

N. 01791/2011 REG.PROV.COLL.
N. 01674/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1674 del 2011, proposto da:
Severn Trent Italia Spa, rappresentato e difeso dall'avv. Domenico Bezzi,
con domicilio eletto presso Andrea Piai in Venezia, Santa Croce, 2122;

contro

Acque Veronesi Scarl, rappresentato e difeso dagli avv. Franco Zambelli,
Andrea Leoni, con domicilio eletto presso Franco Zambelli in Venezia-
Mestre, via Cavallotti, 22;

nei confronti di

Sagidep Spa, rappresentato e difeso dall'avv. Gabriella Poli, con domicilio
eletto presso la Segreteria della Sezione ai sensi dell'art.25, comma 2 del
D.lgs. n. 104/2010;

per l'annullamento

della comunicazione prot. 10424 dd. 8.7.2011, con la quale è stata disposta
l'esclusione della ricorrente dalla procedura aperta di appalto relativo alla
conduzione e manutenzione degli impianti di depurazione e delle stazioni
di sollevamento nei Comuni del territorio veronese; del verbale di gara

seduta pubblica del 6.7.2011 ove la ricorrente veniva esclusa dalla gara medesima per avere prodotto una cauzione ritenuta insufficiente; della nota prot. 0012002 dd. 10.8.2011 con la quale la richiesta di riammissione alla gara da parte della ricorrente veniva respinta dalla resistente; della nota 29.8.2011 con la quale veniva comunicato alla ricorrente l'aggiudicazione definitiva dell'appalto alla controinteressata; della determina del Dirigente del Distretto Pianura prot. n. 888 dd. 29.8.2011 concernente l'approvazione dei verbali di gara e l'aggiudicazione definitiva; dell'art. 12.5 del disciplinare di gara; nonché di ogni atto annesso, connesso o presupposto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Acque Veronesi Scarl e di Sagidep Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 novembre 2011 la dott.ssa Alessandra Farina e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando pubblicato nella GUCE del 13 maggio 2011 e quindi nella GURI del 20 maggio 2011, la società Acque Veronesi – Scarl ha indetto una procedura aperta per l'affidamento dell'appalto relativo alla conduzione e manutenzione degli impianti di depurazione e delle stazioni di sollevamento dei Comuni del territorio veronese, ove il servizio idrico integrato è gestito dalla società appaltante.

L'appalto, del valore complessivo, IVA esclusa, di € 2.888.926,00, avrebbe avuto una durata annuale, rinnovabile per ulteriori dodici mesi e sarebbe stato affidato alla ditta proponente l'offerta economicamente più

vantaggiosa, individuata sulla base dei criteri indicati nel bando, coinvolgenti sia il profilo della convenienza economica che quello tecnico, così come stabilito al punto IV.2.1.

La lex specialis prescriveva quindi l'obbligo, a pena di esclusione, per i concorrenti di presentare una cauzione provvisoria, pari al 2% dell'importo a base d'asta, vale a dire di € 57.778,54, così come specificato dal disciplinare al punto 12.5.

Peraltro, con specifico riguardo all'importo contrattuale, il medesimo disciplinare di gara, al punto 4, precisava l'importo massimo dell'appalto, così come sopra definito, riferito sia agli impianti immediatamente appaltabili, che a quelli successivamente appaltabili, oltre agli oneri di sicurezza, indicando altresì il valore dell'importo contrattuale determinato su base annua, calcolato in €1.256.210,00, fatta sempre salva la possibilità di incrementare detto importo a seguito dell'immissione in appalto degli ulteriori impianti appaltabili.

La ricorrente Severn Trent Italia srl ha partecipato alla gara: tuttavia, la Commissione ne ha disposto l'esclusione in ragione dell'avvenuta prestazione di una cauzione provvisoria insufficiente o meglio inferiore all'ammontare richiesto, a pena di esclusione, dal disciplinare di gara.

Invero, la ricorrente, tenuto conto del prezzo contrattuale dell'appalto, computato per l'arco temporale iniziale di 12 mesi, così come individuato dallo stesso disciplinare di gara, ha presentato una cauzione, avvalendosi della possibilità della riduzione del 50% ex art. 75, comma 7 del D.lgs. n. 163/06 in quanto munita della certificazione attestante il possesso del sistema UNI EN ISO 9001, pari all'1% di detto valore, ossia di € 12.563,00.

Diversamente, la commissione, nonostante i chiarimenti forniti dall'interessata circa l'interpretazione seguita delle disposizioni del bando e soprattutto del disciplinare di gara in punto cauzione e valore dell'appalto

ai fini della determinazione del corretto ammontare del dovuto, ha confermato la propria determinazione, escludendo la ricorrente dalla gara e procedendo all'affidamento dell'appalto alla società Sagidep s.p.a.

Avverso il provvedimento di esclusione sono stati quindi dedotti i seguenti motivi di censura:

- Erronea applicazione da parte della commissione di gara del disciplinare, in considerazione della equivoca formulazione dello stesso, ove è indicato il valore massimo dell'appalto, ma anche il prezzo contrattuale dello stesso riferito alla durata annuale del servizio, tale da provocare l'errore di formulazione dell'offerta con riguardo all'ammontare della cauzione provvisoria.

A fronte di tale incertezza e del dubbio significato delle clausole, doveva prevalere il principio di massima partecipazione alle procedure di gara e quindi un'interpretazione delle stesse che consentisse a tutti i partecipanti di prendere parte alla gara, senza limitarsi all'applicazione di formalità inutili, proprio in ragione della grave sanzione conseguente alla loro inosservanza.

- Illegittimità del disciplinare di gara per violazione di legge (art. 75 D.lgs. n. 163/06); falsa/o erronea applicazione di legge (art. 29), violazione del principio di proporzionalità (art.2).

Nell'ipotesi in cui dovesse ritenersi corretta l'applicazione seguita dalla Commissione di gara, le previsioni contenute nel disciplinare si pongono in palese contrasto con le disposizioni del Codice dei contratti richiamate, essendo stata richiesta la prestazione di una garanzia di valore sproporzionato rispetto all'importo contrattuale dell'appalto.

- Violazione di legge con riguardo all'art. 46, 1-bis del codice dei contratti e nullità dell'art. 12, comma 5 del disciplinare di gara e violazione dei principi comunitari di non aggravio del procedimento e di massima partecipazione.

Tenuto conto del fatto che il bando di gara è stato pubblicato nella GURI

in data successiva all'entrata in vigore della disposizione di cui all'art. 46, 1-bis del codice dei contratti - che quindi risulta pienamente applicabile essendo rilevante, ai sensi dell'art.66, detta pubblicazione e non quelle antecedente nella GUCE - parte ricorrente invoca la nuova disciplina che limita i casi di esclusione dalla partecipazione alle pubbliche gare alle sole ipotesi previste dal codice, dal regolamento o da altre disposizioni di legge, fra le quali non rientra quella relativa alla prestazione della cauzione provvisoria di cui al primo comma dell'art. 75, da cui la conseguente nullità della clausola che ha previsto l'esclusione dei concorrenti per tale mancanza, così come disposto nei confronti della ditta Severn Trent.

- Violazione di legge (art. 57 D.lgs. n. 163/06).

La previsione di un rinnovo annuale del contratto (circostanza che ha quindi condizionato il valore complessivo dell'appalto) risulta in contrasto con la norma richiamata, in quanto relativa alle ipotesi di rinnovo per servizi analoghi, circostanza che nella fattispecie non sussiste.

Si sono costituite in giudizio Acque Veronesi S.p.a. e la controinteressata Sagidep S.p.a., le cui difese hanno controdedotto in ordine a tutti i profili di illegittimità denunciati in ricorso, ribadendo che il valore da tenere in considerazione per il calcolo dell'ammontare della cauzione provvisoria, anche con la riduzione del 50%, fosse quello complessivo dell'appalto, comprensivo anche del valore relativo al suo eventuale rinnovo, così come previsto dall'art. 29 del Codice dei Contratti e come testualmente indicato nel bando di gara e relativo disciplinare, specificante l'ammontare della cauzione provvisoria richiesta.

Quanto alla denunciata nullità della clausola relativa alla sanzione dell'esclusione dalla gara in caso di mancata prestazione della cauzione provvisoria (eventualità cui è riconducibile anche la prestazione di una cauzione di importo inferiore al richiesto), le difese resistenti, eccepita preliminarmente l'inammissibilità della doglianza in quanto tardivamente

proposta avverso la clausola della *lex specialis*, hanno controdedotto evidenziando l'inapplicabilità *ratione temporis* della nuova disciplina, in quanto il bando risulta essere stato pubblicato nella GUCE in data anteriore alla entrata in vigore del D.L. n. 70/2011, sottolineando altresì come la prestazione di una cauzione insufficiente debba essere considerata quale mancanza di un elemento essenziale dell'offerta, che giustifica la sanzione dell'esclusione del concorrente (così come ritenuto dall'A.V.C.P. nel parere del 2 agosto 2011).

All'udienza pubblica del 17 novembre 2011 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

Con il ricorso in esame parte ricorrente si duole del provvedimento con il quale la commissione di gara per l'affidamento da parte di Acque Veronesi dell'appalto relativo alla conduzione e manutenzione degli impianti di depurazione e delle stazioni di sollevamento dei Comuni del territorio veronese, ha ritenuto di escludere la società Severn Trent in ragione dell'insufficienza della cauzione provvisoria prestata, così come richiesto dal bando e dal disciplinare di gara al punto 12, comma 5.

La clausola contenuta nel disciplinare ha infatti indicato nella somma di € 57.778,54 l'ammontare della cauzione provvisoria che i concorrenti avrebbero dovuto prestare a pena di esclusione, somma corrispondente al 2% del valore dell'importo a base d'asta.

La ricorrente, avvalendosi della possibilità della riduzione del 50% prevista dall'art. 75, comma 7 del D.lgs. n. 163/06 in quanto munita delle certificazione attestante il possesso del sistema UNI EN ISO 9001, ha tuttavia presentato una cauzione di importo inferiore al richiesto, essendosi basata sull'importo contrattuale dell'appalto riferito alla durata annuale dello stesso, senza quindi tenere conto del valore complessivamente considerato, comprensivo anche dell'eventuale rinnovo per un ulteriore

annualità, interessante la conduzione e manutenzione di successivi impianti. Il primo ordine di doglianze è stato quindi rivolto a contestare la decisione assunta dalla commissione di gara con specifico riguardo all'individuazione del valore dell'appalto da computare al fine del calcolo del valore della cauzione provvisoria da prestare a pena di esclusione.

La difesa istante, con le ulteriori censure, ha altresì dedotto la nullità, ai sensi dell'art. 46, comma 1 – bis del D.lgs. n. 163/06, della stessa prescrizione contenuta nel disciplinare di gara, proprio con riguardo alla sanzione dell'esclusione dalla gara quale conseguenza della mancata prestazione della cauzione provvisoria, nullità che, laddove sussistente non avrebbe consentito l'esclusione dalla gara di Severn Trent.

Ciò premesso, ritiene il Collegio necessario procedere in via pregiudiziale alla valutazione della fondatezza del terzo motivo di ricorso, atteso che l'eventuale riconoscimento della fondatezza della censura e quindi della nullità della clausola di esclusione prevista nel disciplinare di gara, determinerebbe ex se l'annullamento del provvedimento impugnato.

Appare quindi evidente che il punto dirimente della controversia in esame è stabilire innanzitutto l'applicabilità *ratione temporis* della novella introdotta con D.L. n. 70/2011 circa le cause di esclusione dalle pubbliche gare, per le quali, in virtù della disposizione richiamata, è stato introdotto il principio di tassatività.

In base all'art. 46, comma 1-bis, infatti, le ipotesi di esclusione sono unicamente conseguenti al "...mancato adempimento delle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali...", per cui "...i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle".

Sul punto parte ricorrente ritiene sia necessario fare unico riferimento alla data di avvenuta pubblicazione del bando nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana (nella specie successiva – 20.5.2011 - all'entrata in vigore della norma, avvenuta il 14 maggio 2011), invocando il disposto di cui all'art. 66 del Codice dei Contratti, in base al quale (comma 8) è stabilito che gli effetti giuridici che l'ordinamento riconnette alla pubblicità in ambito nazionale decorrono dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana.

Su tale impostazione dissente parte resistente, dando rilevanza alla data di avvenuta adozione del bando e comunque alla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea, entrambe antecedenti la data del 14 maggio 2011, sottolineando la valenza accessoria della successiva pubblicazione (peraltro per estratto) sulla GURI.

Ritiene il Collegio, conformemente all'indirizzo già espresso su analoga questione (cfr. T.A.R. Veneto, I, n. 1575/2011), che il riferimento temporale da tenere in considerazione sia quello dell'avvenuta pubblicazione del bando nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana.

Invero, la disposizione contenuta nel comma 8 dell'art. 66 del Codice dei Contratti ha espressamente introdotto il principio generale per cui gli effetti giuridici connessi dall'ordinamento italiano all'avvenuta pubblicazione dei bandi di gara debbano essere ricondotti unicamente alla pubblicazione effettuata nella GURI, a nulla rilevando, a questo specifico fine, la data di pubblicazione nella GUCE.

Quindi, per espressa previsione normativa, per quanto riguarda gli effetti giuridici derivanti dalla pubblicazione dei bandi, assume unica rilevanza quella effettuata nella GURI, indipendentemente quindi dall'anteriore pubblicazione operata nella GUCE.

Conseguenza diretta del combinato disposto della norma di cui al comma 8 dell'art. 66 e di quella introdotta dal comma 1-bis dell'art. 46, è che il

principio di tassatività della clausole di esclusione debba valere, a pena di nullità delle clausole difformemente introdotte, per tutti i bandi la cui pubblicazione, avvenuta nella GURI, sia successiva all'entrata in vigore della norma, a prescindere all'anteriore pubblicazione dei medesimi nella GUCE.

Di conseguenza, poiché il bando di cui è causa è stato pubblicato nella GURI in data 20 maggio 2011 e quindi successivamente alla data di entrata in vigore del D.L. n. 70/11, convertito sul punto senza modifiche dalla L. n. 106/11, la nuova disciplina operante in ordine alle clausole di esclusione dalle pubbliche gare era suscettibile di applicazione anche con riferimento al bando di cui alla gara in oggetto.

Stabilita quindi la valenza temporale della novella in materia di clausole di esclusione, resta da stabilire se la prescrizione imposta nel bando a pena di esclusione relativamente alla prestazione della cauzione provvisoria nell'importo indicato rientrasse in quelle ammesse dalla legge o, diversamente, dovesse ritenersi nulla in quanto esulante dalle ipotesi normativamente previste e quindi insuscettibile di supportare la determinazione dell'esclusione della ricorrente dalla gara.

A tale riguardo è necessario sottolineare come il comportamento tenuto da parte ricorrente nel prestare la cauzione provvisoria si ponesse oggettivamente in contrasto con la prescrizione del bando in punto ammontare della cauzione.

Invero, secondo le regole generali la cauzione provvisoria deve essere rapportata al valore complessivo dell'appalto ed a tale riguardo il bando ha indicato chiaramente detto valore complessivo nella somma di € 2.888.926,26, individuando di conseguenza nel disciplinare l'ammontare della cauzione provvisoria dovuta nella percentuale del 2% di detto importo (riducibile per la ricorrente del 50%) : detta prescrizione risulta corretta e il riferimento, contenuto nel disciplinare, al prezzo contrattuale

per il servizio nei primi 12 mesi, diversamente da quanto sostenuto da parte ricorrente, non può essere inteso quale importo di riferimento per il computo della cauzione.

Tale conclusione è invero avallata dallo stesso tenore letterale dell'art. 29 del D.lgs. n. 163/06 ("Il calcolo del valore stimato degli appalti pubblici e delle concessioni di lavori o servizi pubblici è basato sull'importo totale pagabile al netto dell'IVA, valutato dalle stazioni appaltanti. Questo calcolo tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di opzione o rinnovo del contratto"), che comprende nel computo del valore dell'appalto anche le eventuali opzioni, quali componenti del valore massimo stimato dello stesso.

Con tale previsione è stata infatti privilegiata una determinazione del valore dell'appalto, quale è "l'importo massimo stimato", comprensivo anche del valore riferibile all'eventuale rinnovo del contratto o comunque dell'attribuzione al contraente privato di un diritto di opzione al suo rinnovo : ciò al fine evidente di consentire un'immediata valutazione del valore monetario della prestazione da eseguire, nella sua interezza e complessità, comprendente quindi, sin dal primo esame, tutte le evoluzioni possibili del rapporto, fra cui anche il rinnovo o la proroga dello stesso.

Ciò premesso, il Collegio non ignora l'attuale incertezza interpretativa circa la portata della disposizione recentemente introdotta riguardo alla tassatività delle clausole di esclusione e l'orientamento inizialmente manifestato da parte dell'AVCP circa la riconducibilità dell'ipotesi della mancata prestazione della cauzione provvisoria a tali ipotesi, quale condizione essenziale dell'offerta.

Tuttavia, considerato che le disposizioni implicanti la grave sanzione dell'esclusione dalla gara debbono essere di stretta interpretazione e quindi debbono trovare il loro fondamento in una norma che espressamente imponga la loro osservanza, non può essere ignorato il dato di fatto

emergente dalla lettura della norma dettata dal Codice dei Contratti con l'art. 75 proprio in materia di garanzie a corredo dell'offerta ed in particolare dal raffronto fra il primo e l'ottavo comma dell'articolo richiamato.

Così infatti dispone il primo comma : “L'offerta è corredata da una garanzia, pari al due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente”; a sua volta il comma ottavo dispone : “L'offerta è altresì corredata, a pena di esclusione, dall'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'art. 113, qualora l'offerente risultasse affidatario”.

Appare di tutta evidenza la diversa valenza attribuita dal legislatore alla prestazione della cauzione provvisoria di cui al primo comma, quale indubbia condizione della serietà dell'offerta presentata, ma la cui osservanza non è imposta a pena di esclusione, dall'obbligo imposto con l'ottavo comma, che invece è assistito dalla comminatoria espressa della sanzione dell'esclusione dalla gara in caso di inottemperanza.

Il dato normativo ed il confronto fra le due disposizioni induce quindi a ritenere la diversa valenza della prestazione della due garanzie e quindi che solo la mancata osservanza della seconda previsione, comportando ex lege l'esclusione dalla gara, possa costituire una delle ipotesi contemplate in via generale dall'art. 46, comma 1-bis.

Diversamente, anche sulla scorta dell'espressione letterale, ma evidentemente in ragione della diversa rilevanza dell'assunzione dell'obbligo di garanzia all'atto della formulazione dell'offerta, la mancata osservanza delle previsione di cui al primo comma dell'art. 75 non determina ex lege l'esclusione dalla gara, ergo non rientra nelle ipotesi di cui all'art. 46, comma 1 – bis.

Di conseguenza, la clausola di esclusione contenuta al punto 12, comma 5

del disciplinare di gara è da considerarsi nulla ex lege e quindi la sua inosservanza non poteva comportare l'esclusione della ricorrente dalla gara. In conclusione, per tutte le considerazioni sin qui espresse, il ricorso va accolto e per l'effetto va annullato il provvedimento con il quale la società ricorrente è stata esclusa dalla gara, con tutte le conseguenze da ciò derivanti per quanto riguarda l'aggiudicazione dell'appalto a favore della controinteressata ed il relativo contratto, di cui deve essere dichiarata l'inefficacia.

Quanto agli effetti sulla procedura di gara, appare evidente che, proprio per la natura della stessa, non sia possibile configurare la mera riammissione della ricorrente e la ripresa delle operazioni di valutazione delle offerte con l'aggiunta di quella della Severn Trent.

Infatti, trattandosi di una gara per l'affidamento dell'appalto all'offerta economicamente più vantaggiosa, sulla base di una valutazione sia del valore economico dell'offerta, che del pregio del contenuto tecnico della stessa, l'avvenuta valutazione delle altre offerte in gara non consente più di procedere alla valutazione dell'offerta presentata dalla ricorrente senza minare l'imparzialità e la trasparenza del giudizio, in quanto questo verrebbe formulato dopo l'avvenuta valutazione e l'attribuzione dei punteggi, per il contenuto tecnico ed economico, delle altre offerte in gara.

Ne deriva che, anche per quanto riguarda la richiesta di risarcimento formulata dalla ricorrente, l'amministrazione dovrà procedere alla riedizione della gara.

Tenuto conto della novità della questione, appare equo disporre l'integrale compensazione fra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi e per gli effetti indicati in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 17 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Claudio Rovis, Presidente FF

Riccardo Savoia, Consigliere

Alessandra Farina, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/12/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)