

Lede il principio della par condicio il comportamento di una Commissione di gara che accetta l'offerta di un prodotto sostanzialmente diverso da quello richiesto dalla lex specialis di gara, specialmente se la differenza tra i prodotti offerti dalle altre

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

La giurisprudenza relativa alla possibilità per la stazione appaltante di considerare non solo il prodotto previsto dal bando, ma altresì un prodotto che ottenga il medesimo scopo, sulla base del principio di equivalenza funzionale, presuppone dal punto di vista logico che tale equivalenza sia tecnicamente possibile, in altri termini che le caratteristiche del nuovo prodotto proposto siano fungibili con quello previsto dal bando

la commissione di gara non aveva il potere di formulare legittimamente un giudizio di equivalenza dell'offerta presentata dalla ditta BETA, alla luce dell'art. 68 del codice dei contratti pubblici, stante la prevalenza del principio di formalità collegato alla garanzia della par condicio in presenza di clausole della lex specialis che convergono nel senso della inammissibilità della modificazione sostanziale dell'offerta, come verificatosi nel caso di specie

Merita di essere riportato il seguente passaggio tratto dalla decisione numero 5914 del 28 novembre 2008, inviata per la sua pubblicazione in data 1 dicembre 2008, emessa dal Consiglio di Stato

preso atto che:

oggetto del presente giudizio è la mancata esclusione, limitatamente ai lotti nn. 4 e 8, della ditta BETA

dalla gara di appalto di fornitura, indetta dalla A.U.S.L. n. 3 di Lanciano con bando del 21 novembre 2006, da aggiudicarsi con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa;

l'appalto è stato aggiudicato in via definitiva alla ditta BETA con determinazione n. 99 del 23 gennaio 2008 mentre il ricorso di primo grado, proposto dalla ditta Alfa, è stato notificato in data 10 e 14 aprile 2008;

il bando aveva ad oggetto, per quanto di interesse ai fini della presente controversia, la fornitura di lenti acriliche idrofobe monopezzo e monomateriale;

il bando, al punto II.1.19, ha espressamente escluso la possibilità di offerte in variante;

la ditta BETA ha offerto lenti in acrilico idrofile con superficie della lente idrofoba;

l'impugnata sentenza:

a) ha respinto l'eccezione di tardività del ricorso prospettata sotto tre autonomi profili;

b) ha annullato la mancata esclusione (e quindi l'aggiudicazione definitiva in suo favore) della ditta BETA, per aver fornito un prodotto diverso da quello oggetto della gara;

c) ha condannato la stazione appaltante al risarcimento del danno in forma specifica (tramite aggiudicazione in favore della ditta Alfa) e per equivalente monetario (in misura pari al 10% dell'offerta economica ed in proporzione alla parte di fornitura già eseguita), nel presupposto della parziale esecuzione della fornitura medesima;

considerato che:

il primo motivo dell'appello principale proposto dalla stazione appaltante, con cui si contestano solo due dei tre profili di tardività del ricorso di primo grado disattesi dall'impugnata sentenza, è infondato atteso che:

l'onere dell'impresa di impugnare tempestivamente gli atti della procedura di evidenza pubblica (ad eccezione della esclusione dalla stessa e delle clausole del bando che rendano impossibile la partecipazione alla gara) sorge solo a seguito dell'emanazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva (cfr. da ultimo Cons. St., sez. V, n. 1331 del 2008);

è irrilevante la pubblicazione dell'aggiudicazione definitiva sull'albo dell'ente stante l'obbligo, sancito dall'art. 79 del codice dei contratti pubblici, di comunicare l'avvenuta aggiudicazione individualmente al concorrente che segue nella graduatoria;

è inammissibile la riproposizione, da parte della ditta BETA, con la sola memoria di costituzione e senza appello autonomo, del terzo profilo di irricevibilità espressamente disatteso dall'impugnato sentenza;

sono infondati il secondo, terzo e quarto motivo del ricorso in appello principale atteso che:

a)

la commissione di gara non aveva il potere di formulare legittimamente un giudizio di equivalenza dell'offerta presentata dalla ditta BETA, alla luce dell'art. 68 del codice dei contratti pubblici, stante la prevalenza del principio di formalità collegato alla garanzia della par condicio in presenza di clausole della lex specialis che convergono nel senso della inammissibilità della modificazione sostanziale dell'offerta, come verificatosi nel caso di specie (cfr. da ultimo Cons. St., sez. V, n. 567 del 2008);

a cura di *****

art. 33

Registro Decisione:/ 5914/08

Registro Generale:8348/2008

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale

Sezione Quinta

composto dai Signori:

Pres. *****

Cons. *****.

Cons. *****

Cons. *****

Cons. *****

ha pronunciato la presente

DECISIONE

nella Camera di Consiglio del **25 Novembre 2008**

Visto l'art. 33, commi terzo e quarto, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, come modificato dalla legge

21 luglio 2000, n. 205;

Visto l'appello proposto da:

AZIENDA USL 03 DI LANCIANO

rappresentato e difeso da:

Avv.

con domicilio
eletto in Roma

VIA PRINCIPESSA CLOTILDE N. 2

presso

NINO PAOLANTONIO

contro

ALFA MARCHE S.R.L.

rappresentato e difeso da:

Avv.

Avv.

con domicilio
eletto in Roma

VIA SIMONE DI SAINT BON 61

presso

MAURIZIO DISCEPOLO

e nei confronti di

BETA S.R.L.

rappresentato e difeso da:

Avv.

con domicilio
eletto in Roma

VIA F. PAULUCCI DE CALBOLI, 9

presso

STUDIO LEGALE SANDULLI

per la riforma, previa sospensione dell'efficacia, della sentenza del **TAR**
ABRUZZO

-

PESCARA

640/2008, resa tra le parti, concernente **GARA PER FORNITURA MATERIALE DI**

OCULISTICA

-

RIS. DEL DANNO.

Visti gli atti e documenti depositati con l'appello;

Vista la domanda di sospensione dell'efficacia della sentenza di accoglimento del ricorso di primo grado, presentata in via incidentale dalla parte appellante.

Visto l'atto di costituzione in giudizio di:

BETA S.R.L.

ALFA MARCHE S.R.L.

Udito il relatore Cons. ***** e uditi,
altresì, per le parti gli avv.ti *****, anche su delega dell'avvocato Di *****, ***** e *****;

Acquisito il consenso delle parti in ordine alla definizione dell'incidente cautelare con decisione in forma semplificata;

preso atto che:

- oggetto del presente giudizio è la mancata esclusione, limitatamente ai lotti nn. 4 e 8, della ditta BETA dalla **gara** di appalto di fornitura, indetta dalla A.U.S.L. n. 3 di Lanciano con bando del 21

novembre 2006, da aggiudicarsi con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa;

- l'appalto è stato aggiudicato in via definitiva alla ditta BETA con determinazione n. 99 del 23 gennaio 2008 mentre il ricorso di primo grado, proposto dalla ditta Alfa, è stato notificato in data 10 e 14 aprile 2008;
- il bando aveva ad oggetto, per quanto di interesse ai fini della presente controversia, la fornitura di lenti acriliche idrofobe monopezzo e monomateriale;
- il bando, al punto II.1.19, ha espressamente escluso la possibilità di offerte in variante;
- la ditta BETA ha offerto lenti in acrilico idrofile con superficie della lente idrofoba;
- l'impugnata sentenza:

a) ha respinto l'eccezione di tardività del ricorso prospettata sotto tre autonomi profili;

b) ha annullato la mancata esclusione (e quindi l'aggiudicazione definitiva in suo favore) della ditta BETA, per aver fornito un prodotto diverso da quello oggetto della **gara**;

c) ha condannato la stazione appaltante al risarcimento del danno in forma specifica (tramite aggiudicazione in favore della ditta Alfa) e per equivalente monetario (in misura pari al 10% dell'offerta economica ed in proporzione alla parte di fornitura già eseguita), nel presupposto della parziale esecuzione della fornitura medesima;

considerato che:

- il primo motivo dell'appello principale proposto dalla stazione appaltante, con cui si contestano solo due dei tre profili di tardività del ricorso di primo grado disattesi dall'impugnata sentenza, è infondato atteso che:

a. l'onere dell'impresa di impugnare tempestivamente gli atti della procedura di evidenza pubblica (ad eccezione della esclusione dalla stessa e delle clausole del bando che rendano impossibile la

partecipazione alla **gara**) sorge solo a seguito dell'emanazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva (cfr. da ultimo Cons. St., sez. V, n. 1331 del 2008);

b. è irrilevante la pubblicazione dell'aggiudicazione definitiva sull'albo dell'ente stante l'obbligo, sancito dall'art. 79 del codice dei contratti pubblici, di comunicare l'avvenuta aggiudicazione individualmente al concorrente che segue nella graduatoria;

- è inammissibile la riproposizione, da parte della ditta BETA, con la sola memoria di costituzione e senza appello autonomo, del terzo profilo di irricevibilità espressamente disatteso dall'impugnato sentenza;

- sono infondati il secondo, terzo e quarto motivo del ricorso in appello principale atteso che:

a) la commissione di **gara** non aveva il potere di formulare legittimamente un giudizio di equivalenza dell'offerta presentata dalla ditta BETA, alla luce dell'art. 68 del codice dei contratti pubblici, stante la prevalenza del principio di formalità collegato alla garanzia della par condicio in presenza di clausole della *lex specialis* che convergono nel senso della inammissibilità della modificazione sostanziale dell'offerta, come verificatosi nel caso di specie (cfr. da ultimo Cons. St., sez. V, n. 567 del 2008);

b) il T.a.r. non è incorso in alcuna carenza istruttoria né si è sostituito surrettiziamente alle valutazioni riservate alla stazione appaltante;

- deve ritenersi in parte infondato ed in parte inammissibile il quinto motivo dell'appello principale, con cui si contesta, sotto limitati profili, la statuizione di condanna al risarcimento del danno, perché:

a) è assolutamente generica l'affermazione della mancanza di colpa dell'amministrazione, anche alla luce della chiarezza del bando che non consentiva la presentazione di varianti alle offerte;

b) come emerso dalla nota della A.U.S.L. n. 3 del 13 agosto 2008, e lealmente confermato durante la discussione in camera di consiglio da parte dell'avvocato della BETA, la fornitura in contestazione non è mai stata neppure parzialmente eseguita, sicché l'amministrazione non dovrà corrispondere alcuna somma a titolo di risarcimento del danno per equivalente monetario;

- l'appello incidentale è infondato stante l'insindacabilità della scelta del giudice di primo grado di compensare le spese di lite dopo aver ravvisato, a mente dell'art. 92, c.p.c., la presenza dei giusti motivi nella complessità delle questioni affrontate;

- il collegio ravvisa nella soccombenza reciproca delle parti giusti motivi per compensare integralmente fra le stesse, le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Definitivamente pronunciando sul ricorso nrg. 8348/2008 meglio indicato in epigrafe:

Rigetta sia l'appello principale che l'appello incidentale e per l'effetto conferma l'impugnata sentenza con le precisazioni di cui in motivazione.

Dichiara integralmente compensate fra le parti le spese del presente grado giudizio.

La presente decisione sarà eseguita dalla Amministrazione ed è depositata presso la segreteria della Sezione che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Roma, 25 Novembre 2008

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

f.to *****

f.to *****

IL SEGRETARIO

f.to *****

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/11/08

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

P. IL DIRIGENTE

f.to *****

N.R.G.
8348/2008

N.R.G.
«RegGen»

Dccc

<https://www.diritto.it/lede-il-principio-della-par-condicio-il-comportamento-di-una-commissione-di-gara-che-accetta-l-offerta-di-un-prodotto-sostanzialmente-diverso-da-quello-richiesto-dalla-lex-specialis-di-gara-specialme/>