

## **Impugnazione facoltativa dell'aggiudicazione provvisoria: preclusioni nella successiva impugnazione dell'aggiudicazione definitiva**

*di Marcello Fortunato*

*Data di pubblicazione: 23-7-2016*

1. In tema di appalti, la parte che sceglie la via dell'immediata contestazione dell'aggiudicazione provvisoria è comunque tenuta a rispettare il termine perentorio di impugnativa e, pertanto, ha l'onere di dedurre, nei confronti degli atti conosciuti al momento della proposizione del ricorso, diretto contro l'aggiudicazione provvisoria, tutti i motivi di doglianza. Con la conseguenza che, in occasione dell'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, la parte ricorrente non potrà dedurre contro gli atti indittivi ulteriori motivi che avrebbe potuto proporre in precedenza (1).

2. Il perimetro delle censure indirizzabili contro l'aggiudicazione definitiva - quando sia stata già impugnata quella provvisoria - si riduce agli eventuali vizi propri di detto ultimo atto o, al più, ai vizi di diversi atti del procedimento sopravvenuti all'aggiudicazione provvisoria.

3. In occasione dell'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, la parte che abbia già proposto ricorso contro quella provvisoria potrà dedurre anche motivi relativi agli atti già avversati, ma alla sola condizione che siffatti ulteriori motivi trovino giustificazione e fondamento in circostanze non precedentemente conosciute.

*(1) Precedenti conformi: Consiglio di Stato - Sez. IV, 7 novembre 2014, n. 5497; Cons. Giust. Amm., 28 luglio 2011, n. 519.*

### **[Guida alla lettura](#)**

La sentenza sopra riportata affronta il tema della proposizione facoltativa del ricorso avverso l'aggiudicazione provvisoria, alla quale deve seguire, necessariamente, a pena di improcedibilità del ricorso introduttivo, l'impugnazione della successiva ed eventuale aggiudicazione definitiva.

In proposito, il T.A.R. ha sancito i seguenti principi:

- la parte che sceglie la via dell'immediata contestazione dell'aggiudicazione provvisoria è comunque tenuta a rispettare il termine perentorio di impugnativa e, pertanto, ha l'onere di dedurre, nei confronti degli atti conosciuti al momento della proposizione del ricorso diretto contro l'aggiudicazione provvisoria, tutti i motivi di doglianza. Da ciò discende che, in occasione dell'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, la parte ricorrente non potrà dedurre contro gli atti indittivi ulteriori motivi che avrebbe potuto proporre in precedenza;

- in tale ipotesi, il perimetro delle censure indirizzabili contro l'aggiudicazione definitiva si riduce pertanto agli eventuali vizi propri di detto ultimo atto o, al più, ai vizi di diversi atti del procedimento sopravvenuti all'aggiudicazione provvisoria. In occasione dell'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, la parte che abbia già proposto ricorso contro quella provvisoria potrà inoltre dedurre anche motivi relativi agli atti già avversati, ma alla sola condizione che siffatti ulteriori motivi trovino giustificazione e fondamento in circostanze non precedentemente conosciute.

La ricostruzione offerta dal T.A.R. muove dal presupposto di evitare strategie defensionali dilatorie, miranti a parcellizzare le impugnazioni proponendo in via differita motivi di censura che avrebbero potuto essere prospettati immediatamente, e nasce dalla constatazione che, eletta la (facoltativa) via di gravare immediatamente l'aggiudicazione provvisoria, non v'è ragione alcuna di consentire all'impugnante la possibilità di postergare ad un momento successivo (quello dei motivi aggiunti volti a gravare l'aggiudicazione definitiva) censure già precedentemente proponibili.

La facoltatività riguarda l'*an* della proposizione del gravame avverso l'aggiudicazione provvisoria. Esercitata tale facoltà, l'impugnazione non si sottrae ai principi ordinari in tema di impugnazione degli atti amministrativi.

Tale pronuncia, la quale fa propri i principi già sanciti da alcune decisioni del G.A. (Consiglio di Stato - Sez. IV, 7 novembre 2014, n. 5497; Cons. Giust. Amm., 28 luglio 2011, n. 519), chiarisce ulteriormente che l'accesso alla facoltà di impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria consuma il potere impugnatorio in relazione all'articolazione delle censure, fatti salvi, avverso l'aggiudicazione definitiva, i soli vizi propri e/o le censure non conosciute o non conoscibili.

**sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1144 del 2016, proposto da:

Olympus Italia s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Perani, Gioacchino Fabio Bifulco e Pietro Ferrario, con domicilio eletto presso l'avv. Gioacchino Fabio Bifulco in Salerno, via Paolo De Granita n. 2;

***contro***

Azienda Sanitaria Locale di Salerno, rappresentata e difesa dall'avvocato Walter Maria Ramunni, con domicilio eletto in Salerno, via Nizza n. 146;

***nei confronti di***

Riab Endomedica s.p.a., non costituita in giudizio;

***per l'annullamento***

della deliberazione n. 403 del 4 maggio 2016, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva a Riab della "procedura aperta per l'affidamento del noleggio operativo quinquennale di attrezzature di endoscopia diagnostica per la U.O. di Gastroenterologia del P.O. di Vallo della Lucania, di tutti gli atti connessi e presupposti

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale di Salerno;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 5 luglio 2016 il dott. Ezio Fedullo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Premesso che, mediante il ricorso in esame, è impugnata la deliberazione con la quale la

stazione appaltante ha provveduto ad aggiudicare definitivamente la gara *de qua* all'impresa controinteressata, e che il ricorso n. 2862/2015, proposto dall'odierna ricorrente avverso il provvedimento di aggiudicazione provvisoria a favore della medesima controinteressata, è stato respinto da questo Tribunale con la sentenza n. 252 del 25 gennaio 2016;

Evidenziato che, in tema di rapporti processuali tra l'impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria e di quella definitiva, il giudice di appello, con la sentenza della Sezione IV, n. 5497 del 7 novembre 2014, ha enunciato i seguenti principi, cui questo Tribunale ritiene di aderire:

- la parte che sceglie la via dell'immediata contestazione dell'aggiudicazione provvisoria è comunque tenuta a rispettare il termine perentorio di impugnativa e, pertanto, ha l'onere di dedurre, nei confronti degli atti conosciuti al momento della proposizione del ricorso diretto contro l'aggiudicazione provvisoria, tutti i motivi di doglianza. Da ciò discende che, in occasione dell'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, la parte ricorrente non potrà dedurre contro gli atti indittivi ulteriori motivi che avrebbe potuto proporre in precedenza;

- il perimetro delle censure indirizzabili contro l'aggiudicazione definitiva - quando, si ribadisce, sia stata già impugnata quella provvisoria - si riduce pertanto agli eventuali vizi propri di detto ultimo atto o, al più, ai vizi di diversi atti del procedimento sopravvenuti all'aggiudicazione provvisoria. In occasione dell'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, la parte che abbia già proposto ricorso contro quella provvisoria potrà inoltre dedurre anche motivi relativi agli atti già avversati, ma alla sola condizione che siffatti ulteriori motivi trovino giustificazione e fondamento in circostanze non precedentemente conosciute;

- tale condivisibile principio tende ad evitare strategie defensionali dilatorie, miranti a parcellizzare le impugnazioni proponendo in via differita motivi di censura che avrebbero potuto essere prospettati immediatamente, e nasce dalla constatazione che, eletta la (facoltativa) via di gravare immediatamente l'aggiudicazione provvisoria, non v'è ragione alcuna di consentire all'impugnante la possibilità di postergare ad un momento successivo (quello dei motivi aggiunti volti a gravare l'aggiudicazione definitiva censure già precedentemente proponibili);

- la facoltatività riguarda l'*an* della proposizione del gravame avverso l'aggiudicazione provvisoria. Eletta detta via, l'impugnazione non si sottrae agli ordinari principi e la parte impugnante deve proporre in detta sede tutte le censure conosciute/conoscibili, non potendo differirne la proposizione al successivo momento del gravame avverso l'aggiudicazione definitiva;

Rilevato, alla luce dei principi surrichiamati, che non si sottraggono alla preclusione derivante dalla già avvenuta impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria le seguenti censure, prospettate in via innovativa in sede di impugnazione, con il ricorso in esame, dell'aggiudicazione definitiva e fondate su circostanze già conosciute e/o conoscibili dalla parte ricorrente al momento della proposizione del gravame avverso il provvedimento di aggiudicazione provvisoria:

- non rileva, al fine di giustificare l'ammissione dell'impresa controinteressata alla gara

benché abbia proposto un videocolonscopio pediatrico privo delle caratteristiche dimensionali prescritte dal capitolato speciale di appalto, la previsione del capitolato (pag. 5) secondo cui “tutte le misure relative ai diametri dei tubi di inserzione e canali operativi, agli angoli di visione e alle angolazioni dei movimenti sono da considerarsi indicativi. Saranno valutate ai fini delle applicazioni terapeutiche”, trovando essa applicazione solo con riferimento ai prodotti appartenenti alla medesima categoria, finendo altrimenti per vanificare le altre previsioni della *lex specialis*, come quelle che richiedono di offrire prodotti distinti, come il videocolonscopio per adulti e quello pediatrico;

- in ogni caso, la previsione secondo la quale le misure “saranno valutate ai fini delle applicazioni terapeutiche” imponeva comunque di rilevare che il videocolonscopio pediatrico ha una finalità ed una applicazione terapeutica diverse da quelle che caratterizzano il videocolonscopio per adulti;

- qualora poi la suddetta disposizione venga intesa come clausola di equivalenza, deve rilevarsi che, qualora i concorrenti offrano prodotti non rispondenti alle specifiche tecniche richieste, ritenendoli equivalenti a quelli oggetto di gara, devono presentare alla stazione appaltante una dichiarazione di equivalenza e gli elementi a dimostrazione della medesima equivalenza, come previsto dall'art. 68, comma 4, d.lvo n. 163/2006, mentre nulla di tutto ciò è stato prodotto dalla aggiudicataria;

- la stazione appaltante ha comunque omesso di formulare un giudizio di equivalenza né ha effettuato una prova pratica degli strumenti offerti;

- la Commissione ha omesso di indicare le ragioni sottese all'attribuzione del punteggio massimo all'impresa aggiudicataria, pur carente della indicazione del videocolonscopio pediatrico, benché l'obbligo di motivazione fosse previsto dall'art. 8 del disciplinare di gara; essa inoltre non ha motivato le ragioni dell'attribuzione alla ricorrente di un punteggio inferiore a quello massimo, attribuito invece alla aggiudicataria, non avendo eseguito alcuna prova pratica a supporto dell'assegnazione dei suddetti punteggi; in subordine, si impugnano il disciplinare di gara e il capitolato speciale di appalto nella parte in cui non prevedono l'effettuazione di una prova pratica;

- se, come affermato dal T.A.R., il riferimento alle sole sonde in sede di “valutazione dell'intera gamma di endoscopi utilizzabili” avesse carattere meramente esemplificativo e, quindi, la Commissione avesse in realtà considerato l'intera gamma degli endoscopi utilizzabili, allora non avrebbe dovuto essere attribuito alla aggiudicataria il coefficiente di 1, in quanto essa non ha offerto il videocolonscopio pediatrico o, in ogni caso, non ne ha offerto uno conforme alle specifiche tecniche di cui al capitolato;

Considerato invece, quanto alla censure già proposte in sede di impugnazione, con il citato ricorso n. 2862/2015, del provvedimento di aggiudicazione provvisoria e di seguito riassunte, che, sebbene siano articolate in forma più ampia rispetto alla loro deduzione originaria, il Tribunale non ravvisa alcuna ragione di discostarsi dalla conclusione reiettiva cui è pervenuto con la sentenza n. 252/2016:

- sebbene tra gli strumenti che la stazione appaltante intendeva acquistare vi fosse sia un videocolonscopio ad alta definizione medio o lungo, ovvero per adulti, sia un videocolonscopio ad alta definizione pediatrico, nonché il servizio di assistenza tecnica e la garanzia *full risk* delle apparecchiature proposte, l'aggiudicataria ha omesso di indicare il videocolonscopio ad alta definizione pediatrico, nonostante fosse previsto a pena di esclusione dalla *lex specialis*: i due tipi di videocolonscopio si differenziano, in particolare, per il diverso diametro del tubo di inserzione (uguale o minore di 12.8 mm. per quello per adulti e uguale o minore di 11.5 mm per quello pediatrico) e per la diversa dimensione del canale operativo (uguale o maggiore di 3.7 mm. per quello per adulti e uguale o maggiore di 3.2 mm per quello pediatrico); l'aggiudicataria ha in particolare offerto due videocolonscopi aventi lo stesso codice identificativo e le medesime caratteristiche, in particolare lo stesso diametro (12 mm.) del tubo di inserzione;

- a seguito della comunicazione di Riab con la quale si rappresentava di aver inserito la documentazione relativa alla garanzia *full risk* ed al servizio di assistenza tecnica nella busta contenente l'offerta economica anziché, come prescritto dagli artt. 4 e 5 del disciplinare di gara, nella busta tecnica, la stazione appaltante, con nota n. 223800 dell'11.11.2015, autorizzava la stessa a consegnare in un plico separato la suddetta documentazione, senza che fosse ravvisabile alcuna "dubbia formulazione" della *lex specialis* in ordine alle modalità di compilazione dell'offerta, che potesse giustificare il suddetto errore, come affermato dalla aggiudicataria: non si comprende come la stazione appaltante abbia potuto ritenere giustificato tale errore e come abbia potuto ritenere che l'assistenza tecnica non costituisca un elemento relativo all'offerta tecnica, tenuto conto che la stessa era un elemento espressamente indicato nel capitolato speciale tra quelli oggetto di valutazione del parametro "qualità". L'aggiudicataria doveva quindi essere esclusa per aver consegnato un'offerta tecnica prima di uno degli elementi essenziali previsti dal capitolato speciale (ovvero la documentazione inerente alla descrizione del servizio di assistenza tecnica) e pertanto incompleta e non conforme alla legge di gara; la stazione appaltante ha invece consentito all'aggiudicataria di integrare la propria offerta in corso di gara, in violazione del principio di immodificabilità delle offerte una volta scaduto il termine di presentazione e nonostante il divieto, previsto dal disciplinare di gara, di effettuare "a qualsiasi titolo, integrazioni e/o modificazioni dell'offerta" (art. 8, pag. 6), né poteva applicarsi il meccanismo del cd. soccorso istruttorio, che non riguarda i casi di difformità delle offerte tecniche ed economiche a quanto previsto dalla *lex specialis*;

- quanto alle modalità di valutazione delle offerte e di attribuzione dei punteggi, la Commissione non ha rispettato le prescrizioni dettate al riguardo dal capitolato speciale: questo, con riferimento al criterio "qualità", prevedeva 4 sub-criteri di valutazione con l'attribuzione di un totale di punti 40, così suddivisi: 1) massimo 15 punti per le "caratteristiche tecniche delle apparecchiature"; 2) massimo 4 punti per le "caratteristiche di ergonomia e praticità nell'utilizzo"; 3) massimo 15 punti per la "valutazione dell'intera gamma di videoendoscopi utilizzabili", 4) massimo 6 punti per le "caratteristiche del servizio di assistenza tecnica"; la Commissione invece, anziché esprimere un unico complessivo giudizio per ciascuno dei suddetti 4 sub-criteri, come previsto dal capitolato, ha introdotto illegittimamente ulteriori sub-criteri non previsti dalla legge di gara, assegnando, conseguentemente, ulteriori ed altrettanti giudizi e coefficienti;

- in considerazione della non conformità dell'offerta della aggiudicataria, la quale non ha offerto il videocolonscopio pediatrico, la Commissione avrebbe dovuto attribuire un punteggio notevolmente inferiore e certamente non il massimo in relazione ai subcriteri “caratteristiche tecniche delle apparecchiature”, “caratteristiche di ergonomia e praticità nell'utilizzo” e “valutazione dell'intera gamma di videoendoscopi utilizzabili”;

- la Commissione ha erroneamente indicato che il canale *waterjet* supplementare era mancante negli strumenti offerti dalla ricorrente (modelli GIF-H190, GIF-1TH190, CF-H185 e CF-H190), mentre tali prodotti sono dotati del canale in questione, come risulta dalle relative schede tecniche presentate in sede di gara;

- la Commissione, in merito alla voce “caratteristiche di ergonomia e praticità nell'utilizzo”, non ha effettuato alcuna prova pratica, al fine di attribuire il relativo punteggio ai concorrenti;

- la Commissione ha applicato due diversi metodi di calcolo dei punti per la ricorrente e per l'aggiudicataria: infatti essa, per il criterio “caratteristiche tecniche delle apparecchiature”, ha attribuito alla aggiudicataria 15 punti, calcolati moltiplicando il coefficiente dalla stessa attribuito a ciascuno dei 14 nuovi ed illegittimi sub-criteri (ovvero 1) per 15 (ovvero il punteggio massimo previsto per il criterio in questione), mentre alla ricorrente la Commissione ha assegnato 10 punti sulla base della sommatoria dei 14 diversi coefficienti attribuiti ai 14 nuovi sub-criteri dalla stessa introdotti, mentre il capitolato stabiliva che il punteggio per ciascuno dei 4 sub-criteri dallo stesso individuati fosse determinato moltiplicando il coefficiente (attribuito in base al giudizio espresso) per i punti massimi previsti per il relativo criterio;

- alla ricorrente sono stati assegnati quanto alle “caratteristiche di ergonomia e praticità nell'utilizzo” solo 1.50 punti, anziché 3, ovvero pari al coefficiente 0,75 per il punteggio massimo di 4 punti; quanto alla “valutazione dell'intera gamma degli endoscopi utilizzabili”, solo 10 punti anziché 11,25 (ovvero, pari al coefficiente 0,75 per il punteggio massimo di 15 punti), mentre alla aggiudicataria sono stati assegnati, rispettivamente, 4 punti e 15 punti; in ogni caso, la Commissione non ha motivato in ordine alla attribuzione alla ricorrente di soli 3 punti, ed alla aggiudicataria di 4, nonostante la difformità dell'offerta da questa presentata;

- la Commissione ha attribuito il coefficiente 1 alla aggiudicataria in relazione alla voce videocolonscopio pediatrico, sebbene tale strumento non sia stato offerto da essa, mentre ha attribuito al videocolonscopio offerto dalla ricorrente solo il coefficiente di 0,75, nonostante la sua rispondenza alla legge di gara, ed ha erroneamente indicato che il canale *waterjet* supplementare era mancante negli strumenti offerti dalla ricorrente, con la conseguente illegittima penalizzazione della stessa nel giudizio e nel punteggio, mentre alle voci “videogastroscoopi diagnostici”, “videocolonscopi” e “videogastroscoPIO operativo” doveva essere attribuito il coefficiente pari ad 1 e non a 0,75; quindi, anche applicando gli illegittimi sub-criteri introdotti dalla commissione, la ricorrente avrebbe dovuto conseguire il punteggio complessivo non inferiore a 33,03, mentre la controinteressata avrebbe dovuto ottenere il punteggio complessivo non superiore a 29,43, e, a seguito della riparametrazione, la ricorrente avrebbe dovuto ottenere 40 punti per il criterio qualità e la controinteressata 35,64, con conseguente aggiudicazione a favore della ricorrente;

- non si comprende perché la Commissione abbia considerato solo le sonde nella relativa valutazione;

Ritenuto quindi che, pur nella considerazione della difficoltà di tracciare una netta linea di demarcazione tra i due gruppi di censure dianzi indicati, il ricorso debba essere dichiarato inammissibile relativamente alle prime e respinto con riguardo alle seconde, per le ragioni già esposte con la sentenza n. 252/2016, cui può quindi integralmente rinviarsi;

Ritenuto di statuire la compensazione delle spese di giudizio, anche alla luce della tardiva produzione della memoria difensiva da parte dell'Amministrazione intimata;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, Sezione staccata di Salerno, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 1144/2016, in parte lo respinge ed in parte lo dichiara inammissibile.