

**Consiglio di Stato, sez.V, 28 maggio 2009, n. 3300**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale  
Quinta Sezione  
ha pronunciato la seguente decisione

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 1741/08, proposto dalla BETA S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. A. C. e presso lo stesso elettivamente domiciliata in R., via P. C., 2;

C O N T R O

La ALFA S.r.l., costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dall'avv. F. P. e presso lo stesso elettivamente domiciliata, in R., via G. B., 3;

e nei confronti di

I. F. O. E H. D.; non costituitisi in giudizio;

PER LA RIFORMA

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, sez. III quater, n. 862 del 31 gennaio 2008, resa "inter partes".

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società appellata;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, alla pubblica udienza del 3 febbraio 2009, il Consigliere Eugenio Mele;

Uditi gli avv.ti C. e P.;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

F A T T O

Il presente appello è proposto dalla Beta s.r.l. e si dirige contro la sentenza indicata in epigrafe, con la quale il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, in accoglimento di un ricorso proposto dall'odierna appellata - Alfa s.r.l. - ha annullato l'aggiudicazione in favore della medesima appellante del contratto per la fornitura di dispositivi medici al fine della preparazione e della somministrazione di farmaci antiblastici.

Riferisce l'appellante che l'Alfa s.r.l. era stata esclusa dalla gara (lotti 13-18), in quanto in sede di esame dell'offerta tecnica, i campioni presentati dalla stessa non presentavano, così come richiesto dal capitolato speciale, la valvola di protezione del filtro.

L'appellata otteneva, però, sentenza favorevole del Tribunale amministrativo regionale, in quanto l'offerta tecnica era stata rivalutata ("in pejus") solo dopo l'apertura contenente le offerte economiche.

Avverso la suddetta sentenza è proposto il seguente motivo di gravame:

- Insufficienza, contraddittorietà, illogicità ed erroneità della motivazione della sentenza, relativamente alla dedotta regolarità della procedura di aggiudicazione.

E ciò in quanto si tratta nella specie di farmaci composti da sostanze cancerogene, la cui fuoriuscita, per mancanza del filtro di protezione, può determinare una seria contaminazione dell'ambiente esterno, così come espressamente indicato nel capitolato di gara, che richiama il disposto dell'art. 7, punto 7.5, della direttiva CEE n. 93/42/CEE.

Si tratta, quindi, di un meccanismo essenziale per la corretta funzionalità del dispositivo.

Ora è avvenuto, pur dopo l'apertura delle offerte economiche, che, su

segnalazione dell'appellante, l'Amministrazione procedente, utilizzando legittimamente il proprio potere di riesame, ha ricontrollato i dispositivi ed ha rilevato in quelli dell'Alfa la mancanza del filtro di protezione.

Non vi è stata, quindi, alcuna violazione della "par condicio" fra i concorrenti, non è intervenuta l'inversione del procedimento, in quanto i punteggi totali relativi alla parte tecnica dell'offerta erano stati precedentemente assegnati e, dopo, tali punteggi non sono stati cambiati, ma si è semplicemente escluso un soggetto che aveva presentato un'offerta non conforme con il capitolato di gara.

Il soggetto appellato si costituisce in giudizio e resiste all'appello, chiedendone la reiezione e rilevando che il prodotto, dispensato da anni da Alfa non ha mai dato luogo a problemi di fuoriuscita né del liquido né di sostanze gassose, trattandosi di un filtro idrofobico, che è una valvola a tutti gli effetti, mentre il comportamento della Commissione è stato superficiale e violativo delle regole del contraddittorio e del procedimento.

Anche la società appellante presenta una successiva memoria illustrativa, con la quale eccepisce la inammissibilità del ricorso di primo grado, controdeduce alle argomentazioni avversarie ed insiste per l'accoglimento dell'appello.

In sede di procedimento cautelare, la sentenza è stata sospesa con la seguente motivazione: "Considerato che il provvedimento amministrativo impugnato in primo grado risulta fondato sull'idoneità del prodotto de quo".

La causa passa in decisione alla pubblica udienza del 3 febbraio 2009.

#### D I R I T T O

L'appello è fondato.

La motivazione centrale con la quale il giudice di primo grado ha accolto il ricorso dell'attuale società appellata è costituito dal fatto che la Commissione di gara, violando la giusta scansione del procedimento, avrebbe valutato l'offerta tecnica dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica.

Il che, in astratto, è perfettamente corretto, ma nella specie le cose non sono andate così.

Infatti, la Commissione ha dapprima esaminato e valutato le offerte tecniche dei soggetti ammessi e solo successivamente ha proceduto all'apertura delle buste contenenti le offerte economiche.

Senonché, è accaduto che, su esposto dell'attuale appellante, che ha fatto presente la mancanza di un dispositivo essenziale (il filtro) nell'offerta tecnica presentata dall'Alfa, la stessa, verificata la sussistenza della mancanza, ha proceduto alla esclusione della medesima Alfa.

Come si vede, la fattispecie concreta presenta caratteristiche ben diverse dalla dichiarazione di principio procedimentale espressa dal Tribunale amministrativo regionale.

In primo luogo, invero, non è affatto intervenuta l'alterazione del procedimento: le fasi dello stesso sono state correttamente rispettate, in quanto, dapprima, si è proceduto a valutare le offerte tecniche e, solo successivamente, sono state aperte le buste contenenti le offerte economiche.

In secondo luogo, verificata la mancanza di corrispondenza dell'offerta tecnica alle regole capitolari, non si è affatto proceduto a dare una nuova valutazione di punteggio all'Alfa, ma si è esclusa la medesima dalla gara, senza alcuna alterazione del procedimento

stesso.

In terzo luogo, il fatto che la rivisitazione dell'offerta tecnica sia avvenuta a seguito di esposto presentato da altra candidata è irrilevante, in quanto questo è stato fatto proprio dall'Amministrazione, mentre poteva benissimo essere considerato infondato.

Superato, così, l'ostacolo della inversione procedimentale, non resta che rilevare la fondatezza o meno dell'esclusione operata dall'Amministrazione nei confronti dell'Alfa Medica.

E la vicenda è più semplice, in quanto la stessa appellante dichiara che il campione fornito non era dotato del filtro richiesto, anche se munito di un dispositivo "idrofobico", in tutto analogo ad un filtro e che non aveva mai determinato alcuna fuoriuscita.

Ora, però, il capitolato prescriveva la presenza del filtro, capace di evitare sia la fuoriuscita di liquido che di sostanze aeriformi e non si accontentava di un dispositivo sostanzialmente analogo, anche se per esperienza aveva dimostrato la sua efficacia nel prevenire le fuoriuscite.

Così stando le cose, la non perfetta corrispondenza del prodotto offerto dall'Alfa Medica non poteva che essere individuato dalla Commissione esaminatrice, per cui l'esclusione della medesima non può che essere considerata legittima.

L'appello va, pertanto, accolto e, in riforma della sentenza appellata, va rigettato il ricorso di primo grado.

Le spese di giudizio del doppio grado possono, tuttavia, ricorrendo all'uopo giusti motivi, essere integralmente compensate fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sez. V), definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, rigetta il ricorso di primo grado.

Spese del doppio grado di giudizio compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, addì 3 febbraio 2009, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sez. V), riunito in Camera di Consiglio con l'intervento dei signori:

Domenico LA MEDICA	Presidente
Cesare LAMBERTI	Consigliere
Aldo SCOLA	Consigliere
Gabriele CARLOTTI	Consigliere
Eugenio MELE	Consigliere est.

L'ESTENSORE  
f.to Eugenio Mele

IL PRESIDENTE  
f.to Domenico La Medica

IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA  
il 28/05/09  
(Art. 55 L. 27/4/1982, n. 186)  
IL DIRIGENTE  
f.to Livia Patroni Griffi