



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1451 del 2011, proposto da:

PENTAX ITALIA S.R.L., rappresentata e difesa dagli avv. Rocco Mangia, Stefano Quadrio, Carlo Emanuele Gallo, con domicilio eletto presso Carlo Emanuele Gallo in Torino, via Pietro Palmieri, 40;

***contro***

AZIENDA SANITARIA LOCALE DI COLLEGNO E PINEROLO - ASL TO3, rappresentata e difesa dagli avv. Domenico Prato, Alessandro Angelini, con domicilio eletto presso Domenico Prato in Torino, corso Re Umberto, 27;

***nei confronti di***

OLYMPUS ITALIA S.R.L., rappresentata e difesa dagli avv. Alessandro Sciolla, Sergio Viale, Giovanni Battista Bramard, Andrea Perani, Annalisa Quartiroli, con domicilio eletto presso Alessandro Sciolla in Torino, corso Montevecchio, 68;

***per l'annullamento***

- della determinazione del dirigente responsabile S.C. Provveditorato n. 65 del 4 novembre 2011, comunicata in data 15 novembre 2011, con cui l'Azienda Sanitaria Locale di Collegno e Pinerolo (ASL TO3) ha disposto l'aggiudicazione definitiva della gara n. 1/2010 "Procedura aperta per l'affidamento della fornitura in noleggio quinquennale di attrezzature per videoendoscopia per i presidi ospedalieri di Rivoli e Pinerolo", con riguardo al lotto n. 1 "sistemi per videoendoscopia ed attrezzature accessorie", in favore della società Olympus;

- nonchè, occorrendo, del capitolato speciale, se si possa ritenere che lo stesso legittimi l'apertura delle offerte tecniche in seduta riservata;

- dei verbali di gara allegati alla determinazione di aggiudicazione definitiva;

- di ogni altro atto presupposto, connesso, conseguente a quelli sopra citati;

per l'accertamento

del diritto della società ricorrente a vedersi aggiudicata la fornitura oggetto della gara, con riguardo al lotto n. 1, o, in subordine,

per l'accertamento

del diritto al risarcimento del danno derivante dalla mancata aggiudicazione.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale di Collegno e Pinerolo - Asl TO3 e di Olympus Italia S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 ottobre 2012 il dott. Antonino Masaracchia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. Con deliberazione del Direttore generale n. 995 del 16 novembre 2010 l'Azienda Sanitaria Locale di Collegno e Pinerolo (ASL TO3) ha indetto una gara a procedura aperta per l'affidamento della fornitura, in noleggio quinquennale, di attrezzature per videoendoscopia, da utilizzarsi presso i presidi ospedalieri di Rivoli e Pinerolo. La fornitura è stata suddivisa in tre lotti, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. La società Pentax Italia s.p.a. ha preso parte alla procedura, presentando offerta – per quello che qui specificamente interessa – per il lotto n. 1. All'esito della gara, con riferimento a tale lotto, la società Olympus Italia s.r.l. si è piazzata al primo posto della graduatoria con il punteggio totale di 95,86, seguita dalla Pentax Italia con punti 94,00.

Con il ricorso in esame la società Pentax Italia ha impugnato la determina di aggiudicazione definitiva del lotto n. 1 in favore della controinteressata Olympus Italia s.r.l., oltre al capitolato speciale "se si possa ritenere che lo stesso legittimi la apertura delle offerte tecniche in seduta riservata" ed ai verbali di gara, chiedendone l'annullamento previa sospensione cautelare.

Questi, in sintesi, i motivi di gravame:

- violazione dell'art. 44 del capitolato, posto che le offerte tecniche sono state valutate, dalla commissione di gara, all'esito di una prova pratica delle attrezzature offerte, anziché – come stabiliva la *lex specialis*– previo esame della sola documentazione tecnica presentata;
- carenza di motivazione e difetto di istruttoria per le valutazioni effettuate dalla commissione giudicatrice;
- violazione del principio di pubblicità delle gare: come consta dal verbale del 3 febbraio 2011 le buste contenenti le offerte tecniche sono state aperte in seduta riservata anziché pubblica.

La ricorrente, nelle conclusioni, ha invocato la tutela in forma specifica, consistente nell'aggiudicazione della fornitura per la quale è causa, oltre all'accertamento del proprio diritto all'aggiudicazione e al risarcimento per equivalente.

2. Si è costituita in giudizio la Olympus Italia s.r.l., depositando documenti e chiedendo il rigetto del ricorso.

Con riferimento alla terza censura (quella concernente l'apertura delle buste tecniche in seduta riservata) la controinteressata ne ha eccepito la tardività sotto più profili: *a*) sia perché era lo stesso capitolato a prevedere l'apertura in seduta non pubblica delle buste contenenti l'offerta tecnica, sicché la ricorrente era messa in grado di valutarne la portata lesiva sin dal momento della sua pubblicazione; *b*) sia perché la mancata apertura in seduta pubblica si sarebbe resa evidente sin dalla seduta del 3 febbraio 2011, alla quale era presente una rappresentante di Pentax; *c*) sia infine perché la medesima mancanza si è resa evidente anche alla successiva seduta del 13 settembre 2011 allorché si è proceduto all'aggiudicazione provvisoria.

3. Si è costituita in giudizio la ASL TO3, in persona del Commissario *pro tempore*, depositando documenti e

concludendo per il rigetto del gravame.

Anche l'amministrazione solleva eccezioni simili a quelle già fatte proprie dalla controinteressata, con riferimento al terzo motivo di gravame, soffermandosi, in particolare, sulla natura "civilistica" della fase "precontrattuale" che – a suo parere – caratterizza lo svolgimento di una procedura di affidamento pubblica: in tale fase, proprio perché essa sarebbe governata dal "principio di buona fede" nonché "dal dovere di dar notizia all'altra parte circa l'esistenza di eventuali cause di invalidità del contratto (a norma dell'art. 1338 c.c.)", l'impresa concorrente avrebbe il preciso dovere di denunciare fin da subito una disposizione di gara che reputa illegittima, con la conseguenza che, in caso di omissione, la successiva censura in sede giurisdizionale sarebbe inammissibile perché tardiva. L'assunto è anche sviluppato sotto il profilo dell'asserita "acquiescenza" che, nel caso di specie, la ricorrente avrebbe manifestato nel non contestare subito il profilo di illegittimità poi tradotto nel terzo motivo di gravame. Da ultimo si osserva che, nel caso concreto, la *ratio* sottesa al principio di pubblicità delle sedute di gara sarebbe stata "pienamente rispettata" posto che la controparte "non ha né dedotto, né tantomeno indicato alcun elemento utile anche soltanto a far presumere che si possa essere effettivamente verificato un fatto rilevante ai fini della regolarità della procedura di gara".

4. Con ordinanza n. 36 del 2012 questo TAR ha accolto la domanda cautelare, rinvenendo, ad un primo sommario esame, la fondatezza del terzo motivo di gravame.

Con ordinanza n. 991 del 2012 il Consiglio di Stato, sez. III, ha respinto l'appello presentato avverso l'ordinanza cautelare di questo TAR.

5. In vista della pubblica udienza di discussione tutte le parti hanno depositato memorie, diffusamente ed anche criticamente richiamandosi, in particolare (per quanto concerne il terzo motivo di gravame), allo specifico precedente di cui al *decisum* dell'Adunanza plenaria, n. 13 del 2011.

Alla pubblica udienza del 10 ottobre 2012, quindi, la causa è stata trattenuta in decisione.

In data 11 ottobre 2012 è stato pubblicato il dispositivo della presente sentenza.

6. Il ricorso è fondato, dovendosi in questa sede confermare la decisione già assunta da questo TAR nella sede cautelare.

Portata assorbente assume il motivo di gravame mediante il quale la ricorrente ha contestato la mancata apertura, in seduta pubblica, delle buste contenenti l'offerta tecnica.

Si deve, sul punto, preliminarmente osservare che tale motivo di gravame è stato sollevato dalla ricorrente in via subordinata rispetto agli altri profili di contestazione (inerenti, direttamente, la regolarità delle operazioni compiute dalla commissione e le relative sue valutazioni sul merito delle offerte). Come si legge nelle conclusioni tracciate nell'atto introduttivo, infatti, la ricorrente ha chiesto, in via principale, l'annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore della controinteressata e, solo in via subordinata, l'annullamento di tutta la procedura. Va tuttavia ricordato che – come più volte statuito dal Consiglio di Stato (si vd., da ultimo, *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, n. 2143 del 2009) – rientra nel potere del giudice amministrativo, riveniente dal particolare oggetto del giudizio impugnatorio legato all'esercizio della funzione pubblica, decidere l'ordine di trattazione delle censure dedotte dal ricorrente, sulla base della loro consistenza oggettiva e del rapporto fra le stesse esistente sul piano logico giuridico, non alterabile dalla semplice richiesta dell'interessato; segue da ciò che nel caso di impugnazione di una procedura di gara pubblica il ricorrente non può pretendere che sia esaminata prima la censura che conduca al conseguimento dell'aggiudicazione e poi, in caso di mancato accoglimento, far valere un motivo di illegittimità riguardante l'intera

procedura, atteso che non si può ottenere un'aggiudicazione a seguito di una selezione la cui procedura sia integralmente invalida e in tal caso il giudice correttamente procede nell'ordine logico segnato da quei motivi che evidenziano in astratto una più radicale illegittimità del provvedimento, comunque idonei, in caso di accoglimento, a soddisfare l'interesse sostanziale dedotto in giudizio.

6.1. Devono poi rigettarsi le eccezioni di tardività formulate sia dalla controinteressata che dall'amministrazione resistente.

Che l'apertura in seduta riservata, anziché pubblica, delle buste contenenti l'offerta tecnica fosse una previsione esplicita del capitolato è anzitutto un elemento della cui certezza è per lo meno lecito dubitare, atteso che le norme all'uopo invocate (gli artt. 43 e 44, comma 1, n. 2, del capitolato) non indicano, con la necessaria chiarezza, quale fosse il momento deputato all'apertura di tali buste. In ogni caso, anche a voler considerare che quelle norme prevedessero già che le buste *de quibus* avrebbero dovuto essere aperte in seduta riservata, ciò non costituiva, all'evidenza, un aspetto immediatamente lesivo per l'odierna ricorrente, la quale ha sofferto una lesione immediata, diretta ed attuale soltanto nel momento in cui è divenuta definitiva la mancata aggiudicazione favorevole. Né, per gli stessi motivi, può tornare a danno della medesima il fatto che, durante la seduta del 3 febbraio 2011, fosse stata presente una propria rappresentante, atteso che, in quel momento, la violazione della regola di pubblicità non aveva ancora sortito effetti per lei pregiudizievoli. Infine, neanche può avere rilevanza l'avvenuta conoscenza dell'illegittimità in occasione della seduta durante la quale si è proceduto all'aggiudicazione provvisoria perché, come è noto, quest'ultima integra gli estremi di un mero atto endoprocedimentale la cui impugnazione, per giurisprudenza costante, è una mera facoltà (cfr. *ex multis*, di recente, Cons. Stato, sez. V, n. 3671 del 2011).

Non possono poi condividersi le pur suggestive ricostruzioni proposte dalla difesa dell'amministrazione, laddove la procedura di gara pubblica viene fatta coincidere con un rapporto meramente privatistico al fine di rendere operativa la regola di cui all'art. 1338 c.c.: ciò in un quadro nel quale – all'opposto – ha giuridica rilevanza unicamente il momento del prodursi della lesione diretta ed attuale al fine di individuare il *dies a quo* per l'impugnativa giurisdizionale, così come statuito dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, dec. n. 1 del 2003. Deve evidenziarsi, in proposito, che – pur volendo percorrere la ricostruzione in chiave privatistica offerta dall'amministrazione – ciò che si otterrebbe è unicamente la violazione di una regola comportamentale di stampo privatistico (quella del dovere di buona fede nella fase precontrattuale) che determinerebbe, a sua volta, la conseguenza eminentemente privatistica della responsabilità per danno precontrattuale, senza tuttavia ridondare sull'altro aspetto – che assume invece rilevanza per l'impugnativa giurisdizionale – concernente il momento genetico della lesione. In altre parole, se pure potrebbe teoricamente condividersi, in chiave di rapporti paritetici, che sussiste un dovere di informazione *ex art. 1338 c.c.* in capo alla concorrente che venga a conoscenza di una causa di "invalidità", ciò tuttavia non equivarrebbe all'anticipazione del momento in cui si determina la lesione per la medesima concorrente (e, con esso, del *dies a quo* dell'impugnativa giurisdizionale), momento che pur sempre rimarrebbe quello in cui si conclude definitivamente (nonché illegittimamente) la procedura con l'aggiudicazione ad un terzo.

Per le stesse ragioni, peraltro, non può nemmeno parlarsi, nel caso di specie, di "acquiescenza" da parte dell'odierna ricorrente all'illegittimità che si stava compiendo (proprio perché solo con l'adozione dell'atto finale essa ha potuto giuridicamente apprezzare la lesione in suo danno perpetrata).

Non ha pregio, infine, neanche l'argomento – speso dall'amministrazione resistente – sul sostanziale rispetto, nel caso di specie, della *ratio* del principio di pubblicità (atteso che, nella specie, non sussiste alcun elemento di fatto in grado di revocare in dubbio la genuinità dello svolgimento della procedura): deve infatti richiamarsi

l'importanza centrale che il principio di pubblicità assume nel contesto delle gare pubbliche (come, peraltro, si conferma nella sentenza dell'Adunanza plenaria n. 13 del 2011) tale per cui, anche a prescindere dalla verificabilità, in concreto, delle conseguenze prodotte dall'apertura in seduta riservata delle buste, la sua violazione compromette comunque ed in ogni caso la trasparenza della gara.

7. Venendo quindi al merito della censura in esame, deve evidenziarsi che la problematica oggetto di disamina è stata recentemente risolta con l'autorevole avallo dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (dec. n. 13 del 2011), la quale ha senz'altro ritenuto imprescindibile, ai fini del legittimo svolgersi delle gare di pubblici appalti, la pubblicità della seduta durante la quale si aprono le buste contenenti l'offerta tecnica. Seppur non esplicitamente richiesto dalle norme del d.lgs. n. 163 del 2006 e del d.P.R. n. 207 del 2010 (le quali impongono la valutazione delle offerte tecniche in seduta riservata ma nulla esplicitano in ordine al preliminare momento dell'apertura delle buste), infatti, tale incombente (che l'Adunanza plenaria definisce come un "passaggio essenziale e determinante dell'esito della procedura concorsuale") è da ritenere una diretta derivazione del principio di trasparenza, radicato nel diritto comunitario ed interno. Si tratta, in ogni caso, di un adempimento che non determina un esagerato aggravamento dell'*iter* procedurale, essendo sufficiente che la commissione, aperta la busta del singolo concorrente, proceda ad un esame della documentazione leggendo il solo titolo degli atti rinvenuti, e dandone atto nel verbale della seduta.

Nel caso di specie, non è dubbio che le buste siano state aperte in occasione della seduta riservata, convocata per la valutazione delle offerte tecniche: ciò si evince, come correttamente osserva la ricorrente, dal verbale della seduta pubblica del 3 febbraio 2011 nel quale si dà atto che le buste contenenti l'offerta tecnica, ancora chiuse, venivano trasmesse alla commissione giudicatrice per consentirne la successiva valutazione in sede riservata. Nessuna indicazione, in proposito, si rinviene in ordine al momento effettivo in cui le buste tecniche sono state aperte, sicché deve ritenersi – anche in assenza di contestazioni, sul punto, ad opera delle controparti – che le buste siano state effettivamente aperte in occasione della seduta riservata convocata per la valutazione tecnica.

8. Tutti gli atti di gara, pertanto, vanno annullati per avvenuta violazione dei principi di pubblicità e di trasparenza, così come statuito dall'Adunanza plenaria n. 13 del 2011, con assorbimento degli ulteriori motivi di gravame.

Non vi è luogo, tuttavia, ad una dichiarazione di inefficacia del contratto *ex art.* 122 cod. proc. amm., posto che non risulta che sia stato stipulato alcun contratto tra la stazione appaltante e la ditta aggiudicataria.

Non vi è luogo, inoltre, ad alcun risarcimento del danno per equivalente, posto che la relativa domanda è stata avanzata dalla società ricorrente in modo del tutto generico (quasi di stile), senza che all'espressa riserva (contenuta nell'atto introduttivo) di quantificare il danno subito "in corso di causa" sia poi seguita alcuna ulteriore precisazione negli ulteriori atti depositati in giudizio. Non si rinviene, pertanto, nella specie, alcun danno "subito e provato", così come richiesto dall'art. 124, comma 1, cod. proc. amm.

9. In considerazione dell'esito della presente controversia, nonché del fatto che la decisione dell'Adunanza plenaria n. 13 del 2011 è sopravvenuta in corso di procedura, il Collegio rinviene giusti motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte, Sezione seconda, definitivamente pronunciando, Accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla tutti gli atti impugnati.

Respinge la domanda risarcitoria.

Spese compensate.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 10 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Ofelia Fratamico, Referendario

Antonino Masaracchia, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/10/2012

IL SEGRETARIO

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