

E' legittimo il richiamo a prodotti con caratteristiche specifiche corrispondenti ad esigenze peculiari della stazione appaltante, che solo quei prodotti, e non altri più comuni sul mercato, possono soddisfare? Deve essere la stazione appaltante ad indicare le caratteristiche tecniche di soluzioni alternative di pari efficacia, ovvero si può esigere dall'ente appaltatore un know how aziendale che, per definizione, lo stesso non possiede e la cui disponibilità è rimessa alle normali regole di concorrenza fra imprese?

La norma di cui all'art. 16, comma 3, d.P.R n. 554 del 1999 (poi confermata dall'art. 68, comma 16, d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163) prevede quando segue: "E' vietato introdurre nei progetti prescrizioni che menzionino prodotti di una determinata fabbricazione o provenienza oppure procedimenti particolari che abbiano l'effetto di favorire determinate imprese o di eliminarne altre o che indichino marchi, brevetti o tipi o un'origine o una produzione determinata. E' ammessa l'indicazione specifica del prodotto o del procedimento, purchè accompagnata dalla espressione "o equivalente", allorchè non sia altrimenti possibile la descrizione dell'oggetto dell'appalto mediante prescrizioni sufficientemente precise e comprensibili": come emerge dal tenore letterale, la norma non esclude la possibilità per la stazione appaltante di riferirsi ad un determinato prodotto o procedimento, purchè tale indicazione sia accompagnata dall'espressione "o equivalente" e non sia altrimenti possibile una compiuta ed efficace descrizione dell'oggetto contrattuale richiesto.

Merita di essere segnalata la decisione numero 2836 del 9 giugno 2008, inviata per la pubblicazione in data 12 giugno 2008, emessa dal Consiglio di Stato

Come correttamente rilevano le parti resistenti, l'intento della stazione appaltante era di realizzare "un'opera di cd. difesa attiva dal rischio valanghe, di tipo elastico, differente ed innovativa sotto il profilo tecnico-costruttivo da quelle normalmente utilizzate e reperibili sul mercato con la previsione di specifici trattamenti anticorrosione, impiego di pannelli in fune, utilizzo di una piastra d'appoggio che non necessita di micropali di sottofondazione, ecc.) al fine di ridurre al minimo i tempi di posa (ritenendosi prioritario il rispetto delle tempistiche imposte dall'incombere dell'evento olimpico e l'impatto ambientale relativo, nonché dalla necessità di garantire elevati livelli professionali, di efficienza ed affidabilità. Soprattutto a medio e lungo termine, riducendo così il ricorso a futuri interventi manutentivi".

Tali valutazioni - rimesse all'apprezzamento discrezionale del Comune resistente - dimostrano che il richiamo a prodotti con caratteristiche specifiche corrispondeva ad esigenze peculiari della stazione appaltante, che solo quei prodotti, e non altri più comuni sul mercato, potevano soddisfare.>

Ma non solo

È sulla base di questi generali rilievi che devono essere esaminate le singole contestazioni mosse dalla società ricorrente, ed ora appellante, nei confronti della specifiche clausole e previsioni contenute nella lex specialis:

a) in primo luogo, l'asserita assenza d'una precisa descrizione delle caratteristiche tecniche della "piastra d'appoggio" - che secondo la società ricorrente ne avrebbe di fatto impedito la produzione, se non rivolgendosi alle società già in possesso del relativo know how - non inficia la legittimità dell'intera procedura selettiva.

Come bene rilevano le parti resistenti, "i particolari costruttivi di tale piastra...sono senz'altro sufficienti alla sua realizzazione, tenuto conto che è stato posto, oltre alla caratteristiche geometriche e di resistenza, ben individuabili dal progetto, unicamente un requisito prestazionale, ovvero il garantire la stabilità senza utilizzo di micropali": **in altre parole la stazione appaltante ha correttamente individuato le caratteristiche del prodotto richiesto sulla base delle proprie necessità - esigendo**

una struttura la cui stabilità sia garantita anche in assenza di micropali - e ha fatto riferimento all'unico prodotto già esistente sul mercato in grado di assicurare siffatto risultato, senza precludere soluzioni alternative di pari efficacia, che le imprese concorrenti ben avrebbero potuto proporre; ciò senza poter ragionevolmente pretendere, tuttavia, che fosse la stazione appaltante ad indicarne le caratteristiche tecniche, perché ciò equivarrebbe ad esigere dall'ente appaltatore un know how aziendale che, per definizione, lo stesso non possiede e la cui disponibilità è rimessa alle normali regole di concorrenza fra imprese.

b) considerazioni non dissimili valgono per il secondo aspetto contestato dalla società ricorrente e appellante, l'esistenza, cioè, di un brevetto registrato relativamente ai "pannelli di rete in acciaio ad alta resistenza tipo Tecco", che ne avrebbe impedito la produzione a imprese diverse da quella in possesso della privativa.

Al riguardo - richiamate le precedenti osservazioni in merito alla possibilità di proporre sistemi alternativi - si deve evidenziare che la contestazione si fonda su un erroneo presupposto di fatto, in quanto il brevetto posseduto dalla società controinteressata (o meglio da una società ad essa collegata) riguarda la fabbricazione di "Rete metallica contro cadute massi o per assicurare uno strato di superficie terrestre come pure un procedimento ne un dispositivo per la sua realizzazione", cioè un processo produttivo diverso rispetto alla fabbricazione di reti a maglie in filo d'acciaio da utilizzarsi per la prevenzione contro le valanghe, oggetto dell'appalto in esame.

c) quanto, infine, al terzo aspetto contestato dalla ricorrente e appellante - cioè la privativa che coprirebbe la richiesta di "fune Seale...in trefoli d'acciaio galvanizzato al Supercoating" - si richiamano ancora una volta i precedenti rilievi, cui si aggiunge la considerazione, rilevata dalle parti resistenti, che tale "dicitura ... richiama unicamente un processo di zincatura dell'acciaio di cui esistono sul mercato vari prodotti ... è quindi da intendersi come nome generico, entrato nell'accezione comune per individuare i trattamenti corrosivi dell'acciaio": anche in questo caso, pertanto, l'esistenza della privativa non impediva alle imprese concorrenti l'utilizzo di prodotti alternativi, purchè ugualmente idonei a soddisfare le esigenze della stazione appaltante.>

a cura di Sonia Lazzini

N.2836/08 REG.DEC.
N. 4710 REG.RIC
ANNO 2006

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale

Sezione Quinta

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 4710/2006, proposto dalla ALFA S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Riccardo Barberis, con domicilio eletto in Roma, Via Antonio Pollaiuolo, 3

presso l'avv. Riccardo Barberis;

contro

il Comune di Sauze di Cesana, rappresentato e difeso dall'avv. Pier Costanzo Reineri, con domicilio eletto in Roma, via Lanciani 74 presso Elisabetta Esposito;

la BETA IBERICA S.A., rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni Bonaccio, con domicilio eletto in Roma, via Sebino n. 29 presso l'avv. Arrigo Varlaro Sinisi

e nei confronti

della Regione Piemonte, non costituitasi;

e con l'intervento di

GAMMA, rappresentata e difesa dall'avv Riccardo Barberis, con domicilio eletto in Roma, Via Antonio Pollaiuolo, 3 presso l'avv. Riccardo Barberis;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte, Sezione II, n. 1120/2006 del 25 febbraio 2006, resa tra le parti, concernente "appalto per opere paravalanghe";

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Sauze di Cesana, della BETA IBERICA S.A. e di GAMMA;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto l'art. 23-bis, comma sesto, della legge 6 dicembre 1971, n.1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n.205;

Designato relatore, alla pubblica udienza del 25 Gennaio 2008 , il Consigliere Aniello Cerreto e uditi, altresì, gli avvocati R. Barberis, P. C. Reineri, G. Bonaccia;

Visto il dispositivo di decisione n.66/2008;

Considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza gravata, il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte ha respinto il ricorso proposto dalla ALFA S.r.l. avverso la determinazione del responsabile dell'Area tecnica del Comune di Sauze di Cesana recante "Esito di gara di appalto mediante pubblico incanto del 27 giugno 2005" e del verbale di gara dd. 27 giugno 2005, con i quali era stato aggiudicato all'Impresa BETA Iberica S.a. l'appalto per i lavori di realizzazione di opere paravalanghe sul versante del Monte Sises a protezione della viabilità provinciale e delle aree di parcheggio, nonché avverso ogni altro provvedimento presupposto, successivo, e comunque connesso o conseguente ed in particolare il bando di gara del 6 giugno 2005 e il relativo disciplinare, il capitolato speciale d'appalto, il computo metrico estimativo, l'elenco prezzi e i particolari costruttivi del progetto esecutivo, facenti parte della documentazione di gara, nonché la deliberazione della Giunta comunale n. 35 del 19 maggio 2005 di approvazione del progetto esecutivo dell'opera ed eventuali atti successivi non noti ed in particolare l'eventuale aggiudicazione definitiva derivante da ulteriori determinazioni dirigenziali.

2. Al riguardo il Tribunale amministrativo, respinte le eccezioni di inammissibilità e tardività formulate dalle parti resistenti, ha ritenuto infondato il ricorso, considerando in particolare che il richiedere prodotti con caratteristiche specifiche corrispondeva ad esigenze peculiari della stazione appaltante in quanto solo quei prodotti, e non altri più comuni sul mercato, potevano soddisfare e che la stazione appaltante aveva legittimamente individuato le caratteristiche del prodotto richiesto sulla base delle proprie necessità ed aveva fatto riferimento all'unico prodotto già esistente sul mercato in grado di assicurare tale risultato, senza precludere soluzioni alternative di

pari efficacia, che le imprese concorrenti ben avrebbero potuto proporre, senza poter ragionevolmente pretendere, tuttavia, che fosse la stazione appaltante ad indicarne le caratteristiche tecniche, perché ciò sarebbe equivalso a esigere dall'ente appaltatore un *know how* aziendale che, per definizione, lo stesso non possedeva e la cui disponibilità era rimessa alle normali regole di concorrenza fra imprese.

3. Avverso detta sentenza ha proposto appello la ricorrente originaria, che ha dedotto quanto segue;

-i profili di ammissibilità e ricevibilità del ricorso originario sono stati correttamente risolti dal Tribunale amministrativo;

-la procedura svolta è viziata per violazione dell'art. 16, comma 3, d.P.R. n.554 del 1999 e dell'art. 17, comma 9, l. n.109 del 1994.

Queste disposizioni vietano di introdurre nella disciplina di gara clausole menzionanti prodotti di una determinata provenienza o fabbricazione, salva la possibilità, in caso di necessità, di indicare uno specifico prodotto o procedimento accompagnati dall'espressione "o equivalenti". Ma, nel caso di specie, la *lex specialis* di gara, pur contenendo, la citata "clausola di equivalenza" (all'art. 4 del capitolato speciale), la priverebbe di concreta efficacia e ciò con particolare riferimento all'assenza di una specifica descrizione delle caratteristiche tecniche della "piastra d'appoggio", che ne impedirebbe la realizzazione da parte di altre imprese diverse da quella controinteressata ed il riferimento addirittura a brevetti senza alcuna equivalenza. E inoltre:

-la tipologia del prodotto oggetto di gara è analoga a quella prevista dall'Agenzia Torino 2006 con riferimento alle opere da realizzarsi per le Olimpiadi Torino 2006, che aveva provocato l'intervento dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici di cui alla delibera n.251/2003, con cui era stato censurato l'operato della stazione

appaltante per aver previsto l'impiego di componenti prodotti in esclusiva dalla Ditta BETA;

- nella descrizione delle opere da appaltarsi è previsto l'impiego di "pannelli di rete in acciaio ad alta resistenza tipo Tecco", che ne precluderebbe, già sul piano giuridico, la fornitura da parte d'impresе diverse da quella in possesso della privata (ditta BETABIS collegata alla BETA);

- è prevista anche la fornitura di "fune Seale... in trefoli d'acciaio galvanizzato al supercoating (Zn/Al), che è in marchio registrato di cui dispone BETABIS-BETA, e senza neppure la clausola di equivalenza;

-non è fondato il tentativo della resistente tendente a sostenere che non vi è identità tra Geobrugg iberica e BETABIS, in quanto, a parte il collegamento tra le due società, le tecniche utilizzate sono comunque riconducibili ad entrambe le compagnie sociali ed anche alla filiale spagnola di BETA;

-l'impresa BETA, in quanto detentricе dei brevetti relativi alla fornitura da effettuare, si trova in una posizione di vantaggio, tanto è vero che i concorrenti hanno dovuto richiedere preventivi a tale impresa, in cui sono stati indicati importi maggiori rispetto a quelli praticati nell'offerta presentata dalla BETA stessa, con alterazione della concorrenza nella gara;

- violazione della direttiva CEE 37/1993 e 18/2004 in materia di individuazione delle condizioni di accesso agli appalti di lavori pubblici, in quanto costituisce lesione del diritto alla libera concorrenza l'introduzione nei bandi di gara di clausole impositive dell'impiego di materiali o prodotti certificati conformi solo ad un determinato tipo o di prodotti di una determinata marca qualora tali clausole non siano accompagnate dalla menzione "o equivalente".

La ricorrente aveva infine chiesto consulenza tecnica d'ufficio al fine di verificare

sotto il profilo tecnico la fondatezza di quanto asserito, con riserva di precisare gli eventuali questi da proporre al consulente tecnico.

4. Costitutosi in giudizio, il Comune di Sauze di Cesana ha chiesto il rigetto dell'appello richiamandosi alla sentenza impugnata e nel contempo ha proposto appello incidentale per ribadire l'inammissibilità del ricorso originario.

Si è costituita in giudizio anche l'aggiudicataria dell'appalto (BETA iberica), rilevando che alla gara, con il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso mediante offerta a prezzi unitari, avevano partecipato trentacinque ditte e che, ammesse venti di esse, era stata individuata la soglia di anomalia, per cui venivano escluse cinque imprese e l'appalto veniva aggiudicato alla BETA iberica con la percentuale di ribasso del 27,869 %, mentre la ricorrente si classificava al secondo posto con un ribasso del 27,27 %; e rilevando, altresì, quanto segue:

-è erronea l'individuazione della ditta Geibrugg iberica quale soggetto titolare di brevetti, che invece appartengono alla società svizzera BETABIS, sia pure con essa collegata;

-la disposizioni di cui all'art. 16, comma 3, d.P.R. n.554 del 1999 ed all'art. 17, comma 9, l. n. 109 del 1994 non pongono un divieto assoluto, ma consentono, ove l'indicazione di un determinato prodotto abbia un'adeguata giustificazione nella particolarità delle esigenze che la fornitura debba soddisfare e non produca l'effetto di favorire o escludere determinati fornitori o prodotti, non vi è ragione per limitare il potere tecnico discrezionale della stazione appaltante nel definire l'oggetto della fornitura, conclusione dalla quale non si discosta l'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici con la determinazione n.2 del 29 marzo 2007;

-non è veritiero l'assunto secondo cui il Comune rinvierebbe al prodotto posseduto da una sola ditta e non ne descriverebbe neppure le specifiche tecniche, atteso che gli

elaborati progettuali contengono una descrizione dettagliata delle opere da realizzare con la previsione di specifiche tecniche e prestazionali sufficientemente precise; in particolare, la speciale piastra di appoggio non risulta coperta da brevetto industriale né presenta caratteristiche che ne impediscano la riproduzione, né veniva richiesta specifica certificazione al riguardo; il riferimento al tipo “Tecco” del pannello in rete richiesto dagli atti di gara è puramente descrittivo delle caratteristiche prestazionali e funzionali dell’opera oggetto di appalto, con previsione della clausola di equivalenza, ed il brevetto invocato dalla ricorrente si riferisce alla rete metallica per protezione contro cadute di massi o per la protezione di uno strato superficiale terrestre, mentre nel caso in esame si tratta di barriere fermaneve o paravalanche; analoghe considerazioni valgono anche la fornitura di “ fune Seale... in trefoli d’acciaio galvanizzato al supercoating (Zn/Al)”, atteso che la dicitura Supercoating (Zn/Al) indica unicamente un processo di zincatura dell’acciaio a fini anticorrosivi, che è utilizzato da altri operatori del settore;

- nel caso in esame non vi è stata alterazione della concorrenza, come confermato dall’offerta presentata dalla ricorrente, che si è classificata al secondo posto in graduatoria, dalla quale sono state escluse per anomalia cinque offerte.

5. Si è costituita in giudizio l’associazione Assortoccia a difesa dell’interesse legittimo di tutti gli associati a far rispettare le regole di settore nell’affidamento degli appalti pubblici, intervenendo *ad adiuvandum* della posizione della ricorrente.

Con memoria conclusiva, la ricorrente ha controdedotto al ricorso incidentale del Comune ha ulteriormente illustrato le proprie doglianze.

Il Comune a sua volta ha eccepito l’imammissibilità dell’intervento dell’associazione GAMMA e l’imammissibilità della relativa documentazione.

Con note di udienza, la BETA Iberica ha fatto presente che, in riferimento alla

vicenda penale rappresentata dalla ricorrente, non vi era alcun coinvolgimento del Gruppo BETA, trattandosi di concussione, che è a carico di un funzionario pubblico.

All'udienza del 25 gennaio 2008 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

7. L'appello principale è privo di fondamento, per cui venendo ad essere confermata la sentenza del Tribunale amministrativo di rigetto di ricorso originario, non occorre pronunciarsi sull'appello incidentale del Comune teso a far dichiarare l'inammissibilità del ricorso stesso e sull'intervento *ad adiuvandum* dell'associazione GAMMA.

8. Nel merito vanno condivise le conclusioni cui è pervenuto il primo giudice.

8.1 È innanzitutto insussistente la violazione dell'art. 16, comma 3, d.P.R n. 554 del 1999.

Questa disposizione prevede quando segue: "E' vietato introdurre nei progetti prescrizioni che menzionino prodotti di una determinata fabbricazione o provenienza oppure procedimenti particolari che abbiano l'effetto di favorire determinate imprese o di eliminarne altre o che indichino marchi, brevetti o tipi o un'origine o una produzione determinata. E' ammessa l'indicazione specifica del prodotto o del procedimento, purchè accompagnata dalla espressione "o equivalente", allorchè non sia altrimenti possibile la descrizione dell'oggetto dell'appalto mediante prescrizioni sufficientemente precise e comprensibili".

Come emerge dal tenore letterale, la norma (poi confermata dall'art. 68, comma 16, d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163) non esclude la possibilità per la stazione appaltante di riferirsi ad un determinato prodotto o procedimento, purchè tale indicazione sia accompagnata dall'espressione "o equivalente" e non sia altrimenti possibile una compiuta ed efficace descrizione dell'oggetto contrattuale richiesto.

E' quest'ultima la situazione che si è verificata nel caso in esame.

Come correttamente rilevano le parti resistenti, l'intento della stazione appaltante era di realizzare "un'opera di cd. difesa attiva dal rischio valanghe, di tipo elastico, differente ed innovativa sotto il profilo tecnico-costruttivo da quelle normalmente utilizzate e reperibili sul mercato con la previsione di specifici trattamenti anticorrosione, impiego di pannelli in fune, utilizzo di una piastra d'appoggio che non necessita di micropali di sottofondazione, ecc.) al fine di ridurre al minimo i tempi di posa (ritenendosi prioritario il rispetto delle tempistiche imposte dall'incombere dell'evento olimpico e l'impatto ambientale relativo, nonché dalla necessità di garantire elevati livelli professionali, di efficienza ed affidabilità. Soprattutto a medio e lungo termine, riducendo così il ricorso a futuri interventi manutentivi".

Tali valutazioni - rimesse all'apprezzamento discrezionale del Comune resistente - dimostrano che il richiamo a prodotti con caratteristiche specifiche corrispondeva ad esigenze peculiari della stazione appaltante, che solo quei prodotti, e non altri più comuni sul mercato, potevano soddisfare.

È sulla base di questi generali rilievi che devono essere esaminate le singole contestazioni mosse dalla società ricorrente, ed ora appellante, nei confronti della specifiche clausole e previsioni contenute nella *lex specialis*:

a) in primo luogo, l'asserita assenza d'una precisa descrizione delle caratteristiche tecniche della "piastra d'appoggio" - che secondo la società ricorrente ne avrebbe di fatto impedito la produzione, se non rivolgendosi alle società già in possesso del relativo *know how* - non inficia la legittimità dell'intera procedura selettiva.

Come bene rilevano le parti resistenti, "i particolari costruttivi di tale piastra...sono senz'altro sufficienti alla sua realizzazione, tenuto conto che è stato posto, oltre alla caratteristiche geometriche e di resistenza, ben individuabili dal progetto, unicamente un requisito prestazionale, ovvero il garantire la stabilità senza utilizzo di micropali":

in altre parole la stazione appaltante ha correttamente individuato le caratteristiche del prodotto richiesto sulla base delle proprie necessità - esigendo una struttura la cui stabilità sia garantita anche in assenza di micropali - e ha fatto riferimento all'unico prodotto già esistente sul mercato in grado di assicurare siffatto risultato, senza precludere soluzioni alternative di pari efficacia, che le imprese concorrenti ben avrebbero potuto proporre; ciò senza poter ragionevolmente pretendere, tuttavia, che fosse la stazione appaltante ad indicarne le caratteristiche tecniche, perché ciò equivarrebbe ad esigere dall'ente appaltatore un *know how* aziendale che, per definizione, lo stesso non possiede e la cui disponibilità è rimessa alle normali regole di concorrenza fra imprese.

b) considerazioni non dissimili valgono per il secondo aspetto contestato dalla società ricorrente e appellante, l'esistenza, cioè, di un brevetto registrato relativamente ai "pannelli di rete in acciaio ad alta resistenza tipo Tecco", che ne avrebbe impedito la produzione a imprese diverse da quella in possesso della privata.

Al riguardo - richiamate le precedenti osservazioni in merito alla possibilità di proporre sistemi alternativi - si deve evidenziare che la contestazione si fonda su un erroneo presupposto di fatto, in quanto il brevetto posseduto dalla società controinteressata (o meglio da una società ad essa collegata) riguarda la fabbricazione di "Rete metallica contro cadute massi o per assicurare uno strato di superficie terrestre come pure un procedimento e un dispositivo per la sua realizzazione", cioè un processo produttivo diverso rispetto alla fabbricazione di reti a maglie in filo d'acciaio da utilizzarsi per la prevenzione contro le valanghe, oggetto dell'appalto in esame.

c) quanto, infine, al terzo aspetto contestato dalla ricorrente e appellante - cioè la privata che coprirebbe la richiesta di "fune Seale...in trefoli d'acciaio galvanizzato

al Supercoating” - si richiamano ancora una volta i precedenti rilievi, cui si aggiunge la considerazione, rilevata dalle parti resistenti , che tale “dicitura ... richiama unicamente un processo di zincatura dell'acciaio di cui esistono sul mercato vari prodotti ... è quindi da intendersi come nome generico, entrato nell'accezione comune per individuare i trattamenti corrosivi dell'acciaio”: anche in questo caso, pertanto, l'esistenza della privativa non impediva alle imprese concorrenti l'utilizzo di prodotti alternativi, purchè ugualmente idonei a soddisfare le esigenze della stazione appaltante.

Per conseguenza, è insussistente la dedotta violazione delle direttive CEE 37/1993 e 18/2004, nella parte in cui richiamano un principio analogo a quello di cui all'art. 16 , comma 3, d.P.R n. 554 del 1999.

8.2 Inconferente è poi la dedotta violazione dell'art. 17, comma 9, l. n. 109 del 1994, il quale pone il divieto per gli affidatari di incarichi di progettazione di partecipare agli appalti ed alle concessioni di lavori pubblici, nonché subappalti o cottimi, per i quali abbiano svolto attività di progettazione. Nella specie non risulta che vi sia stata da parte dell'aggiudicataria, o di impresa collegata, una partecipazione alla predisposizione della progettazione dell'opera da realizzare, per cui difetta il presupposto per l'applicazione della disposizione invocata.

8.3 Non è meritevole di adesione neppure l'assunto della ricorrente, secondo cui l'impresa BETA, in quanto detentrica dei brevetti relativi alla fornitura da effettuare, si trovava in una posizione di vantaggio, con alterazione della concorrenza nella gara. Tale doglianza è smentita dalle risultanze della gara.

E' opportuno precisare che la gara si era svolta con il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso mediante offerta a prezzi unitari e ad essa avevano partecipato n.35 ditte, di cui solo venti ammesse; che tra le venti ammesse era stata individuata la

soglia di anomalia nella percentuale del 28,788 % e che ben quattro ditte (tra le venti) avevano offerto una percentuale di ribasso superiore a quella dell'aggiudicataria, cui veniva aggiudicato l'appalto con la percentuale di ribasso del 27,869 %, mentre la ricorrente si classificava al 2° posto con un ribasso del 27,27 %, di poco inferiore a quello offerto dell'aggiudicataria (con una differenza dello 0,599 %, corrispondente ad appena diecimila euro su una base d'asta di euro 1.660.918,68).

Pertanto, l'offerta di una percentuale di ribasso del 27,27 da parte della ricorrente, e non di un ribasso maggiore, appare piuttosto espressione di una scelta imprenditoriale che dalla necessità di tener conto di costi aggiuntivi per procurarsi i prodotti con le caratteristiche richieste.

Per la conseguenza, non vi è ragione di procedere alla consulenza tecnica d'ufficio richiesta dalla ricorrente.

8.4. Contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente, la tipologia del prodotto oggetto di gara non appare analoga a quella prevista dall'Agenzia Torino 2006 con riferimento alle opere da realizzarsi per le Olimpiadi Torino 2006, che aveva provocato l'intervento dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici di cui alla delibera n.251/2003 (dove era stato censurato l'operato della stazione appaltante per aver previsto l'impiego di componenti prodotti in esclusiva dalla BETA) dal momento che nel caso censurato dall'Autorità di vigilanza non vi era alcun riferimento ad "equivalenze" dei requisiti richiesti, che invece sono state previste nella fattispecie qui in esame.

8.5. Neppure vale il richiamo fatto dalla ricorrente alla gara indetta dal Comune di Palermo, priva di rappresentate conseguenze penali riguardo all'imposto uso agli appaltatori proprio dei prodotti coperti da brevetto BETA.

Invero, come è evidenziato dalla società aggiudicataria, non è qui dato ravvisare

un'incidenza diretta sulla fattispecie oggetto del presente processo, anche rilevando che il reato lì contestato (concussione) è a carico di un funzionario comunale.

9. Per quanto sopra esposto, il ricorso principale è infondato, mentre il ricorso incidentale è improcedibile.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, respinge l'appello principale e dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio del 25 gennaio 2008 con l'intervento dei signori:

Giuseppe Severini	Presidente
Caro Lucrezio Monticelli	Consigliere
Marzio Branca	Consigliere
Aniello Cerreto	Consigliere estensore
Francesco Caringella	Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

F.to Aniello Cerreto

F.to Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO

F.to Gaetano Navarra
DEPOSITATA IN SEGRETERIA
II 9/06/08
(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)
IL DIRIGENTE
F.to Antonio Natale

