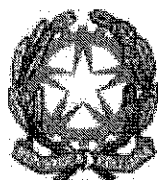


N. 04432/2014REG.PROV.COLL.
N. 09092/2013 REG.RIC.



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

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 9092 del 2013, proposto da:
Storz Medical Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentato e difeso dagli avv. Galileo Omero Manzi e Cristina
Martorana, con domicilio eletto presso Elvezio Santarelli in Roma,
Piazza Navona, n. 49;*

contro

Azienda Ospedaliera - Ospedale Civile di Legnano;

nei confronti di

*Edap Technomed Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante
p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Nardocci, con
domicilio eletto in Roma, via Oslavia n. 14;*

per la riforma

*della sentenza del T.A.R. per la Lombardia, Sede di Milano, Sezione
IV, n. 2356 del 24 ottobre 2013, resa tra le parti, concernente la*

dell'offerta selezionata e il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato il contratto o delle parti dell'accordo quadro (comma 2, lettera c);

- l'amministrazione comunica d'ufficio l'aggiudicazione definitiva, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni, all'aggiudicatario, al concorrente che segue nella graduatoria, a tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, a coloro la cui candidatura o offerta siano state escluse se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione, o sono in termini per presentare dette impugnazioni, nonché a coloro che hanno impugnato il bando o la lettera di invito, se dette impugnazioni non siano state ancora respinte con pronuncia giurisdizionale definitiva (comma 5, lettera a).

7.2.- L'articolo 79, prevede, inoltre, al comma 5-quater, che «fermi i divieti e differimenti dell'accesso previsti dall'articolo 13, l'accesso agli atti del procedimento in cui sono adottati i provvedimenti oggetto di comunicazione ai sensi del presente articolo è consentito entro dieci giorni dall'invio della comunicazione dei provvedimenti medesimi mediante visione ed estrazione di copia...».

8.- Facendo applicazione di tali disposizioni, si è affermato il principio generale secondo cui la comunicazione della decisione di aggiudicazione, prevista dall'articolo 79, commi 2 e 5 del d. lgs. n. 163 del 2006, rappresenta la condizione sufficiente per realizzare la piena conoscenza del provvedimento (di aggiudicazione) lesivo ed è quindi idonea a far decorrere il termine decadenziale per l'eventuale impugnazione. Tale comunicazione determina, infatti, a carico dell'impresa interessata un onere di immediata impugnazione dell'esito della gara, entro il termine di 30 giorni, fatta salva la

10.- La Corte di Giustizia CE si è pronunciata sulla questione con la decisione della V Sezione, 8 maggio 2014, in causa C-161/13 nella quale, in particolare, ha affermato che «ricorsi efficaci contro le violazioni delle disposizioni applicabili in materia di aggiudicazione di appalti pubblici possono essere garantiti soltanto se i termini imposti per proporre tali ricorsi comincino a decorrere solo dalla data in cui il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione di dette disposizioni» (punto 37) e che «una possibilità, come quella prevista dall'articolo 43 del decreto legislativo n. 104/2010, di sollevare "motivi aggiunti" nell'ambito di un ricorso iniziale proposto nei termini contro la decisione di aggiudicazione dell'appalto non costituisce sempre un'alternativa valida di tutela giurisdizionale effettiva. Infatti, in una situazione come quella di cui al procedimento principale, gli offerenti sarebbero costretti a impugnare in abstracto la decisione di aggiudicazione dell'appalto, senza conoscere, in quel momento, i motivi che giustificano tale ricorso» (punto 40).

10.1.- La Corte di Giustizia CE ha peraltro anche affermato che, «in applicazione del principio della certezza del diritto, in caso di irregolarità asseritamente commesse prima della decisione di aggiudicazione dell'appalto, un offerente è legittimato a proporre un ricorso di annullamento contro la decisione di aggiudicazione soltanto entro il termine specifico previsto a tal fine dal diritto nazionale, salvo espressa disposizione del diritto nazionale a garanzia di tale diritto di ricorso, conformemente al diritto dell'Unione».

avere piena conoscenza del contenuto dell'atto e dei relativi profili di illegittimità (laddove questi non fossero oggettivamente evincibili dalla richiamata comunicazione e – comunque – entro il limite dei dieci giorni che il richiamato comma 5-quater fissa per esperire la particolare forma di accesso - semplificato ed accelerato - ivi disciplinata».

12.1.- Tale interpretazione, infatti, consente il sostanziale rispetto delle esigenze acceleratorie, di cui è portatore il citato art. 120 del c.p.a., e, nello stesso tempo, consente il rispetto del consolidato principio secondo il quale solo dalla piena conoscenza dell'atto censurato (o comunque dalla sua piena conoscibilità) inizia a decorrere il termine per la sua impugnazione.

Del resto l'art. 120 del c.p.a. nel far riferimento alla comunicazione di cui all'art. 79 del codice dei contratti rende possibile fare riferimento anche alla disposizione di cui al citato comma 5 quater dell'art. 79 che regola l'accesso agli atti del procedimento di gara.

12.2.- Peraltro, in tale ipotesi, il termine per l'impugnazione potrebbe essere prorogato al massimo di 10 giorni rispetto a quello decorrente dalla data di comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione.

Infatti, il termine di dieci giorni di cui al richiamato comma 5-quater dell'art. 79 (aggiuntivo rispetto a quello di trenta giorni per la proposizione dell'impugnativa ai sensi dell'articolo 120, comma 5 del c.p.a.) deve essere correlativamente ridotto nelle ipotesi in cui, esperito l'accesso agli atti della gara, la relativa documentazione sia stata resa disponibile in un termine inferiore rispetto a quello di dieci giorni.

12.3.- Resta poi fermo il principio che tale possibile ulteriore termine può essere concesso solo nel caso in cui il profilo di illegittimità lamentato in sede di impugnativa non sia desumibile dal tenore della comunicazione di cui all'articolo 79 del codice dei contratti e dagli atti con la stessa trasmessi (o resi accessibili).

12.4.- Se la documentazione di gara è stata (in tutto o in parte) posta a disposizione della parte in data successiva alla comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione della gara, è comunque del tutto ovvio che la parte interessata può proporre una impugnazione, anche dopo il decorso del termine di 30 giorni dalla data di comunicazione della avvenuta aggiudicazione, solo per i vizi che emergono dagli atti successivamente conosciuti.

12.5.- Mentre se la parte ha già proposto ricorso avverso l'aggiudicazione, nel termine di 30 giorni dalla comunicazione, può proporre motivi aggiunti, ai sensi dell'art. 43 del c.p.a., nell'ulteriore termine, che può essere al massimo di 10 giorni, per vizi rilevati dagli atti successivamente conosciuti attraverso l'accesso agli atti.

13.- Sulla base di tali considerazioni, questa Sezione ritiene che la parte della sentenza appellata con la quale il T.A.R. ha ritenuto tempestivo il ricorso di Edap (proposto il 24 aprile 2013) debba essere confermata.

13.1.- Come emerge dagli atti, infatti, Edap solo il 25 marzo 2013 ha avuto la possibilità di accedere a quella parte della documentazione di gara (in particolare, alla documentazione riguardante l'offerta presentata da Storz) che le ha consentito di formulare le sue doglianze avverso l'aggiudicazione.

Infatti, la Stazione appaltante, dopo aver dato comunicazione, in data 19 marzo 2013, della avvenuta aggiudicazione della gara in favore di Storz -e reso possibile alle altre partecipanti interessate di accedere, con un link, alla determinazione di aggiudicazione nonché ai verbali delle sedute pubbliche (contenenti i punteggi assegnati alle offerte ma non anche le valutazioni effettuate sulle offerte)- solo il successivo 25 marzo 2013 ha consentito ad Edap di prendere visione anche degli ulteriori (e rilevanti) atti di gara sulla base dei quali è stata proposta l'impugnazione. Atti che Edap ha poi visionato il successivo 26 marzo.

13.2.- Correttamente, quindi, il T.A.R. ha affermato che, «in presenza di una disposizione come l'art. 120, comma 5, c.p.a. che, prevedendo per la proposizione del ricorso giurisdizionale un termine dimezzato decorrente dalla ricezione della comunicazione ex art. 79 codice appalti, riveste certamente carattere speciale ed innovativo rispetto alla disciplina ordinaria, la logica acceleratoria della normativa non può spingersi sino a negare la tempestività del ricorso in casi nei quali la mancata piena e completa conoscenza dell'aggiudicazione è esclusivamente imputabile ad una insufficiente applicazione dell'art. 79, comma 2, lett. c), da parte del soggetto appaltante, che non ha fornito tutti i dati richiesti, in violazione di disposizioni che in materia assumono una valenza decisiva per la tutela dei diritti del concorrente. In altri termini, il chiaro richiamo della norma di legge alla necessità di comunicare al soggetto non aggiudicatario "caratteristiche e vantaggi dell'offerta selezionata" costituisce un elemento essenziale proprio al fine di permettere di sindacare con completezza le scelte dell'amministrazione, con ciò logicamente facilitando o, come nel caso di specie, rendendo possibile

l'eventuale esercizio del diritto di azione giurisdizionale da esercitarsi nel termine abbreviato».

13.3.- Mentre non ha alcun rilievo, nella fattispecie, il richiamo operato dall'appellante Storz alla decisione dell'Adunanza Plenaria n. 31 del 31 luglio 2012 che ha trattato la diversa questione della rilevanza sui termini dell'impugnazione della verifica da parte della stazione appaltante di requisiti di gara in capo all'aggiudicatario in data successiva a quella di avvenuta comunicazione dell'aggiudicazione.

14.- L'appellante Storz ha poi sostenuto l'erroneità della sentenza del T.A.R. per la Lombardia anche nella parte in cui ha affermato che la Commissione giudicatrice le aveva permesso di modificare la propria offerta tecnica, all'origine carente ed erronea, senza peraltro procedere alla riformulazione dei punteggi, ed ha ribadito che non vi era una mancata corrispondenza fra l'apparecchio offerto e quelle valutato dall'apposita Commissione con l'assegnazione del relativo punteggio.

14.1.- Anche tale motivo deve essere respinto.

Emerge, infatti, dagli atti che effettivamente l'offerta tecnica di Storz risultava, per alcuni profili valutati dalla Commissione giudicatrice, erronea e contraddittoria, e risulta anche che la Commissione giudicatrice, a seguito dei rilievi formulati da Edap nell'informativa avanzata ai sensi dell'art. 243 bis del codice degli appalti, aveva consentito la modifica di alcuni profili dell'offerta tecnica di Storz, peraltro confermando il punteggio già in precedenza assegnato.

Tali elementi rendono, come affermato dal T.A.R., illegittima la valutazione effettuata sull'offerta tecnica di Storz.

Peraltro i punteggi assegnati dalla Commissione a Storz, in occasione della prova clinico pratica, sulla base delle caratteristiche dell'apparecchio testato, non appaiono (in parte) compatibili con l'offerta di Storz e con le caratteristiche illustrate nelle schede del macchinario proposto nella domanda di partecipazione alla gara.

14.2.- Né può darsi rilievo alla tesi dell'appellante secondo cui le difformità riscontrate, dovute alla presentazione di una scheda tecnica elaborata per illustrare un precedente modello di litotritore commercializzato dalla stessa ditta, non avrebbe comunque alterato le caratteristiche dell'offerta.

Infatti, l'offerta doveva essere valutata dalla apposita Commissione per come era stata presentata e sulla base, quindi, delle documentazione richiesta a pagina 19 del Capitolato di gara (caratteristiche tecniche e costruttive dell'apparecchio presentato, copia dei relativi manuali d'uso, progetto di addestramento).

Sulla base di tale documentazione, la Commissione doveva quindi procedere alla valutazione delle offerte tecniche, secondo i criteri dettati al punto 4 della parte B del Capitolato (pagg. 32 e segg.), tenendo anche conto di una prova pratica dell'apparecchiatura (prevista al punto 5 della parte B del Capitolato) che doveva evidentemente essere effettuata con il macchinario indicato nell'offerta.

15.- In conclusione, per tutti gli esposti motivi, l'appello deve essere respinto e la sentenza del T.A.R. per la Lombardia, Sede di Milano, Sezione IV, n. 2356 del 24 ottobre 2013 deve essere integralmente confermata.

16.- Le spese del grado di appello seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante Storz Medical Italia S.r.l., al pagamento di € 4.000,00 in favore della resistente Edap Technomed Italia S.r.l., per le spese e competenze del grado di appello.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 giugno 2014 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Salvatore Cacace, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere, Estensore

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/08/2014

IL SEGRETARIO

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