

N. 00235/2011 REG.PROV.COLL.

N. 00564/2009 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 564 del 2009, proposto da:
Lerta e C. S.r.l., sia in proprio sia in qualità di mandataria della
costituenda associazione temporanea di imprese Lerta e C.
S.r.l./C.E.S.I.A.F. S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Maria Paola
Roullet e Rosario Scalise, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv.
Mauro Milan in Torino, via Giolitti, 1;

contro

Gestione Acqua S.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Anna Maria
Rivetti, Massimo Trebiani e Pierpaolo Traverso, con domicilio eletto
presso lo studio dell'avv. Anna Maria Rivetti in Torino, via Vittorio
Amedeo II, 13;

nei confronti di

Agosti Antonio; Traversa S.r.l.;

per l'annullamento

- del verbale di gara riservata del 2 marzo 2009, il cui esito è stato reso noto ai concorrenti ed in particolare alla ricorrente in data 19 marzo 2009, con il quale la Gestione Acqua S.p.a. ha dichiarato aggiudicataria provvisoria dei lavori di "adeguamento impianti di captazione e adeguamento reti di distribuzione e serbatoi" l'associazione temporanea di imprese composta da Traversa S.r.l. e impresa Agosti Antonio, con il ribasso del 10,50%;
- della comunicazione del 19 marzo 2009, prot. 530, con il quale la Gestione Acqua S.p.a. ha reso noto alla ricorrente quanto segue: "In riferimento alla gara in oggetto ed ai sensi dell'art. 79, comma 5, lett. a), d.lgs. 163/2006 s.m.i. si comunica che l'affidataria è il R.T.I. Traversa s.r.l. (capogruppo) - Agosti Antonio corrente in Voghera con ribasso del 10,50%;
- dell'aggiudicazione definitiva a favore del R.T.I. Traversa s.r.l. (capogruppo) - Agosti Antonio, se intervenuta, oggetto di istanza di accesso da parte della ricorrente e non ancora resa nota;
- per quanto ritenuto, del verbale di seduta riservata di constatazione di ricevimento delle buste-offerte;
- per quanto ritenuto, della lettera di invito all'impresa Agosti Antonio del 29/12/2008, prot. 2550;

- per quanto ritenuto, della dichiarazione di impegno e della dichiarazione con le quali il RTI aggiudicatario ha dichiarato di costituire associazione temporanea, individuando quale capogruppo la Traversa S.r.l., e di possedere i requisiti previsti per la partecipazione alla gara in oggetto;
- di ogni altro atto agli stessi preordinato, preparatorio, propedeutico, consequenziale o comunque connesso e non trasmesso dalla Gestione Acqua a seguito delle istanze di accesso in data 6/3/2009 e in data 24/3/2009, nonché per la condanna della Gestione Acqua S.p.a. al risarcimento dei danni conseguenti, da effettuarsi anche per equivalente pecuniario che risulterà di giustizia, se impossibile in forma specifica.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Gestione Acqua S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 febbraio 2011 il dott.

Richard Goso e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1) L'impresa ricorrente ha partecipato, in qualità di capogruppo del raggruppamento costituendo con C.E.S.I.A.F. S.r.l., alla procedura

negoziata, senza pubblicazione di bando, indetta da Gestione Acqua S.p.a. per l'affidamento dei lavori di adeguamento impianti di captazione, reti di distribuzione e serbatoi dell'acqua potabile.

All'esito delle operazioni di gara, cui avevano partecipato quattro concorrenti, risultava aggiudicatario il raggruppamento Traversa S.r.l./Agosti Antonio che aveva offerto un ribasso del 10,50%.

Il raggruppamento capeggiato dalla ricorrente si classificava secondo in graduatoria.

2) Con ricorso giurisdizionale ritualmente notificato in data 16 maggio 2009, l'esponente contesta la legittimità dell'aggiudicazione, deducendo motivi di gravame così articolati:

I) Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 75, comma 7, del d.lgs. n. 163/2006. Violazione e/o falsa applicazione della legge di gara con riferimento alle prescrizioni inerenti la produzione della garanzia provvisoria e l'importo della stessa. Eccesso di potere, erroneità, contraddittorietà e illogicità. Violazione dei canoni di ragionevolezza e buon andamento e della par condicio tra i concorrenti.

II) Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 75, comma 4, del d.lgs. n. 163/2006. Violazione e/o falsa applicazione della legge di gara con riferimento alle prescrizioni inerenti la produzione della garanzia provvisoria e il requisito della rinuncia ad eccepire la decadenza di cui all'art. 1957 c.c. Eccesso di potere, erroneità, contraddittorietà e illogicità.

Violazione dei canoni di ragionevolezza e buon andamento e della par condicio tra i concorrenti.

III) Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 37 del d.lgs. n. 163/2006.

Violazione e/o falsa applicazione della legge di gara con riferimento alle prescrizioni inerenti la costituzione dei raggruppamenti temporanei di concorrenti. Eccesso di potere, erroneità, contraddittorietà e illogicità.

Violazione dei canoni di ragionevolezza e buon andamento e della par condicio tra i concorrenti.

Sulla scorta di tali censure, la ricorrente insta conclusivamente per l'annullamento dei provvedimenti impugnati, previa sospensione dell'esecuzione, e per la condanna della stazione appaltante al risarcimento dei danni.

3) Si è costituita in giudizio Gestione Acqua S.p.a., contrastando nel merito la fondatezza del gravame e opponendosi al suo accoglimento.

Non si sono costituite, seppur regolarmente intimare, le imprese costituenti il raggruppamento aggiudicatario della gara.

Con ordinanza n. 430 del 5 giugno 2009, confermata in appello, è stata respinta l'istanza cautelare proposta in via incidentale dalla ricorrente.

In prossimità della pubblica udienza, le parti costituite hanno depositato memorie difensive e di replica.

Il ricorso è stato chiamato all'udienza del 10 febbraio 2011 e ritenuto in decisione.

Ha fatto seguito la pubblicazione del dispositivo di sentenza n. 155 del 11 febbraio 2011.

DIRITTO

4) Pare opportuno premettere allo scrutinio dei motivi di ricorso un essenziale inquadramento normativo della fattispecie.

Si controverte circa la legittimità degli atti di una procedura negoziata di gara per l'affidamento dei lavori di gestione di una rete di distribuzione dell'acqua potabile.

L'appalto in questione rientra, giusta la previsione di cui all'art. 209 del d.lgs. n. 163/2006 (di seguito "codice dei contratti pubblici" o semplicemente "codice"), nella categoria dei "settori speciali" per i quali trovano applicazione le norme di cui alla Parte III del codice.

Trattandosi di appalto indetto da un'impresa pubblica (cfr. regolamento di Gestione Acqua, art. 1), con un importo a base d'asta di € 613.044,55, perciò ampiamente al di sotto della soglia di rilevanza comunitaria fissata dall'art. 215 del codice dei contratti pubblici nell'importo di € 5.278.000, esso era specificamente regolato dall'art. 238, comma 7, del codice: "Le imprese pubbliche e i soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi per gli appalti di lavori, forniture e servizi di importo inferiore alla soglia comunitaria, rientranti nell'ambito definito dagli articoli da 208 a 213, applicano la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, la

quale, comunque, deve essere conforme ai principi dettati dal Trattato CE a tutela della concorrenza”.

In definitiva, la procedura selettiva di cui si controverte era disciplinata dal regolamento interno della stazione appaltante, purché conforme ai principi comunitari in materia di tutela della concorrenza; le disposizioni del codice dei contratti pubblici vi trovavano applicazione nella misura in cui erano fatte oggetto di richiamo da parte della lettera d’invito alla gara.

5) Tanto precisato, può procedersi allo scrutinio del primo motivo di ricorso, con cui l’esponente denuncia la violazione dell’art. 75, comma 7, del codice dei contratti pubblici, che consente agli operatori in possesso di certificazione del sistema di qualità di ridurre del cinquanta cento l’importo della garanzia a corredo dell’offerta, quindi di presentare una garanzia pari all’un per cento del prezzo base indicato nell’invito alla gara.

Il raggruppamento aggiudicatario si sarebbe indebitamente avvalso di tale facoltà (ed avrebbe dovuto, perciò, essere escluso dalla gara), atteso che la sola mandataria era in possesso della certificazione menzionata, mentre l’impresa mandante Antonio Agosti, peraltro l’unica invitata espressamente alla gara, ne era sprovvista.

Al contrario, il requisito in parola deve essere posseduto da entrambe le imprese che costituiscono il raggruppamento, tanto più nel caso di specie

ove la configurazione orizzontale del raggruppamento aggiudicatario esclude naturalmente la divisibilità del beneficio.

Né rileverebbe, osserva conclusivamente l'esponente, che si versi nell'ambito dei settori speciali, poiché la stessa legge di gara (cioè la lettera d'invito) richiamava espressamente l'art. 75 del codice e le prescrizioni contenute nel settimo comma di tale disposizione.

La tesi di parte ricorrente non può essere condivisa.

E' vero che, in linea di principio, la prestazione della garanzia costituisce imprescindibile condizione di affidabilità dell'offerta e che la sua mancanza comporta, anche in difetto di espressa comminatoria nella lex specialis, l'esclusione del concorrente dalla gara.

Tale principio è posto a presidio di interessi generali che ne impongono l'applicazione anche nei cosiddetti settori speciali.

Ciò premesso, va però rammentato che le regole poste dall'art. 75 del codice in materia di modalità di prestazione e di importo della garanzia non trovavano diretta applicazione nella fattispecie in esame, dovendosi invece fare riferimento alle disposizioni del regolamento interno della stazione appaltante ed a quelle della lettera d'invito.

Il regolamento non contiene alcun richiamo all'art. 75 citato.

La lettera d'invito richiama effettivamente il settimo comma dell'art. 75, ma al solo scopo di individuare il tipo di certificazione che il concorrente doveva possedere per fruire del beneficio del dimezzamento della garanzia.

La lettera d'invito, inoltre, si discosta dall'art. 75 nell'individuazione dei soggetti cui va riferito il possesso della certificazione di qualità.

L'art. 75, comma 7, del codice, riconosce il beneficio della riduzione a metà della garanzia agli "operatori economici ai quali venga rilasciata, da organismi accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000, la certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000".

La lettera d'invito, invece, prevede che "la predetta percentuale" (del 2%) "è comunque ridotta alla metà nel caso in cui il concorrente possieda la certificazione di cui all'art. 2, comma 1, lett. q, DPR 34/2000 s.m.i. e di cui all'art. 75, comma 7 del DLgs 163/2006 s.m.i. desunti dall'attestato SOA o documento equipollente".

Le differenze lessicali fra le due disposizioni rilevano sul piano dei contenuti.

Il codice fa riferimento agli "operatori economici" e ciò implica che, per beneficiare della riduzione a metà della garanzia, la certificazione di qualità debba essere posseduta da tutte le imprese che costituiscono il raggruppamento orizzontale.

Il riferimento al "concorrente" (al singolare) operato dalla lettera d'invito lascia intendere, invece, che il centro d'imputazione cui riferire il requisito del possesso della certificazione di qualità non sia rappresentato

dalla totalità degli operatori che compongono il raggruppamento, ma dal raggruppamento in quanto tale.

“Concorrente”, infatti, è sinonimo di “offerente” e quest’ultimo termine, nel lessico del codice (cfr. art. 3, comma 23), sta ad indicare l’operatore economico che ha presentato un’offerta, quindi il raggruppamento considerato unitariamente e non i singoli operatori che lo compongono.

In ogni caso, anche qualora si ritenga che la certificazione di qualità dovesse essere posseduta da tutte le imprese del raggruppamento, resta il fatto che la lettera d’invito ricollegava la sanzione dell’esclusione unicamente all’ipotesi di mancata allegazione dell’impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia per l’esecuzione del contratto nel caso di aggiudicazione.

Nessuna sanzione era prevista, invece, per il caso in cui la garanzia fosse stata fornita in modo parziale, ossia inferiore all’importo previsto.

La valorizzazione del favor participationis porta a ritenere che la prestazione di una garanzia di importo inferiore al previsto non valesse di per sé a fondare l’esclusione dalla gara dell’impresa e questa conclusione si impone anche in considerazione della lieve entità dell’importo non garantito, tale da escludere la sussistenza di un preminente interesse della stazione appaltante ad adottare la sanzione dell’esclusione dalla gara.

Per tale complesso di ragioni, il primo motivo di ricorso appare destituito di fondamento e va respinto.

6) Con il secondo motivo di ricorso, l'esponente afferma che il raggruppamento aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso dalla gara, avendo presentato una garanzia difforme da quanto previsto dall'art. 75, comma 4, del codice dei contratti pubblici.

Tale disposizione stabilisce che la garanzia presentata dal concorrente deve prevedere espressamente, tra l'altro, la rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957, comma 2, cod. civ., per effetto del quale il fideiussore rimane obbligato anche dopo la scadenza dell'obbligazione principale nel solo caso in cui le istanze nei confronti del debitore siano state proposte nel termine decadenziale di due mesi.

La fideiussione prodotta dal raggruppamento aggiudicatario prevedeva, invece, che le eventuali richieste di adempimento dovessero pervenire nel termine di quindici giorni, pena l'inefficacia della garanzia.

Si è già rilevato, peraltro, che l'art. 75 del codice non trova diretta applicazione nei "settori speciali", ma nei soli casi e nei limiti in cui sia stato fatto oggetto di espreso richiamo dalla legge di gara.

Nel caso in esame, contrariamente a quanto affermato da parte ricorrente, la lettera d'invito (nella parte rubricata "busta B – cauzione provvisoria") non richiama integralmente il quarto comma dell'art. 75 citato, ma la sola previsione inerente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione, e non faceva menzione della rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957 cod. civ.

Tale rilievo è sufficiente a dimostrare l'infondatezza del motivo di gravame, senza necessità di verificare se la fideiussione presentata dal raggruppamento aggiudicatario fosse effettivamente difforme dalle previsioni dell'art. 1957 cod. civ.

7) Con il terzo e ultimo motivo di ricorso, l'esponente denuncia la violazione dell'art. 37, comma 12, del codice dei contratti pubblici, operante anche nei "settori speciali" in forza del richiamo contenuto nell'art. 206 del codice, che, nel caso di procedure ristrette, prevede la facoltà dell'operatore economico invitato individualmente di presentare offerta per sé ovvero quale mandatario di operatori riuniti.

Nel caso in esame, invece, l'impresa Agosti Antonio, invitata individualmente alla gara, ha presentato la propria offerta quale mandante del raggruppamento costituendo con Traversa S.r.l. la quale non era stata invitata.

Anche questa censura, però, si fonda su un'erronea ricostruzione della disciplina normativa applicabile alla fattispecie, nella quale, per le ragioni esposte sub 4), le disposizioni del codice dei contratti pubblici trovano applicazione solo nella misura in cui fossero state fatte oggetto di richiamo da parte della legge di gara.

Tra di esse, non poteva annoverarsi quella individuata da parte ricorrente, poiché la lettera d'invito richiamava i soli commi 8, 9, 18 e 19 dell'art. 37 del codice, non il comma 12.

La soluzione adottata dalla stazione appaltante, peraltro, è perfettamente conforme alla disciplina dettata dal suo regolamento interno che (alla voce “appalti di lavori”, punto 2.c) consente agli operatori economici invitati alla gara di formulare offerta “sia singolarmente, sia in associazione temporanea con altra o altre imprese, e in tale ultimo caso sia in qualità di capogruppo mandataria, sia in qualità di mandante”.

8) In conclusione, il ricorso è infondato e deve essere respinto, ovviamente anche per quanto concerne la domanda di risarcimento dei danni, dedotta in modo generico e unicamente fondata sul presupposto dell'illegittimità dei provvedimenti impugnati.

Le peculiarità della controversia inducono, tuttavia, a compensare integralmente le spese di lite fra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 10 febbraio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Richard Goso, Primo Referendario, Estensore

Ariberto Sabino Limongelli, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/03/2011

IL SEGRETARIO

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