

Sussistono i presupposti per dichiarare in parte l'inefficacia del contratto con effetto dalla pubblicazione della presente sentenza

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Condannata l'Amministrazione al risarcimento del danno in parte per equivalente ed in parte in forma specifica_ il risarcimento del danno per equivalente appare senz'altro addebitabile a colpa dell'Amministrazione la mancata esclusione dalla gara dell'aggiudicataria

L'appello incidentale merita accoglimento, per cui l'aggiudicataria doveva essere esclusa dalla gara: la ricorrente, in quanto seconda classificata, ha titolo all'aggiudicazione della gara.

Peraltro, l'appalto è stato eseguito per oltre la metà del periodo previsto (60 mesi) con riferimento all'aggiudicazione risalente al dicembre 2007, per cui ai sensi dell'art. 245 ter ***** n.163/2006 (introdotto dall'art. 10 D. L.vo n.53/2010) sussistono i presupposti per dichiarare in parte l'inefficacia del contratto con effetto dalla pubblicazione della presente sentenza non emergendo ostacoli per il subentro nel contratto ed essendo il subentro della società Controinteressata rispondente all'interesse pubblico ad ottenere corrette indagini di laboratorio; ed in parte per la condanna per equivalente per il periodo di tempo già trascorso alla data di pubblicazione della sentenza.

Ai fini del risarcimento del danno per equivalente appare senz'altro addebitabile a colpa dell'Amministrazione la mancata esclusione dalla gara dell'aggiudicataria, nonostante che l'offerta tecnica non fosse conforme a quanto prescritto dal capitolato tecnico.

Per la quantificazione del danno per equivalente a carico dell'Amministrazione , occorre considerare che:

-non sono stati dedotti dalla società Controinteressata specifici danni (ad es. danno curricolare), se non quello per lucro cessante per mancata aggiudicazione;

-il lucro cessante da mancata aggiudicazione va limitato, in conformità alla decisione della Sezione 22 febbraio 2010 n.10389, alla minor somma fra l'utile dichiarato dall'impresa all'atto della presentazione dell'offerta (o desumibile dal tenore complessivo di essa) e la percentuale del 10% dell'importo complessivo della base d'asta come ribassato dall'offerta della ricorrente, in proporzione al periodo in cui l'appalto ha avuto esecuzione alla data di pubblicazione della presente sentenza . Tale somma, trattandosi di debito di valore, va incrementata con la rivalutazione monetaria dal giorno in cui è stato stipulato il contratto con l'impresa illegittima aggiudicataria, sino alla pubblicazione della presente sentenza (a decorrere da tale momento, in conseguenza della liquidazione giudiziale, il debito di valore si trasforma in debito di valuta).

Spettano, inoltre, gli interessi nella misura legale dalla data di pubblicazione delle presente decisione fino al soddisfo effettivo (Cons. Stato, Sez. VI, n. 3144/2009);

La somma dovuta a titolo di risarcimento danno per equivalente, secondo i criteri sopra indicati, dovrà essere liquidata ai sensi dell' 35 comma 2, d.lg. 31 marzo 1998 n. 80, sostituito dall'art. 7 l. 21 luglio 2000 n. 205, entro il termine di 90 giorni dalla comunicazione o notificazione, ove anteriore della presente decisione.

9.Per quanto considerato l'appello incidentale va accolto e l'appello principale va dichiarato improcedibile, condannando l'Amministrazione al risarcimento del danno in parte per equivalente ed in parte in forma specifica, come in motivazione.

Condanna l'Amministrazione alle spese dei due gradi di giudizio che vengono liquidate in dispositivo, con compensazione nei confronti della società Controinteressata due.

A cura di *****

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 7076 del 23 settembre 2010 pronunciata dal Consiglio di Stato

N. 07076/2010 REG.DEC.

N. 06695/2008 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 6695 del 2008, proposto da:
Agenzia Umbria Sanita', gia' ***** per la Salute (Aus) S.C.A., rappresentata e difesa dall'avv.
*****, con domicilio eletto presso avv. ***** in Roma, via Lutezia N. 8;

contro

Controinteressata S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti *****, ***** e *****,
con domicilio eletto presso ***** in Roma, *****, 3;

nei confronti di

Controinteressata due S.p.A., non costituita;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. UMBRIA - PERUGIA: SEZIONE I n. 00152/2008, resa tra le parti, concernente GARA PER LA FORNITURA DI SERVICE PER INDAGINI DI LABORATORIO, limitatamente al lotto n.13.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'appello incidentale della società Controinteressata;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 luglio 2010 il Cons. ***** e uditi per le parti gli avvocati ***** e *****, per delega dell'Avv. ****;

Visto il dispositivo di decisione n.483./2010;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe, il TAR Umbria ha accolto nei sensi di cui motivazione il ricorso proposto dalle società Controinteressata (seconda in graduatoria) nei confronti delle Aziende umbre per la salute per l'annullamento della determinazione con la quale erano stati approvati, relativamente al lotto n.13, i verbali della gara per la fornitura quinquennale di service per l'esecuzione di indagini di laboratorio comprensive di idonee attrezzature analitiche (per un valore complessivo di euro 1.150.000,00), con aggiudicazione alla società Controinteressata due (prima classificata).

In particolare il TAR ha rigettato il motivo di ricorso tendente all'esclusione dalla gara della società aggiudicataria ed ha condiviso la censura di mancata specificazione da parte della commissione di gara dei criteri motivazionali richiesti dall'art. 83 del Codice dei contratti pubblici di cui al D. L.vo n.163/2006, con obbligo di rinnovazione delle operazioni di gara.

2. Avverso detta sentenza ha proposto appello l'Agenzia Umbria Sanita', già' ***** per la Salute (Aus) , osservando che il TAR, dopo aver distinto i criteri di valutazione da quelli motivazionali, non aveva precisato in cosa consistesse la differenza e quali fossero gli specifici criteri omessi nello specifico procedimento, tanto più che il bando di gara dettagliava in modo completo i criteri da seguire nell'attribuzione dei punteggi ; che d'altra parte l'obbligo di motivazione era stato assolto dalla Commissione attraverso l'ampia motivazione delle scelte effettuate; che peraltro l'obbligo di fissazione dei criteri motivazionali era stato eliminato in sede di proposta di riforma del Codice dei contratti pubblici.

3. Si è costituita in giudizio la ricorrente originaria, che ha proposto appello incidentale, deducendo che l'aggiudicataria doveva essere esclusa dalla gara in quanto la sua offerta non era conforme alle richieste del capitolato tecnico. Ha concluso chiedendo l'aggiudicazione dell'appalto e la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno in forma specifica o in subordine per equivalente.

Con decisione n.4462/2009, la Sezione ha ritenuto necessario richiedere apposita relazione a cura del docente dell'Università degli studi di Perugia in disciplina maggiormente attinente alla fattispecie su designazione del Rettore della stessa Università , al fine di chiarire i seguenti aspetti con riferimento all'offerta tecnica della Controinteressata due :

a- se il quantitativo offerto dei reagenti/allergeni sia sufficiente per l'esecuzione delle determinazioni indicate nella tabella 1 di cui all'art. 1 del capitolato tecnico del lotto 13;

b- se l'analizzatore "Alisei" possieda le caratteristiche previste dall'art.2 del predetto capitolato tecnico;

c- quale sia il numero delle determinazioni di calibrazione ed il numero delle determinazioni di controllo di qualità previsti dalla Controinteressata due, nonché se il quantitativo offerto dei menzionati reagenti "*****" e "*****" sia sufficiente per l'esecuzione delle stesse determinazioni.

4. La consulenza è stata demandata dal Rettore dell'Università degli studi di Perugia al prof. ***** , professore straordinario di medicina e chirurgia di tale Ateneo , mentre la società Controinteressata ha ritenuto di nominare come consulente di parte il dott. ***** , al fine di assistere alle necessarie operazioni.

Il prof . Ing. ***** , completato l'incarico , ha trasmesso apposita relazione alla Segreteria della Sezione il 13 novembre 2009, integrata da altra relazione di chiarimenti in data 1° marzo 2010 a seguito di incontro avuto con il consulente di parte nominato da Controinteressata.

Con memoria conclusiva la società Controinteressata ha osservato che il consulente tecnico nominato dal Collegio aveva confermato la non conformità dell'offerta tecnica ai requisiti prescritti dal capitolato tecnico.

All'udienza del 2 luglio 2010, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

6. Con la sentenza di primo grado, il TAR Umbria ha rigettato il motivo di ricorso tendente all'esclusione dalla gara della società aggiudicataria ed ha condiviso la censura di mancata specificazione da parte della commissione di gara dei criteri motivazionali richiesti dall'art. 83 del Codice dei contratti pubblici di cui al D. L.vo n.163/2006, con obbligo di rinnovazione delle operazioni di gara.

L'appello principale è rivolto a contestare unicamente la necessità di specificazione da parte della Commissione di gara dei criteri motivazionali, mentre l'appello incidentale tende essenzialmente all'esclusione dalla gara dell'aggiudicataria Controinteressata due per non conformità dell'offerta tecnica ai requisiti prescritti dal capitolato tecnico.

Con la conseguenza che in caso di accoglimento dell'appello incidentale, che arrecherebbe alla società Controinteressata (2° classificata in graduatoria) un vantaggio sostanziale (aggiudicazione della gara) invece del beneficio formale della rinnovazione della gara per effetto della sentenza del TAR, verrebbe meno l'interesse delle parti all'appello principale.

7. L'appello incidentale merita accoglimento, per cui l'aggiudicataria doveva essere esclusa dalla gara.

Invero, la convincente relazione del consulente tecnico nominato da questo Collegio ha confermato la non conformità dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria Controinteressata due alle prescrizioni del capitolato tecnico in quanto:

-il numero totale dei Kit (punto 10 tabella 4 off) non risulta sufficiente per le determinazioni dichiarate né i Kit IgE totali I.W. (punto 3), né *****-set Enzimatico (punto 3), né ***** -Set Standard (punto 3) e né *****);

-l'analizzatore non possiede le caratteristiche previste dall'art. 2 del capitolato tecnico in quanto i calibratori ed i controlli per le IgE specifiche sono liofilati e devono essere ricostruiti mediante opportuna diluizione e non risultano quindi effettivamente pronti all'uso;

-il numero di reagenti occorrenti per eseguire le operazioni di calibrazione dell'apparecchiatura offerta e per i controlli di qualità non può considerarsi sufficiente in quanto il quantitativo dei reagenti ***** per le IgE specifiche (calibrazioni) non è sufficiente per le 616 determinazioni dichiarate da Controinteressata due, né a maggior ragione per le 960 determinazioni che sono realmente necessarie.

8. Di conseguenza la ricorrente, in quanto seconda classificata, ha titolo all'aggiudicazione della gara.

8.1. Peraltro, l'appalto è stato eseguito per oltre la metà del periodo previsto (60 mesi) con riferimento all'aggiudicazione risalente al dicembre 2007, per cui ai sensi dell'art. 245 ter ***** n.163/2006 (introdotto dall'art. 10 D. L.vo n.53/2010) sussistono i presupposti per dichiarare in parte l'inefficacia del contratto con effetto dalla pubblicazione della presente sentenza non emergendo ostacoli per il subentro nel contratto ed essendo il subentro della società Controinteressata rispondente all'interesse pubblico ad ottenere corrette indagini di laboratorio; ed in parte per la condanna per equivalente per il periodo di tempo già trascorso alla data di pubblicazione della sentenza.

8.2. Ai fini del risarcimento del danno per equivalente appare senz'altro addebitabile a colpa dell'Amministrazione la mancata esclusione dalla gara dell'aggiudicataria, nonostante che l'offerta tecnica non fosse conforme a quanto prescritto dal capitolato tecnico.

8.3. Per la quantificazione del danno per equivalente a carico dell'Amministrazione, occorre considerare che:

-non sono stati dedotti dalla società Controinteressata specifici danni (ad es. danno curricolare), se non quello per lucro cessante per mancata aggiudicazione;

-il lucro cessante da mancata aggiudicazione va limitato, in conformità alla decisione della Sezione 22 febbraio 2010 n.10389, alla minor somma fra l'utile dichiarato dall'impresa all'atto della presentazione dell'offerta (o desumibile dal tenore complessivo di essa) e la percentuale del 10% dell'importo complessivo della base d'asta come ribassato dall'offerta della ricorrente, in proporzione al periodo in cui l'appalto ha avuto esecuzione alla data di pubblicazione della presente sentenza . Tale somma, trattandosi di debito di valore, va incrementata con la rivalutazione monetaria dal giorno in cui è stato stipulato il contratto con l'impresa illegittima aggiudicataria, sino alla pubblicazione della presente sentenza (a decorrere da tale momento, in conseguenza della liquidazione giudiziale, il debito di valore si trasforma in debito di valuta). Spettano, inoltre, gli interessi nella misura legale dalla data di pubblicazione delle presente decisione fino al soddisfo effettivo (Cons. Stato, Sez. VI, n. 3144/2009);

La somma dovuta a titolo di risarcimento danno per equivalente, secondo i criteri sopra indicati, dovrà essere liquidata ai sensi dell' 35 comma 2, d.lg. 31 marzo 1998 n. 80, sostituito dall'art. 7 l. 21 luglio 2000 n. 205, entro il termine di 90 giorni dalla comunicazione o notificazione, ove anteriore della presente decisione.

9.Per quanto considerato l'appello incidentale va accolto e l'appello principale va dichiarato improcedibile, condannando l'Amministrazione al risarcimento del danno in parte per equivalente ed in parte in forma specifica, come in motivazione.

Condanna l'Amministrazione alle spese dei due gradi di giudizio che vengono liquidate in dispositivo, con compensazione nei confronti della società Controinteressata due.

P.Q.M.

Francesca Quadri, Consigliere

IL PRESIDENTE

L'ESTENSORE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/09/2010

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

Il Dirigente della Sezione

<https://www.diritto.it/sussistono-i-presupposti-per-dichiarare-in-parte-l-inefficacia-del-contratto-con-effetto-dalla-pubblicazione-della-presente-sentenza/>