

Accesso libero	Abbonamenti Standard	Abbonamenti Premium	Contatti	Abbonamenti
----------------	----------------------	---------------------	----------	-------------



**TAR PUGLIA - BARI, SEZ. II - sentenza 26 giugno 2014 n. 808** - Pres. Pasca, Est. Serlenga - Abbott s.r.l. (Avv. Pinto) c. Azienda Ospedaliera Universitaria Consorziale Policlinico di Bari (Avv. Berardi) e Johnson & Johnson Medical s.p.a. (n.c.) - (accoglie).

**1. Contratti della P.A. - Bando e lettera d'invito - Innovazioni e modifiche - In pendenza del termine per la presentazione delle offerte - Senza riapertura del termine stesso e senza previa pubblicazione delle intervenute modifiche nelle medesime forme della *lex specialis* - Illegittimità.**

**2. Contratti della P.A. - Gara - Operazioni - Durata - Nel caso in cui si siano svolte nell'arco di un periodo di tempo di poco inferiore all'anno - Illegittimità.**

1. Illegittimamente la stazione appaltante modifica la *lex specialis* della gara in pendenza del termine di presentazione delle offerte, senza procedere alla riapertura del termine stesso e senza previa pubblicazione dell'intervenuta modifica nelle medesime forme; non osservando cioè un procedimento analogo a quello osservato per l'adozione dell'originaria previsione. Infatti, i principi della concorrenza e della *par condicio* escludono che, con l'istituto dei "chiarimenti" (*rectius*: con note di chiarimento delle prescrizioni di gara), possano introdursi previsioni innovative o modificative della *lex specialis*; in particolare nella specie imponendo condizioni tecniche in precedenza non indicate. Pertanto, ove la stazione appaltante intenda innovare o modificare le previsioni di gara, deve operare in autotutela e procedere alla ripubblicazione della *lex specialis* stessa, che - diversamente - resta immodificabile (1).

2. E' illegittima una procedura di evidenza pubblica (nella specie per l'affidamento di un appalto di forniture) nel caso in cui le relative operazioni di gara siano state di eccessiva durata e, in particolare, si siano svolte nell'arco di un periodo di tempo di poco inferiore all'anno. Infatti, nelle gare pubbliche, il principio della continuità e della concentrazione della gara costituiscono espressione della più generale regola della imparzialità e della *par condicio*, in quanto mirano ad assicurare l'indipendenza di giudizio di chi presiede la gara stessa ed a sottrarlo a possibili influenze esterne; principio la cui violazione comporta l'invalidità della procedura a prescindere dalla verifica delle conseguenze pratiche e che subisce eccezioni soltanto in particolari situazioni, che obiettivamente impediscano la conclusione delle operazioni di gara in una sola seduta (2).

(1) Cfr. sul punto T.A.R. Puglia - Bari, Sez. II, n. 780/2013, in *LexItalia.it*, pag. [http://www.lexitalia.it/p/13/tarpugliaba\\_2013-05-17.htm](http://www.lexitalia.it/p/13/tarpugliaba_2013-05-17.htm)

(2) Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 16 novembre 2000, n. 6128; TAR Umbria, 3 ottobre 1990, n. 348; Cons. Stato, sez. IV, 15 luglio 1992, n. 689, Cons. Stato, sez. IV, 5 ottobre 2005, n. 5360, in *LexItalia.it*, pag. [http://www.lexitalia.it/p/52/cds4\\_2005-10-05-7.htm](http://www.lexitalia.it/p/52/cds4_2005-10-05-7.htm); Id., sez. V, 3 gennaio 2002, n. 5, *ivi*, pag. [http://www.lexitalia.it/private/cds/cds5\\_2002-01-03-1.htm](http://www.lexitalia.it/private/cds/cds5_2002-01-03-1.htm)

N. 00808/2014 REG.PROV.COLL.

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia**

**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 666 del 2013, integrato da motivi aggiunti, proposto da: Abbott s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Ferdinando Pinto, con domicilio presso Segreteria T.A.R. Puglia in Bari, alla piazza Massari;

***contro***

Azienda Ospedaliera Universitaria Consorziata Policlinico di Bari, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Michele Berardi, con domicilio presso Segreteria T.A.R. Puglia in Bari, alla piazza Massari;

***nei confronti di***

Soc. Johnson & Johnson Medical s.p.a.;

***- della deliberazione del Direttore Generale dell'Azienda Ospedaliero Universitaria Consorziata Policlinico di Bari n. 366 dell'8.4.2013;***

- della deliberazione del Direttore Generale dell'Azienda Ospedaliero Universitaria Consorziata Policlinico di Bari n. 686 del 14.6.2012;

- della nota prot. n. 90/12/PC del 12.6.2012;

- di tutti i verbali di gara, tra i quali i verbali di valutazione della congruità delle offerte del 2.11.2012, 29.11.2012, 6.12.2012, 6.2.2013, 8.1.2013 e 25.2.2013;

- dei chiarimenti pubblicati solo sul sito dell'Azienda Ospedaliera;

- della deliberazione del Direttore Generale n. 984 del 13.8.2012;

- del bando di gara concernente l'indizione della "Procedura aperta per la fornitura di sistemi diagnostici per il Laboratorio di patologia clinica universitaria, immunoematologia e trasfusionale, microbiologia e virologia ed il Laboratorio presso lo Stabilimento Giovanni XXIII" inviato in data 21.5.2012 per la pubblicazione sulla G.U.E. con n. 2012/S-97- 161666 e pubblicato sulla G.U.R.I. in data 25.5.2012;

- del disciplinare di gara e relativi Allegati I, II A, II B, II C, III, nonché della scheda informazioni tecniche, fac-simile offerta economica 1 di 2, fac-simile offerta economica 2 di 2;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale in quanto lesivo degli interessi della ricorrente;

nonché

per la declaratoria di inefficacia del contratto nelle more eventualmente stipulato;

e, con motivi aggiunti depositati il 20 Settembre 2013, per l'annullamento:

-della deliberazione del Direttore Generale dell'Azienda Ospedaliera Universitaria Consorziata Policlinico di Bari n. 699 del 26.6.2013;

-di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale in quanto lesivo degli interessi della ricorrente;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera Universitaria Consorziata Policlinico di Bari;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 120, co. 9, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 febbraio 2014 la dott.ssa Giacinta Serlenga e uditi per le parti i difensori avv.ti Ferdinando Pinto e Michele Berardi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### **FATTO e DIRITTO**

1.- Il gravame in epigrafe è diretto a contestare gli atti della gara esperita dall'Azienda ospedaliero universitaria consorziale policlinico di Bari per la fornitura di sistemi diagnostici per i laboratori di patologia clinica universitaria, immunoematologia e trasfusionale, microbiologia e virologia e per il laboratorio Stabilimento Giovanni XXIII; procedura suddivisa in nove lotti da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art.83 del d.lgs. n. 163/06 , fatta eccezione per il n.4 da assegnarsi con il criterio del prezzo più basso.

I requisiti minimi dei prodotti oggetto dell'affidamento e la relativa griglia dei punteggi erano stati specificati nell'allegato III al disciplinare; senonché, in pendenza del termine di presentazione delle offerte, l'allegato in questione è stato modificato con riferimento all'individuazione dei requisiti minimi dei prodotti oggetto dei lotti 1 e 2, giusta deliberazione del Direttore generale n. 686 del 14.6.2012, adducendo la necessità di "*favorire la massima partecipazione delle ditte partecipanti*", sulla scorta di un parere reso dal Direttore dell'U.O. di Patologia clinica universitaria con nota prot. n. 90/12/PC del 12.6.2012, poi nominato Presidente della Commissione.

Più precisamente, laddove l'originaria *lex specialis* aveva previsto che i reagenti forniti fossero "*pronti all'uso*", in sede di modifica se ne è consentita la sostituzione con reagenti soltanto "*di semplice e rapida costituzione purché quest'ultima pratica non ecceda numericamente la determinazione di un solo analita*".

Secondo l'interpretazione fornita dalla società ricorrente, la modifica in questione avrebbe sostanzialmente consentito la possibilità di fornire prodotti tecnologicamente meno avanzati rispetto a quelli originariamente richiesti, determinando l'abbassamento del livello qualitativo dei prodotti oggetto dell'affidamento.

Con atto prodotto in data 11 giugno 2013, si è costituita in giudizio l'Azienda ospedaliero universitaria resistente eccependo la tardività del gravame, oltre che la sua infondatezza,

chiedendone la reiezione.

In seguito, con atto di motivi aggiunti in data 23 luglio 2013, la ricorrente ha esteso cautelativamente l'impugnazione –per illegittimità derivata da quella degli atti impugnati con il ricorso introduttivo- alla deliberazione del Direttore generale n. 699 del 26.6.2013, con cui è stata disposta la contrattualizzazione del lotto n. 1 in favore dell'aggiudicataria Johnson & Johnson, pur dando atto della clausola espressa di risoluzione apposta al contratto in parola per l'ipotesi di accoglimento del gravame.

All'udienza del 27 febbraio 2014 la causa è stata trattenuta in decisione.

2.- In via preliminare vanno esaminate e respinte le eccezioni preliminari formulate dall'Amministrazione resistente, la quale rileva la tardività dell'impugnazione sotto due distinti profili: rispetto alla definizione della graduatoria delle offerte riconducibile alla seduta del 24 settembre 2012 e rispetto alla deliberazione del Direttore generale del 14.6.2012, recante le impugnature modifiche alla *lex* di gara. Il gravame risulta, invero, notificato in data 10 maggio 2013.

Quanto al primo profilo sia sufficiente rinviare alla motivazione del provvedimento cautelare emesso in corso di causa (ordinanza n. 320/2013), nel quale si è fatto rilevare il carattere meramente provvisorio dell'esito della gara come emerso nella richiamata seduta del 24 settembre. L'impugnazione è invece tempestiva rispetto all'aggiudicazione definitiva, comunicata alla ricorrente in data 10 aprile 2013. Di qui l'infondatezza della prima eccezione.

Quanto al secondo profilo, deve rimarcarsi che gli impugnati chiarimenti non possono annoverarsi tra le clausole di gara immediatamente escludenti con conseguente onere di immediata impugnazione, secondo la tesi prospettata dalla difesa dell'Amministrazione, incidendo gli stessi piuttosto sulla convenienza dell'offerta rispetto a quella delle altre concorrenti ammesse in gara in virtù dell'intervenuta modifica del bando che sulla possibilità di partecipazione alla gara stessa da parte dell'odierna ricorrente.

Ciò stante, la lesione non può che essersi prodotta all'atto dell'aggiudicazione. Di qui la tempestività dell'azione proposta.

3.- Venendo al merito della controversia, appaiono fondati i motivi di ricorso articolati sub 1 e 3.

3.1.- Con il primo motivo del ricorso introduttivo (riprodotto sub 2 nell'atto di motivi aggiunti), la società ricorrente deduce l'illegittimità della scelta di modificare la *lex* di gara in pendenza del termine di presentazione delle offerte, senza riapertura del termine stesso e senza previa pubblicazione dell'intervenuta modifica nelle medesime forme; non osservando cioè un procedimento analogo a quello osservato per l'adozione dell'originaria previsione.

La censura è fondata.

I principi della concorrenza e della *par condicio* escludono che, con l'istituto dei "chiarimenti" (*rectius*: con note di chiarimento delle prescrizioni di gara), possano introdursi previsioni innovative o modificative della *lex specialis*; in particolare –per quel che qui rileva- imponendo condizioni tecniche in precedenza non indicate. Pertanto, ove la stazione appaltante intenda innovare o modificare le previsioni di gara, deve operare in autotutela e procedere alla ripubblicazione della *lex specialis* stessa, che -diversamente- resta imm modificabile (cfr. sul punto il precedente di questa Sezione n. 780/2013).

Solo così operando, invero, si consente al meccanismo concorrenziale un corretto funzionamento, consentendo alle imprese che abbiano già presentato l'offerta di riformularla e a chi vi abbia interesse di valutare l'opportunità di partecipare alla gara sulla scorta delle nuove regole.

Nella fattispecie, i chiarimenti non sono stati sottoposti alle stesse forme di pubblicità del bando,

essendo stati pubblicati in via esclusiva sul sito dell'Azienda ospedaliera; né si è proceduto alla riapertura dei termini di presentazione delle domande, in considerazione delle modifiche intervenute.

3.2.- Fondato appare poi anche il terzo motivo del ricorso introduttivo (riprodotto sub 4 nell'atto di motivi aggiunti), con il quale la società ricorrente lamenta l'eccessiva durata delle operazioni di gara, svoltesi nell'arco di un periodo di poco inferiore all'anno (dal maggio 2012 al 10 aprile 2013).

A sostegno dell'assunto, richiama un recente precedente della prima Sezione di questo tribunale (la sentenza n. 244/2010) che si rivela in linea con la posizione di tutta la più recente giurisprudenza secondo cui, nelle gare pubbliche, il principio della continuità e della concentrazione della gara costituiscono espressione della più generale regola della imparzialità e della *par condicio*, in quanto mirano ad assicurare l'indipendenza di giudizio di chi presiede la gara stessa ed a sottrarlo a possibili influenze esterne (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 16 novembre 2000 n. 6128; TAR Umbria, 3 ottobre 1990 n. 348); principio la cui violazione comporta l'invalidità della procedura a prescindere dalla verifica delle conseguenze pratiche (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 15 luglio 1992 n. 689) e che subisce eccezioni soltanto in particolari situazioni, che obiettivamente impediscano la conclusione delle operazioni di gara in una sola seduta (Cons. Stato, sez. IV, 5 ottobre 2005 n. 5360; Id., sez. V, 3 gennaio 2002 n. 5).

Nella fattispecie, considerate le concrete modalità di svolgimento i principi di continuità e concentrazione appaiono in effetti compromessi.

4.- In sintesi, assorbita ogni altra censura, il gravame va accolto e l'Amministrazione resistente condannata a rifondere le spese di causa alla società ricorrente, come liquidate in dispositivo.

#### **P.Q.M.**

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti di gara relativi al lotto n.1 ad eccezione del bando e del disciplinare e dichiara l'inefficacia del contratto stipulato.

Compensa le spese di giudizio nei confronti della società controinteressata e condanna l'Amministrazione intimata alla rifusione in favore della società ricorrente della somma pari a €.2.500,00 (duemilacinquecento/00), oltre accessori di legge e importo del contributo unificato effettivamente versato.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 27 febbraio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Pasca, Presidente

Giacinta Serlenga, Primo Referendario, Estensore

Flavia Risso, Referendario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA il 26/06/2014.



**\* Inizio pagina**