Fattispecie nella quale, per le differenze qualitative e quantitative riscontrare fra le due procedure, non è consentito il completamento o l'ampliamento della fornitura aggiudicata al RTI che sarebbero legittimati, in forma negoziata , dall'articolo 57, terzo comma, lettera b) del D.Lvo n. 163/2006 (***procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara***): nè può essere trascurata la violazione delle regole di concorrenza derivante dalla circostanza che ,sia per quel che riguarda il possesso dei requisiti di capacità tecnica ed economico-finanziaria che per la pubblicizzazione di un diverso oggetto contrattuale e di un importo a base d'asta di gran lunga inferiore, **può aver indotto più di una impresa a non essere presente nella procedura pubblica che si presentava di rilievo chiaramente inferiore rispetto alla entità complessiva della fornitura che in concreto l'Amministrazione ha poi acquisito.**

E' corretta l'impostazione di una Stazione appaltante la quale, per ricorrere ad una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, si basa sull'assunto che <Negli appelli questa impostazione è sottoposta a critica facendo riferimento, essenzialmente, alla necessità di una identica configurazione della fornitura a quella in corso di effettuazione da parte del RTI aggiudicatario della gara pubblica in quanto, secondo questa impostazione, da un lato non sarebbe possibile per un soggetto diverso fornire, in modo adeguato e non eccessivamente gravoso per il Ministero della Difesa, oggetti di configurazione tale da potersi integrare con la fornitura del RTI e, da altra angolazione, parti essenziali della fornitura già aggiudicata sarebbero coperte da un brevetto industriale di proprietà della aggiudicataria rendendo così impossibile la fornitura da parte di terzi?

Il Consiglio di Stato non accetta questa tesi considerando che < A) le prescrizioni di gara escludevano con chiarezza che la fornitura avesse ad oggetto beni non fungibili, o comunque non agevolmente integrabili con altri di facile reperimento, con il che se fosse vera la tesi degli attuali appellanti l'aggiudicazione originaria sarebbe evidentemente illegittima e , quindi ,in ogni caso non sarebbe idonea a sostenere il ricorso alla procedura negoziata. B) La previsione della aggiudicazione " automatica" al prezzo più basso in una procedura ristretta, ma aperta a tutti i soggetti idonei ammessi a partecipare per il possesso dei requisiti soggettivi richiesti nel bando, di un oggetto contrattuale definito dall'Amministrazione con proprio Capitolato speciale con condizioni tecniche ben precise, esclude una valutazione tecnica della originalità ed utilità specifica della soluzione offerta dal soggetto che si aggiudichi questo tipo di gara. Una valutazione siffatta sarebbe stata possibile solo in un confronto concorrenziale sulle diverse possibili soluzioni tecniche da offrire e, quindi, con una procedura di appalto concorso o, quanto meno, di aggiudicazione alla offerta economicamente più vantaggiosa. C) La privativa sull'utilizzo di un determinato prodotto può costituire il presupposto per il ricorso ad un affidamento diretto quando solo il bene offerto dal titolare dell'esclusiva risponde all'esigenza che l'Amministrazione intende soddisfare non, invece, nei casi in cui si chiede un bene fungibile e facilmente integrabile con altri. D) La esclusione della facoltà di apportare varianti all'oggetto del contratto così come definito nel Capitolato dall'Amministrazione e di prevedere la suddivisione in lotti della fornitura restringe in modo rigoroso all'oggetto contrattuale, come definito nel Capitolato speciale, l'ambito della fornitura stessa ed impedisce, da altra angolazione, che possa conferirsi alcun rilievo alle caratteristiche dei sistemi offerti dal RTI. E) **E' mancata, nel caso di specie, anche la clausola, da inserire nel bando di gara, della previsione di una possibile futura integrazione della fornitura con altre parti complementari o di ampliamento. Questa clausola ,accompagnata anche dalla indicazione a base d'asta del valore complessivo della fornitura nella sua massima estensione possibile, avrebbe almeno assicurato una adeguata concorrenza nella procedura concorsuale pubblica**.>

Merita di essere segnalata la decisione numero 6379 del 18 dicembre 2008, inviata per la pubblicazione in data 30 dicembre 2008, emessa dal Consiglio di Stato ed in particolar modo il seguente passaggio:

< E' evidente , a giudizio del Collegio che, dati questi presupposti di fatto, non sussistono nella specie le condizioni per il ricorso alla procedura negoziata ai sensi dell'articolo 57, terzo comma , lettera b) del D. Lvo 163/ 2006.
2-1) In primo luogo sono evidenti le differenze , sia qualitative che quantitative , che esistono tra le due forniture qui in esame.
2-2) Dal primo angolo visuale l'aggiudicazione in forma negoziata prevista nell'avviso impugnato in primo grado prevede 12 moduli BC per il trattamento delle acque contaminate da agenti biologici e chimici da guerra che, come si è visto, erano esclusi espressamente dalla prima gara . Rispetto a questi moduli non vi è stata alcuna possibilità di confronto concorrenziale né una previa verifica della capacità tecnica ed economica del RTI.
Si tratta, con evidenza, di un oggetto nuovo che si aggiunge alla precedente fornitura e sul quale non vi è stato alcun confronto concorrenziale perché, essendo escluso espressamente dalle disposizioni speciali della gara qui sopra riportate, tutti i soggetti che, potenzialmente o in concreto, potevano avere un interesse all'aggiudicazione di tale fornitura non necessariamente hanno partecipato alla gara che, così come era stata organizzata, escludeva la possibilità di una estensione della aggiudicazione ai moduli in questione .
2-3) Né può essere trascurata la violazione delle regole di concorrenza derivante dalla circostanza che ,sia per quel che riguarda il possesso dei requisiti di capacità tecnica ed economico-finanziaria che per la pubblicizzazione di un diverso oggetto contrattuale e di un importo a base d'asta di gran lunga inferiore, può aver indotto più di una impresa a non essere presente nella procedura pubblica che si presentava di rilievo chiaramente inferiore rispetto alla entità complessiva della fornitura che in concreto l'Amministrazione ha poi acquisito.
2-4) Dal secondo angolo visuale è sufficiente tener presente che l'importo della procedura negoziata è superiore di dieci volte all'importo della fornitura aggiudicata con procedura ad evidenza pubblica se si ha riguardo all'importo effettivo del contratto (di €.1.040.000,00) e di oltre sei volte se si tien conto dell'importo posto a base d'asta (di €. 1.660.000,00).
3-1) Sulla base anche solo di queste considerazioni appare corretta la decisione qui appellata che, in forma sintetica, ma chiara, ha evidenziato le differenze qualitative e quantitative che non consentono di ricondurre la fattispecie qui in esame al completamento o all'ampliamento della fornitura aggiudicata al RTI che sarebbero legittimati, in forma negoziata , dall'articolo 57, terzo comma, lettera b) del D.Lvo n. 163/2006.>

Ecco la norma di riferimento

Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163
Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE
(G.U. n. 100 del 2 maggio 2006)
(…)

Art. 57. Procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara
(art. 31, dir. 2004/18; art. 9, d.lgs. n. 358/1992; art. 6, co. 2, legge n. 537/1993; art. 24, legge n. 109/1994; art. 7, d.lgs. n. 157/1995)

1. Le stazioni appaltanti possono aggiudicare contratti pubblici mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara nelle ipotesi seguenti, dandone conto con adeguata motivazione nella delibera o determina a contrarre.

2. Nei contratti pubblici relativi a lavori, forniture, servizi, la procedura è consentita:

a) qualora, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, non sia stata presentata nessuna offerta, o nessuna offerta appropriata, o nessuna candidatura. Nella procedura negoziata non possono essere modificate in modo sostanziale le condizioni iniziali del contratto. Alla Commissione, su sua richiesta, va trasmessa una relazione sulle ragioni della mancata aggiudicazione a seguito di procedura aperta o ristretta e sulla opportunità della procedura negoziata. Le disposizioni contenute nella presente lettera si applicano ai lavori di importo inferiore a un milione di euro;
b) qualora, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, il contratto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato;
c) nella misura strettamente necessaria, quando l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette, o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara. Le circostanze invocate a giustificazione della estrema urgenza non devono essere imputabili alle stazioni appaltanti.

3. Nei contratti pubblici relativi a forniture, la procedura del presente articolo è, inoltre, consentita:

a) qualora i prodotti oggetto del contratto siano fabbricati esclusivamente a scopo di sperimentazione, di studio o di sviluppo, a meno che non si tratti di produzione in quantità sufficiente ad accertare la redditività del prodotto o a coprire i costi di ricerca e messa a punto;
b) nel caso di consegne complementari effettuate dal fornitore originario e destinate al rinnovo parziale di forniture o di impianti di uso corrente o all'ampliamento di forniture o impianti esistenti, qualora il cambiamento di fornitore obbligherebbe la stazione appaltante ad acquistare materiali con caratteristiche tecniche differenti, il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate; la durata di tali contratti e dei contratti rinnovabili non può comunque di regola superare i tre anni;
c) per forniture quotate e acquistate in una borsa di materie prime;
d) per l'acquisto di forniture a condizioni particolarmente vantaggiose, da un fornitore che cessa definitivamente l'attività commerciale oppure dal curatore o liquidatore di un fallimento, di un concordato preventivo, di una liquidazione coatta amministrativa, di un'amministrazione straordinaria di grandi imprese.

4. Nei contratti pubblici relativi a servizi, la procedura del presente articolo è, inoltre, consentita qualora il contratto faccia seguito ad un concorso di progettazione e debba, in base alle norme applicabili, essere aggiudicato al vincitore o a uno dei vincitori del concorso; in quest'ultimo caso tutti i vincitori devono essere invitati a partecipare ai negoziati.

5. Nei contratti pubblici relativi a lavori e negli appalti pubblici relativi a servizi, la procedura del presente articolo è, inoltre, consentita:

a) per i lavori o i servizi complementari, non compresi nel progetto iniziale né nel contratto iniziale, che, a seguito di una circostanza imprevista, sono divenuti necessari all'esecuzione dell'opera o del servizio oggetto del progetto o del contratto iniziale, purché aggiudicati all'operatore economico che presta tale servizio o esegue tale opera, nel rispetto delle seguenti condizioni:

a.1) tali lavori o servizi complementari non possono essere separati, sotto il profilo tecnico o economico, dal contratto iniziale, senza recare gravi inconvenienti alla stazione appaltante, ovvero pur essendo separabili dall'esecuzione del contratto iniziale, sono strettamente necessari al suo perfezionamento;
a.2) il valore complessivo stimato dei contratti aggiudicati per lavori o servizi complementari non supera il cinquanta per cento dell'importo del contratto iniziale;

b) per nuovi servizi consistenti nella ripetizione di servizi analoghi già affidati all'operatore economico aggiudicatario del contratto iniziale dalla medesima stazione appaltante, a condizione che tali servizi siano conformi a un progetto di base e che tale progetto sia stato oggetto di un primo contratto aggiudicato secondo una procedura aperta o ristretta; in questa ipotesi la possibilità del ricorso alla procedura negoziata senza bando è consentita solo nei tre anni successivi alla stipulazione del contratto iniziale e deve essere indicata nel bando del contratto originario; l'importo complessivo stimato dei servizi successivi è computato

per la determinazione del valore globale del contratto, ai fini delle soglie di cui all'articolo 28. *(lettera così sostituita dall'articolo 1, comma 1, lettera f), d.lgs. n. 113 del 2007)*

6. Ove possibile, la stazione appaltante individua gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico finanziaria e tecnico organizzativa desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e seleziona almeno tre operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. Gli operatori economici selezionati vengono contemporaneamente invitati a presentare le offerte oggetto della negoziazione, con lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta. La stazione appaltante sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, secondo il criterio del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa, previa verifica del possesso dei requisiti di qualificazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta, o negoziata previo bando.

7. E' in ogni caso vietato il rinnovo tacito dei contratti aventi ad oggetto forniture, servizi, lavori, e i contratti rinnovati tacitamente sono nulli.

A cura di Sonia Lazzini

N.6379/2008

Reg. Dec.

Nn. 5144 e 5276

Reg. Ric.

Anno 2008

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 Quarta

ha pronunciato la seguente

D E C I S I O N E

1) sul ricorso in appello iscritto al N.R.G. **5144** dell'anno **2008** proposto dalla **ALFA S.r.l.,** in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e

difesa dall'avv. Paolo Berruti, con il quale è elettivamente domiciliata in Roma, via Sabotino n. 2/A;

contro

la **BETA S.r.l.,** in persona del legale rappresentante in carica**,** rappresentata e difesa dall'avv. Paolo Giovannelli, con il quale è elettivamente domiciliata in Roma, via Sabotino n. 2/A;

e nei confronti

del **MINISTERO DELLA DIFESA**, in persona del ministro in carica, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici domiciliano *ope legis* in Roma, via dei Portoghesi 12;

2) sul ricorso in appello iscritto al N.R.G. **5276** dell'anno **2008** proposto dal **MINISTERO DELLA DIFESA**, in persona del ministro in carica, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici domiciliano *ope legis* in Roma, via dei Portoghesi 12;

contro

la **BETA S.r.l.,** in persona del legale rappresentante in carica**,** rappresentata e difesa dall'avv. Paolo Giovannelli, con il quale è elettivamente domiciliata in Roma, via Sabotino n. 2/A;

e nei confronti

della **ALFA S.r.l.,** in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Paolo Berruti, con il quale è elettivamente domiciliata in Roma, via Sabotino n. 2/A;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sez. Prima Bis, n. 3080 del 26 marzo 2008;

Visti i ricorsi in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della BETA s.r.l., del Ministero della Difesa e della ALFA S.r.l.;

Visti gli atti tutti della causa;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle proprie rispettive tesi difensive;

Relatore alla Camera di Consiglio del 21 ottobre 2008 il Consigliere Goffredo Zaccardi;

Uditi l'avv. dello Stato Grumetto, l'avv. Berruti e l'avv. Giovannelli;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

F A T T O

La sentenza appellata ha accolto il ricorso proposto in primo grado dalla BETA s. r. l. per l'annullamento dell'avviso di approvvigionamento pubblicato dal Ministero della Difesa il 31 maggio 2007 e relativo all'aggiudicazione, con procedura negoziata a tenore dell'articolo 57, terzo comma, lettera b), di nove sistemi campali per la potabilizzazione delle acque di mare e primarie e di dodici moduli (BC) per il trattamento delle acque contaminate da agenti biologici e chimici da guerra.

Il giudice di primo grado ha ritenuto che non sussistessero nella specie elementi tali da giustificare il ricorso all'affidamento diretto per la diversità, quantitativa e qualitativa, dell'oggetto contrattuale rispetto a quello aggiudicato in una precedente gara pubblica che aveva riguardato solo due sistemi di potabilizzazione delle acque.

Il Ministero della Difesa ed il Raggruppamento Temporaneo di Imprese chiamato alla negoziazione hanno impugnato detta decisione con i due appelli indicati in epigrafe sostenendo la erroneità della sentenza appellata.

La Società vittoriosa in primo grado si è costituita eccependo la inammissibilità degli appelli di cui ha chiesto anche la reiezione.

La causa è stata spedita in decisione all'udienza del 21 ottobre 2008.

D I R I T T O

1) Appare utile premettere alcune precisazioni in fatto per una migliore comprensione della questione posta all'attenzione del Collegio con gli appelli oggetto di questa fase di giudizio, appelli che, per essere diretti contro la stessa sentenza, sono riuniti al fine della definizione con unica decisione.

1-1)Il Ministero della Difesa ha pubblicato il 31 maggio del 2007 l' "Avviso di approvvigionamento" di 9 sistemi campali containerizzati per la potabilizzazione di acque primarie e di mare e per il trattamento delle acque di scarico mediante bioreattori con membrane (MBR), nonché di 12 moduli BC per il trattamento delle acque contaminate con agenti biologici e chimici, completi di accessori, dotazioni, parti di ricambio, corso di istruzione e garanzia estesa omnicomprensiva. I materiali sono stati richiesti nella stessa configurazione di quelli in corso di approvvigionamento a fronte del contratto n. 884 di rep. 27 dicembre 2006 con il Raggruppamento Temporaneo di Imprese ALFA – ALFA2 Environmental (in seguito RTI).

In detto avviso di precisa che la procedura prescelta è la negoziazione diretta con il predetto RTI, a tenore dell'articolo 57, terzo comma, lettera b), del D Legislativo n. 163 del 12 aprile 2006 (D.Lvo 163/2006), in quanto aggiudicatario

della gara indetta nel precedente esercizio finanziario per la fornitura di due sistemi campali per la potabilizzazione delle acque.

In effetti il contratto n. 884 del 27 dicembre 2006 aveva per oggetto la fornitura di due sistemi campali mobili per la potabilizzazione di acque marine e primarie per un importo unitario di € 520.000.

Un terzo impianto della stessa tipologia risulta essere stato fornito al Ministero della Difesa dal RTI in esecuzione dello stesso contratto attraverso il ricorso alla procedura del quinto d'obbligo .

Il contratto in questione aveva , quindi , un valore di €.1.040.000, 00 elevati poi ad €. 1.560.000,00.

1-2) E', altresì, ben chiaro che, con l'avviso di cui si discute in questa sede, la fornitura veniva ad essere completata con il reperimento di altri nove sistemi di potabilizzazione analoghi a quelli già acquisiti e di dodici moduli BC per il trattamento delle acque contaminate con agenti biologici e chimici, sistemi che non erano previsti nel contratto originario.

L'importo della fornitura da aggiudicare con la procedura negoziata era, secondo la previsione di spesa indicata dallo Stato Maggiore dell'Esercito con nota dell' undici aprile 2007 n. 2608, pari ad €. 10.800.000,00.

1-3) Si deve ancora precisare che il bando di gara pubblicato sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea il 22 agosto 2006, relativo alla gara poi conclusasi con l'aggiudicazione al RTI ALFA – ALFA2 Enviromental della fornitura di due sistemi di potabilizzazione delle acque marine e primarie, conteneva le seguenti specifiche prescrizioni: a) esclusione della suddivisione in lotti della fornitura; b) esclusione di varianti; c) valore stimato, IVA esclusa, di €. 1.660.000,00; d) capacità economica e finanziaria dei concorrenti risultante da un fatturato

globale di €. 5.000.000,00 di cui almeno €. 1.670.000,00 di fatturato relativo alla fornitura oggetto della gara; e) capacità tecnica provata dalla certificazione, da parte di organismi abilitati ,di un sistema di controllo della qualità aziendale riferito alla progettazione, sviluppo, realizzazione e assistenza con riguardo all'oggetto della fornitura e, quindi, ai soli sistemi di potabilizzazione; f) criterio di aggiudicazione al prezzo più basso; g) appalto non periodico né connesso a programmi finanziati da fondi comunitari.

Né il bando di gara né il Capitolato hanno poi previsto una fase successiva di aggiudicazione di forniture complementari, integrative o ampliative di quella oggetto della gara.

1-4) Inoltre il Capitolato recante le condizioni tecniche e le norme di collaudo per l'approvvigionamento dei due sistemi campali di potabilizzazione delle acque (Condizioni Tecniche , Premessa, pagina 4 , penultimo capoverso) precisa che: "a puro titolo di informazione i sistemi in argomento saranno successivamente completati da impianti per il trattamento di acque contaminate con aggressivi biologici e chimici da guerra. Tali impianti non fanno parte della presente fornitura".

Lo stesso Capitolato dispone ancora che l'architettura dei sistemi dovrà essere di tipo aperto "cioè concepita a moduli impiegabili anche separatamente a seconda delle condizioni operative ed ambientali. Dovrà essere prevista la possibilità di aggiungere ad ogni sistema in approvvigionamento un impianto mobile (modulo BC) per il trattamento di acque contaminate con agenti biologici e chimici da guerra" (pagina 5, Generalità , Esigenza operativa di base, lettera a)).

Con riguardo ai materiali impiegati il Capitolato (Generalità , pagina 6, lettera c) prevede, poi, che: per esigenze logistico-operative il complesso dovrà

utilizzare materie prime, materiali, componenti e attrezzature tali da risultare di facile reperimento commerciale su tutto il territorio nazionale , in particolare i materiali di consumo dovranno essere quelli di più largo impiego , cioè di tipo standard, per la tipologia di impianto in fornitura."

2) E' evidente , a giudizio del Collegio che, dati questi presupposti di fatto, non sussistono nella specie le condizioni per il ricorso alla procedura negoziata ai sensi dell'articolo 57, terzo comma , lettera b) del D. Lvo 163/ 2006.

2-1) In primo luogo sono evidenti le differenze , sia qualitative che quantitative , che esistono tra le due forniture qui in esame.

2-2) Dal primo angolo visuale l'aggiudicazione in forma negoziata prevista nell'avviso impugnato in primo grado prevede 12 moduli BC per il trattamento delle acque contaminate da agenti biologici e chimici da guerra che, come si è visto, erano esclusi espressamente dalla prima gara . Rispetto a questi moduli non vi è stata alcuna possibilità di confronto concorrenziale né una previa verifica della capacità tecnica ed economica del RTI.

Si tratta, con evidenza, di un oggetto nuovo che si aggiunge alla precedente fornitura e sul quale non vi è stato alcun confronto concorrenziale perché, essendo escluso espressamente dalle disposizioni speciali della gara qui sopra riportate, tutti i soggetti che, potenzialmente o in concreto, potevano avere un interesse all'aggiudicazione di tale fornitura non necessariamente hanno partecipato alla gara che, così come era stata organizzata, escludeva la possibilità di una estensione della aggiudicazione ai moduli in questione .

2-3) Né può essere trascurata la violazione delle regole di concorrenza derivante dalla circostanza che ,sia per quel che riguarda il possesso dei requisiti di capacità tecnica ed economico-finanziaria che per la pubblicizzazione di un

diverso oggetto contrattuale e di un importo a base d'asta di gran lunga inferiore, può aver indotto più di una impresa a non essere presente nella procedura pubblica che si presentava di rilievo chiaramente inferiore rispetto alla entità complessiva della fornitura che in concreto l'Amministrazione ha poi acquisito.

2-4) Dal secondo angolo visuale è sufficiente tener presente che l'importo della procedura negoziata è superiore di dieci volte all'importo della fornitura aggiudicata con procedura ad evidenza pubblica se si ha riguardo all'importo effettivo del contratto (di €.1.040.000,00) e di oltre sei volte se si tien conto dell'importo posto a base d'asta (di €. 1.660.000,00).

3-1) Sulla base anche solo di queste considerazioni appare corretta la decisione qui appellata che, in forma sintetica, ma chiara, ha evidenziato le differenze qualitative e quantitative che non consentono di ricondurre la fattispecie qui in esame al completamento o all'ampliamento della fornitura aggiudicata al RTI che sarebbero legittimati, in forma negoziata , dall'articolo 57, terzo comma, lettera b) del D.Lvo n. 163/2006.

4)Negli appelli questa impostazione è sottoposta a critica facendo riferimento, essenzialmente, alla necessità di una identica configurazione della fornitura a quella in corso di effettuazione da parte del RTI aggiudicatario della gara pubblica in quanto, secondo questa impostazione, da un lato non sarebbe possibile per un soggetto diverso fornire, in modo adeguato e non eccessivamente gravoso per il Ministero della Difesa, oggetti di configurazione tale da potersi integrare con la fornitura del RTI e, da altra angolazione, parti essenziali della fornitura già aggiudicata sarebbero coperte da un brevetto industriale di proprietà della ALFA2-Enviromental rendendo così impossibile la fornitura da parte di terzi.

4-1) La tesi difensiva non ha pregio in quanto: A) le prescrizioni di gara escludevano con chiarezza che la fornitura avesse ad oggetto beni non fungibili, o comunque non agevolmente integrabili con altri di facile reperimento, con il che se fosse vera la tesi degli attuali appellanti l'aggiudicazione originaria sarebbe evidentemente illegittima e , quindi ,in ogni caso non sarebbe idonea a sostenere il ricorso alla procedura negoziata. B) La previsione della aggiudicazione " automatica" al prezzo più basso in una procedura ristretta, ma aperta a tutti i soggetti idonei ammessi a partecipare per il possesso dei requisiti soggettivi richiesti nel bando, di un oggetto contrattuale definito dall'Amministrazione con proprio Capitolato speciale con condizioni tecniche ben precise, esclude una valutazione tecnica della originalità ed utilità specifica della soluzione offerta dal soggetto che si aggiudichi questo tipo di gara. Una valutazione siffatta sarebbe stata possibile solo in un confronto concorrenziale sulle diverse possibili soluzioni tecniche da offrire e, quindi, con una procedura di appalto concorso o, quanto meno, di aggiudicazione alla offerta economicamente più vantaggiosa. C) La privativa sull'utilizzo di un determinato prodotto può costituire il presupposto per il ricorso ad un affidamento diretto quando solo il bene offerto dal titolare dell'esclusiva risponde all'esigenza che l'Amministrazione intende soddisfare non, invece, nei casi in cui si chiede un bene fungibile e facilmente integrabile con altri. D) La esclusione della facoltà di apportare varianti all'oggetto del contratto così come definito nel Capitolato dall'Amministrazione e di prevedere la suddivisione in lotti della fornitura restringe in modo rigoroso all'oggetto contrattuale, come definito nel Capitolato speciale, l'ambito della fornitura stessa ed impedisce, da altra angolazione, che possa conferirsi alcun rilievo alle caratteristiche dei sistemi offerti dal RTI. E) E' mancata, nel caso di specie, anche

la clausola, da inserire nel bando di gara, della previsione di una possibile futura integrazione della fornitura con altre parti complementari o di ampliamento. Questa clausola ,accompagnata anche dalla indicazione a base d'asta del valore complessivo della fornitura nella sua massima estensione possibile, avrebbe almeno assicurato una adeguata concorrenza nella procedura concorsuale pubblica.

5)La infondatezza degli appelli, che sono riuniti e rigettati entrambi, consente al Collegio di prescindere dall'esame delle questioni pregiudiziali avanzate dalla difesa della Società appellata .

Sussistono , tuttavia, ragioni per compensare tra le parti le spese del giudizio.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato, sezione Quarta, definitivamente pronunciando, riunisce gli appelli indicati in epigrafe e li respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, dal Consiglio di Stato, Sezione IV, riunito nella Camera di Consiglio del 21 ottobre 2008, con la partecipazione dei seguenti magistrati:

Luigi COSSU	- Presidente
Luigi MARUOTTI	- Consigliere
Goffredo ZACCARDI	- Consigliere, est.
Bruno MOLLICA	- Consigliere
Sandro AURELI	- Consigliere

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Goffredo Zaccardi	Luigi Cossu

IL SEGRETARIO
Giacomo Manzo

Depositata in Segreteria

Il 18/12/2008
(Art. 55, L. 27.4.1982, n. 186)
Per il / Il Dirigente
Sig .ra Maria Grazia Nusca