

N. 06714/2012REG.PROV.COLL.
N. 06060/2012 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 6060 del 2012, proposto da:

A. Menarini Diagnostics S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. ti Domenico Iaria e Ivan Marrone, con domicilio eletto presso il primo di essi in Roma, corso Vittorio Emanuele II,18;

contro

Roche Diagnostics S.p.a - Società Unipersonale, rappresentata e difesa dagli avv. ti Andrea Manzi e Alessandra Bazzani, con domicilio eletto presso il primo di essi in Roma, via Confalonieri,. 5;

nei confronti di

Consorzio Centrale Regionale di Acquisto, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LIGURIA, sezione II n. 940/2012, resa tra le parti, concernente l'aggiudicazione definitiva per l'affidamento di forniture di sistema per la misurazione rapida della glicemia e dispositivi correttivi

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Roche Diagnostics Spa - Società Unipersonale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 dicembre 2012 il Cons. Hadrian Simonetti, uditi per le parti gli avvocati Moravia su delega di Marrone e Luigi Manzi su delega di Andrea Manzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Consorzio Centrale Regionale di Acquisto ha indetto una procedura aperta per l'affidamento della fornitura di sistemi per la misurazione rapida della glicemia e dispositivi correlati da utilizzare in ambito ospedaliero nella Regione Liguria, per un periodo di anni tre e, all'esito della gara, i lotti 1 e 2 sono stati aggiudicati alla A. Menarini s.r.l., con atto del 14.2.2012.

2. Proposto ricorso da parte di Roche Diagnostics s.p.a., lamentando vizi della procedura relativi alle modalità di apertura e di conservazione delle buste e al principio di continuità e di concentrazione delle operazioni di gara, il Tar lo ha accolto reputando illegittimo il fatto che le buste contenenti le offerte tecniche fossero state aperte in seduta segreta ed assorbendo i restanti motivi.

3. Avverso la sentenza di primo grado ha proposto il presente appello l'originaria aggiudicataria, deducendo che la pronuncia avrebbe violato l'art. 12 co. 2 del d.l. 7.5.2012 convertito con modificazione nella l. 6.7.2012, n. 94, sul presupposto che con tale previsione il legislatore abbia voluto "sanare" i vizi della procedure di gara svoltesi anteriormente all'entrata in vigore del d.l. 52/2012 e sul rilievo che, nel caso di specie, la seduta segreta nella quale erano state aperte le buste contenenti le offerte tecniche si era svolta ben prima dell'entrata in vigore del d.l. 52/2012 e prima ancora della pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 13/2011.

Si è costituita nel presente giudizio Roche, con memoria depositata il 29.8.2012 per la camera di consiglio, contestando l'efficacia sanante del d.l. 52/2012 e riaffermando la portata generale, senza limitazioni temporali, del principio di apertura in seduta pubblica delle buste contenenti le offerte tecniche, per come ribadito, da ultimo, dall'Adunanza Plenaria n. 31/2012. In subordine ha riproposto, ai sensi dell'art. 101 c.p.a., i motivi dedotti in primo grado ed assorbiti dal Tar, con riferimento sia alle modalità di conservazione dei plichi che ai tempi di svolgimento delle operazioni di gara.

Rinviato al merito l'esame dell'istanza cautelare, all'udienza pubblica del 14.12.2012, in vista della quale le difese hanno depositato ulteriori memorie, la causa è passata in decisione.

4. Osserva il Collegio preliminarmente come, nel loro insieme, i motivi dedotti da Roche con il ricorso dinanzi al Tar, e che qui sono riproposti, siano tutti incentrati sulla violazione dei principi di trasparenza e di pubblicità delle operazioni gara e come l'accoglimento anche solo di uno essi comporti la rinnovazione dell'intera procedura.

5. Con i primi due motivi, esaminati ed accolti dal Tar, Roche ha censurato il fatto che le buste contenenti le offerte tecniche fossero state aperte in seduta segreta, il che avrebbe impedito ai concorrenti di verificare sia l'integrità delle buste che il contenuto delle stesse; con la precisazione che tale illegittimità procedimentale è derivata dalla illegittimità, a monte, del disciplinare di gara, oggetto di espressa impugnazione insieme all'aggiudicazione, il cui art. 6 non prevedeva lo svolgimento in seduta pubblica delle operazioni di apertura e verifica del contenuto delle offerte tecniche.

5.1. Nel valutare fondati tali motivi, il Tar ha fatto applicazione al caso di specie del principio di diritto affermato dall'Adunanza Plenaria n. 13/2011 e ha ritenuto che rispetto a tale principio l'art. 12 del d.l. 52/2012 avesse

una portata meramente ricognitiva, così da escludere qualunque problema o questione di diritto transitorio.

Questa lettura minimalista dell'art. 12 è contestata dalla difesa appellante, ricordando come, prima della pronuncia della Plenaria 13/2011, fosse più che dibattuta la questione se l'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche dovesse avvenire in seduta pubblica o (potesse avvenire) in seduta riservata, prevalendo in giurisprudenza la tesi opposta alla soluzione poi accolta dalla Plenaria, come è dimostrato anche, nel caso di specie, dal disciplinare che, non diversamente da molte altre coeve leggi di gara, non prevedeva la seduta pubblica per tale operazione.

Il che spiegherebbe la portata sanante dell'art. 12 che, nel modificare il regolamento sui contratti pubblici in coerenza con la Plenaria, si sarebbe fatto (per così dire) carico delle questioni di diritto transitorio, limitando gli effetti delle nuove disposizioni alle sole gare nelle quali alla data del 9.5.2012 non si fosse ancora proceduto all'apertura delle buste con le offerte tecniche.

5.2. Così riassunte le contrapposte tesi di parte, il Collegio osserva come a distanza di meno di un anno dalla pronuncia della Plenaria n. 13/2011 sia intervenuto l'art. 12 del d.l. 52/2012 che, nel recepirne la tesi di fondo – per cui la commissione giudicatrice deve procedere in seduta pubblica anche all'apertura della busta che contiene l'offerta tecnica, al fine di consentire a tutti i concorrenti di avere contezza della regolarità e completezza della documentazione prodotta - ha novellato gli artt. 120 e 283 del d.p.r. 207/2010 che, prima di allora, non contenevano una previsione espressa in tal senso.

Nel fare questo, nel riconoscere che i plichi contenenti le offerte tecniche debbono essere aperti in seduta pubblica, il legislatore (nel testo modificato dalla legge di conversione 6.7.2012, n. 94) ha specificato che tale regola vale “anche per le gare in corso ove i plichi contenenti le offerte tecniche non

siano stati ancora aperti alla data del 9 maggio 2012”.

Da qui, in una disposizione nata per suggellare la fine di una disputa interpretativa, il sorgere, per una non infrequente eterogenesi dei fini, di nuovi dubbi interpretativi, sulla portata della novella legislativa e, soprattutto, sui suoi effetti nei confronti delle gare già bandite e ancora in corso.

In breve, si confrontano, nella giurisprudenza di primo grado, due tesi: quella che vede nell'art. 12 (nulla più che) la positivizzazione dell'interpretazione accolta dalla Plenaria (Tar Lazio, Roma, III, n. 6190/2012; Tar Campania, Napoli, I, n. 2751/2012) e quella che, invece, vi scorge una sorta di sanatoria dei procedimenti di gara nei quali l'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche si sia svolta in seduta riservata (Tar Umbria, n. 274/2012). Dove la seconda tesi muove dalla premessa, più o meno esplicitata, che l'indirizzo accolto dalla Plenaria 13/2011 fosse in precedenza incerto, se non addirittura minoritario, e dal conseguente timore che un simile mutamento della giurisprudenza possa comportare, in concreto, la caducazione per vizi procedurali di un numero significativo di gare, che andrebbero rinnovate, con costi amministrativi ed economici significativi.

5.3. Su un piano più generale, la questione richiama alla mente l'intenso dibattito scaturito dalla sentenza della Cassazione a Sezioni Unite n. 19246/2010 che, nei giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo - abbandonando l'orientamento interpretativo pluridecennale consolidatosi a partire da Cass. n. 3053/1955 - aveva ritenuto che il termine di costituzione in giudizio dell'opponente avrebbe dovuto considerarsi sempre pari a cinque giorni decorrenti dalla notificazione dell'opposizione, pena l'improcedibilità dell'opposizione stessa.

Circa gli effetti di tale repentino mutamento di indirizzo, prima ancora che fosse contraddetto dal legislatore con la norma di interpretazione autentica

di cui all'art. 2 della l. 218/2011, si era interrogata la giurisprudenza immediatamente successiva, chiedendosi se tali effetti potessero prodursi nei confronti anche dei giudizi instaurati precedentemente alla pubblicazione della sentenza innovativa.

E' utile ricordare come fosse prevalsa la soluzione negativa: in taluni casi facendo applicazione dell'istituto della rimessione in termini; in altri casi attribuendo efficacia vincolante alla giurisprudenza precedente ed assimilando il nuovo arresto ad una sorta di *ius superveniens*, operante, come tale, solo *pro futuro*; in altri ancora, ravvisando nella giurisprudenza della Corte europea, che impone la "conoscibilità della regola di diritto e la ragionevole prevedibilità della sua applicazione", un ostacolo insormontabile alla retroattività del *dictum* di sez. un. 19246/10 (v. Cass. sez. un. n. 15144/2011).

La scelta se attribuire o meno effetto retroattivo al nuovo orientamento – si legge nelle persuasive argomentazioni racchiuse nella sentenza della Cassazione a sez. un. n. 15144/2011 - "ruota intorno al nodo del valore del precedente e dell'efficacia temporale della c.d. *overruling*: che, a sua volta, incrocia le problematiche, di più ampio respiro, della funzione, meramente dichiarativa o (concorrentemente) creativa, riconosciuta alla giurisprudenza, del suo (eventualmente possibile) inquadramento tra le fonti di implementazione e conformazione dell'ordinamento giuridico e del discrimine tra modificazione del contenuto della norma per via interpretativa e *novum ius*; per coinvolgere, ancor più a monte, la definizione del ruolo del giudice nel sistema costituzionale di divisione dei poteri".

5.4. Fatto salvo l'inquadramento generale del problema e l'apparente analogia tra le due vicende, deve peraltro essere chiarito che nel caso posto all'attenzione di questo Collegio il mutamento di esegesi riguarda regole procedurali anziché processuali, che non comportano preclusioni o decadenze, e che, probabilmente, con la Plenaria 13/2011, non siamo

davanti ad una svolta inattesa e repentina rispetto ad un precedente diritto vivente consolidato ma, piuttosto, al punto di arrivo di un processo di rilettura da tempo *in itinere*.

Il che non toglie che il legislatore abbia avvertito l'esigenza di intervenire anche in questo caso ma - è bene sottolineare la differenza tra l'art. 12 del d.l. 51/2012 e l'art. 2 della l. 218/2011 - non per riaffermare il precedente indirizzo prevalente, sulle modalità di apertura delle buste dell'offerta tecnica, quanto, invece, per disciplinare gli effetti del mutamento sui procedimenti di gara ancora in corso.

Ciò - deve ritenersi - oltre che per contenere gli oneri amministrativi ed economici della caducazione altrimenti inevitabile di centinaia di gare, anche a tutela dell'affidamento di quanti abbiano partecipato alla selezione confidando nella applicazione di regole procedurali che, nella maggior parte dei casi, prima del pronunciamento della Plenaria 13/2011, prevedevano l'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche in seduta riservata.

5.5. Per queste ragioni, il Collegio è dell'avviso che alle disposizioni dell'art. 12 del d.l. 52/2012 non possa riconoscersi una portata meramente ricognitiva ma che ad esse debba attribuirsi la funzione di salvaguardare gli effetti delle procedure già concluse alla data del 9.5.2012 o, se ancora pendenti, nelle quali si sia comunque già proceduto all'apertura dei plichi.

5.5.1. Si tratta di una soluzione normativa, chiaramente transitoria o per meglio dire ad esaurimento, della cui legittimità costituzionale e comunitaria il Collegio non ritiene di poter dubitare, per almeno due ragioni.

5.5.2. La prima ragione è che ad oggi il principio di pubblicità, invocato a fondamento del nuovo indirizzo interpretativo, non si è tradotto, nelle direttive comunitarie, in disposizioni specifiche sulla pubblicità delle sedute di gara; nel senso quindi che l'Adunanza Plenaria ha declinato tale principio

nella sua più ampia latitudine pratica ma non è detto che tale soluzione estensiva potesse considerarsi “obbligata” secondo il diritto dell’Unione europea.

5.5.3. La seconda ragione è che il principio di pubblicità, per quanto generale e cogente lo si intenda (come conferma la sentenza dell’Adunanza Plenaria n. 31/2012), deve essere bilanciato con principi di rango almeno equivalente tra i quali il diritto europeo annovera quello dell’affidamento incolpevole. Da riferire, nel caso di specie, tanto alla stazione appaltante quanto, ancora di più, all’impresa aggiudicataria della gara che legittimamente può avere confidato sulla vigenza di determinate regole procedurali.

In questa prospettiva, non è forse inutile ricordare come proprio in materia di contratti pubblici il principio di affidamento e di buona fede sia stato invocato da una parte autorevole della dottrina, in applicazione analogica dell’art. 23 co. 2 c.c., per salvaguardare la posizione del “terzo” contraente ignaro (o comunque non responsabile) dei vizi commessi dalla stazione appaltante nel modo di condurre la gara, limitando gli effetti (invalidanti e/o caducanti) che l’annullamento dell’aggiudicazione è destinato a produrre sul contratto di appalto.

5.6. Per concludere sul punto, reputa il Collegio che l’art. 12 del d.l. 52/2012 valga a tenere fermi gli effetti delle procedure già chiuse o di quelle ancora pendenti, dove le buste siano state già aperte alla data del 9.5.2012, sebbene ciò sia avvenuto in seduta riservata; e che tale soluzione di diritto transitorio sia immune da vizi di costituzionalità o di incompatibilità comunitaria.

5.7. Ne consegue che, per questa parte, l’appello è fondato e va accolto.

6. Restano tuttavia ancora da esaminare i restanti motivi dell’originario ricorso proposto da Roche avverso gli atti della procedura di gara, motivi tempestivamente riproposti con la memoria difensiva depositata in vista

della camera di consiglio del 31.8.2012 ed incentrati sulle modalità di conservazione delle offerte, una volta aperte, e sulla dedotta violazione del principio di continuità delle operazioni di gara.

6.1. In sintesi, invertendo l'ordine delle censure, ci si duole della dilatazione dei tempi di svolgimento della procedura, tenuto conto che dalla prima seduta pubblica del 16.12.2010, di apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa, al provvedimento di aggiudicazione, sono decorsi ben 14 mesi; e che la sola fase di apertura e di esame delle offerte tecniche si è protratta dal 22.3.2011 al 16.1.2012, con l'avvertenza che nel periodo compreso tra queste due date, corrispondenti ad altrettante sedute riservate, la commissione giudicatrice si è riunita una sola volta ancora, il 13.6.2011.

6.2. Tanto chiarito sui fatti di causa, va ricordato come in linea generale, al fine di assicurare imparzialità, pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa, le sedute di una commissione di gara devono ispirarsi al principio di concentrazione e di continuità, nel senso che le operazioni di esame delle offerte tecniche devono essere racchiuse possibilmente in una sola seduta, senza soluzione di continuità, proprio al fine di prevenire influenze esterne ed assicurare l'indipendenza del giudizio.

Se è anche vero che tale principio può conoscere delle eccezioni, ad esempio per la complessità delle operazioni di gara o per il numero delle offerte presentate, resta tuttavia fermo che l'intervallo tra una seduta e l'altra deve essere minimo e che debbono essere fornite adeguate garanzie di conservazione dei plichi (v. Cons. St., V, n. 8155/2010).

6.3. Nel caso di specie, non solo non è stata fornita alcuna giustificazione in ordine a tale vistosa eccezione alla regola generale ma, passando all'altra censura, nulla è stato verbalizzato circa le modalità di conservazione dei plichi né è stato indicato un soggetto responsabile della custodia, a conferma di una procedura che, nell'insieme, si è caratterizzata per la scarsa

trasparenza.

6.4. Va precisato che, a fronte di una verbalizzazione non già incompleta ma del tutto mancante, e nel quadro di una procedura protrattasi ingiustificatamente per lunghi mesi e nella quale i plichi contenenti le offerte tecniche erano stati aperti in seduta riservata, il Collegio è dell'avviso che non debba essere la parte ricorrente a dimostrare l'effettiva manomissione dei plichi ma, piuttosto, la stazione appaltante a dare prova dell'integrità delle buste e della correttezza delle valutazioni compiute. Prova che non è stata data in alcun modo.

6.5. In conclusione sono fondati il terzo ed il quarto motivo del ricorso introduttivo, dal cui accoglimento discende comunque l'annullamento dell'aggiudicazione e degli atti di gara impugnati, ad eccezione del disciplinare.

7. Ne consegue la conferma della pronuncia di annullamento dell'aggiudicazione e degli atti di gara, ad eccezione del disciplinare, sebbene con una diversa motivazione.

8. Le spese di lite possono essere compensate, in ragione della novità e della complessità delle questioni affrontate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza):

definitivamente pronunciando così provvede:

- accoglie l'appello nei termini di cui in motivazione;
- accoglie i motivi terzo e quarto del ricorso introduttivo di primo grado riproposti dall'appellato;
- per l'effetto conferma, con diversa motivazione, il dispositivo della sentenza impugnata di accoglimento del ricorso di primo grado con annullamento dell'aggiudicazione e degli atti di gara:
- dichiara integralmente compensate fra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 dicembre 2012

con l'intervento dei magistrati:

Pier Luigi Lodi, Presidente

Hadrian Simonetti, Consigliere, Estensore

Dante D'Alessio, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Alessandro Palanza, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 31/12/2012

IL SEGRETARIO

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