



REPUBBLICA ITALIANA
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 7484 del 2012, proposto da:

Roche Diagnostics S.p.a. - Società Unipersonale, rappresentata e difesa dagli avv. ti Pietro Sirena e Maria Alessandra Bazzani, con domicilio eletto presso Cesare Massimo Bianca in Roma, via Po, 43;

contro

Azienda Sanitaria Unica Regionale delle Marche, in persona del Direttore *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Cristiana Pesarini, con domicilio eletto presso Maurizio Brizzolari in Roma, via della Conciliazione, 44;
Beckman Coulter S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. ti Riccardo Pagani, Corrado Curzi e Federico Tedeschini, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Roma, largo Messico, 7;

per la revocazione

della sentenza del CONSIGLIO di STATO - sezione III n. 3147/2012, resa tra le parti, concernente l'aggiudicazione definitiva della gara per la fornitura di reagenti, materiale di consumo ed attrezzature in service

Visti il ricorso per revocazione e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Sanitaria Unica Regionale delle Marche e di Beckman Coulter S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 gennaio 2013 il Cons. Hadrian Simonetti, uditi per le parti gli avvocati Bazzani, Sirena, Pesarini e Pagani;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'Azienda Sanitaria Unica Regionale delle Marche ha bandito una procedura aperta, suddivisa in 13 lotti, per la fornitura di reagenti, materiali di consumo ed attrezzature "in service" per i dipartimenti di patologia clinica dell'Ospedale di Tolentino e di anatomia patologica dell'Ospedale di Macerata.

Roche Diagnostics S.p.a. e Siemens, che hanno partecipato per taluni lotti non risultando prime classificate, con distinti ricorsi hanno impugnato le aggiudicazioni deducendo numerosi vizi procedurali legati alle modalità con cui si è svolta la gara, con particolare riferimento all'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche in seduta

segreta anziché pubblica, alla omessa custodia dei plichi, alla violazione del principio di continuità delle operazioni di gara, alla composizione della commissione.

2. Il Tar, con le sentenze n. 760 e 768/2011, ha accolto i ricorsi principali, in particolare per le modalità di apertura delle buste contenenti le offerte tecniche e per le modalità della loro conservazione, respingendo invece i ricorsi incidentali presentati da Beckman.

3. Pronunciandosi sugli appelli proposti avverso tali sentenze, con sentenza n. 3147/2012 questa Sezione li ha accolti riformando le decisioni di primo grado.

3.1. Quanto alle modalità di apertura delle buste contenenti le offerte tecniche, ha ritenuto, per un verso, che il verbale n. 2 dell'8.2.2010 dimostrasse come ciò era avvenuto in seduta pubblica; e, per altro verso, che l'indirizzo dell'Adunanza Plenaria n. 13/2011 fosse applicabile solamente alle gare bandite successivamente.

3.2. Quanto alle modalità di conservazione dei plichi, ha ritenuto che nei verbali fosse attestata specificatamente la conservazione della documentazione in apposita scaffalatura nell'ufficio del presidente, sottolineando come le operazioni si fossero svolte regolarmente e senza contestazioni.

3.3. Ne è conseguita la reiezione degli originali ricorsi proposti in primo grado avverso gli esiti della procedura di gara per i lotti in contestazione.

4. Con il presente ricorso, proposto ai sensi dell'art. 106 co. 1 c.p.a., la Roche chiede la revocazione della sentenza di appello deducendo un errore di fatto che sarebbe legato al verbale n. 2 dell'8.3.2010 (che nella sentenza impugnata è inesattamente datato 8.2.2010).

4.1. Sostiene la difesa di Roche che l'errore sarebbe consistito nel ritenere che tale verbale si riferisca alle offerte tecniche e che da esso possa trarsi la convinzione che le relative buste fossero state aperte in seduta pubblica. Dove, si aggiunge, l'errore sarebbe stato indotto probabilmente dall'intitolazione del verbale "Apertura plichi documentazione Amministrativa e Tecnica", quando invece dalla lettura del suo contenuto si può evincere che in tale seduta non si aprirono le buste contenenti le offerte tecniche ma solo i plichi che contenevano la documentazione amministrativa.

4.2. Ciò posto, si sarebbe trattato di un errore determinante rispetto all'esito del giudizio in quanto, altrimenti, il Giudice di appello avrebbe dovuto respingere l'appello e confermare la sentenza di primo grado che aveva accertato la mancata pubblicità dell'apertura delle buste, annullando la gara.

4.3. Si è costituita l'Azienda Sanitaria eccependo l'inammissibilità del ricorso, poiché l'errore, ove realmente presente, sarebbe caduto su un punto controverso oggetto della decisione e perché si tratterebbe comunque di un errore di valutazione e non di fatto. Ha inoltre dedotto l'irrelevanza dell'errore, comunque lo si qualifichi, sul rilievo che in ogni caso dovrebbe applicarsi l'art. 12 del d.l. 52/2012, convertito con modifiche in l. 94/2012, che sanerebbe l'eventuale illegittimità all'epoca posta in essere.

4.4. Si è costituita anche la Beckman, con articolata memoria, chiedendo la reiezione del ricorso per revocazione.

4.5. All'udienza pubblica dell'11.1.2013 la causa è stata discussa ed è passata in decisione.

5. Osserva il Collegio in premessa come il ricorso di Roche deduca, come unico errore di fatto che imporrebbe la revocazione della sentenza di appello, l'errata percezione in ordine al contenuto del verbale n. 2 della gara in oggetto.

Verbale che, secondo l'impugnata sentenza, attesterebbe che i plichi contenenti le offerte tecniche furono aperti in seduta pubblica; quando, invece, la lettura corretta dello stesso documento di gara rivelerebbe come la seduta pubblica ebbe ad oggetto solamente l'esame della documentazione amministrativa.

Il tutto sul presupposto che, una volta riconosciuto l'errore in cui sarebbe incorso il Giudice dell'appello, dalla revocazione della sentenza discenderebbe, quale conseguenza obbligata del giudizio rescissorio, l'accertamento del

vizio procedimentale consistito nella mancata apertura delle buste contenenti le offerte tecniche in seduta pubblica e, per ciò solo, secondo l'indirizzo dell'Adunanza Plenaria n. 13/2011, l'annullamento della gara per violazione del principio di pubblicità.

6. Se questa è, in sintesi, la tesi dell'odierna ricorrente, si impongono due considerazioni, che entrambe conducono all'inammissibilità del ricorso.

6.1. Data per conosciuta la giurisprudenza in materia di revocazione (v. per tutti Cons. St. Ad. Plen. n. 1/2013), si può infatti dubitare sia che l'errore dedotto dalla ricorrente derivi da una pura e semplice errata percezione del contenuto materiale degli atti del giudizio; sia che lo stesso sia stato un elemento decisivo della decisione di cui si chiede la revoca, senza del quale, l'esito del giudizio sarebbe stato sicuramente differente.

6.2. Quanto al primo profilo, si può invece ritenere che il Giudice dell'appello, attraverso il richiamo all'intestazione del verbale n. 2 del 2010, abbia inteso accogliere la tesi prospettata in giudizio dalla difesa dell'Azienda sanitaria, per la quale le offerte tecniche sarebbero state davvero aperte in seduta pubblica; con la conseguenza che saremmo, semmai, al cospetto di un errore di giudizio, caduto oltre tutto su di un punto controverso della lite, come tale non censurabile con il rimedio della revocazione.

6.3. Quanto al secondo profilo, è importante sottolineare come, sul punto controverso, la sentenza di appello rechi, a pagina 13, una duplice motivazione: per un verso, come si è appena ricordato, reputa fondato l'appello perché giudica che l'apertura delle offerte tecniche sia avvenuta in seduta pubblica; per altro verso valuta che, *"in ogni caso"*, la sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 13/2011 non possa trovare applicazione alla gara in oggetto, *ratione temporis*.

6.4. Ebbene, questa seconda affermazione, che evoca la dibattuta e più generale questione sulla portata dell'*'overruling* giurisprudenziale e che vale da sola a sorreggere e a giustificare la riforma delle sentenze di primo grado, limitando l'applicazione retroattiva del nuovo indirizzo giurisprudenziale, tocca e risolve una questione di puro diritto; sicché, giusta o sbagliata che sia, non se ne può discutere in sede di revocazione.

Non sarà inutile tuttavia aggiungere che quella decisione (pur insindacabile in questa sede, come si è detto) si muove peraltro nella stessa direzione seguita dal legislatore con l'art. 12 del d.l. 52/2012, norma in vigore dal 9.5.2012, quindi pienamente applicabile alla data di pubblicazione della sentenza di appello (che è del 28.5.2012), quantunque non sia richiamata nella motivazione.

7. Come questa Sezione ha già sottolineato con la sentenza 31.12.2012, n. 6714, l'art. 12 del d.l. 52/2012, nel recepire la tesi di fondo della Plenaria – per cui la commissione giudicatrice deve procedere in seduta pubblica anche all'apertura della busta che contiene l'offerta tecnica, al fine di consentire a tutti i concorrenti di avere contezza della regolarità e completezza della documentazione prodotta - ha novellato gli artt. 120 e 283 del d.p.r. 207/2010 che, prima di allora, non contenevano una previsione espressa in tal senso.

7.1. Nel fare questo, nel riconoscere che i plichi contenenti le offerte tecniche debbono essere aperti in seduta pubblica, il legislatore (nel testo modificato dalla legge di conversione 6.7.2012, n. 94) ha specificato che tale regola vale *"anche per le gare in corso ove i plichi contenenti le offerte tecniche non siano stati ancora aperti alla data del 9 maggio 2012"*.

Da qui, in una disposizione nata per suggellare la fine di una disputa interpretativa, il sorgere, per una non infrequente eterogenesi dei fini, di nuovi dubbi interpretativi, sulla portata della novella legislativa e, soprattutto, sui suoi effetti nei confronti delle gare già bandite e ancora in corso.

7.2. In breve, si confrontano, nella giurisprudenza di primo grado, due tesi: quella che vede nell'art. 12 (nulla più che) la positivizzazione dell'interpretazione accolta dalla Plenaria (Tar Lazio, Roma, III, n. 6190/2012; Tar Campania, Napoli, I, n. 2751/2012) e quella che, invece, vi scorge una sorta di sanatoria dei procedimenti di gara

nei quali l'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche si sia svolta in seduta riservata (Tar Umbria, n. 274/2012). Dove la seconda tesi muove dalla premessa, più o meno esplicitata, che l'indirizzo accolto dalla Plenaria 13/2011 fosse in precedenza incerto, se non addirittura minoritario, e dal conseguente timore che un simile mutamento della giurisprudenza possa comportare, in concreto, la caducazione per vizi procedurali di un numero significativo di gare, che andrebbero rinnovate, con costi amministrativi ed economici significativi.

7.3. Questa Sezione (v. sempre n. 6714/2012 cit.) ha considerato come il legislatore abbia avvertito l'esigenza di intervenire, non per riaffermare il precedente indirizzo prevalente, sulle modalità di apertura delle buste dell'offerta tecnica, ma neppure solamente per codificare il nuovo orientamento giurisprudenziale, quanto, invece, per disciplinare (anche, se non soprattutto) gli effetti del mutamento sui procedimenti di gara ancora in corso, facendosi carico dei delicati problemi di diritto transitorio.

Ciò - deve ritenersi - oltre che per contenere gli oneri amministrativi ed economici della caducazione altrimenti inevitabile di centinaia di gare, anche a tutela dell'affidamento di quanti abbiano partecipato alla selezione confidando nella applicazione di regole procedurali che, nella maggior parte dei casi, prima del pronunciamento della Plenaria 13/2011, prevedevano l'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche in seduta riservata.

7.4. Da qui la convinzione che alle disposizioni dell'art. 12 del d.l. 52/2012 non possa riconoscersi una portata meramente ricognitiva ma che ad esse debba attribuirsi la funzione di salvaguardare gli effetti delle procedure già concluse alla data del 9.5.2012 o, se ancora pendenti, nelle quali si sia comunque già proceduto all'apertura dei plichi.

7.5. Si tratta di una soluzione normativa, chiaramente transitoria o per meglio dire ad esaurimento, della cui legittimità costituzionale e comunitaria la Sezione non ritiene di poter dubitare, per almeno due ragioni.

7.5.1. La prima ragione è che ad oggi il principio di pubblicità, invocato a fondamento del nuovo indirizzo interpretativo, non si è tradotto, nelle direttive comunitarie, in disposizioni specifiche sulla pubblicità delle sedute di gara; nel senso quindi che l'Adunanza Plenaria ha declinato tale principio nella sua più ampia latitudine pratica ma non è detto che tale soluzione estensiva potesse considerarsi "obbligata" secondo il diritto dell'Unione europea.

7.5.2. La seconda ragione è che il principio di pubblicità, per quanto generale e cogente lo si intenda (come conferma la sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 31/2012), deve essere bilanciato con principi di rango almeno equivalente tra i quali il diritto europeo annovera quello dell'affidamento incolpevole. Da riferire, nel caso di specie, tanto alla stazione appaltante quanto, ancora di più, all'impresa aggiudicataria della gara che legittimamente può avere confidato sulla vigenza di determinate regole procedurali.

7.6. In conclusione si reputa che l'art. 12 del d.l. 52/2012 valga a tenere fermi gli effetti delle procedure già chiuse o di quelle ancora pendenti, dove le buste siano state già aperte alla data del 9.5.2012, sebbene ciò sia avvenuto in seduta riservata; e che tale soluzione di diritto transitorio sia immune da vizi di costituzionalità o di incompatibilità comunitaria.

8. Una simile conclusione comporta, nel caso di specie, che la valutazione del (non inequivoco) verbale di gara n. 2 del 2010 non costituisce un elemento decisivo della controversia, il cui esito (era ed) è determinato piuttosto dalla doverosa applicazione dell'art. 12 del d.l. 52/2012, con gli effetti di conservazione degli atti di gara appena chiariti.

9. Ne consegue, per tutte le ragioni sin qui evidenziate, l'inammissibilità del ricorso per revocazione.

10. La novità delle questioni affrontate e la non semplice esegesi dell'art. 12 del dl. 52/2012, come testimoniano i contrasti giurisprudenziali, giustificano ampiamente la compensazione delle spese processuali tra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza),

definitivamente pronunciando sul ricorso per revocazione lo dichiara inammissibile.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 gennaio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Hadrian Simonetti, Consigliere, Estensore

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/01/2013

IL SEGRETARIO

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