



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna**  
**sezione staccata di Parma (Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 257 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Tecsan S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Chiara Cacciavillani, Giacomo Quarneti e Carlo Masi, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Parma, via Mistrali, 4;

***contro***

Associazione "Area Vasta Emilia Nord", Asl 101 - Piacenza, Asl 102 - Parma, Asl 103 - Reggio Emilia, Asl 104 - Modena, Azienda Ospedaliero - Universitaria di Parma, Azienda Ospedaliera "Arcispedale Santa Maria Nuova" di Reggio Emilia, Azienda Ospedaliero - Universitaria Policlinico di Modena, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi

dagli avv.ti Vittorio Miniero, Maurizio Palladini, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Parma, vicolo dei Mulini 6;

***nei confronti di***

Cochlear Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Roberto Bonatti, Stefano Argnani e Enrica Dallaturca, con domicilio eletto presso quest'ultima in Parma, Strada Garibaldi, 12;

Med-El Elektromedizinische Geraete Gmbh, non costituita in giudizio;

***per l'annullamento***

della delibera dell'assemblea di Aven n. 60, in data 12 novembre 2009, di indizione della gara per la fornitura di due lotti di impianti cocleari;

del bando e degli artt. 4 e 6 del disciplinare di gara;

dell'atto del direttore operativo di Aven n. 10 del 9 marzo 2010, di nomina della commissione giudicatrice;

dei verbali della commissione di gara;

del provvedimento di esclusione della ricorrente dalla gara relativamente al primo lotto;

degli atti di aggiudicazione provvisoria e definitiva (quest'ultimo del 16 febbraio 2011, impugnato con motivi aggiunti) dei due lotti di gara;

di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale;

e per la condanna al risarcimento del danno.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;  
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Cochlear Italia S.r.l. e di Aven;  
Viste le memorie difensive;  
Visti tutti gli atti della causa;  
Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;  
Visto il dispositivo n. 98/2012;  
Relatore la dott.ssa Laura Marzano;  
Uditi, nell'udienza pubblica del giorno 8 febbraio 2012, i difensori come specificato nel verbale;  
Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. Con bando pubblicato il 10 novembre 2009 Aven, Associazione "Area Vasta Emilia Nord", ha indetto una procedura aperta per l'aggiudicazione della fornitura per 24 mesi di impianti cocleari in favore di alcune delle aziende sanitarie facenti parte dell'associazione. La ricorrente ha partecipato per entrambi i lotti di gara ed è stata esclusa dal primo in quanto non ha superato il punteggio minimo in ciascun parametro del merito tecnico, come previsto dal disciplinare di gara.

Quanto al secondo lotto, si è collocata al terzo posto.

Ritenendo illegittimi gli atti di gara li ha impugnati con il ricorso in epigrafe, chiedendo l'annullamento dell'intera procedura e, con motivi aggiunti notificati il 16 marzo 2011, ha impugnato

l'aggiudicazione definitiva intervenuta il 16 febbraio 2011, deducendone l'illegittimità derivata.

Si sono costituite sia l'Amministrazione che la controinteressata aggiudicataria del I lotto, Cochlear, chiedendo la reiezione dell'istanza cautelare e del ricorso.

Con ordinanza n. 221 del 10 novembre 2010, confermata dal Consiglio di Stato (n. 572 del 1 febbraio 2011), è stata respinta l'istanza cautelare.

All'udienza pubblica dell'8 febbraio 2011, previo deposito di scritti conclusivi e repliche, sentiti i difensori delle parti, la causa è passata in decisione.

2. Il ricorso è affidato a 9 motivi con cui è stata dedotta:

I) Violazione dell'art. 79 del D.Lgs. 163/2006 per mancata comunicazione dell'esclusione nel termine di 5 giorni (il motivo è stato abbandonato nei motivi aggiunti);

II) Violazione degli artt. 2 e 3 L.R. 28/2007 e 18 e 19 L.R. 11/2004 per non aver svolto la procedura di gara tramite l'Agenzia Intercent – ER appositamente costituita dalla Regione Emilia Romagna per la gestione di procedure informatizzate in favore di alcuni soggetti pubblici tra i quali le Aziende sanitarie della Regione;

III) Violazione degli artt. 11, 33 e 84 D.Lgs. 163/2006 per aver Aven gestito la gara per conto delle Aziende associate al di fuori delle regole dettate per le centrali di committenza;

IV) Violazione dei principi di trasparenza e imparzialità in quanto

l'apertura dei plichi contenenti l'offerta tecnica sarebbe avvenuta, di fatto, in seduta riservata;

V) Violazione dell'art. 84 D.Lgs. 163/2006 in quanto la commissione di gara sarebbe stata composta di persone prive della necessaria competenza tecnica;

VI) Violazione del principio di continuità della gara in quanto la procedura, articolatasi in sole 4 sedute, si sarebbe svolta in un arco temporale di ben sette mesi;

VII) Violazione dei principi di segretezza delle offerte, di buon andamento e imparzialità in quanto non sarebbero state adottate le obbligatorie cautele per la conservazione dei plichi;

VIII) Violazione degli artt. 42 e 83 D.Lgs. 163/2006 e violazione del canone di ragionevolezza per aver inserito nella disciplina di gara per la valutazione del merito tecnico un parametro (curriculum e esperienze maturate) che, invece, afferisce ai requisiti di partecipazione;

IX) Violazione degli artt. 86, 87 e 88 D.Lgs. 163/2006 per non aver sottoposto a verifica di congruità le offerte delle due aggiudicatarie.

3. Preliminarmente il Collegio osserva che tutti i motivi di ricorso sono tesi ad invalidare l'intera gara.

E' principio di comune esperienza che il giudice non è vincolato dall'ordine impresso dalla parte ricorrente alla trattazione dei motivi di doglianza, in quanto, pur dovendo l'attore determinare l'ambito e i limiti della cognizione sulla legittimità del provvedimento

amministrativo definendo, con i motivi e le loro argomentazioni, le ragioni per le quali ne chiede l'annullamento, tuttavia spetta al giudice, sulla base della valutazione delle priorità logiche e del principio di economia processuale, individuare l'ordine nel quale le censure vanno esaminate, tenendo conto della loro consistenza oggettiva e della relazione fra le stesse esistente, indipendentemente dalla richiesta delle parti.

Né tale principio è suscettibile di deroga laddove, come nel caso in esame, la parte ricorrente non abbia dedotto motivi in via gradata, subordinandone l'esame all'accertata infondatezza degli altri (cfr. T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 7 giugno 2010, n. 15699).

3.1. Ritiene, pertanto, il Collegio di esaminare prima i motivi che, in relazione al loro atteggiarsi e all'interesse della parte ricorrente, risultano decisivi per dirimere la lite.

In tale prospettiva vanno esaminati prioritariamente e congiuntamente il IV, il VI e il VII motivo con i quali sono state prospettate censure tra loro strettamente interdipendenti.

Invero con il IV motivo la ricorrente ha dedotto la violazione dei principi di trasparenza e imparzialità in quanto l'apertura dei plichi contenenti l'offerta tecnica sarebbe avvenuta, di fatto, in seduta riservata; con il VI ha dedotto la violazione del principio di continuità della gara in quanto la procedura, articolatasi in sole 4 sedute, si è svolta in un arco temporale di ben sette mesi e con il VII motivo ha dedotto la violazione dei principi di segretezza delle

offerte, di buon andamento e imparzialità in quanto non sarebbero state adottate le obbligatorie cautele per la conservazione dei plichi.

4. I motivi sono fondati nei termini di seguito esplicitati.

4.1. Oggetto di ricorso è un appalto di forniture da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il disciplinare di gara, all'art. 3, nel fissare le modalità di presentazione dell'offerta, prevede che in un'unica busta, la n. 1, sia inserita la "documentazione amministrativa e tecnico – progettuale", lasciando alla busta n. 2 la sola offerta economica.

Nel verbale n. 1, relativo alla prima seduta di gara tenutasi il 19 febbraio 2010, si legge: "Il Dr. Giuseppe Arcari, Direttore dell'U.O. acquisizione beni e servizi dell'Azienda USL di Piacenza, in veste di Presidente del seggio di gara, assistito in qualità di testimoni dal Dr. Gian Piero Gregori funzionario dell'U.O. Acquisizione beni e servizi e dalla Sig.ra Silvana Rocca che assume le funzioni di segretario verbalizzante"..... "il Presidente di seggio procede all'apertura dei plichi offerta e alla verifica del contenuto".

Si legge ancora: "In esito ai riscontri effettuati, il Presidente di Seggio dichiara che tutte le ditte concorrenti sono ammesse all'ulteriore fase di gara per tutti i lotti presentati" e infine: "Esaurite tutte le operazioni che precedono, il Presidente, alle ore 13,00, dichiara chiusa la seduta e la sua riconvocazione, a data da destinarsi, per il proseguimento del procedimento".

Nel verbale non c'è menzione alcuna circa le modalità di

conservazione dei plichi con le offerte tecniche, se gli stessi siano stati sigillati, a chi siano stati affidati, dove siano stati riposti.

In data 9 marzo 2010, con atto n. 10, il Direttore Operativo di Aven, dato atto, fra l'altro, "che il termine per la presentazione delle offerte è scaduto in data 25 gennaio 2010 ed è pertanto possibile procedere, ai sensi dell'art. 84 del D.Lgs. 163/2006, alla nomina della commissione giudicatrice preposta alla valutazione delle offerte tecniche"....ne ha nominato i componenti.

La predetta commissione si è riunita la prima volta il 31 marzo 2010, in seduta riservata.

Nel relativo verbale il Presidente chiarisce che "In primo luogo occorrerà verificare la congruità della documentazione tecnica presentata rispetto a quanto indicato dal disciplinare....in secondo luogo dovrà essere effettuata la valutazione qualitativa...".

Di seguito "la commissione verifica la corretta presentazione di tutti i plichi contenenti la documentazione tecnica...." e "dalle schede tecniche accerta che tutti i prodotti (sia per il lotto 1 che per il lotto 2) soddisfano i requisiti minimi di cui all'art. 2 del disciplinare".

Dopodichè è iniziata l'attività valutativa per il lotto 1.

Anche qui non c'è traccia della situazione di provenienza dei plichi né, in chiusura, è fatta menzione alcuna della conservazione di quelli relativi al lotto 2.

La seconda riunione della commissione tecnica è avvenuta il 25 maggio 2010 per la valutazione delle offerte del lotto 2 e, anche nel



relativo verbale, non c'è menzione delle condizioni in cui i relativi plichi sono pervenuti.

4.2. In definitiva dall'analisi degli atti di gara risulta confermata la sussistenza dei vizi procedurali denunciati dalla ricorrente.

Invero il principio di segretezza delle offerte (tecniche) risulta vulnerato dall'essere state le offerte tecniche visionate da un seggio di gara e non dalla commissione tecnica preposta alla valutazione.

D'altra parte a tale "discovery" delle offerte tecniche non ha fatto seguito alcuna verbalizzazione del relativo contenuto ma solo la generica affermazione di conformità a quanto richiesto dal disciplinare.

Affermazione che si rivela tanto più generica, e inidonea a presidiare con le stesse garanzie gli interessi privati e pubblici coinvolti dal procedimento, laddove si legge nel successivo verbale che detta verifica, in concreto è stata effettuata dalla commissione tecnica in seduta riservata.

In altri termini se si attribuisce validità all'attività di verifica svolta dal c.d. seggio di gara si deve concludere che l'apertura delle offerte tecniche è avvenuta correttamente in seduta pubblica ma ad opera di un soggetto incompetente.

Viceversa se si attribuisce validità all'attività di verifica svolta dalla commissione tecnica la violazione consiste nell'apertura delle buste in seduta riservata.

4.3. In proposito il Collegio richiama e fa proprio il principio che

L'Adunanza Plenaria, risolvendo definitivamente il contrasto giurisprudenziale creatosi sul punto, ha da ultimo espresso in *subjecta materia* secondo cui, anche negli appalti pubblici da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il principio della pubblicità delle operazioni da svolgere in seduta pubblica trova applicazione con specifico riferimento all'apertura della busta dell'offerta tecnica.

Invero, la pubblicità delle sedute di gara risponde all'esigenza di tutela non solo della parità di trattamento dei concorrenti, ai quali deve essere permesso di effettuare gli opportuni riscontri sulla regolarità formale degli atti prodotti e di avere così la garanzia che non siano successivamente intervenute indebite alterazioni, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza e all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili *ex post* una volta rotti i sigilli ed aperti i plichi, in mancanza di un riscontro immediato (Cons. Stato, A.P. 28 luglio 2011, n. 13).

Nel caso di specie, in entrambe le ipotesi contemplate la ravvisata illegittimità è etiologicamente dipendente dalla prescrizione contenuta nella *lex specialis* di inserire in un unico plico l'offerta tecnica e la documentazione amministrativa.

4.4. A ciò deve aggiungersi che la totale mancanza di verbalizzazione in ordine alle modalità di conservazione dei plichi rende definitivamente e irrimediabilmente illegittimo l'operato

dell'amministrazione specie se si considera che tra la prima e la seconda seduta (valutazione lotto 1) sono trascorsi circa 20 giorni e tra la prima e la terza (valutazione lotto 2) sono trascorsi 2 mesi e mezzo, mentre le offerte economiche sono state aperte dopo ulteriori 4 mesi: si tratta di intervalli eccessivamente lunghi, non giustificati da alcuna particolare complessità delle operazioni di valutazione né dal numero delle concorrenti (cinque).

Invero, al fine di assicurare imparzialità, pubblicità, trasparenza e speditezza all'azione amministrativa, le sedute di una commissione di gara devono ispirarsi al principio di concentrazione e di continuità.

In particolare, le operazioni di esame delle offerte tecniche ed economiche devono essere concentrate in una sola seduta, senza soluzione di continuità, al precipuo fine di scongiurare possibili influenze esterne ed assicurare l'assoluta indipendenza di giudizio dell'organo incaricato della valutazione.

Detto principio di continuità e di concentrazione sarebbe suscettibile di eccezioni in presenza di situazioni particolari che obiettivamente impediscano l'espletamento delle operazioni in unica seduta, quali la particolare complessità delle valutazioni da svolgere o l'elevato numero delle offerte da giudicare.

In tali casi, tuttavia, l'esigenza di continuità impone comunque l'osservanza, nello svolgimento delle operazioni, del minimo intervallo temporale tra una seduta e l'altra e delle massime garanzie di conservazione dei plichi contenenti le singole offerte (cfr. Cons.

Stato, sez. V, 23 novembre 2010, n. 8155).

4.5. La giurisprudenza più recente è, infatti, orientata nel ritenere che la commissione di gara debba predisporre particolari cautele a tutela dell'integrità e della conservazione delle buste contenenti le offerte, di cui deve farsi menzione nel verbale di gara, precisando che tale tutela deve essere assicurata in astratto e a prescindere dalla mancata dimostrazione della effettiva manomissione dei plichi dovendo risultare dai verbali l'avvenuta sigillatura delle buste (Cons. Stato, sez. III, 3 marzo 2011, n. 1368; sez. V, 21 maggio 2010, n. 3203; id. 12 dicembre 2009, n. 7804).

Ciò in quanto le misure di cautela relative alla conservazione dei plichi sono volte a salvaguardare la possibilità, e non l'effettività, della manomissione con la conseguenza che è sufficiente che vi sia la prova in atti che la documentazione di gara è rimasta esposta al rischio di manomissione per ritenere invalide le operazioni di gara, non potendosi porre a carico dell'interessato l'onere di provare che vi sia stato in concreto l'evento che le misure cautelari intendono prevenire (Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2011, n. 1617).

Per quanto precede, assorbiti gli ulteriori motivi, parte inammissibili (I, VIII e IX) e parte infondati (II, III e V), il ricorso deve essere accolto e, per l'effetto, devono essere annullati tutti gli atti di gara.

5. Va, viceversa, respinta la domanda risarcitoria, atteso che la *chance* della ricorrente di conseguire l'aggiudicazione è presidiata dalla riedizione della gara che dovrà conseguire al disposto annullamento.

6. Quanto alle spese se ne può disporre l'integrale compensazione in considerazione del diverso orientamento seguito in sede cautelare e del registrato contrasto giurisprudenziale.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna, Sezione distaccata di Parma, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, integrato da motivi aggiunti, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Parma nella camera di consiglio del giorno 8 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Mario Arosio, Presidente

Laura Marzano, Primo Referendario, Estensore

Marco Poppi, Primo Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/02/2012

## IL SEGRETARIO

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