

N. 01333/2013REG.PROV.COLL.  
N. 00709/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex artt. 38 e 60 c.p.a., sul ricorso n. 709/2013 RG, proposto dalla Olympus Italia s.r.l., corrente in Segrate (MI), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Perani e Paolo Pittori, con domicilio eletto in Roma, lungotevere dei Mellini n. 24,

*contro*

l'Azienda sanitaria locale – ASL TO/3 di Collegno e Pinerolo, in persona del Direttore generale *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Domenico Prato, Alessandro Angelini e Massimo Colarizi, con domicilio eletto in Roma, v.le B. Buozzi n. 87 e

*nei confronti di*

Pentax Italia s.r.l., corrente in Milano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, controinteressata, non costituita nel presente giudizio,

*per la riforma*

della sentenza del TAR Piemonte, sez. II, n. 1143/2012, resa tra le parti e concernente l'affidamento della fornitura in noleggio quinquennale di attrezzature per video endoscopia, per i presidi ospedalieri di Rivoli e

Pinerolo;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della sola ASL TO/3;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore all'udienza camerale del 15 febbraio 2013 il Cons. Silvestro Maria Russo e uditi altresì, per le parti costituite, gli avvocati Pittori e Prato;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 c.p.a.;

RITENUTO IN FATTO che, con deliberazione n. 995 del 16 novembre 2010, l'ASL TO/3 di Collegno e Pinerolo indisse una procedura aperta, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per la fornitura in noleggio quinquennale di attrezzature per video - endoscopia, da effettuare per i presidi ospedalieri di Rivoli e Pinerolo, suddivisa in tre lotti;

Rilevato che, per quanto concerne il lotto n. 1), ha preso parte alla relativa gara, tra le altre imprese, pure la Olympus Italia s.r.l., corrente in Segrate (MI), proponendo rituale offerta;

Rilevato altresì che, in esito alla gara, la Olympus Italia s.r.l. è risultata aggiudicataria di tale lotto, in virtù della deliberazione n. 65 del 4 novembre 2011, la quale, tuttavia, è stata impugnata dalla Pentax Italia s.r.l., corrente in Milano e seconda graduata, in una con gli altri atti della procedura;

Rilevato inoltre che, con sentenza n. 1143 del 25 ottobre 2012, l'adito TAR del Piemonte ha accolto sì il ricorso della Pentax Italia s.r.l., ma soltanto sotto il profilo della mancata apertura in seduta pubblica dei plichi contenenti l'offerta tecnica;

Rilevato quindi che la Olympus Italia s.r.l. propone appello avverso la sentenza n. 1143/2012, deducendo in punto di diritto:

A) – l'inapplicabilità del principio affermato dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio con la sentenza n. 13/2011 e, a più forte ragione, della novella recata all'art. 120 del DPR 5 ottobre 2010 n. 207 dall'art. 12 del DL

7 maggio 2012 (convertito, con modificazioni, dalla l. 6 luglio 2012 n. 94) ad una procedura, quale quella in esame, nella quale l'apertura *de qua* è avvenuta sì in seduta non pubblica, ma ben prima d'entrambe tali sopravvenienze;

B) – l'infondatezza del motivo di primo grado, poi assorbito dalla sentenza impugnata, circa la pretesa introduzione, da parte del seggio di gara, d'una prova pratico-funzionale sulle apparecchiature esaminate, non prevista dalla *lex specialis*;

CONSIDERATO IN DIRITTO che l'appello è meritevole d'accoglimento, anzitutto con riguardo all'apertura in seduta pubblica dei plichi contenenti le offerte tecniche, nella specie avvenuta il 1° marzo 2011, in quanto il relativo obbligo si deve ritenere ora applicabile solo alle gare indette dopo l'entrata in vigore (7 luglio 2012) della citata novella all'art. 120 del DPR 207/2010, per effetto dell'art. 12 del DL 52/2012 che l'ha previsto in modo espresso per la prima volta (cfr. Cons. St., IV, 4 gennaio 2013 n. 4);

Considerato che in questa sede non si può rimettere in discussione quanto deciso dall'Adunanza Plenaria con decisione n. 13/2011, né per quanto riguarda il merito della questione di diritto (obbligo di aprire le buste con le offerte tecniche in seduta pubblica), né per quanto riguarda il carattere interpretativo e non innovativo della massima affermata in quella decisione (anche perché nel nostro ordinamento giuridico, come in tutti quelli di *c.d. civil law*, il compito del giudice è esclusivamente quello d'interpretare le norme giuridiche, non di dettarne delle nuove: «è proibito ai giudici di pronunciare in via di disposizione generale o di regolamento nelle cause di loro competenza»: art. 1, comma 5, del Codice Napoleone nella versione promulgata il 16 gennaio 1806 per il Regno d'Italia; cfr. anche gli artt. 1 e 12 delle vigenti disposizioni sulla legge in generale);

Considerato tuttavia che dopo la decisione dell'Adunanza Plenaria il legislatore è intervenuto con l'art. 12 del decreto legge n. 52/2012, il quale,

con le parole «*La commissione, 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*» nel recepire e fare proprio suddetto principio giurisprudenziale, ha tuttavia fissato positivamente un *dies a quo* per la sua applicazione, coincidente con la data di entrata in vigore della legge di conversione, lasciando così intendere che anteriormente a quella data dovesse applicarsi la regola opposta;

Considerato pertanto che all'art. 12 del DL 52/2012 va riconosciuta la natura di norma transitoria in funzione di salvaguardia (o sanatoria) delle modalità d'apertura di tali plichi e dei relativi effetti, relativamente alle procedure già concluse al 9 maggio 2012 o i cui plichi siano stati già aperti a quella data, donde la portata non solo ricognitiva di detta disposizione (cfr. Cons. St., III, 14 gennaio 2013 n. 145);

Considerato altresì che va condivisa pure la doglianza dell'appellante sull'infondatezza del motivo di primo grado, assorbito, come s'è visto, dalla sentenza in esame;

Considerato infatti che la disamina pratico–funzionale delle apparecchiature proposte, effettuata dal seggio di gara, non solo non s'appalesa in contrasto con la *lex specialis* di gara, ma è coerente con l'art. 44 del capitolato speciale, che consente al seggio stesso di compiere ogni ragionevole valutazione (e quella contestata in primo grado lo è) delle offerte e di acquisire ogni ulteriore elemento integrativo di giudizio ritenuto utile;

Considerato pure che detto giudizio, per la sua natura tecnica e per quanto condotto su dati oggettivi e documentali, è e resta comunque espressivo da apprezzamenti il cui insopprimibile grado di opinabilità è ammesso, ove non trasmuti in manifesto arbitrio o travisamento dei fatti;

Considerato, infine e quanto alle spese di giudizio, che giusti motivi ne suggeriscono l'integrale compensazione tra tutte le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sez. III), definitivamente pronunciando sul ricorso n. 709/2013 RG in epigrafe, accoglie l'appello nei sensi di cui in motivazione e, in riforma della sentenza impugnata, rigetta il ricorso di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio del 15 febbraio 2013, con l'intervento dei sigg. Magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Hadrian Simonetti, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/03/2013

IL SEGRETARIO

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