

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 17/06/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29723-le-garanzie-a-corredo-dell-offerta-sono-attrate-alla-competenza-esclusiva-del-legislatore-statale-e-evidente-che-l-illegittimo-esonero-dalla-prestazione-della-cauzione-provvisoria-si-configura-i>

Autore: Lazzini Sonia

Le garanzie a corredo dell'offerta sono attratte alla competenza esclusiva del legislatore statale :E' evidente che (l'illegittimo) esonero dalla prestazione della cauzione provvisoria si configura icu oculi quale istituto di favore per le categorie di

Tar Veneto, Venezia, 21.11.2008 n. 3621_ASSIEME A C.ST. 3204

Le garanzie a corredo dell'offerta sono attratte alla competenza esclusiva del legislatore statale :E' evidente che (l'illegittimo) esonero dalla prestazione della cauzione provvisoria si configura *ictu oculi* quale istituto di favore per le categorie di imprese che ne beneficiano, in quanto esse sono in tal modo esentate da un costo altrimenti imposto alla generalità dei concorrenti al fine di garantire la serietà dell'offerta e il corretto comportamento nel procedimento di scelta del contraente.

Per tutto quanto sopra, va dunque disposta la disapplicazione dell'art. 26, comma 2, della L.R. 27 del 2003, secondo periodo, così come modificato dall'art. 17 della L.R. 17 del 2007, con conseguente annullamento della clausola di cui al punto f), quinto cpv., del disciplinare di gara facente parte integrante del bando pubblicato il 20 febbraio 2008 dall'Amministrazione Regionale ai fini dell'espletamento della gara in questione e qui segnatamente impugnata dalla parte ricorrente.

le garanzie a corredo dell'offerta sono attratte alla competenza esclusiva del legislatore statale sul rilievo che ineriscono alla fase di individuazione del concorrente, e pertanto le relative disposizioni sono dirette a disciplinare il sistema delle offerte, a garantire la competitività delle imprese nel segmento di mercato interessato dai contratti per l'esecuzione di lavori pubblici, servizi e forniture

Il comma 2 dell'art. 26 della L.R. 27 del 2003, nel testo conseguente alle modifiche disposte dall'art. 17, comma 1, lett. a), b) e c) della L.R. 17 del 2007, è il seguente: “Al fine di promuovere e favorire l'aggregazione tra le imprese, con regolamento sono individuate forme di incentivazione per la costituzione e la partecipazione alle gare di consorzi stabili dei consorzi di natura ed origine della piccola impresa artigiana ai sensi della legge 8 agosto 1985, n. 443 “Legge Quadro per l'Artigianato” e successive modificazioni e della legge regionale 31 dicembre 1987, n. 67 “Disciplina dell'Artigianato” nonché dei consorzi di cooperative di produzione e lavoro di cui alla legge 25 giugno 1909, n. 422 “Costituzione di consorzi di cooperative per appalti di lavori pubblici” e successive modificazioni. In ogni caso detti consorzi partecipano alla gara senza l'obbligo di prestare la cauzione provvisoria di cui all'articolo 30, comma 1, della presente legge”. _La disposizione che rileva nell'economia della presente causa va identificata nell'ultimo periodo del comma surriportato, laddove – per l'appunto – si afferma che “in ogni caso detti consorzi partecipano alla gara senza l'obbligo di prestare la cauzione provvisoria di cui all'articolo 30, comma 1, della presente legge”.

Tale norma può essere considerata in contrasto con le disposizioni del codice dei contratti?

il ricorso va accolto avuto riguardo, in via del tutto assorbente, alla dedotta questione di compatibilità dell'art. 26, comma 2, anzidetto rispetto all'art. 2 della direttiva 2004/18/CE, con conseguente disapplicazione della disposizione legislativa regionale segnatamente contraria alla sovrastante disciplina di fonte comunitaria.

La disposizione stessa evidentemente configge con il principio di ordine generale contenuto nell'art. 2 della direttiva 2004/18/CE, in forza del quale “le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità, in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza”.

Il principio stesso – applicabile ai procedimenti sia al di sopra che al di sotto della soglia di valore comunitario - recepisce il secondo “considerato” contenuto nelle premesse della direttiva medesima, laddove si afferma che “l’aggiudicazione degli appalti negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico è subordinata al rispetto dei principi del trattato ed in particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché ai principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza. Tuttavia, per gli appalti pubblici con valore superiore ad una certa soglia è opportuno elaborare disposizioni di coordinamento comunitario delle procedure nazionali di aggiudicazione di tali appalti fondate su tali principi, in modo da garantirne gli effetti ed assicurare l’apertura degli appalti pubblici alla concorrenza. Di conseguenza, tali disposizioni di coordinamento dovrebbero essere interpretate conformemente alle norme e ai principi citati, nonché alle altre disposizioni del trattato”(istitutivo della CE).

E’ evidente che l’esonero dalla prestazione della cauzione provvisoria si configura *ictu oculi* quale istituto di favore per le categorie di imprese che ne beneficiano, in quanto esse sono in tal modo esentate da un costo altrimenti imposto alla generalità dei concorrenti al fine di garantire la serietà dell’offerta e il corretto comportamento nel procedimento di scelta del contraente.

L’agevolazione assume un innegabile rilievo nel “sistema” non solo avendo riguardo all’azzeramento dei costi per la prestazione delle fidejussioni bancarie o assicurative (costi che la difesa della controinteressata afferma in sé modesti, ma che assumono comunque rilievo più consistente nelle ipotesi di frequenti partecipazioni dei soggetti imprenditoriali in questione ai procedimenti ad evidenza pubblica), ma anche alla circostanza che per i soggetti beneficiari dell’agevolazione in esame risulta di fatto inoperante la sanzione dell’escussione della cauzione nell’ipotesi di cui all’art. 48 del D.L.vo 163 del 2006.

Né possono condividersi gli assunti della difesa della controinteressata ed in parte anche proposti dalla difesa dell’Amministrazione Regionale, secondo cui la disposizione in esame, favorendo la partecipazione delle predette categorie di imprese ai procedimenti ad evidenza pubblica, risulterebbe conferente all’interesse pubblico ad ampliare la platea degli offerenti stimolando la concorrenza anche con un benefico impatto sulla qualità e sulla convenienza delle offerte stesse: se, infatti, l’incentivo alla partecipazione privilegia soltanto talune tipologie di imprese a discapito di altre, è evidente che in tal modo si realizzano proprio quegli effetti distorsivi sul libero mercato che sono antitetici ai principi di libera concorrenza enunciati dagli artt. 3 e 92 del Trattato CE.

Il principio di parità di trattamento e di non-discriminazione contenuto nell’anzidetto art. 2 della direttiva 2004/18/CE assume la consistenza di diritto soggettivo comunitario, non è meramente programmatico e deve essere immediatamente applicato dal legislatore interno, non ostando per certo a ciò la circostanza che la direttiva medesima non reca anche disposizioni puntuali in ordine alle cauzioni eventualmente contemplate dalla legislazione degli Stati membri al fine della partecipazione alle gare pubbliche: ciò che infatti rileva al fine della disapplicazione della fonte normativa difforme al precetto comunitario è l’obiettivo trasgressione dell’istituto di diritto interno nei confronti del precetto medesimo, come per l’appunto accade nel caso di specie.

Né – ancora – possono assumere valenza contraria alla richiesta di disapplicazione formulata dalla parte ricorrente la pregressa esistenza nell’ordinamento italiano di disposizioni – puntualmente elencate dalla difesa della controinteressata - che contemplavano a favore di taluni soggetti l’esenzione dall’obbligo di prestare la cauzione di cui trattasi, ovvero la riduzione della stessa (cfr., ad es., l’art. 54, comma 8, del R.D. 23 maggio 1924 n. 827).

Tra tali disposizioni, comunque da ritenersi abrogate per incompatibilità rispetto alla disciplina contenuta dall’art. 75 del D.L.vo 163 del 2006, risulta conforme al principio comunitario di parità di trattamento e di non-discriminazione la sola disciplina a suo tempo introdotta dall’art. 10, comma 11-quater, della L. 11 febbraio 1994 n. 109 e – per l’appunto – essa sola recepita dal testè citato art. 75 del D.L.vo 163 del 2006, in forza della quale “le imprese alle quali venga rilasciata da organismi accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 la certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000 ovvero la dichiarazione della presenza di

elementi significativi e tra loro correlati da tale sistema, usufruiscono del beneficio che la cauzione e la garanzia fideiussoria ... sono ridotte, per le imprese certificate, del 50 per cento”.

Quest’ultima misura, a differenza della disciplina qui contestata dalle ricorrenti, è infatti priva di valenza discriminatoria proprio perché applicabile alla generalità dei concorrenti e non a singole categorie di imprese e in quanto attribuisce un beneficio che è correlato all’acquisizione di una certificazione di qualità deputata a rendere più affidabile l’offerta.

E’ ben noto che risultano definitivamente consolidati nel “sistema” gli altrettanto generali principi (cfr., ex multis, Cons. Stato, Sez. IV, 18 gennaio 1996 n. 94 con puntuali riferimenti alla giurisprudenza comunitaria e costituzionale formatasi al riguardo per cui:

- a) nel contrasto fra diritto interno e diritto comunitario, la prevalenza spetta a quest’ultimo anche se la norma interna confliggente venga emanata in epoca successiva;
- b) la Corte di Giustizia delle Comunità Europee ha la funzione di interpretare i principi del diritto comunitario equiparabili alle norme quanto all’obbligo di osservanza degli Stati membri e quindi in funzione di fonte suppletiva di diritto;
- c) l’applicazione del diritto comunitario avviene in via diretta in luogo di quello interno da disapplicare e che tale disapplicazione fa carico non solo al giudice, ma anche agli organi della P.A. nello svolgimento della loro attività amministrativa e, cioè, anche d’ufficio indipendentemente da sollecitazioni o richieste di parte.

Per tutto quanto sopra, va dunque disposta la disapplicazione dell’art. 26, comma 2, della L.R. 27 del 2003, secondo periodo, così come modificato dall’art. 17 della L.R. 17 del 2007, con conseguente annullamento della clausola di cui al punto f), quinto cpv., del disciplinare di gara facente parte integrante del bando pubblicato il 20 febbraio 2008 dall’Amministrazione Regionale ai fini dell’espletamento della gara in questione e qui segnatamente impugnata dalla parte ricorrente.

Per tutto quanto sopra, va dunque disposta la disapplicazione dell’art. 26, comma 2, della L.R. 27 del 2003, secondo periodo, così come modificato dall’art. 17 della L.R. 17 del 2007, con conseguente annullamento della clausola di cui al punto f), quinto cpv., del disciplinare di gara facente parte integrante del bando pubblicato il 20 febbraio 2008 dall’Amministrazione Regionale ai fini dell’espletamento della gara in questione e qui segnatamente impugnata dalla parte ricorrente.

Per l’effetto, sono pure cadutati gli atti con i quali l’Amministrazione Regionale ha riconvocato la Commissione di gara e disposto l’aggiudicazione a favore della Controinteressata.

Non può, viceversa, essere caducato il contratto eventualmente concluso nel frattempo tra l’Amministrazione Regionale e la controinteressata, stante la ben nota pronuncia di Cons. Stato, A.P., 30 luglio 2008 n. 9 che - per l’appunto - sottrae il contratto stesso dall’esito dell’annullamento ope iudicis degli atti del procedimento di scelta del contraente.

Va conclusivamente soggiunto che la stessa Amministrazione Regionale, del resto, ha di fatto anch’essa disposto, dopo la conclusione del procedimento per cui qui è causa, la disapplicazione della predetta disposizione legislativa contenuta nell’attuale testo dell’art. 26, comma 2, della L.R. 27 del 2003, secondo periodo, rilevando testualmente nella propria circolare recante “Indirizzi operativi per l’applicazione della L.R. 27 del 2003 a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 401 del 2007” che l’esonero dalla prestazione della cauzione di cui trattasi - ancorché, si badi, contemplato da una disposizione di per sé non espunta dall’ordinamento per effetto della susseguente sentenza della stessa Corte Costituzionale n. 322 dell’1 agosto 2008 resa sull’impugnazione principale proposta dal Governo avverso vari articoli della L.R. 27 del 2003 così come modificati dalla L.R. 17 del 2007 - non va più accordato in quanto “le garanzie a corredo dell’offerta sono attratte alla competenza esclusiva del legislatore statale sul rilievo che ineriscono alla fase di individuazione del concorrente, e pertanto le relative disposizioni sono dirette a disciplinare il sistema delle offerte, a garantire la competitività delle imprese nel segmento di mercato interessato dai contratti per l’esecuzione di lavori pubblici, servizi e forniture”.

L’approccio argomentativo della circolare regionale è diverso in quanto esclusivamente orientato sulla problematica discendente dal rapporto tra legislazione statale e regionale presupposto dall’art. 4 del D.L.vo 163 del 2006 così come interpretato dalla Corte Costituzionale - tra l’altro, notoriamente non

risolvibile mediante l'istituto della disapplicazione della disposizione normativa reputata "recessiva" -, ma l'effetto pratico è il medesimo di quanto disposto da questo giudice.

Va opportunamente rimarcato, tuttavia, che "la disapplicazione è un modo di risoluzione delle antinomie normative che, oltre a presupporre la contemporanea vigenza delle norme reciprocamente contrastanti, non produce alcun effetto sull'esistenza delle stesse e che, pertanto, non può essere causa di qualsivoglia forma di estinzione o di modificazione delle disposizioni che ne siano oggetto" e che, pertanto, "resta ferma l'esigenza che gli Stati membri" – ma, in questo caso, la Regione – "apportino le necessarie modificazioni o abrogazioni del proprio diritto interno al fine di depurarlo da eventuali incompatibilità o disarmonie con le prevalenti norme comunitarie" (così, puntualmente, Corte Cost., 11 luglio 1989 n. 389).

4. Per quanto attiene alla domanda risarcitoria proposta dalla ricorrente, essa non può essere accolta nell'evenienza in cui l'Amministrazione Regionale non avesse ancora stipulato il contratto con la controinteressata, potendo in questo frangente l'Amministrazione stessa utilmente sostituire quale contraente Ricorrente in luogo di Controinteressata.

Ove, viceversa, Controinteressata avesse già stipulato il contratto con l'Amministrazione Regionale, in adesione alla recente pronuncia di Cons. Stato, Sex. V, 17 ottobre 2008 n. 5098 il ristoro patrimoniale va accordato alla parte ricorrente obbligando al riguardo la sola Amministrazione Regionale, ma in tale evenienza va opportunamente posta a carico di Ricorrente e di RICORRENTE DUE la prova rigorosa che l'utile effettivo da esse conseguito nell'evenienza dell'aggiudicazione disposta nei loro riguardi sarebbe stato effettivamente pari al 10% dell'ammontare dell'offerta, così come chiesto dalla parte ricorrente.

Pertanto, a' sensi dell'art. 35 del D.L.vo 31 marzo 1998 n. 80, l'attuale parte ricorrente inoltrerà all'Amministrazione Regionale un computo dimostrativo del proprio presunto utile, in ordine al quale l'Amministrazione medesima sarà tenuta a pronunciarsi: e, ove le parti non pervenissero ad un accordo tra di loro, potrà essere promosso dalla parte ricorrente il procedimento contenzioso contemplato al riguardo dallo stesso art. 35 del D.L.vo 80 del 1998.

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 3621 del 21 novembre 2008 pronunciata dal Tar Veneto, Venezia

Ricorso n. 1717/2008

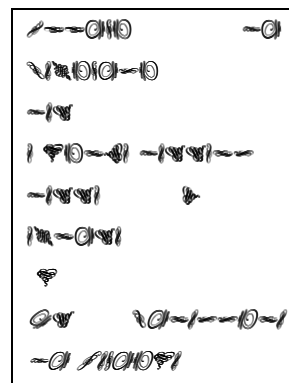
Sent. n. 3621/08

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, prima
sezione, con l'intervento dei magistrati

Elvio Antonelli - Presidente f.f.
Fulvio Rocco - Consigliere, relatore
Alessandra Farina - Consigliere



SENTENZA

sul ricorso n. 1717/2008, proposto da **Ricorrente S.r.l.** e **RICORRENTE DUE S.r.l.**, imprese partecipanti alla costituenda ATI con capogruppo Ricorrente S.r.l., in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dagli avv. Francesca Mazzonetto ed Alfredo Bianchini, con elezione di domicilio presso lo studio del secondo in Venezia, Santa Croce n. 464;

contro

la **Regione Veneto**, in persona del Presidente della Giunta Regionale pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Ezio Zanon e Cecilia Ligabue, con domicilio presso la sede legale dell'ente in Venezia, San Polo 1249/b,

e nei confronti

di **Controinteressata S.r.l.**, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Gianni Zgagliardich e Pier Vettor Grimani, con elezione di domicilio presso lo studio del secondo in Venezia, Santa Croce n. 466/G;

per l'annullamento

del decreto del Dirigente Regionale preposto alla Direzione Difesa del Suolo. 145 dd. 9 settembre 2008 di aggiudicazione definitiva dell'appalto di manutenzione del fiume Retrone, nel centro di Vicenza; della nota dd. 12 maggio 2008 di comunicazione di

riapertura della procedura di aggiudicazione della gara; della nota dd. 12 giugno 2008 recante la reiezione dell'istanza di autotutela presentata dalla parte ricorrente; del verbale di aggiudicazione provvisoria nonché di ogni atto annesso, connesso o presupposto, ivi segnatamente compresa la clausola di cui al punto f), quinto cpv., del disciplinare di gara facente parte integrante del bando pubblicato il 20 febbraio 2008 e – ove del caso – del contratto di appalto, se stipulato; nonché per il risarcimento del danno discendente dagli atti impugnati.

Visto il ricorso, notificato il 23.9.2008 e depositato presso la Segreteria il 25.9.2008, con i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Veneto e della società controinteressata:

visti gli atti tutti di causa;

uditi all'udienza camerale del 19 novembre 2008 (relatore il Consigliere Fulvio Rocco), l'Avv. Volpe, in sostituzione dell'Avv. Mazzonetto, per la parte ricorrente, l'Avv. Ligabue per la Regione Veneto e l'Avv. Grimani per la società controinteressata;

considerato

che, per il combinato disposto dell'art. 23, XI comma, e dell' art. 26, IV e V comma, della l. 6 dicembre 1971, n. 1034, nella camera di consiglio fissata per l'esame dell'istanza cautelare, il Collegio, accertata la completezza del contraddittorio, verificato che non v'è necessità di procedere ad adempimenti istruttori e sentite sul punto le parti presenti, può definire il giudizio con sentenza succintamente motivata;

che, nel corso dell'udienza camerale fissata nel giudizio in epigrafe, il Collegio ha comunicato alle parti presenti come, all'esito, avrebbe potuto essere emessa decisione in forma semplificata, e queste non hanno espresso rilievi o riserve;

che sussistono i presupposti per pronunciare tale sentenza nella presente controversia.

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

1. Le ricorrenti, Ricorrente S.r.l. e RICORRENTE DUE S.r.l., espongono che la Giunta Regionale del Veneto – Segreteria Regionale Ambiente e Territorio, ha indetto con bando pubblicato il 20 febbraio 2008 una gara con procedura aperta avente per oggetto l'appalto per la sistemazione idraulica dell'area metropolitana di Vicenza – Interventi di I stralcio per la manutenzione del fiume Rettone nel centro abitato di Vicenza (2° lotto) per l'importo di € 1.612.103,93.- (cfr. doc. 1 di parte ricorrente).

Con processo verbale dd. 23 aprile 2008, la gara è stata aggiudicata provvisoriamente alla costituenda associazione temporanea di imprese con capogruppo la Ricorrente S.r.l. e mandante la RICORRENTE DUE S.r.l., la quale aveva offerto un ribasso del 17,976%, previa esclusione dal procedimento della Pro.Cos.Ma. Soc. cons. a r.l., la quale non aveva prodotto la cauzione provvisoria così come inderogabilmente richiesto al punto 7 del bando di gara (cfr. *ivi*: *“La cauzione provvisoria è stabilita nella misura del 2% dell'importo complessivo dell'appalto, pari a € 32.244,00.- ... L'importo della cauzione provvisoria ... è ridotto del 50% nei confronti delle imprese*

in possesso di certificazione di sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9001:2000, rilasciata da soggetti accreditati ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000”).

Peraltro, con nota dd. 12 maggio 2008 il Responsabile del procedimento ha noviziato Ricorrente che il 21 maggio avrebbe avuto luogo la riapertura della gara al fine di ovviare all’erronea esclusione di una concorrente (cfr. *ibidem*, doc. 3).

In tale nuova seduta di gara è stata quindi riammessa al procedimento Pro.co.sma., avendo la Commissione giudicatrice reputato illegittima, in via di autotutela, la precedente esclusione di tale impresa agli effetti del punto f), quinto capoverso, del disciplinare annesso al bando di gara, laddove esonera – tra l’altro - i consorzi stabili di imprese – quale è, per l’appunto, Pro.co.sma. dalla prestazione della cauzione provvisoria, a’ sensi dell’art. 26, comma 2, della L.R. 7 novembre 2003 n. 27 come da ultimo modificato dall’art. 17, comma 1, della L.R. 20 luglio 2007 n. 17.

La riammissione di Pro.Co.Sma. alla gara ha determinato la modifica della graduatoria e, quindi, la nuova aggiudicazione dell’appalto alla Controinteressata S.r.l., la quale aveva offerto un ribasso del 17,976%.

Ricorrente ha contestato tale aggiudicazione (cfr. *Ibidem*, doc. 5), ma l’Amministrazione Regionale ha confermato tale provvedimento con nota dd. 12 giugno 2008 (cfr. *ibidem*, doc. 6): e, pertanto, con decreto del Dirigente Regionale preposto alla Direzione Difesa del

Suolo n. 145 dd. 9 settembre 2008 l'appalto stesso è stato aggiudicato in via definitiva alla predetta Controinteressata

Da qui, dunque, l'impugnazione da parte di Ricorrente del decreto della Regione n. 145 dd. 9 settembre 2008 di aggiudicazione definitiva dell'appalto di manutenzione del fiume Retrone, nel centro di Vicenza; della nota dd. 12 maggio 2008 di comunicazione di riapertura della procedura di aggiudicazione della gara; della nota dd. 12 giugno 2008 dell'Amministrazione Regionale dd. 12 giugno 2008; del verbale di aggiudicazione provvisoria, nonché di ogni altro atto annesso, connesso o presupposto, ivi segnatamente compresa la clausola di cui al punto f), quinto cpv., del disciplinare di gara facente parte integrante del bando pubblicato il 20 febbraio 2008 e – ove del caso – del contratto di appalto, se stipulato.

La ricorrente deduce al riguardo l'avvenuta violazione e falsa applicazione dell'art. 4 del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163, della circolare approvata dalla Giunta Regionale con deliberazione n. 547 dd. 11 marzo 2008 ed emanata dall'Amministrazione Regionale medesima, eccesso di potere per violazione di direttive, nonché violazione dell'art. 2 della direttiva 2004/18/CE dd. 31 marzo 2004.

In subordine, la ricorrente chiede che questo giudice sollevi innanzi alla Corte di Giustizia CE questione pregiudiziale a' sensi dell'art. 234 del Trattato Ce sulla compatibilità dell'anzidetto art. 26, comma 2, della L.R. 7 novembre 2003 n. 27 come da ultimo modificato dall'art. 17, comma 1, della L.R. 20 luglio 2007 n. 17, rispetto alla disciplina comunitaria segnatamente contenuta nella

predetta direttiva 2004/18/CE.

In ulteriore subordine, la ricorrente solleva la questione di costituzionalità del medesimo art. 26, comma 2, della L.R. 7 novembre 2003 n. 27 come modificato dall'art. 17, comma 1, della L.R. 20 luglio 2007 n. 17 per violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., nonché degli artt. 3, 97 e 117, comma 2. lettera e), Cost.

La ricorrente chiede comunque anche il risarcimento dei danni discendenti dagli atti impugnati.

2. Si sono costituite in giudizio la Regione Veneto e Controinteressata, replicando puntualmente alle censure avversarie e concludendo per la reiezione del ricorso.

3. Tutto ciò premesso, il ricorso va accolto avuto riguardo, in via del tutto assorbente, alla dedotta questione di compatibilità dell'art. 26, comma 2, anzidetto rispetto all'art. 2 della direttiva 2004/18/CE, con conseguente disapplicazione della disposizione legislativa regionale segnatamente contraria alla sovrastante disciplina di fonte comunitaria.

Il comma 2 dell'art. 26 della L.R. 27 del 2003, nel testo conseguente alle modifiche disposte dall'art. 17, comma 1, lett. a), b) e c) della L.R. 17 del 2007, è il seguente: “Al fine di promuovere e favorire l’aggregazione tra le imprese, con regolamento sono individuate forme di incentivazione per la costituzione e la partecipazione alle gare di consorzi stabili dei consorzi di natura ed origine della piccola impresa artigiana ai sensi della legge 8 agosto 1985, n. 443 “Legge Quadro per l’Artigianato” e successive modificazioni e della legge regionale 31 dicembre 1987, n. 67

“Disciplina dell’Artigianato” nonché dei consorzi di cooperative di produzione e lavoro di cui alla legge 25 giugno 1909, n. 422 “Costituzione di consorzi di cooperative per appalti di lavori pubblici” e successive modificazioni. In ogni caso detti consorzi partecipano alla gara senza l’obbligo di prestare la cauzione provvisoria di cui all’articolo 30, comma 1, della presente legge”.

La disposizione che rileva nell’economia della presente causa va identificata nell’ultimo periodo del comma surriportato, laddove – per l’appunto – si afferma che “in ogni caso detti consorzi partecipano alla gara senza l’obbligo di prestare la cauzione provvisoria di cui all’articolo 30, comma 1, della presente legge”.

La disposizione stessa evidentemente configge con il principio di ordine generale contenuto nell’art. 2 della direttiva 2004/18/CE, in forza del quale “le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità, in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza”.

Il principio stesso – applicabile ai procedimenti sia al di sopra che al di sotto della soglia di valore comunitario - recepisce il secondo “*considerato*” contenuto nelle premesse della direttiva medesima, laddove si afferma che “l’aggiudicazione degli appalti negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico è subordinata al rispetto dei principi del trattato ed in particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché ai principi che ne derivano, quali i principi di parità di

trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza. Tuttavia, per gli appalti pubblici con valore superiore ad una certa soglia è opportuno elaborare disposizioni di coordinamento comunitario delle procedure nazionali di aggiudicazione di tali appalti fondate su tali principi, in modo da garantirne gli effetti ed assicurare l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza. Di conseguenza, tali disposizioni di coordinamento dovrebbero essere interpretate conformemente alle norme e ai principi citati, nonché alle altre disposizioni del trattato”(istitutivo della CE).

E' evidente che l'esonero dalla prestazione della cauzione provvisoria si configura *ictu oculi* quale istituto di favore per le categorie di imprese che ne beneficiano, in quanto esse sono in tal modo esentate da un costo altrimenti imposto alla generalità dei concorrenti al fine di garantire la serietà dell'offerta e il corretto comportamento nel procedimento di scelta del contraente.

L'agevolazione assume un innegabile rilievo nel “sistema” non solo avendo riguardo all'azzeramento dei costi per la prestazione delle fidejussioni bancarie o assicurative (costi che la difesa della controinteressata afferma in sé modesti, ma che assumono comunque rilievo più consistente nelle ipotesi di frequenti partecipazioni dei soggetti imprenditoriali in questione ai procedimenti ad evidenza pubblica), ma anche alla circostanza che per i soggetti beneficiari dell'agevolazione in esame risulta di fatto inoperante la sanzione dell'escussione della cauzione nell'ipotesi di cui all'art. 48 del D.L.vo 163 del 2006.

Né possono condividersi gli assunti della difesa della controinteressata ed in parte anche proposti dalla difesa dell'Amministrazione Regionale, secondo cui la disposizione in esame, favorendo la partecipazione delle predette categorie di imprese ai procedimenti ad evidenza pubblica, risulterebbe conferente all'interesse pubblico ad ampliare la platea degli offerenti stimolando la concorrenza anche con un benefico impatto sulla qualità e sulla convenienza delle offerte stesse: se, infatti, l'incentivo alla partecipazione privilegia soltanto talune tipologie di imprese a discapito di altre, è evidente che in tal modo si realizzano proprio quegli effetti distorsivi sul libero mercato che sono antitetici ai principi di libera concorrenza enunciati dagli artt. 3 e 92 del Trattato CE.

Il principio di parità di trattamento e di non-discriminazione contenuto nell'anzidetto art. 2 della direttiva 2004/18/CE assume la consistenza di diritto soggettivo comunitario, non è meramente programmatico e deve essere immediatamente applicato dal legislatore interno, non ostando per certo a ciò la circostanza che la direttiva medesima non reca anche disposizioni puntuali in ordine alle cauzioni eventualmente contemplate dalla legislazione degli Stati membri al fine della partecipazione alle gare pubbliche: ciò che infatti rileva al fine della disapplicazione della fonte normativa difforme al precetto comunitario è l'obiettivo trasgressione dell'istituto di diritto interno nei confronti del precetto medesimo, come per l'appunto accade nel caso di specie.

Né – ancora – possono assumere valenza contraria alla richiesta di

disapplicazione formulata dalla parte ricorrente la pregressa esistenza nell'ordinamento italiano di disposizioni – puntualmente elencate dalla difesa della controinteressata - che contemplavano a favore di taluni soggetti l'esenzione dall'obbligo di prestare la cauzione di cui trattasi, ovvero la riduzione della stessa (cfr., ad es., l'art. 54, comma 8, del R.D. 23 maggio 1924 n. 827).

Tra tali disposizioni, comunque da ritenersi abrogate per incompatibilità rispetto alla disciplina contenuta dall'art. 75 del D.L.vo 163 del 2006, risulta conforme al principio comunitario di parità di trattamento e di non-discriminazione la sola disciplina a suo tempo introdotta dall'art. 10, comma 11-quater, della L. 11 febbraio 1994 n. 109 e – per l'appunto – essa sola recepita dal testè citato art. 75 del D.L.vo 163 del 2006, in forza della quale “le imprese alle quali venga rilasciata da organismi accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 la certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000 ovvero la dichiarazione della presenza di elementi significativi e tra loro correlati da tale sistema, usufruiscono del beneficio che la cauzione e la garanzia fideiussoria ... sono ridotte, per le imprese certificate, del 50 per cento”.

Quest'ultima misura, a differenza della disciplina qui contestata dalle ricorrenti, è infatti priva di valenza discriminatoria proprio perché applicabile alla generalità dei concorrenti e non a singole categorie di imprese e in quanto attribuisce un beneficio che è correlato all'acquisizione di una certificazione di qualità deputata a

rendere più affidabile l'offerta.

E' ben noto che risultano definitivamente consolidati nel "sistema" gli altrettanto generali principi (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 18 gennaio 1996 n. 94 con puntuali riferimenti alla giurisprudenza comunitaria e costituzionale formatasi al riguardo per cui:

a) nel contrasto fra diritto interno e diritto comunitario, la prevalenza spetta a quest'ultimo anche se la norma interna confliggente venga emanata in epoca successiva;

b) la Corte di Giustizia delle Comunità Europee ha la funzione di interpretare i principi del diritto comunitario equiparabili alle norme quanto all'obbligo di osservanza degli Stati membri e quindi in funzione di fonte suppletiva di diritto;

c) l'applicazione del diritto comunitario avviene in via diretta in luogo di quello interno da disapplicare e che tale disapplicazione fa carico non solo al giudice, ma anche agli organi della P.A. nello svolgimento della loro attività amministrativa e, cioè, anche d'ufficio indipendentemente da sollecitazioni o richieste di parte.

Per tutto quanto sopra, va dunque disposta la disapplicazione dell'art. 26, comma 2, della L.R. 27 del 2003, secondo periodo, così come modificato dall'art. 17 della L.R. 17 del 2007, con conseguente annullamento della clausola di cui al punto f), quinto cpv., del disciplinare di gara facente parte integrante del bando pubblicato il 20 febbraio 2008 dall'Amministrazione Regionale ai fini dell'espletamento della gara in questione e qui segnatamente impugnata dalla parte ricorrente.

Per l'effetto, sono pure cadutati gli atti con i quali l'Amministrazione Regionale ha riconvocato la Commissione di gara e disposto l'aggiudicazione a favore della Controinteressata.

Non può, viceversa, essere caducato il contratto eventualmente concluso nel frattempo tra l'Amministrazione Regionale e la controinteressata, stante la ben nota pronuncia di Cons. Stato, A.P., 30 luglio 2008 n. 9 che - per l'appunto - sottrae il contratto stesso dall'esito dell'annullamento *ope iudicis* degli atti del procedimento di scelta del contraente.

Va conclusivamente soggiunto che la stessa Amministrazione Regionale, del resto, ha di fatto anch'essa disposto, dopo la conclusione del procedimento per cui qui è causa, la disapplicazione della predetta disposizione legislativa contenuta nell'attuale testo dell'art. 26, comma 2, della L.R. 27 del 2003, secondo periodo, rilevando testualmente nella propria circolare recante "*Indirizzi operativi per l'applicazione della L.R. 27 del 2003 a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 401 del 2007*" che l'esonero dalla prestazione della cauzione di cui trattasi - ancorché, si badi, contemplato da una disposizione di per sé non espunta dall'ordinamento per effetto della susseguente sentenza della stessa Corte Costituzionale n. 322 dell'1 agosto 2008 resa sull'impugnazione principale proposta dal Governo avverso vari articoli della L.R. 27 del 2003 così come modificati dalla L.R. 17 del 2007 - non va più accordato in quanto "*le garanzie a corredo dell'offerta sono attratte alla competenza esclusiva del legislatore statale sul rilievo che*

ineriscono alla fase di individuazione del concorrente, e pertanto le relative disposizioni sono dirette a disciplinare il sistema delle offerte, a garantire la competitività delle imprese nel segmento di mercato interessato dai contratti per l'esecuzione di lavori pubblici, servizi e forniture”.

L'approccio argomentativo della circolare regionale è diverso in quanto esclusivamente orientato sulla problematica discendente dal rapporto tra legislazione statale e regionale presupposto dall'art. 4 del D.L.vo 163 del 2006 così come interpretato dalla Corte Costituzionale - tra l'altro, notoriamente non risolvibile mediante l'istituto della disapplicazione della disposizione normativa reputata “recessiva” -, ma l'effetto pratico è il medesimo di quanto disposto da questo giudice.

Va opportunamente rimarcato, tuttavia, che “la disapplicazione è un modo di risoluzione delle antinomie normative che, oltre a presupporre la contemporanea vigenza delle norme reciprocamente contrastanti, non produce alcun effetto sull'esistenza delle stesse e che, pertanto, non può essere causa di qualsivoglia forma di estinzione o di modificazione delle disposizioni che ne siano oggetto” e che, pertanto, “resta ferma l'esigenza che gli Stati membri” – ma, in questo caso, la Regione – “apportino le necessarie modificazioni o abrogazioni del proprio diritto interno al fine di depurarlo da eventuali incompatibilità o disarmonie con le prevalenti norme comunitarie” (così, puntualmente, Corte Cost., 11 luglio 1989 n. 389).

4. Per quanto attiene alla domanda risarcitoria proposta dalla

ricorrente, essa non può essere accolta nell'evenienza in cui l'Amministrazione Regionale non avesse ancora stipulato il contratto con la controinteressata, potendo in questo frangente l'Amministrazione stessa utilmente sostituire quale contraente Ricorrente in luogo di Controinteressata.

Ove, viceversa, Controinteressata avesse già stipulato il contratto con l'Amministrazione Regionale, in adesione alla recente pronuncia di Cons. Stato, Sex. V, 17 ottobre 2008 n. 5098 il ristoro patrimoniale va accordato alla parte ricorrente obbligando al riguardo la sola Amministrazione Regionale, ma in tale evenienza va opportunamente posta a carico di Ricorrente e di RICORRENTE DUE la prova rigorosa che l'utile effettivo da esse conseguito nell'evenienza dell'aggiudicazione disposta nei loro riguardi sarebbe stato effettivamente pari al 10% dell'ammontare dell'offerta, così come chiesto dalla parte ricorrente.

Pertanto, a' sensi dell'art. 35 del D.L.vo 31 marzo 1998 n. 80, l'attuale parte ricorrente inoltrerà all'Amministrazione Regionale un computo dimostrativo del proprio presunto utile, in ordine al quale l'Amministrazione medesima sarà tenuta a pronunciarsi: e, ove le parti non pervenissero ad un accordo tra di loro, potrà essere promosso dalla parte ricorrente il procedimento contenzioso contemplato al riguardo dallo stesso art. 35 del D.L.vo 80 del 1998.

5. Le spese e gli onorari del giudizio possono essere, peraltro, integralmente compensati tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, prima Sezione, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo **accoglie nei limiti di cui in motivazione** e, per l'effetto, **annulla** il decreto del Dirigente Regionale preposto alla Direzione Difesa del Suolo. 145 dd. 9 settembre 2008 di aggiudicazione definitiva dell'appalto di manutenzione del fiume Retrone, nel centro di Vicenza; la nota dd. 12 maggio 2008 di comunicazione di riapertura della procedura di aggiudicazione della gara; la nota dell'Amministrazione Regionale dd. 12 giugno 2008 recante la reiezione dell'istanza di autotutela presentata dalla parte ricorrente; il verbale di aggiudicazione provvisoria e la clausola di cui al punto f), quinto cpv., del disciplinare di gara facente parte integrante del bando pubblicato il 20 febbraio 2008.

Provvede come da motivazione alla domanda di risarcimento del danno.

Compensa integralmente tra le parti le spese e gli onorari del giudizio.

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

Così deciso in Venezia, nella Camera di consiglio addì 19 novembre 2008.

Il Presidente f.f.

l'Estensore

Il Segretario

SENTENZA DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....n.....

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Direttore della Prima Sezione