

Solo in caso di offerte incongrue (non irregolari) la stazione appaltante può, legittimamente, procedere, a trattativa privata e senza la preventiva pubblicazione di un bando, all'affidamento dell'appalto all'impresa che ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa

La distinzione fra le due fattispecie si basa sulla differenza sostanziale che viene evidenziata, nella procedura aperta che precede la procedura negoziata, tra la presentazione di offerte irregolari e la presentazione di offerte incongrue.

Così infatti ci insegna il Consiglio di Stato, con la decisione numero 3245 del 20 maggio 2006:

<Nel primo caso, infatti, la presentazione di offerte irregolari lascia supporre che il prezzo massimo indicato dall'amministrazione sia congruo rispetto dei prezzi di mercato effettivamente esistenti, per cui è utile sollecitare la presentazione di nuove offerte e che, quindi, vi sia spazio per un nuovo confronto concorrenziale.

Nel secondo caso, invece, la mancanza di offerte congrue lascia supporre che il prezzo indicato dall'amministrazione sia troppo basso rispetto alla realtà del mercato e che quindi sarebbe inutile un ulteriore appello pubblico per la presentazione di nuove offerte.

**Ed in quest'ultimo caso la direttiva europea e la norma nazionale di recepimento consentono che l'amministrazione appaltante possa ricercare una soluzione al di fuori del confronto concorrenziale.**

Dal sistema si ricava quindi come, nella seconda ipotesi, sarebbe illogico far rientrare il prezzo massimo indicato nel bando di gara tra le condizioni iniziali dell'appalto non modificabili, perché proprio la mancanza di offerte congrue dimostra come tale prezzo sia inadeguato rispetto alla realtà effettiva del mercato>

A cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, (Quinta Sezione) ANNO 2005

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 5821 del 2005, proposto da \*\*\*\* s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall' avv. Raffaele Izzo, domiciliato in Roma, via Cicerone 28;

CONTRO

l'Azienda per i Servizi Sanitari n. 5 "Bassa Friulana", in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Sergio Grillone e dall'avv. Gabriele Pafundi, domiciliata presso il secondo in Roma, via Giulio Cesare 14/A/4;

e nei confronti

dell'\*\*\*\* Hospital Service di \*\*\*\* p.i. L. & C., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Gianni Zgagliardich, e dall'avvocato Andrea Musenga, domiciliato presso lo studio di quest'ultimo in Roma, viale America, 11;

per la riforma

della sentenza del TAR per il Friuli Venezia Giulia 6 giugno 2005, n. 557;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della parte appellata;

Esaminate le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti di causa;

Relatore alla pubblica udienza del 16 dicembre 2005 il Consigliere Aldo Fera;

Uditi per le parti gli avv.ti R. Izzo, G. Pafundi e A. Musenga, come indicato nel verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Oggetto dell'appello proposto da \*\*\*\* s.p.a. è la sentenza 6 giugno 2005 n. 557, con la quale il Tar per il Friuli Venezia Giulia ha respinto il ricorso da lei proposto, per l'annullamento: 1) del provvedimento dirigenziale n. 1196 dd. 07.12.2004 con il quale è stato affidato alla controinteressata il servizio di sterilizzazione centralizzato dello strumentario chirurgico e biancheria di sala operatoria degli Ospedali di Palmanova e L\*\*\*\*ana; 2) del capitolato speciale allegato al bando di gara per l'appalto del servizio succitato, dd. 29.12.2003; 3) della nota dell'Azienda Sanitaria trasmessa via fax in data 31.12.2004.

Premesso in punto di fatto:

che sia la ricorrente che la società controinteressata avevano partecipato alla procedura aperta per l'affidamento in appalto del servizio di sterilizzazione centralizzata dello strumentario chirurgico e biancheria di sala operatoria degli Ospedali di Palmanova e L\*\*\*\*ana, e che entrambe avevano presentato offerte in aumento, non consentite dalle norme di gara, per cui la gara è stata dichiarata deserta;

che, con la lettera 9 dicembre 2004, la ricorrente è stata informata del fatto che, con l'ordinanza dirigenziale impugnata, era stato disposto l'affidamento in appalto del servizio alla società controinteressata;

il primo giudice motiva la propria decisione con la considerazione "che l'invito ad offrire era chiaro e non era in alcun modo ipotizzabile che, nel caso in cui più ditte vi avessero risposto – come in effetti è avvenuto con la presentazione di due offerte, entrambe in aumento e quindi entrambe riferite alla sola possibilità di trattativa privata – l'amministrazione dovesse poi ulteriormente procedere ad alcuna ulteriore trattativa con entrambe. L'azienda sanitaria ha quindi correttamente esaminato solo quella economicamente più vantaggiosa."

L'appellante contesta le motivazioni contenute nella sentenza, sostenendo:

1. Violazione dell'art. 7, comma 1, lettera a, del decreto legislativo n. 157 del 17 marzo 1995; violazione della legge regionale del Friuli Venezia Giulia 19 dicembre 1996, n. 49; violazione dell'art. 13, comma 1, lettera a, del decreto del presidente della giunta regionale n. 232 del 23 giugno 1998; violazione dell'art. 97 della costituzione; ingiustizia grave e manifesta; erroneità dei presupposti di fatto e di diritto; difetto di istruttoria; violazione e falsa applicazione della legge speciale della gara; violazione della par condicio concurrentium.

Conclude quindi chiedendo l'annullamento della sentenza appellata.

Sono costituite in giudizio, sia l'Azienda sanitaria che l'impresa controinteressata, le quali, dopo aver eccepito il difetto di legittimazione attiva dell'appellante e la tardività del ricorso di primo grado, controbattono le tesi avversarie e concludono per il rigetto dell'appello.

## DIRITTO

Il ricorso proposto dalla \*\*\*\* s.p.a., per la riforma della sentenza specificata in epigrafe, è infondato.

Oggetto dell'impugnazione proposta in primo grado sono il provvedimento con il quale l'Azienda per i Servizi Sanitari n. 5 "Bassa Friulana", ha affidato all'impresa controinteressata il servizio di sterilizzazione centralizzato dello strumentario chirurgico e biancheria di sala operatoria degli Ospedali di Palmanova e L\*\*\*\*ana, nonché il capitolato speciale allegato al bando di gara per l'appalto del servizio succitato.

Quest'ultimo, all'art. 3, dopo aver indicato il corrispettivo annuo massimo previsto per l'appalto, stabiliva che "le offerte formulate in aumento rispetto a tale limite non saranno pertanto ritenute valide" aggiungendo poi che "l'azienda sanitaria si riserva tuttavia la facoltà di poter valutare eventuali offerte formulate in aumento rispetto al, prezzo base di gara anche ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto nelle forme della procedura negoziata a condizione che ricorrano le seguenti circostanze: mancata presentazione di offerte valide; preventiva analisi di congruità dei prezzi offerti".

Sia la ricorrente che la società controinteressata hanno presentato offerte in aumento, per cui la gara è stata dichiarata deserta. L'azienda, però, ha affidato l'appalto, a trattativa privata, alla concorrente che aveva presentato l'offerta economicamente più conveniente per l'amministrazione.

Secondo l'appellante, che in questa sede riproduce il motivo di ricorso disatteso primo giudice, tale comportamento è illegittimo in quanto, essendo stato modificato uno degli aspetti sostanziali più importanti della gara cioè il prezzo, l'amministrazione, ai sensi dell'art. 7, comma 1, lettera a, del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, avrebbe dovuto pubblicare nuovo bando ovvero invitare tutte le imprese che avevano partecipato alla precedente procedura di gara a presentare nuove offerte.

L'assunto non convince. L'art. 7 del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, disciplina i casi in cui è possibile procedere ad affidamento degli appalti di pubblici servizi a trattativa privata, distinguendo due ipotesi, la prima delle quali richiede la previa pubblicazione di un bando (comma 1) mentre la seconda consente all'amministrazione di scegliere liberamente il soggetto con cui condurre la trattativa (comma 2). Per quel che concerne la presente controversia, l'ipotesi di cui al primo comma si applica " in caso di offerte irregolari, dopo che siano stati esperiti un pubblico incanto, una licitazione privata o un appalto concorso, oppure in caso di offerte che risultino inaccettabili in relazione a quanto disposto dagli articoli 11, 12, comma 2, 18, 19 e da 22 a 25,

purché le condizioni dell'appalto non vengano sostanzialmente modificate; " mentre l'ipotesi di cui al secondo comma si applica "quando non vi è stata alcuna offerta o alcuna offerta appropriata dopo che sono stati esperiti un pubblico incanto, una licitazione privata o un appalto concorso, purché le condizioni iniziali dell'appalto non siano sostanzialmente modificate".

La distinzione fra le due fattispecie si basa sulla differenza sostanziale che viene evidenziata, nella procedura aperta che precede la procedura negoziata, tra la presentazione di offerte irregolari e la presentazione di offerte incongrue. Nel primo caso, infatti, la presentazione di offerte irregolari lascia supporre che il prezzo massimo indicato dall'amministrazione sia congruo rispetto dei prezzi di mercato effettivamente esistenti, per cui è utile sollecitare la presentazione di nuove offerte e che, quindi, vi sia spazio per un nuovo confronto concorrenziale. Nel secondo caso, invece, la mancanza di offerte congrue lascia supporre che il prezzo indicato dall'amministrazione sia troppo basso rispetto alla realtà del mercato e che quindi sarebbe inutile un ulteriore appello pubblico per la presentazione di nuove offerte. Ed in quest'ultimo caso la direttiva europea e la norma nazionale di recepimento consentono che l'amministrazione appaltante possa ricercare una soluzione al di fuori del confronto concorrenziale. Dal sistema si ricava quindi come, nella seconda ipotesi, sarebbe illogico far rientrare il prezzo massimo indicato nel bando di gara tra le condizioni iniziali dell'appalto non modificabili, perché proprio la mancanza di offerte congrue dimostra come tale prezzo sia inadeguato rispetto alla realtà effettiva del mercato.

Nel caso di specie, quindi, l'azienda ospedaliera ha correttamente applicato l'art. 7, comma 2, del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, decidendo, una volta che la gara era andata deserta per la mancanza di offerte congrue, di procedere, a trattativa privata e senza la preventiva pubblicazione di un bando, all'affidamento dell'appalto all'impresa che aveva presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa per l'amministrazione.

L'appello pertanto va respinto.

Appare equo compensare, tra le parti, le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione quinta, respinge l'appello.

Compensa le spese del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 16 dicembre 2005

DEPOSITATA IN SEGRETERIA - Il 29 maggio 2006