



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 Liguria**

**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 292 del 2012, proposto da:  
Roche Diagnostics S.p.A.- Società Unipersonale, rappresentato e difeso dagli avv. Jacopo Recla, Alessandra Bazzani, Maria Silvia Sommazzi, con domicilio eletto presso Maria Silvia Sommazzi in Genova, via Xii Ottobre, 10/12;

***contro***

Consorzio Centrale Regionale di Acquisto, rappresentato e difeso dagli avv. Gerolamo Taccogna, Luigi Cocchi, con domicilio eletto presso Luigi Cocchi in Genova, via Macaggi 21/5 - 8; Regione Liguria;

***nei confronti di***

A. Menarini Diagnostics S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Domenico Iaria, Ivan Marrone, con domicilio eletto presso Stefano

Ghibellini in Genova, via Ceccardi 1/15; Svas Biosana S.r.l.;

***per l'annullamento***

deliberazione con cui è stata disposta l'aggiudicazione definitiva della procedura aperta ex art. 55 dlgs 163/06 per l'affidamento di forniture

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consorzio Centrale Regionale di Acquisto e di A. Menarini Diagnostics S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 maggio 2012 il dott. Oreste Mario Caputo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Roche Diagnostics s.p.a. ha impugnato l'aggiudicazione dei lotti 1 e 2 in favore di A. Menarini Diagnostics s.r.l. della procedura aperta indetta dal Consorzio centrale regionale di acquisto per la fornitura ai presidi sanitari regionali di sistemi per la misurazione rapida della glicemia e dispositivi correttivi.

Gravame esteso agli atti di gara, in particolare ai verbali delle sedute della Commissione giudicatrice (in epigrafe indicati) di apertura dei plichi contenenti le offerte.

In narrativa dell'atto introduttivo la società ricorrente ha premesso in

fatto:

di avere partecipato alla procedura aperta, indetta dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 55 d.lgs. n. 163/06 da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;

di essere divenuta aggiudicataria dei lotti 2 e 3 della fornitura, mentre i primi due del totale dei quattro lotti, in cui era suddiviso l'oggetto del contratto, venivano aggiudicati alla controinteressata;

che, a differenza della busta contenente l'offerta economica, l'apertura della busta contenente l'offerta tecnica non avveniva in seduta pubblica.

Conseguenti in diritto le censure rubricate sotto la violazione dell'art. 97 cost. nonché degli artt. 10 Direttiva 2004/17/CE; 2, comma 1, 78 e 83 d.Lgs. n. 163/06. Violazione dei principi di trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa.

L'apertura in seduta pubblica dell'offerta economica costituirebbe, secondo al ricorrente, come da ultimo affermato da Cons. St., ad plen 28 luglio 2011 n. 13, un principio che conforma l'aggiudicazione della gara secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Aggiungasi che, seguendo il filo conduttore dei residui vizi dedotti, durante le operazioni di gara non sarebbe stata garantita, mediante l'adozione di idonee formalità ed operazioni materiali, la custodia dei plichi contenenti le offerte.

La stazione appaltante e la controinteressata si sono costituiti in

giudizio eccependo l'inammissibilità del ricorso instando nel merito per la sua infondatezza.

All'udienza pubblica del 25.05.2012 la causa, su richiesta delle parti, è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

Sono impugnati l'aggiudicazione dei lotti 1 e 2 in favore di A. Menarini Diagnostics s.r.l. della procedura aperta indetta dal Consorzio centrale regionale di acquisto per la fornitura ai presidi sanitari regionali di sistemi per la misurazione rapida della glicemia e dispositivi correttivi nonché i verbali delle sedute della Commissione giudicatrice.

La ricorrente, aggiudicataria di due dei quattro lotti in cui si suddivide la fornitura, lamenta che la Commissione esaminatrice non ha aperto la busta contenente l'offerta tecnica in seduta pubblica.

Ossia: deduce la violazione principio che, secondo l'indirizzo giurisprudenziale fatto proprio da Cons. St., ad plen 28 luglio 2011 n. 13, regolerebbe le operazioni di gara da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il ricorso è fondato.

*In limine* va respinta l'eccezione d'inammissibilità del ricorso sollevata dalle resistenti sul rilievo che la società ricorrente, aggiudicataria di due dei quattro lotti in cui si ripartisce la fornitura, non avrebbe

interesse al ricorso.

L'impugnazione dei verbali delle sedute della Commissione giudicatrice relative all'apertura delle offerte tecniche, non avvenute in seduta pubblica, palesa il reale e concreto interesse dedotto in giudizio che muove il gravame: l'annullamento degli atti di gara, con effetto caducante dei singoli provvedimenti d'aggiudicazione, ed il conseguente rifacimento ex novo della gara.

In definitiva l'interesse dedotto s'iscrive nel c.d. interesse strumentale volto alla rinnovazione delle operazioni di gara.

Né, in ragione della natura della norma del disciplinare che non prevedeva affatto che l'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica dovesse avvenire in seduta pubblica, sussisteva l'onere d'immediata impugnazione.

Detta disposizione non preclude direttamente la partecipazione della concorrente: sicché, alla stregua del criterio che governa il regime d'impugnazione degli atti infra-procedimentali, l'interesse all'impugnazione coincide con l'aggiudicazione ossia con l'atto conclusivo della procedura di gara (cfr., Cons. St., sez. V, 4 marzo 2011 n. 1380; Id., sez. IV, 24 febbraio 2011 n. 1166).

Nel merito il ricorso è fondato.

Questo TAR, in conformità all'indirizzo giurisprudenziale maggioritario, avallato dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 13 del 2011, e che ai sensi dell'art. 74 c.p.a. va qui confermato, ha affermato che, nelle procedure concorrenziali

informate al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche deve avvenire in seduta pubblica.

Tale modalità è espressiva di un principio indefettibile di trasparenza e di pubblicità delle procedure concorrenziali di scaturigine comunitaria con al conseguenza che, qualora disattesa, è inficiata la legittimità della procedura di gara.

Venendo a quanto dedotto dalla stazione appaltante, il richiamato art. 12 d.l. n. 52/2012 è meramente riproduttivo, in diritto positivo, di un principio pretorio integrativo del c.d. diritto vivente ed ex sé precettivo.

Disciplinando uno degli atti del procedimento di gara, la norma è altresì predicativa del criterio *tempus regit actum*: ossia essa si applica (alle sole) “procedure di affidamento per le quali non si sia ancora proceduto all'apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche alla data di entrata in vigore del presente decreto”.

Di converso, non osta affatto all'applicabilità di un principio precettivo di diritto vivente.

Conclusivamente il ricorso deve essere accolto e per l'effetto devono essere annullati tutti gli atti di gara impugnati, nonché l'aggiudicazione in favore della ricorrente.

Sussistono giustificati motivi per compensare le spese di lite individuabili nella particolarità della vicenda dedotta in causa che vede quale impresa ricorrente l'impresa aggiudicataria, seppure pro

quota, dell'appalto.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto annulla gli atti di gara.

Spese compensate.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 24 maggio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Enzo Di Sciascio, Presidente

Oreste Mario Caputo, Consigliere, Estensore

Davide Ponte, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/07/2012

## IL SEGRETARIO

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