

N. 04168/2011REG.PROV.COLL.
N. 00478/2011 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 478 del 2011, proposto da:

Abbott S.r.l., rappresentato e difeso dall'avv. Leopoldo Di Bonito, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, piazza Mattei 10;

contro

Azienda Unità Sanitaria Locale Roma A, rappresentata e difesa dagli avv.ti Enrica Possi ed Alessia Alessi, con domicilio eletto presso Enrica Possi in Roma, via Ariosto, 3;

nei confronti di

Beckman Coulter Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Corrado Curzi, Leopoldo Aperio Bella, Riccardo Pagani, con domicilio eletto presso Leopoldo Aperio Bella in Roma, via Giuseppe Avezzana 51;

Inverness Medical Italia Srl; Instrumentation Laboratory Spa, rappresentata e difesa dall'avv. Bruna D'Amario Pallottino, con domicilio eletto presso la medesima in Roma, via Varrone N. 9;

Johnson & Johnson Medical Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Giorgio Della Valle e Guido Salvadori Del Prato, con domicilio eletto presso

Giorgio Della Valle in Roma, piazza Mazzini, 8;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III quater n. 36987/2010, resa tra le parti, concernente AGGIUDICAZIONE DELLA PROCEDURA APERTA PER LA FORNITURA QUINQUENNALE DI SISTEMI COMPLETI DI DIAGNOSTICA

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Unità Sanitaria Locale Roma A, di Beckman Coulter Spa, di Instrumentation Laboratory Spa e di Johnson & Johnson Medical Spa;

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 20 maggio 2011 il Cons. Lanfranco Balucani e uditi per le parti gli avvocati Ricciardelli su delega di Di Bonito, Possi, D'Amario, Pallottino, Della Valle e Aperio Bella;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso proposto dinanzi al TAR Lazio la soc. Abbot a r.l., che aveva partecipato alla procedura aperta indetta dalla ASL Roma/A per l'affidamento della fornitura quinquennale di “sistemi completi di diagnostica” suddivisa in 15 lotti, destinata al Laboratorio di Patologia Medica, da aggiudicarsi con il sistema dell’offerta economicamente più vantaggiosa, ha impugnato gli atti della procedura relativamente ai lotti n. 1, n.3, e n.6, aggiudicati rispettivamente alla R.T.I. Beckman Coulter s.p.a./ Inverness Medical Italia s.r.l., alla Instrumentation Laboratory s.p.a., e a Johnson e Johnson Medical s.p.a..

Questi i motivi di gravame dedotti:

violazione e falsa applicazione dell'art.84 d.lgs. n.163/2006, della legge n.241/1990, dei principi di trasparenza, imparzialità e buona amministrazione, e della *lex specialis*, nonché eccesso di potere sotto diversi profili: ciò in relazione al fatto che sono stati incaricati come componenti della Commissione due membri (il dott. Bossi e la dottoressa Sabatino) che svolgono funzioni di natura tecnica amministrativa presso la struttura ove la ditta aggiudicataria dovrà eseguire la fornitura dell'appalto;

violazione e falsa applicazione dell'art. 84 d. lgs.cit. e della legge n.241/1990, nonché del principio di pubblicità delle sedute di gara, dei principi di cui all'art. 97 Cost., della *lex specialis*, ed eccesso di potere: in quanto l'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica è avvenuta in seduta riservata.

Con sentenza 16 dicembre 2010, n.36987 il TAR, dopo aver disatteso le eccezioni di inammissibilità del ricorso sollevate dalla ASL, ha respinto il ricorso avendo ritenuto infondati entrambi i motivi di gravame prospettati dalla ricorrente società.

Nei confronti di detta pronuncia Abbott s.r.l. ha interposto appello sostenendo l'erroneità di quanto ritenuto dal primo giudice in ordine ai motivi di gravame. L'appellante ha concluso chiedendo l'annullamento degli atti di gara e la conseguente dichiarazione di inefficacia del contratto di appalto stipulato tra la stazione appaltante e le ditte contro interessate.

Si è costituita in giudizio la ASL Roma/A che, preliminarmente, ha reiterato la eccezione di inammissibilità del ricorso per mancata notifica ai controinteressati, e cioè anche alle ditte aggiudicatarie degli altri lotti e, quanto al merito, ha contestato la fondatezza dei motivi di appello.

Si sono costituiti in giudizio anche R.T.I. Beckman Coulter s.p.a/ Inverness Medical Italia s.r.l., Instrumentation Laboratory s.p.a. , e Johnson e Johnson Medical s.p.a., anch'esse contestando la fondatezza dei motivi dedotti con l'atto di appello, del quale hanno chiesto la reiezione.

Con successive memorie sia l'appellante che le parti controinteressate hanno ribadito le rispettive tesi difensive.

DIRITTO

Il Collegio ritiene di poter prescindere dalle eccezioni di inammissibilità del ricorso introduttivo sollevate dalle parti resistenti, e riproposte con l'odierno atto di appello, stante la palese infondatezza dei motivi di gravame dedotti dall'appellante.

Le due questioni oggetto della materia del contendere riguardano:

- la composizione della Commissione giudicatrice dell'appalto, della quale fanno parte due funzionari della Azienda sanitaria che ha indetto l'appalto, che, secondo la ricorrente società si troverebbero in posizione di incompatibilità;
- la apertura delle buste contenenti la offerta tecnica, che è avvenuta in seduta riservata, e che invece, secondo la ricorrente, avrebbe dovuto svolgersi in seduta pubblica.

In ordine alla composizione della Commissione, l'appellante invoca la disposizione di cui all'art. 84, 4° comma, del codice dei contratti secondo cui, nel caso di aggiudicazione con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa “i Commissari diversi dal presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta”. In base a detta disposizione sarebbe illegittima la nomina a componenti della Commissione del dirigente responsabile della Unità di Patologia Clinica, cui sono destinati i “sistemi completi di diagnostica” oggetto dell'appalto, e del dirigente medico della stessa Unità. Il primo, in particolare, in ragione del ruolo ricoperto presso l'Azienda sanitaria, sarebbe chiamato a svolgere una serie di compiti relativamente alla gestione del contratto d'appalto, per cui si renderebbe operativo il divieto di far parte della Commissione a norma di quanto stabilito nel citato art. 84, 4° comma, del codice dei contratti:

L'assunto dell'appellante non può essere condiviso.

Per una corretta interpretazione della norma in questione va osservato:

- che essa va letta in connessione con l'8° comma dello stesso art. 84, secondo cui i commissari diversi dal presidente sono scelti tra i funzionari della stazione appaltante e, in caso di accertata carenza, tra i funzionari di altre Amministrazioni aggiudicatrici ovvero tra gli appartenenti alle categorie professionali;
- che essa rinviene il suo precedente nell'art.21, 5° comma, della legge n.109/1994, con cui si voleva impedire che delle Commissioni giudicatrici facessero parte soggetti che, nell'interesse proprio o in quello di alcune delle imprese concorrenti, avessero assunto o potessero assumere compiti di progettazione, di esecuzione o di direzione relativamente ai lavori oggetto della procedura di gara.

Orbene, posto che alla stregua della normativa vigente il criterio direttivo è quello di chiamare a far parte della Commissione preferibilmente gli stessi funzionari della stazione appaltante, al fine di individuare la "*ratio*" del divieto contenuto nel 4° comma dell'art.84 occorre richiamarsi alla giurisprudenza formatasi sull'art.21, 5° comma, l.n.109/1994, cui era stata attribuita la finalità di impedire la partecipazione alla Commissione di soggetti che avessero a qualsiasi titolo concorso alla progettazione dell'opera e di vietare che i commissari assumessero compiti tecnici di esecuzione o di direzione dei lavori al precipuo fine di evitare un pregiudizio alla imparzialità e alla correttezza delle valutazioni tecnico discrezionali riservate alla Commissione.

In definitiva, come è stato già osservato in recenti pronunce di questo Consiglio, con la disposizione racchiusa nel comma 4 dell'art.84 si vuole impedire la partecipazione alla Commissione di soggetti che possano agire nell'interesse proprio o in quello privato di alcune delle imprese concorrenti (così Cons.St. V, 6 aprile 2009, n.2143).

Secondo la prospettazione della appellante, i compiti che i due funzionari avrebbero svolto o sarebbero chiamati a svolgere in ordine al contratto di appalto, e che ne determinerebbero la incompatibilità, consisterebbero: nel presiedere le operazioni di sopralluogo che i concorrenti sono tenuti ad effettuare presso i locali dell'Azienda; nel concordare con la ditta aggiudicataria le modalità di consegna (e ritiro) delle apparecchiature; nell'applicare le penali nei confronti dell'impresa inadempiente; nel concordare con l'aggiudicataria i tempi della attività di formazione degli operatori; nell'emettere gli ordinativi di fornitura dei reagenti e dei materiali di consumo; infine nel provvedere alla liquidazione delle fatture.

Ma se queste sono le ragioni della prospettata incompatibilità, la censura dell'appellante non può essere condivisa perché si tratta con tutta evidenza di funzioni che hanno natura del tutto vincolata, e che, non coinvolgendo un interesse personale del funzionario, non sono di per sé suscettibili di alterare la regolare e imparziale esecuzione del contratto.

E' dunque infondato il motivo di gravame che si appunta sulla composizione della Commissione.

Passando all'esame del motivo con il quale si denuncia la violazione del principio di pubblicità delle sedute, per avere effettuato in seduta riservata l'apertura della buste contenenti l'offerta tecnica, occorre premettere che la giurisprudenza è ferma nell'affermare:

- che debbono svolgersi in seduta pubblica gli adempimenti concernenti la verifica della integrità dei diversi plichi di cui si compone l'offerta;
- che ugualmente in seduta pubblica deve svolgersi la fase della apertura dei plichi contenenti la offerta economica dei partecipanti e la valutazione della stessa (ritenendosi assoggettate al principio della pubblicità le procedure di aggiudicazione automatica);
- che con riferimento alla offerta tecnica, la sua valutazione deve essere effettuata invece in seduta riservata in quanto, implicando una valutazione

tecnico-discrezionale dell'offerta, si debbono evitare influenze sui giudizi dei membri della Commissione.

Quanto alla fase della apertura della offerta tecnica (che costituisce il “*thema decidendi*”), pur essendosi manifestata di recente qualche perplessità (cfr. Cons.St. V, 17 settembre 2010, n.6939; V, ord. 17 maggio 2011, n.2987), la tesi sino ad oggi dominante è nel senso che l'obbligo della pubblicità della seduta non riguarda né la valutazione della offerta tecnica, e neanche l'apertura delle relative buste, e che conseguentemente la *lex specialis* può ben prevedere che quest'ultima operazione sia effettuata nella stessa seduta riservata in cui ha luogo la valutazione (cfr. in termini: Cons.St. V, 13 ottobre 2010, n.7470; 16 agosto 2010, n.5722; 13 luglio 2010, n.4520; 14 ottobre 2009, n.6311; 10 gennaio 2007, n.45).

Poiché nella fattispecie in esame il capitolato d'oneri stabiliva espressamente (all'art.4) che dovessero aver luogo in seduta pubblica solo l'apertura dei plichi ai fini della ammissione delle imprese, e l'apertura delle buste contenenti le offerte economiche, né era previsto un analogo obbligo di pubblicità per l'apertura delle offerte tecniche, appare immune dalle censure dedotte dall'appellante l'operato della Commissione che, dopo aver effettuato in seduta pubblica la apertura dei plichi presentati dai diversi concorrenti, ha proceduto alla apertura delle buste contenenti le offerte tecniche in una apposita seduta riservata, dopo aver constatato (e verbalizzato) che le buste stesse risultavano chiuse e sigillate.

Conviene sottolineare che il vizio dedotto (al pari, del resto, di quello esaminato prima) attiene ad un aspetto puramente formale della procedura di gara, e che l'appellante (già ricorrente) benché non avara di argomenti non ha offerto alcun elemento, neppure indiziario, che faccia ritenere o quanto meno sospettare che le supposte violazioni formali si siano tradotte in un ingiusto svantaggio per la ricorrente medesima.

Anche il secondo motivo di appello è pertanto infondato.

Per quanto precede l'appello in esame deve essere respinto.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese processuali del presente grado di giudizio tra le parti in causa.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Marco Lipari, Consigliere

Salvatore Cacace, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere

Lanfranco Balucani, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/07/2011

IL SEGRETARIO

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