



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 l' Umbria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 21 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Insiel Mercato S.p.A., con sede in Trieste, rappresentata e difesa dagli avv. Filippo Pacciani e Sergio Starace, con domicilio eletto presso Alessandro Formica in Perugia, via delle Fratte 2/P;

contro

- HiWeb S.r.l., con sede in Perugia, rappresentata e difeso dagli avv. Giuseppe Caia e Antonio Bartolini, con domicilio eletto presso Antonio Bartolini in Perugia, corso Vannucci, 10;

- Webred S.p.A.;

- Regione Umbria;

nei confronti di

Noemalife S.p.A., con sede in Bologna, rappresentata e difesa dagli avv.ti Carlo Baseggio e Fabrizio Figorilli, con domicilio eletto presso

Fabrizio Figorilli in Perugia, via Bontempi, 1;

per l'annullamento

* con il ricorso introduttivo:

- della mancata esclusione della NoemaLife S.p.A. dalla gara per la cessione del ramo di azienda “Sanità” della HiWeb S.r.l.;
 - in subordine, del bando di gara, nella parte in cui non esplicita la sanzione dell'esclusione per l'ipotesi di mancata presentazione dell'impegno del soggetto che ha rilasciato la garanzia provvisoria a rilasciare, in caso di aggiudicazione definitiva, una garanzia fideiussoria pari al 20% dell'importo offerto per l'acquisto del ramo;
 - in via ulteriormente gradata, del bando stesso, nella parte in cui prevede l'apertura in seduta riservata delle buste contenenti le offerte tecniche (Buste B), unitamente al verbale della Commissione di gara n. 2 in data 22 dicembre 2011;
 - dell'aggiudicazione provvisoria di cui al verbale n. 5 in data 29 dicembre 2011;
 - di ogni altro atto connesso, presupposto e conseguente, inclusi, ove necessario, gli atti di costituzione della HiWeb S.r.l. e di conferimento alla stessa del ramo d'azienda “Sanità”;
- nonché per il risarcimento del danno conseguente;*

** con i motivi aggiunti:

- dell'aggiudicazione definitiva comunicata con nota prot. 20 in data 11 gennaio 2012;
- del diniego opposto con nota prot. 18 in data 11 gennaio 2012

all'accesso ai documenti costituenti l'offerta tecnica della NoemaLife S.p.A.;

nonché per il risarcimento del danno conseguente;

Visti il ricorso introduttivo, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della HiWeb S.r.l. e della NoemaLife S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 marzo 2012 il dott. Pierfrancesco Ungari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La controversia riguarda la procedura di selezione dell'acquirente del ramo "sanità" che la società HiWeb S.r.l., controllata al 100% da Webred S.p.a. (società a capitale pubblico totalitario, che, nel rispetto dei requisiti prescritti dall'articolo 13 del d.l. 223/2006, convertito in legge 248/2006, produce beni e servizi strumentali alle attività istituzionali delle amministrazioni partecipanti), intende dismettere.

La dismissione è riconducibile al comma 3 del predetto articolo 13, che, per assicurare il divieto imposto alle società strumentali di svolgere, anche tramite società partecipate, prestazioni a favore di soggetti diversi dalle amministrazioni di riferimento, richiede che queste attività siano cedute sul mercato <<*nel rispetto di procedure ad*

evidenza pubblica>>, oppure siano scorporate in società autonome ed indipendenti dalle società strumentali.

La *lex specialis* (bando reso disponibile sul sito web della società, ed avviso per estratto pubblicato in data 21 novembre 2011) prevedeva il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con 50/100 assegnati all'offerta economica (rialzo sul prezzo d'acquisto base stimato in euro 700.098,79) e 50/100 all'offerta tecnica (Business Plan, da valutare secondo i parametri e sottoparametri stabiliti dal bando).

Hanno chiesto di partecipare sei imprese. Entro il termine, stabilito al 7 dicembre 2011, hanno presentato offerte soltanto la Insiel Mercato S.p.a. e la NoemaLife S.p.a.

All'esito della procedura, è risultata aggiudicataria provvisoria la NoemaLife, con 100/100, mentre alla Insiel Mercato, odierna ricorrente, sono stati assegnati 72,5/100 (verbale n. 5 in data 29 dicembre 2011).

2. Col ricorso introduttivo, la ricorrente impugna detto provvedimento, unitamente al bando presupposto ed alla mancata esclusione dell'aggiudicataria, deducendo i due ordini di censura indicati in prosieguo.

Con motivi aggiunti, la ricorrente ha esteso l'impugnazione all'aggiudicazione definitiva, disposta in data 11 gennaio 2012 (e comunicata con nota in pari data, prot. n. 20), ed ha altresì impugnato il provvedimento in pari data, prot. 18, con cui le è stato negato l'accesso ai documenti costituenti l'offerta tecnica della NoemaLife.

3. Resistono, controdeducendo puntualmente, la HiWeb S.r.l. e la NoemaLife S.p.a.

4. Prima di esaminare le censure, va sottolineato che, nella seduta del 9 dicembre 2011, la Commissione di gara aveva rilevato che la documentazione presentata da NoemaLife non conteneva <<*l'impegno del soggetto che ha rilasciato la garanzia provvisoria a rilasciare, in caso di aggiudicazione definitiva, una garanzia fideiussoria pari al 20% dell'importo offerto per l'acquisto del ramo, a copertura degli impegni assunti dal concorrente e riportati nel contratto di compravendita*>> richiesto dal bando (par. 7.2., pag. 8), bensì un impegno a rilasciare la cauzione definitiva di cui all'art. 113, comma 1, del d.lgs. 163/2006.

Pur rilevando che detto ultimo impegno <<*non corrisponde alle richieste contenute nel bando*>>, la Commissione, <<*prendendo atto che il bando non contempla cause di esclusione in tal senso*>>, aveva chiesto all'offerente di <<*adeguare lo schema prodotto alle previsioni del suddetto bando*>>, così come poi è avvenuto.

4.1. Alla luce di quanto appena precisato, la ricorrente lamenta anzitutto che la Commissione non abbia provveduto ad escludere la controinteressata.

Infatti, la sanatoria contrasta con l'articolo 13, commi 1 e 3, del d.l. 223/2006, con i principi di non discriminazione e *par condicio* nelle procedure di gara ad evidenza pubblica ricavabili dal Trattato UE e dagli articoli 1, 2 e 27 del d.lgs. 163/2006, con gli articoli 46 e 75 del d.lgs. 163/2006, e dà luogo anche a falsa applicazione dell'articolo 7 del bando, nonché ad eccesso di potere per falsa causa, illogicità

manifesta, difetto di motivazione e sviamento. Pertanto, a prescindere da un'espressa previsione a pena di esclusione, questa avrebbe dovuto comunque discendere dal carattere essenziale della dichiarazione mancante.

4.2. Le parti resistenti obiettano che l'articolo 75 del Codice dei contratti pubblici non trova applicazione in una procedura di alienazione di un ramo d'azienda, il cui bando di gara non ne richiama, nemmeno implicitamente, i contenuti; mentre l'articolo 46 risulta correttamente applicato dalla Commissione di gara.

Il Collegio osserva che la procedura in esame, non solo (per quanto sopra sintetizzato) presenta i tratti tipici di una procedura ad evidenza pubblica, ma è tale per disposizione normativa. Anche se, stante il carattere generico dell'articolo 13, comma 3, della legge 248/2006, devono ritenersi applicabili alla procedura in esame, non direttamente tutte le disposizioni del Codice dei contratti pubblici, bensì i soli principi da esse desumibili, quali attuazione dei principi del Trattato.

Tra essi, quelli del rispetto della *lex specialis* – che si concretizza, tra l'altro, nell'impossibilità di una sua disapplicazione, se non per effetto di una puntuale disposizione normativa – e della *par condicio* tra i concorrenti.

Peraltro, la difformità sembra indiscutibile, posto che l'articolo 113, comma 1, del d.lgs. 163/2006, richiamato nella dichiarazione presentata dalla controinteressata, prevede una fidejussione calcolata al 10% dell'offerta presentata, mentre il par. 7.2. la richiede in misura pari al 20%.

Trattandosi di difformità sostanziale rispetto ad una previsione univoca, non la si può ritenere frutto di mero errore materiale (caso mai, potrebbe ipotizzarsi una disattenzione nella lettura del bando, ma si tratterebbe di circostanza comunque imputabile al concorrente).

Né, infine, può ritenersi – come pure sostengono le parti resistenti – che la funzione indennitaria della fidejussione e la sua estraneità alla valutazione comparativa delle offerte la renda irrilevante ai fini della *par condicio*, in quanto si tratta pur sempre di un impegno oneroso richiesto a tutti i concorrenti, e come tale avente carattere sostanziale. O che – come sostiene la stazione appaltante – la sanzione dell'esclusione prevista dal comma 8 del citato articolo 75, consegua soltanto alla totale omissione dell'impegno di garanzia, essendo evidente come non possa distinguersi la rilevanza della difformità in base all'entità di essa.

4.3. Tuttavia, la controinteressata obietta anche che la previsione del par. 7.2. deve ritenersi nulla, in applicazione dell'articolo 46, comma 1-bis, del Codice (introdotto dal d.l. 70/2011), che ha previsto la tassatività delle clausole di esclusione valide, tra le quali non rientrerebbe quella del par. 7.2.

Va ricordato che, secondo il predetto comma 1-bis: <<*La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle 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 ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di*

partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle. >>.

Giova altresì ricordare che l'articolo 75, ai commi 1 e 6, prescrive l'obbligo di corredare l'offerta di 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 garanzia della serietà dell'impegno di sottoscrivere il contratto e quale liquidazione preventiva e forfettaria del danno in caso di mancata stipula per fatto dell'affidatario. La norma non prevede, però, alcuna sanzione di inammissibilità dell'offerta o di esclusione del concorrente per l'ipotesi in cui la garanzia in parola non venga prestata; a differenza di quanto prevede, invece, il successivo comma 8, con riferimento alla garanzia fideiussoria del dieci per cento dell'importo contrattuale per l'esecuzione del contratto, qualora l'offerente risultasse affidatario, garanzia che parimenti deve essere presentata unitamente all'offerta.

Il Collegio osserva che – pur nella incertezza interpretativa circa la portata del comma 1-bis dell'articolo 46, anche alla luce dell'orientamento inizialmente manifestato dall'A.V.C.P. (con un parere del 2 agosto 2011) circa la riconducibilità della mancata prestazione della cauzione provvisoria a tali ipotesi, quale condizione essenziale dell'offerta - la giurisprudenza sembra smentire la tesi delle parti resistenti.

Infatti, sulla base del raffronto tra le due previsioni dell'articolo 75,

sudette, è stato recentemente affermato (Cons. Stato, III, 1 febbraio 2012, n. 493) che:

- l'interpretazione giurisprudenziale precedente l'introduzione del comma 1-bis all'articolo 46, era nel senso che, assolvendo la cauzione provvisoria allo scopo di garantire la serietà dell'offerta, essa ne costituisse parte integrante e non elemento di corredo, che la stazione appaltante potesse liberamente richiedere; sicché, sebbene non espressamente comminata l'esclusione per il caso di mancato deposito, la *ratio* della norma così interpretata conduceva a ritenere applicabile la sanzione espulsiva (cfr. Cons. Stato, V, 12 giugno 2009, n. 3746);

- la novella legislativa impone una diversa interpretazione anche dell'articolo 75, valorizzando la diversa formulazione letterale del comma 6, in relazione al comma 8, e rendendo evidente l'intento di ritenere sanabile o regolarizzabile la mancata prestazione della cauzione provvisoria, al contrario della cauzione definitiva, che garantisce l'impegno più consistente della corretta esecuzione del contratto e giustifica l'esclusione dalla gara (vedi anche TAR Veneto, I, 2 dicembre 2011, n. 1791; TAR Liguria 22 settembre 2011, n. 1396).

Sulla base di tale orientamento, il Collegio è portato a concludere che, anche volendo ritenere che l'articolo 46, comma 1-bis, esprima un principio applicabile alla gara in questione, dalla sua applicazione non possa discendere la nullità della clausola di cui al par. 7.2.

Né, peraltro, viene argomentato dalla ricorrente che la clausola (pure

impugnata) sia altrimenti illegittima.

5. La fondatezza del primo ordine di censure comporta l'accoglimento del ricorso e determina l'annullamento dei provvedimenti di aggiudicazione impugnati.

6. Non vi è pertanto motivo per disporre l'acquisizione istruttoria richiesta dalla ricorrente; né può esaminarsi il secondo ordine di censure – con il quale la ricorrente, alla luce del principio evidenziato dalla giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, A.P., 28 luglio 2011, n. 13), lamenta che la Commissione di gara abbia aperto le Buste “B”, contenenti le offerte tecniche, in seduta riservata anziché pubblica (cfr. verbale n. 2 del 22 dicembre 2011) – in quanto dedotto espressamente in via subordinata, poiché volto ad ottenere la rinnovazione della gara.

7. Stante la relativa novità ed incertezza del quadro normativo, sussistono motivi per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti di aggiudicazione impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 21 marzo 2012 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Luigi Cardoni, Presidente FF

Pierfrancesco Ungari, Consigliere, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/04/2012

IL SEGRETARIO

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