

Publicato il 13/02/2020

N. 01172/2020REG.PROV.COLL.
N. 05245/2019 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 5245 del 2019, proposto da Neuromed S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Vincenzo Ianniello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Mario Faramondi, in Roma, via Pompeo Trogo, n. 21;

contro

Medis di Soffiati Vittorio & C. S.n.c., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuliano Sgobbi, Giovanni Corbyons, Federico Bulfoni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia, e domicilio eletto presso lo studio Giovanni Corbyons, in Roma, via Cicerone, n.44;

nei confronti

Fondazione I.R.C.C.S, Istituto Neurologico Carlo Besta, Fondazione I.R.C.C.S. Ca' Granda, Ospedale Maggiore Policlinico, A.S.S.T. Grande Ospedale Metropolitano Niguarda (Niguarda Ca' Granda), non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta) n. 502/2019, resa tra le parti, concernente la domandi di annullamento:

a) della deliberazione della Fondazione IRCCS Istituto Neurologico Carlo Besta, n. 675-2018 del 17.12.2018 e relativi allegati, a firma del Direttore Generale, dott. Germano Pellegata, trasmessa a mezzo Sintel con nota 3.1.2019, prot. 77/AA/mp, recante l'aggiudicazione in via definitiva a Neuromed S.p.A. della procedura aperta, in forma aggregata, per l'affidamento della fornitura di dispositivi medici per neurochirurgia occorrenti alla Stazione appaltante capofila, alla Fondazione IRCCS Ca' Granda Ospedale Maggiore Policlinico e all'ASST Grande Ospedale Metropolitano Niguarda, relativamente al lotto n. 31 (CIG 7247561C87);

b) dell'aggiudicazione provvisoria, degli atti, valutazioni, verbali e determinazioni tutte, attraverso cui s'è snodato il procedimento di gara; c) degli atti di controllo ed approvazione dell'affidamento e dell'eventuale contratto; d) della determina d'indizione della gara, del bando, del disciplinare e del capitolato speciale e relativo allegato A, nelle parti meglio evidenziate nel ricorso;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Medis di Soffiati Vittorio & C. S.n.c.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 gennaio 2020 il Cons. Giulio Veltri e uditi per le parti gli avvocati Vincenzo Ianniello e Giuliano Sgobbi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con deliberazione del direttore generale n. 483/2017 del 19.10.2017 la Fondazione I.R.C.C.S. Istituto Neurologico Carlo Besta (Capofila), la Fondazione I.R.C.C.S. Ca' Grande Ospedale Maggiore Policlinico e l'A.S.S.T. Grande Ospedale Metropolitano Niguarda bandivano una procedura aperta per l'affidamento quadriennale di dispositivi medici per la neurochirurgia.

La procedura, suddivisa in 43 lotti, prevedeva, al lotto 31 (da aggiudicare unitariamente anche se suddiviso in sottolotti) il seguente materiale chirurgico:

a) lotto 31a - cotonino 100% cotone – c/o filo reperi drenante;

b) lotto 31b - cotonino rayon – c/o filo reperi drenante.

Il disciplinare di gara prevedeva una prima fase, da espletarsi innanzi al Seggio di gara, dedicata alla verifica dei requisiti di partecipazione a seguito di disamina della documentazione amministrativa e tecnica (art. 14 del disciplinare), e una seconda fase volta ad accertare l'idoneità dei prodotti proposti in fornitura, il cui esame era rimesso agli utilizzatori del Blocco Operatorio.

Alla gara per l'affidamento della fornitura dell'intero lotto 31 prendevano parte cinque imprese tra cui Medis e Neuromed.

Le procedure di gara ultimavano con l'esclusione della Medis per accertata inidoneità dei cottonini relativi al lotto 31b, e

L'aggiudicazione dell'intera fornitura alla Neuromed i cui prodotti risultavano idonei per le forniture di entrambe i sottolotti.

Medis proponeva ricorso al TAR Lombardia.

Il TAR, focalizzando l'attenzione sulla presunta erroneità ed illogicità del disciplinare di gara per aver previsto l'adozione di valutazioni tecniche successivamente all'apertura delle buste contenenti le offerte economiche, accoglieva il ricorso, ritendo assorbita ogni ulteriore questione di diritto, eccezioni preliminari comprese.

Avverso la sentenza propone ora appello Neuromed s.p.a.

In via preliminare l'appellante eccepisce (per la prima volta in appello) l'irritualità della sottoscrizione del ricorso introduttivo di primo grado per essere stata apposta da *procurator* sprovvisto di procura speciale, atteso che quest'ultima sarebbe stata rilasciata al difensore quando il mandante non aveva ancora contezza del contenuto del ricorso; l'omessa impugnazione da parte della Medis della propria esclusione dalla gara (eccezione asseritamente non vagliata in prime cure). Nel merito deduce che il Giudice di prime cure avrebbe obliterato il principio secondo il quale nelle gare pubbliche l'apertura delle buste contenenti le offerte economiche non è astrattamente incompatibile con la valutazione delle offerte tecniche quando questa debba avvenire esclusivamente in base a parametri oggettivi e a valutazioni tecnico discrezionali non influenzabili dalla conoscenza del prezzo richiesto.

Nel giudizio si è costituita la controinteressata Medis. La stessa eccepisce, in via preliminare, il difetto di interesse a coltivare il gravame, posto che, dapprima con delibera del direttore generale del Besta, adottata a seguito della sentenza del TAR, sarebbe stata annullata in autotutela l'aggiudicazione; e poi, con determina

dirigenziale n. 136 del 1.4.2019 - acquisita da Medis e Neuromed la volontà di applicare i prezzi già offerti in gara per singolo cottonino (€ 0,52 ed € 0,60 cadauno), si sarebbe disposto *ex novo* l'affidamento per 12 mesi, ex art. 36, co. 2, lett. a), d. lgs. n. 50/2016, della fornitura dei cottonini in cotone a Medis (già oggetto del sublotto 31a) e dei cottonini in rayon a Neuromed (già oggetto del sublotto 31b). Precisa l'appellata, in punto di ammissibilità dell'originario ricorso, che il Besta non ha mai assunto un autonomo provvedimento, espresso o implicito, d'esclusione di Medis dalla gara per il mancato superamento della verifica d'idoneità. Vero sarebbe, invece, che *uno actu* la Stazione appaltante: (i) ha approvato l'esito della graduatoria di gara; (ii) disposto l'aggiudicazione a Neuromed e (iii) ratificato il giudizio di non idoneità dei restanti concorrenti nel lotto n. 31, provvedendovi unitariamente con la deliberazione del direttore generale n. 675-2018 del 17.12.2018, resa nota ai concorrenti il 3.1.2019. Atto, quest'ultimo, tempestivamente impugnato. Medis ripropone, infine, i motivi del ricorso introduttivo non esaminati in primo grado in ragione del carattere assorbente di quanto statuito.

Non si è invece costituita l'amministrazione.

La causa è stata trattenuta in decisione all'udienza del 16 gennaio 2020.

DIRITTO

1.E' infondato il primo motivo d'appello con il quale Neuromed deduce, per la prima volta in appello, l'irricevibilità del ricorso introduttivo del primo grado, per difetto della procura speciale. Secondo l'appellante, la questione, asseritamente rilevabile d'ufficio anche in grado d'appello, dovrebbe essere risolta alla luce del

principio secondo il quale l'atto può ritenersi correttamente sottoscritto dal procurator in forza di procura speciale solo qualora lo stesso risulti antecedente al rilascio della procura o, al massimo, contestuale. Nel caso di specie costituirebbe circostanza oggettiva e pacifica che la procura è stata rilasciata al difensore quando il mandante ancora non aveva contezza del contenuto del ricorso.

1.1. Il Collegio è di diverso avviso. L'art. 40 comma 1 lett. g) c.p.a. prevede *“la sottoscrizione del ricorrente, se esso sta in giudizio personalmente, oppure del difensore, con indicazione, in questo caso, della procura speciale”*. In nessun'altra disposizione del codice del processo amministrativo, o del codice di procedura civile, applicabile nei limiti di cui all'art. 39 c.p.a., è richiesto che ai fini della valida instaurazione del giudizio il ricorrente debba avere una previa conoscenza del contenuto dell'atto giudiziario oggetto del mandato con cui ha conferito il potere rappresentativo ai propri patrocinatori. Piuttosto, la procura speciale deve essere rilasciata prima o contestualmente all'atto sul quale è apposta, essendo decisiva perciò l'anteriorità del rilascio alla proposizione dell'impugnazione (cfr., tra le tante, Cass. S.U., ord. 23 luglio 2013 n. 17866 e id., sez. II, 30 novembre 2016, n.24422), non certo la posteriorità come sostiene l'appellante (così, Cons. Stato Sez. V, Sent., 26 aprile 2018, n. 2522).

2. Infondato è anche il secondo motivo. La Fondazione IRCCS Istituto neurologico Besta non ha mai assunto un autonomo provvedimento, espresso o implicito, d'esclusione di Medis dalla gara per il mancato superamento della verifica d'idoneità. Piuttosto, come premesso in fatto, la Stazione appaltante, *uno actu*: (i) ha approvato l'esito della graduatoria di gara; (ii) disposto l'aggiudicazione a Neuromed e (iii) ratificato il giudizio di non idoneità dei restanti

concorrenti nel lotto n. 31, provvedendovi unitariamente con la deliberazione del direttore generale n. 675-2018 del 17.12.2018, resa nota ai concorrenti il 3.1.2019.

3. Nel merito, può superarsi la questione della procedibilità del gravame in presenza di nuovi provvedimenti (e dei nuovi contratti), adottati dall'amministrazione in conseguenza delle pronuncia di prime cure, posto che, il motivo di censura (il terzo) è comunque destituito di fondamento.

3.1. L'art. 14 del disciplinare prevedeva questa sequenza: a) apertura della busta amministrativa e controllo del contenuto; b) apertura della busta tecnica e verifica della relativa documentazione; c) apertura della busta economica e presa d'atto dei valori proposti; d) redazione della graduatoria delle quotazioni offerte; e) successivo esame d'idoneità dei cottonini offerti.

In particolare, quanto al punto e), il disciplinare prevedeva che *“La verifica di idoneità dei prodotti offerti, rispetto alle caratteristiche tecniche evidenziate nel capitolato speciale ed alla scheda all. A al capitolato stesso avverrà successivamente alla redazione della graduatoria e prima dell'aggiudicazione. Tale verifica verrà effettuata dagli utilizzatori dei dispositivi del Blocco Operatorio individuati dal Responsabile delle aree sanitarie di interesse esaminando le schede tecniche e/ o la campionatura per ciascun prodotto/lotto”*.

3.2. E' evidente che il riferimento alla valutazione di “idoneità” piuttosto che alla “conformità” rispetto alle specifiche tecniche, affidata ai chirurghi del Blocco operatorio, sottende ponderazioni tecnico discrezionali, e non già, come suggestivamente sostenuto dall'appellante, un mero accertamento tecnico privo di profili di opinabilità. Non a caso l'idoneità è stata poi in concreto motivata dai valutatori attraverso riferimenti allo spessore, sfilacciamento,

aderenza al cervello, assorbenza, rigidità, ossia attributi espressivi di un giudizio d'attitudine pratica o funzionale avente ad oggetto il livello d'efficienza e di *performance* dei prodotti.

3.3. Non che questo non possa farsi, ed anzi è diritto delle stazioni appaltanti scegliere secondo criteri che premino la qualità e il livello di funzionalità e *performance* dei prodotti da acquisire sul mercato, ma quando ciò accade, l' "idoneità" dev'essere il frutto di un giudizio che precede e non segue l'apertura delle offerte economiche, alla luce del principio della segretezza delle offerte economiche, le quali non possono essere conosciute dalla stazione appaltante prima che quest'ultima abbia definitivamente stabilito l'idoneità tecnica dei prodotti.

Sul punto la giurisprudenza di questo Consiglio ha infatti chiarito che *“Nelle gare pubbliche il principio della segretezza dell'offerta economica è a presidio dell'attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, sub specie di trasparenza e par condicio dei concorrenti e che la peculiarità del bene giuridico protetto dal principio di segretezza dell'offerta economica impone che la tutela copra non solo l'effettiva lesione del bene, ma anche il semplice rischio di pregiudizio; perciò già la sola possibilità di conoscenza dell'entità dell'offerta economica prima di quella tecnica, è idonea a compromettere la garanzia di imparzialità della valutazione”* (da ultimo, fra le tante, Cons. Stato Sez. V, 25/06/2019, n. 4342; 28/10/2019, n. 7395).

4. L'appello è pertanto respinto.

5. La peculiarità delle questioni esaminate induce tuttavia il Collegio a disporre la compensazione delle spese del secondo grado di giudizio.

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 16 gennaio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Garofoli, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere, Estensore

Giovanni Pescatore, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

Umberto Maiello, Consigliere

L'ESTENSORE
Giulio Veltri

IL PRESIDENTE
Roberto Garofoli

IL SEGRETARIO