con la Abbott.

Successivamente le parti hanno depositato memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

All'udienza pubblica del 18 dicembre 2012 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il collegio, in conformità a quanto statuito dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 2011, ritiene di esaminare innanzitutto il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata, atteso che tale ricorso tende, in via preliminare, a paralizzare l'azione della ricorrente principale rilevandone la carenza di legittimazione attiva in considerazione dell'illegittima ammissione alla procedura concorsuale della stessa.

Come statuito nella decisione del Supremo consesso amministrativo succitata: "il controllo della legittimazione al ricorso assume sempre carattere pregiudiziale rispetto all'esame del merito della domanda, in coerenza con i principi della giurisdizione soggettiva e dell'impulso di parte.

L'eventuale reiezione della domanda per "ragioni processuali", collegate alla riscontrata carenza delle condizioni e dei presupposti dell'azione (comprensivi della legittimazione e dell'interesse al ricorso), non rappresenta l'affermazione di un risultato meramente "formale". Al contrario, costituisce l'esito fisiologico, pienamente

congruente con le regole costituzionali in materia di tutela giurisdizionale, della valutazione in ordine alla titolarità, in capo all'attore, di una posizione tutelabile dinanzi al giudice amministrativo".

La necessità di definire il giudizio muovendo dall'esame delle questioni preliminari, costituisce, ora, una espressa regola positiva, stabilita dal codice del processo amministrativo.

In virtù dell'articolo 76, comma 4, "Si applicano l'articolo 276, secondo, quarto e quinto comma 2, del codice di procedura civile e gli articoli 114, quarto comma, e 118, quarto comma, delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile".

Il richiamato articolo 276, comma secondo, prevede che "il collegio, sotto la direzione del presidente, decide gradatamente le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio e, quindi, il merito della causa" (Cons. Stato, A.P., 7 aprile 2011, n. 4).

Qualora, dunque, il ricorso incidentale abbia la finalità di contestare la legittimazione al ricorso principale, il suo esame assume carattere necessariamente pregiudiziale e la sua accertata fondatezza preclude, al giudice, l'esame del merito delle domande proposte dal ricorrente.

Nella fattispecie all'esame del collegio la controinteressata Abbott S.p.a., aggiudicataria della procedura concorsuale in questione, con il ricorso incidentale proposto ha, innanzitutto, censurato l'operato della commissione di gara per non avere escluso dalla procedura concorsuale la ricorrente Roche in relazione all'indeterminatezza dell'offerta della stessa, che contemplerebbe due diversi software nell'offerta tecnica ed in quella economica, rispettivamente Amplilink 3.3 e Amplilink 3.2 (del quale ultimo sarebbe stata prodotta la documentazione tecnica), software di cui solo il primo sarebbe compatibile con lo strumento cobas p 630 ricompreso nell'offerta tecnica di Roche, insistendo, di conseguenza, per l'inammissibilità del ricorso principale per carenza di legittimazione ad agire in capo a Roche.

Roche ha controdedotto con riferimento a tale doglianza, asserendo di avere offerto l'unico e indeterminato software "Amplilink", del quale non rileverebbe la versione indicata rispettivamente nell'offerta tecnica ed in quella economica, atteso che il prodotto sarebbe suscettibile di aggiornamenti innovativi e che la ricorrente avrebbe inteso offrire l'ultimo aggiornamento (Amplilink 3.3), maggiormente compatibile con il sistema cobas p 630.

La doglianza è fondata.

In proposito, si premette che il collegio ritiene condivisibile la relazione del verificatore, redatta sulla scorta di un procedimento valutativo logico, scevro da incongruenze e assistito da un'idonea istruttoria posta in essere in contraddittorio fra le parti.

In particolare, il verificatore ha dettagliatamente argomentato sulle conclusioni cui è pervenuto in ordine al quesito formulatogli, e cioè, se il funzionamento dello strumento cobas p 630 ricompreso nell'offerta tecnica della ricorrente fosse possibile sia mediante l'utilizzazione del software Amplilink 3.2 che dell'Amplilink 3.3., concludendo nel senso che : "il funzionamento dello strumento cobas p 630 è possibile mediante l'utilizzazione del software Amplilink v. 3.3, mentre non è possibile mediante l'utilizzazione del software Amplilink v. 3.2".

Alla luce di tale accertamento tecnico, deve convenirsi con Abbott che l'offerta di Roche era da ritenersi indeterminata, avendo la stessa ricompreso rispettivamente nell'offerta economica ed in quella tecnica due versioni diverse del software Amplilink delle quali solo una, l'Amplilink 3.3 capace di funzionare e, dunque, compatibile con il sistema cobas p 630, pure contemplato nell'offerta tecnica di Roche e costituente una parte rilevante della medesima.

Né convince la difesa, sul punto, della ricorrente principale, la quale assume trattarsi dello stesso software, seppure in diverse versioni, delle quali la stessa avrebbe inteso offrire quella più aggiornata.

E' indubbio ed incontestato che nell'offerta economica Roche abbia citato la versione 3.2 della quale sarebbe stata prodotta, tra l'altro, la documentazione tecnica, e che non è compatibile con lo strumento cobas p 630 ricompreso nell'offerta tecnica, mentre solo in quest'ultima è stato previsto l'Amplilink 3.3.

In considerazione dell'unicità dell'offerta, composta delle sue componenti tecnica ed economica, consegue, dunque, l'indeterminatezza dell'offerta medesima di Roche, che doveva essere esclusa, per tale ragione, dalla procedura concorsuale in questione.

A sensi del costante orientamento della giurisprudenza amministrativa, infatti, le offerte nelle pubbliche gare devono essere improntate alla massima linearità e chiarezza, onde prefigurare all'Amministrazione un quadro certo dei rispettivi doveri ed obblighi contrattuali e che qualsivoglia elemento che introduca nel sinallagma negoziale profili di indeterminatezza o di incertezza, anche se in ipotesi vantaggiosi per l'Amministrazione, vale a conferire all'offerta la natura di offerta indeterminata che ne deve comportare l'esclusione dalla gara, e ciò a prescindere dalla presenza o meno nella legge di gara di un'espressa comminatoria di esclusione, stante la superiorità del principio che vieta le offerte indeterminate o condizionate e le rende inammissibili.

L'esatta entità del prodotto proposto costituisce un aspetto essenziale dell'offerta, la cui indeterminatezza e incertezza non può non infirmare irrimediabilmente in toto quest'ultima, pena, altrimenti, la violazione del principio di par condicio tra i concorrenti. Invero, nelle procedure ad evidenza pubblica, l'esclusione non è configurabile unicamente in presenza di apposita sanzione dettata dalla disciplina concorsuale (ovvero da norma legislativa eterointegrativa), ma anche - in forza di un criterio di interpretazione teleologica - quando, pur in mancanza di una simile clausola, risultino violate prescrizioni rispondenti ad un particolare interesse sostanziale della stazione appaltante e, quindi, sottese ad un fine essenziale perseguito con la gara, ovvero quando dal contesto della lex specialis emerga con palese evidenza che l'inosservanza di alcune sue previsioni comporterebbe, comunque ed inevitabilmente, in ragione del loro contenuto, l'esclusione anche senza un'espressa comminatoria in tal senso.

Tale orientamento giurisprudenziale è stato recepito dal legislatore con la modifica dell'art. 46 del d. lgs. 163/2006 mediante l'introduzione del comma 1 bis, che così recita: "La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle".

L'ipotesi di incertezza sul contenuto dell'offerta come legittima causa di esclusione ha, dunque, assunto valenza normativa nell'ordinamento positivo.

L'accoglimento di tale censura del ricorso incidentale determina l'inammissibilità del ricorso principale per carenza di legittimazione attiva di Roche Diagnostics S.p.a., che sarebbe dovuta essere esclusa dalla gara, oltre che il rigetto della domanda risarcitoria dalla stessa proposta.

In ogni caso, dall'esame degli elementi di fatto risultanti dalla documentazione versata in atti emerge anche, a parere del collegio, l'infondatezza del gravame principale di Roche, che stava svolgendo in proroga il servizio in virtù del precedente affidamento e la cui offerta era risultata di gran lunga inferiore a quella della controinteressata, sia con riferimento alle caratteristiche tecniche che al prezzo offerto, molto meno vantaggioso per l'amministrazione.

Il ricorso si fonda su di un'unica doglianza, consistente nella violazione della normativa e dei principi vigenti

nell'ordinamento nazionale e dell'Unione Europea in relazione all'obbligo di apertura in seduta pubblica delle buste contenenti le offerte tecniche, atteso che tale obbligo, non previsto dalla *lex specialis* di gara, nella specie non sarebbe stato rispettato.

La ricorrente pone alla base della sua doglianza la pronuncia resa dal Consiglio di Stato in adunanza plenaria (28 luglio 2011, n. 13) e poi seguita dalla quasi costante giurisprudenza amministrativa, secondo cui: "In materia di gare pubbliche, e con specifico riferimento alle operazioni preliminari da svolgere in seduta pubblica, la "verifica della integrità dei plichi" non esaurisce la sua funzione nella constatazione che gli stessi non hanno subito manomissioni o alterazioni, ma è destinata a garantire che il materiale documentario trovi correttamente ingresso nella procedura di gara, giacché la pubblicità delle sedute risponde all'esigenza di tutela non solo della parità di trattamento dei concorrenti, ai quali deve essere permesso di effettuare gli opportuni riscontri sulla regolarità formale degli atti prodotti e di avere così la garanzia che non siano successivamente intervenute indebite alterazioni, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili "ex post" una volta rotti i sigilli ed aperti i plichi, in mancanza di un riscontro immediato.

In materia di gare pubbliche, l'operazione di apertura della busta dell'offerta tecnica, come per la documentazione amministrativa e per l'offerta economica, costituisce passaggio essenziale e determinante dell'esito della procedura concorsuale, e quindi richiede di essere presidiata dalle medesime garanzie di trasparenza e di pubblicità, a tutela degli interessi privati e pubblici coinvolti dal procedimento.

La verifica dei documenti contenuti nella busta relativa all'offerta tecnica trasmessa dal concorrente ad una gara, all'atto della sua apertura in seduta pubblica, consiste in un semplice controllo preliminare degli atti inviati, che non può eccedere la funzione di ufficializzare l'acquisizione della documentazione di cui si compone l'offerta tecnica, con la conseguenza che l'operazione non deve andare al di là del mero riscontro degli atti prodotti dall'impresa concorrente, restando esclusa ogni facoltà degli interessati presenti di prenderne visione del contenuto; ciò in quanto la garanzia di trasparenza richiesta in questa fase si considera assicurata quando la commissione, aperta la busta del singolo concorrente, abbia proceduto ad un esame della documentazione leggendo il solo titolo degli atti rinvenuti, e dandone atto nel verbale della seduta".

Deve, innanzitutto, osservarsi che la procedura in questione è stata bandita in data antecedente alla succitata pronuncia e che le offerte economiche sono state aperte nella seduta del 9 novembre 2011.

Deve, poi, ricordarsi che l'art. 12, comma 2, del d.l. 7 maggio 2012, n. 52, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 luglio 2012, n. 94, in seguito alla succitata pronuncia ed in omaggio al principio della certezza del diritto, ha così modificato l'art. 283, comma 2, del d.P.R. n. 207/2010 (regolamento di esecuzione del codice degli appalti): "La commissione, costituita ai sensi dell'articolo 84 del codice, anche per le gare in corso ove i plichi contenenti le offerte tecniche non siano stati ancora aperti alla data del 9 maggio 2012, apre in seduta pubblica i plichi contenenti le offerte tecniche al fine di procedere alla verifica della presenza dei documenti prodotti. In una o più sedute riservate, la commissione valuta le offerte tecniche e procede alla assegnazione dei relativi punteggi applicando i criteri e le formule indicati nel bando o nella lettera di invito secondo quanto previsto nell'allegato P". Tanto premesso, la modifica regolamentare costituisce un intervento del legislatore volto a porre definitiva chiarezza su una problematica che aveva suscitato un vivace dibattito, e la fissazione del momento temporale dal quale applicare le nuove previsioni costituisce chiara statuizione normativa che, fornendo indubbia applicazione al principio *tempus regit actum*, prevale sulle eventuali pronunce di senso contrario della giurisprudenza.

Il collegio osserva, inoltre, che dalla documentazione versata in atti ed in particolare dall'esame del verbale della seduta del 9 novembre 2011 – facente pubblica fede fino ad eventuale querela di falso – risulta che la commissione

abbia proceduto all'apertura della busta n. 2, contenente la documentazione tecnica prodotta dalle concorrenti (sia in formato cartaceo sia in formato elettronico su CD ROM) e che ne abbia verificato la completezza. Tali buste, ancora chiuse, erano state in precedenza conservate in appositi armadi chiusi a chiave, mentre quelle relative all'offerta economica venivano chiuse in cassaforte (cfr. il verbale della seduta del 3 agosto 2011).

In considerazione anche dell'effettivo svolgimento in concreto della procedura e degli accorgimenti adottati per la conservazione dei plichi tra una seduta e l'altra, che hanno garantito l'impossibilità di manomissione alcuna degli stessi – manomissione, peraltro, che neanche la ricorrente assume avvenuta - non paiono, dunque, nella fattispecie, violati i principi a presidio dei quali è stata emessa la succitata pronuncia della plenaria, consistenti nella trasparenza e nell'imparzialità dell'azione amministrativa.

A conferma di tale conclusione si richiama una recente pronuncia della sezione terza del Consiglio di Stato, seppure emessa con riferimento ad una procedura conclusasi prima dell'emissione della più volte citata pronuncia dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, per la quale, considerato il quadro normativo vigente all'epoca dello svolgimento della gara, l'apertura delle buste delle offerte tecniche in seduta riservata, e non pubblica, non appare di per se stessa illegittima per contrasto con i principi di trasparenza e di imparzialità dell'azione amministrativa, affermati dalla Adunanza Plenaria 28 luglio 2011 n. 13.

Ad avviso del Collegio, infatti, le operazioni di custodia dei plichi e di successiva apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica nella procedura di gara si sono svolte con modalità concrete idonee a realizzare egualmente il risultato di tutela dell'interesse pubblico alla trasparenza per il cui perseguimento l'Adunanza Plenaria n. 13/2011 ha indicato lo strumento della seduta pubblica.

Invero, il seggio di gara ha provveduto a verificare il numero e l'integrità dei plichi pervenuti, nonché la completezza della documentazione amministrativa, e poi ha terminato la seduta, ricordando ai presenti che le offerte economiche sarebbero state "chiuse a chiave in apposito armadio, mentre i plichi contenenti la documentazione tecnica saranno consegnati alla Commissione giudicatrice" per la valutazione qualitativa dei progetti proposti.

Il fatto che la commissione abbia iniziato ad aprire le buste contenenti l'offerta tecnica senza formulare nel verbale di quella seduta e delle successive alcun rilievo preliminare circa la loro integrità, unitamente alle rappresentate modalità di custodia dei plichi, appaiono in concreto misure e circostanze idonee a garantire il rispetto dei principi di trasparenza e di imparzialità dell'azione amministrativa enunciati dalla Adunanza Plenaria n.13/2011.

Parallelamente, il Collegio ha ritenuto che, nel caso specifico e nel quadro normativo vigente all'epoca della gara, precedente all'adunanza plenaria, l'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica, pur se avvenuta in seduta riservata, si fosse, comunque, perfezionata con modalità di fatto idonee a soddisfare l'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa la cui tutela - ad avviso della citata Adunanza Plenaria - trova naturale sede di garanzia nel modus operandi della seduta pubblica.

Pertanto, viste le puntuali indicazioni dei verbali, ad avviso del Collegio la circostanza che l'apertura delle offerte tecniche si fosse svolta in seduta riservata non è apparsa di per se stessa sufficiente a configurare automaticamente l'illegittimità dell'intera gara, mentre, per altro verso, l'appellante non ha addotto alcun principio di prova in ordine alla concreta lesione del proprio interesse alla verifica della integrità dei plichi in seduta pubblica, quale operazione "destinata a garantire che il materiale documentario trovi correttamente ingresso nella procedura di gara"(vedi A. P. n. 13 /2011).

In conclusione, nel caso di specie le particolari misure adottate dal seggio di gara e dalla commissione tecnica nel maneggiare le buste contenenti le offerte nell'esercizio dei propri compiti si sono potute considerare idonee a realizzare le esigenze per le quali, nel carente quadro normativo dell'epoca, la giurisprudenza aveva ritenuto di

individuare come necessaria la modalità della seduta pubblica (cfr. Cons. Stato, sez. III, 12 settembre 2012, n. 4830). Alla luce delle suesposte considerazioni, assorbendosi ogni ulteriore censura, il ricorso incidentale va accolto, mentre il ricorso principale va dichiarato inammissibile per sopravvenuta carenza di legittimazione attiva e va respinta l'istanza di risarcimento del danno formulata dalla ricorrente principale.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie il ricorso incidentale e dichiara inammissibile il ricorso principale.

Condanna la ricorrente principale alla rifusione delle spese di giudizio nei confronti delle controparti, in via solidale, che si liquidano in complessivi euro 3000,00, oltre al pagamento delle spese della verifica, che si liquidano in euro 961,81 (come da nota spese depositata dal verificatore) ed al rimborso del contributo unificato nei confronti della ricorrente incidentale.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 18 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Adriano Leo, Presidente

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

Maurizio Santise, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/01/2013

IL SEGRETARIO

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