

Quando una offerta può considerarsi condizionata

di Riccardo Marletta

Data di pubblicazione: 11-6-2019

1. Nelle gare di appalto, l'offerta condizionata non è suscettibile di valutazione in quanto non attendibile, univoca e idonea a manifestare una volontà certa ed inequivoca dell'impresa di partecipazione alla gara.[1]

2. In particolare, l'offerta è condizionata nei casi in cui l'operatore economico subordina l'impegno assunto nei confronti della stazione appaltante ad un evento futuro ed incerto; essa è tale, cioè, nei casi in cui l'obbligazione assunta dal concorrente (di realizzare l'opera, il servizio o la fornitura) è subordinata al verificarsi di altro evento, diverso ed ulteriore rispetto all'aggiudicazione. In tal caso è palese la difformità dell'offerta rispetto alla previsione della *lex specialis* che richiede l'impegno certo e incondizionato del concorrente[2].

3. Il concorrente che abbia allegato all'offerta specifica dichiarazione di accettazione di tutte le norme che regolano la gara, l'aggiudicazione e l'esecuzione del contratto, obbligandosi a osservarle in caso di affidamento della fornitura, ha manifestato in tal modo la chiara e indiscussa volontà di obbligarsi all'esecuzione del contratto.

[1] Cfr. Consiglio di Stato, Sezione VI, 25 gennaio 2010, n. 248; Consiglio di Stato, Sezione V, 23 agosto 2004, n. 5583.

[2] Consiglio di Stato, Sezione V, 27 dicembre 2017, n. 6085.

Guida alla lettura

La sentenza in commento contiene considerazioni interessanti con riferimento ai presupposti che devono ricorrere perché un'offerta possa ritenersi condizionata.

La vicenda che ha originato la sentenza riguardava l'esclusione di una società dalla gara indetta per l'aggiudicazione di un appalto di fornitura agli Enti del Servizio Sanitario Regionale di ausili ai disabili, e precisamente di una carrozzina ad autospinta sulle ruote posteriori.

L'esclusione della concorrente, poi impugnata davanti al TAR Lombardia, era stata disposta perché in una scheda tecnica del prodotto offerto era riportata la seguente dicitura: «La ditta costruttrice comunica che il prodotto può subire delle modifiche o variazioni senza preavviso».

A detta della Commissione di gara la presenza di una tale dicitura era idonea a far assumere all'offerta carattere condizionato, come tale vietato, tanto in forza dei principi generali che regolano gli appalti pubblici, quanto in base alla disciplina specifica della gara.

Il TAR Lombardia ha dapprima richiamato il consolidato orientamento secondo cui non può ritenersi ammissibile un'offerta condizionata che, in quanto tale, non presenta i caratteri dell'attendibilità, dell'univocità e dell'idoneità a manifestare una volontà certa ed inequivoca dell'impresa circa la partecipazione alla gara.

Il Collegio ha poi precisato che l'offerta deve ritenersi condizionata laddove l'impegno assunto nei confronti della stazione appaltante sia subordinato al realizzarsi di un evento futuro ed incerto diverso ed ulteriore rispetto all'aggiudicazione.

Viceversa nel caso di specie, a detta della sentenza, non si trattava di un'ipotesi di offerta condizionata, in quanto la dichiarazione contenuta nell'offerta presentata dalla ricorrente, stante il tenore letterale della stessa e la sua collocazione in calce alla fotografia che riproduceva l'immagine della carrozzina offerta, "appare niente più che una mera clausola di stile, priva di un concreto e ben determinato contenuto volitivo".

Infine, secondo il Collegio, la presenza di una dichiarazione della ricorrente di accettazione di tutte le norme che regolavano la gara, l'aggiudicazione e l'esecuzione del contratto rappresentava un'ulteriore e definitiva riprova della circostanza che in realtà non si fosse in presenza di un'offerta condizionata.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2123 del 2018, proposto da Vassilli S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Raffaella Rampazzo e Paolo Sansone, con domicilio eletto presso lo studio del secondo, in Milano, via Bazzoni, n. 2;

contro

Azienda Regionale Centrale Acquisti - Arca S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Claudia Sala e Stefano Marras, con domicilio eletto presso l'ufficio legale interno, in Milano, via Fabio Filzi n. 22;

nei confronti

Il Point S.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia:

- 1) del provvedimento prot. Arca: 2018.0010113 in data 23.07.2018, pubblicato in pec il 23.07.2018, di esclusione della ricorrente dalla fase tecnica del lotto 1 della procedura aperta per la fornitura di ausili per disabili, con criterio di aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa;
- 2) del provvedimento prot. Arca: 2018.0010669 pubblicato il 2.08.2018 di conferma dell'esclusione di cui al provvedimento sub 1);
- 3) del provvedimento prot. Arca: 20180011158 pubblicato il 9.08.2018 di rigetto della ulteriore richiesta di ammissione alla gara;
- 4) oltre che avverso ogni altro atto presupposto, incluso il verbale n. 8 del 18.07.2018 della Commissione giudicatrice, e di ogni altro atto, conseguente anche non noto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Arca S.p.A.;

Visti tutti gli atti e i documenti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 aprile 2019 la dott.ssa Alessandra Tagliasacchi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

L'Azienda Regionale Centrale Acquisti – ARCA S.p.A., quale Centrale di Committenza per la Regione Lombardia, ha bandito la procedura aperta per l'aggiudicazione, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dell'appalto, suddiviso in 15 lotti, di fornitura per 36 mesi di ausili ai disabili agli Enti del Servizio Sanitario Regionale.

La società Vassilli S.r.l. ha partecipato alla gara per l'aggiudicazione del lotto n. 1, avente a oggetto, specificatamente, la fornitura di carrozzina ad autospinta sulle ruote posteriori, pieghevole, gommatura piena – modello per adulti, ma ne è stata esclusa per aver presentato un'offerta ritenuta dalla stazione appaltante condizionata.

Avverso l'atto di esclusione dalla gara e i successivi atti di conferma del provvedimento espulsivo (tutti in epigrafe indicati) è insorta la società Vassilli S.r.l., che con il ricorso introduttivo del presente giudizio ne ha chiesto l'annullamento previa sospensione cautelare dell'efficacia.

Si è costituita in giudizio ARCA S.p.A., opponendosi alla prospettazione avversaria e concludendo per la reiezione del ricorso.

Non si è, invece, costituita in giudizio la società Il Point S.r.l., pure evocata.

Accolta da questo Tribunale la domanda cautelare, la ricorrente è stata riammessa in gara con riserva, risultando, all'esito della valutazione delle offerte, prima in graduatoria con riferimento al lotto qui in contestazione.

Alla pubblica udienza del 4 aprile 2019 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Viene all'esame di questo Tribunale amministrativo l'esclusione della società Vassilli S.r.l. dalla gara bandita da ARCA S.p.A. per l'aggiudicazione del lotto n. 1 dell'appalto di fornitura agli Enti del Servizio Sanitario Regionale di ausili ai disabili, e specificatamente di carrozzina ad autospinta sulle ruote posteriori, pieghevole, gommatura piena – modello per adulti.

L'esclusione della concorrente è stata disposta perché in una scheda tecnica del prodotto offerto è riportata la seguente dicitura «La ditta costruttrice comunica che il prodotto può subire delle modifiche o variazioni senza preavviso». La dicitura è stata intesa dalla Commissione di gara come prova che quella presentata dalla società Vassilli S.r.l. fosse un'offerta condizionata, come tale vietata, tanto in forza dei principi generali che regolano gli appalti pubblici, quanto in base alla disciplina specifica della gara.

Avverso la propria esclusione (concretizzatasi negli atti in epigrafe elencati) la società Vassilli S.r.l. deduce i seguenti motivi di illegittimità:

1) “Violazione della legge di gara (art. 5.2 del disciplinare di gara, artt. 2,6,8 del capitolato tecnico); eccesso di potere per difetto di presupposto, per illogicità, contraddittorietà, erronea interpretazione, violazione del principio di massima partecipazione”, perché la frase in

questione significherebbe semplicemente che l'offerente si impegna a fornire un prodotto conforme alla disciplina tecnica di settore in vigore al momento di esecuzione del contratto, così come del resto richiesto dalla lex specialis di gara, e in perché ogni caso l'offerente con apposita dichiarazione si è sottomessa a tutte le norme che regolano la procedura di gara;

2) "Violazione di legge (artt. 1362, 1363 e 1367 c.c.; art. 4 del D.lg. 19/4/2016 n. 50)", perché dalla comune intenzione delle parti, dal contesto complessivo delle dichiarazioni, e in applicazione del principio di conservazione, sarebbe evidente che la volontà della concorrente fosse quella di fornire un prodotto sempre conforme alla vigente disciplina tecnica;

3) "Violazione dell'art. 83 del D. lg. 50/2016, dell'art. 6.1 del disciplinare di gara, dei principi di correttezza, proporzionalità e di maggiore partecipazione", perché, prima di escludere un concorrente, la Commissione di gara avrebbe dovuto chiedere chiarimenti, così come previsto dal disciplinare.

Il Collegio, all'esito degli approfondimenti propri di questa fase del giudizio, ritiene che meritino di essere confermate le conclusioni cui era già giunto il Tribunale in sede cautelare, sia pure - in quell'ambito - in forza di una deliberazione necessariamente sommaria.

Invero, secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale «l'offerta condizionata è un'offerta non suscettibile di valutazione in quanto non attendibile, univoca e idonea a manifestare una volontà certa ed inequivoca dell'impresa di partecipazione alla gara (cfr. Cons. Stato, VI, 25 gennaio 2010, n. 248; sez. V, 23 agosto 2004, n. 5583). In particolare, l'offerta è condizionata nei casi in cui l'operatore economico subordina l'impegno assunto nei confronti della stazione appaltante ad un evento futuro ed incerto; essa è tale, cioè, nei casi in cui l'obbligazione assunta dal concorrente (di realizzare l'opera, il servizio o la fornitura) è subordinata al verificarsi di altro evento, diverso ed ulteriore rispetto all'aggiudicazione. In tal caso, del resto, è palese la difformità dell'offerta rispetto alla previsione della lex specialis che richiede l'impegno certo e incondizionato del concorrente» (così, C.d.S., Sez. V, n. 6085/2017).

Nulla di tutto questo è rinvenibile nel caso di specie.

La dichiarazione inserita nell'offerta della ricorrente posta alla base della decisione di esclusione dalla gara, per tenore letterale (segnatamente, "La ditta costruttrice comunica che il prodotto può subire modifiche o variazioni senza preavviso") e per collocazione (segnatamente, in calce alla fotografia che riproduce l'immagine della carrozzina offerta) appare niente più che una mera clausola di stile, priva di un concreto e ben determinato contenuto volitivo.

D'altro canto, risulta per tabulas che la società Vassilli S.r.l. abbia allegato all'offerta specifica dichiarazione di accettazione di tutte le norme che regolano la gara, l'aggiudicazione e l'esecuzione del contratto, obbligandosi a osservarle in caso di affidamento della fornitura. In tal modo, la concorrente ha manifestato in tal modo la chiara e indiscussa volontà a obbligarsi all'esecuzione del contratto.

In conclusione, i primi due motivi di impugnazione sono fondati nei termini suindicati.

Il ricorso viene, pertanto, accolto e per l'effetto gli atti impugnati sono annullati.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Condanna Arca S.p.A. a rifondere alla società Vassilli S.r.l. le spese di giudizio, che liquida in complessivi Euro 3.000,00, oltre ad accessori di legge. Al verificarsi dei presupposti di cui all'articolo 13, comma 6 bis 1, D.P.R. n. 115/2002, Arca S.p.A. provvederà altresì al rimborso del contributo unificato effettivamente versato.

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