

N. 01250/2011 REG.PROV.COLL.
N. 00058/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 58 del 2011, proposto da:

Diapath s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Luciano Pennacchio, con domicilio eletto presso Orazio Rizzo in Bari, via Arcivescovo Vaccaro, 15;

contro

Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Bari, rappresentata e difesa dall'avv. Gaetano Caputo, con domicilio eletto presso Gaetano Caputo in Bari, Lungomare Starita, 6;

nei confronti di

Chemie s.a.s., rappresentata e difesa dall'avv. Maria Benedetto, con domicilio eletto presso Maria Benedetto in Bari, via Sparano, 82;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

- della Determinazione Dirigenziale n. 19119 del 3.12.2010, a firma del Dirigente della Struttura Operativa "Area Gestione Patrimonio" dell'Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Bari, con la quale è stata definitivamente aggiudicata alla Ditta Chemie s.a.s. la "Fornitura di beni e

servizi connessi, occorrenti al completamento dell'U.O. Anatomia Patologica presso il P.O. "San Paolo" di Bari. Arredi tecnici per Laboratorio Analisi - Lotto n. 2";

- della nota a firma congiunta del Dirigente del U.O.S. Appalti e Contratti e del Direttore Area Gestione Patrimonio dell'Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Bari del 9.12.2010, prot. n. 214269 con la quale ai sensi dell'art. 79, comma 5 dlgs n. 163/2006 è stato comunicato alla ricorrente l'esito della gara;

- dei verbali di gara dell'8.7.2010 e del 22.11.2010 con tutti i relativi allegati e, precipuamente, la scheda di verifica di conformità ed equivalenza tecnica e merceologica, nella parte in cui hanno ritenuto ammissibile l'offerta della Chemie s.a.s., proceduto alla ridefinizione delle offerte economiche ed aggiudicato la gara;

- del parere del 4.11.2010 del prof. Zito - Direttore dell'U.O.C. Anatomia Patologica, posto in calce alla nota del Direttore dell'Area Gestione Patrimonio prot. n. 192867/UORS del 4.11.2010, nella parte in cui ritiene il prodotto offerto dalla Chemie s.a.s. conforme ai requisiti tecnici di cui alla lettera d'invito e, dunque, idoneo all'uso;

- della lettera d'invito dell'11.6.2010, prot. n. 111635/UOR5, successivamente integrata con nota prot. n. 115487/UOR5 del 18.6.2010, e relativi allegati, nella parte in cui, eventualmente, consentano l'attuata procedura di ridefinizione delle offerte economiche;

nonché per il riconoscimento del diritto della ricorrente a subentrare nell'appalto conseguito dalla Chemie s.a.s., previa declaratoria di inefficacia del contratto, ove *medio tempore* stipulato, in uno al conseguimento del risarcimento di tutti i danni subiti;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Bari e di Chemie s.a.s.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 giugno 2011 il dott. Francesco Cocomile e uditi per le parti i difensori avv.ti Luciano Pennacchio, Gaetano Caputo e Maria Benedetto;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

Con lettera d'invito dell'11.6.2010 prot. n. 111635/UOR5, successivamente integrata con nota prot. n. 115487/UOR5 del 18.6.2010, l'Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Bari bandiva una gara per "la fornitura di beni e servizi connessi occorrenti al completamento dell'allestimento dell'U.O. di Anatomia Patologica presso il P.O. San Paolo di Bari - Arredi tecnici per laboratorio analisi", gara da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso.

In particolare l'odierna ricorrente Diapath s.p.a. presentava la propria offerta unicamente per il lotto n. 2 "Armadio aspirato per stoccaggio pezzi operatori", classificandosi al secondo posto.

La Diapath s.p.a. contesta in questa sede l'aggiudicazione definitiva del menzionato lotto n. 2 in favore della controinteressata Chemie s.a.s. e gli atti di gara in epigrafe indicati.

Chiede, altresì, il riconoscimento del diritto a subentrare nell'appalto conseguito dalla Chemie s.a.s., previa declaratoria di inefficacia del contratto, ove *medio tempore* stipulato, in uno al conseguimento del risarcimento di tutti i danni subiti.

Evidenzia parte ricorrente, tra i motivi di ricorso, che la stazione appaltante ha proceduto ad una illegittima ridefinizione dei valori d'offerta; che ciò ha consentito il passaggio della propria offerta da €. 33.050,00 ad €. 34.572,50 (incremento verso l'alto) e dell'offerta originaria della controinteressata (peraltro anormalmente bassa) da €. 17.106,00 ad €. 32.154,00 e quindi la

prevalenza dell'offerta della Chemie; che comunque l'offerta della controinteressata andava sottoposta a verifica di anomalia.

Rileva altresì la Diapath s.p.a. che l'artificiosa modifica/integrazione delle offerte operata dalla stazione appaltante è illegittima in forza del principio di immodificabilità delle offerte di gara posto a tutela della *par condicio* dei concorrenti.

Si costituivano l'ASL Bari e la controinteressata Chemie s.a.s., deducendo l'infondatezza del ricorso.

Ciò premesso in punto di fatto, ritiene questo Collegio che il ricorso sia fondato.

Invero, come correttamente rilevato da parte ricorrente, la ridefinizione dei valori delle offerte operata dalla stazione appaltante nel corso della procedura di gara in esame, avendo comportato una artificiosa modifica delle offerte presentate, deve considerarsi illegittima in quanto violativa del principio di *par condicio* dei concorrenti.

Come chiarito a tal riguardo da Cons. Stato, Sez. V, 11 maggio 2009, n. 2882 "... al pari di qualsiasi altro contraente, allorché si rivolge al mercato (impegnandosi nei confronti dei soggetti che vi operano) la pubblica amministrazione deve aver preventivamente chiarito l'ambito dei bisogni da soddisfare. Ciò tanto più ove si consideri che il meccanismo privilegiato di scelta del contraente (la gara aperta) non consente aggiustamenti della domanda nel corso della procedura ed è anzi presidiato dal principio di immodificabilità dell'offerta, che ovviamente presuppone altrettanta tendenziale rigidità sul piano della domanda. ...".

Del resto, la stessa amministrazione ammette a pag. 3 della memoria depositata in data 11 giugno 2011 di aver rivalutato (e quindi "normalizzato") le offerte secondo il criterio del prezzo più vantaggioso in termini qualitativi e quantitativi, al fine di renderle omogenee e di evitare l'esclusione di entrambe le partecipanti alla gara (con la conseguenziale

necessità della non conveniente - secondo la prospettazione di parte resistente - ripetizione integrale della procedura).

Tutto ciò è illegittimo in quanto la *lex specialis* di gara contempla espressamente quale criterio di aggiudicazione quello del prezzo più basso, non già quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Peraltro, il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa implica la necessità per il seggio di gara di compiere valutazioni tecnico-discrezionali in ordine alla bontà delle offerte, valutazioni che sono viceversa precluse nel caso in cui la legge di gara preveda il criterio "automatico" di aggiudicazione del prezzo più basso.

Conseguentemente la cd. "normalizzazione" delle offerte operata nella presente fattispecie dalla Commissione di gara rappresenta una non dovuta valutazione tecnico-discrezionale, sul piano qualitativo e quantitativo, delle offerte proposte che in base alla *lex specialis* di gara andavano considerate unicamente alla luce del parametro del prezzo più basso.

A tal riguardo, si rammenta che il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e quello del prezzo più basso costituiscono sistemi di aggiudicazione ontologicamente distinti, sì da comportare una differente disciplina di gara, la quale trova giustificazione nel fatto che l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa implica - come detto - l'esercizio di un adeguato potere di scelta tecnico-discrezionale, mentre al criterio del prezzo più basso consegue una scelta di carattere sostanzialmente automatico da effettuare mediante il mero utilizzo dei tassativi parametri prescritti dal *lex specialis* di gara.

Dalle considerazioni espresse in precedenza discende l'accoglimento del ricorso e, per l'effetto, l'annullamento degli atti impugnati.

Ogni altra censura formulata da parte ricorrente resta assorbita.

Deve, infine, essere disattesa la domanda, avanzata dalla Diapath, finalizzata al riconoscimento del diritto al subentro nell'appalto conseguito

dalla Chemie s.a.s., previa declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato, dovendo la procedura di gara per cui è causa ripartire dalla valutazione delle offerte delle partecipanti come originariamente formulate.

Peraltro, non risulta dagli atti del presente giudizio che detto contratto sia stato stipulato.

Anche la domanda della ricorrente diretta ad ottenere la condanna della ASL Bari al risarcimento di tutti i danni subiti non può trovare accoglimento, tenuto conto del fatto che la procedura di gara deve ripartire dal vaglio delle offerte e che allo stato non è dato sapere quante *chance* di aggiudicazione avrà la Diapath.

Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sede di Bari, Sez. I, definitivamente pronunciando sul ricorso come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Condanna la Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Bari al pagamento delle spese di giudizio in favore della ricorrente Diapath s.p.a., liquidate in complessivi €. 2.000,00, oltre accessori come per legge.

Condanna la Chemie s.a.s. al pagamento delle spese di giudizio in favore della ricorrente Diapath s.p.a., liquidate in complessivi €. 2.000,00, oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 22 giugno 2011 con l'intervento dei magistrati:

Corrado Allegretta, Presidente

Giuseppina Adamo, Consigliere

Francesco Cocomile, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/08/2011

IL SEGRETARIO

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