

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 18/03/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29056-il-bando-e-gli-atti-connessi-come-il-disciplinare-ed-il-capitolato-speciale-d-appalto-costituisce-la-lex-specialis-della-gara-ed-vincolante-in-modo-inderogabile-per-tutti-i-soggetti-interessati>

Autore: Lazzini Sonia

Il bando (e gli atti connessi, come il Disciplinare ed il capitolato speciale d'appalto) costituisce la lex specialis della gara ed è vincolante in modo inderogabile per tutti i soggetti interessati

Tar Friuli, Trieste, 11.02.2010 n. 102

il bando (e gli atti connessi, come il Disciplinare ed il capitolato speciale d'appalto) costituisce la lex specialis della gara ed è vincolante in modo inderogabile per tutti i soggetti interessati

– Amministrazione e concorrenti – anche e soprattutto per salvaguardare incondizionatamente la par condicio dei concorrenti; in particolare, ove le sue prescrizioni contemplino — in via espressa e con formulazione assolutamente chiara — l'esclusione dal procedimento di scelta del contraente nelle ipotesi di mancata loro osservanza, l'Amministrazione è inderogabilmente tenuta all'applicazione della normativa alla quale si è autovincolata (Cfr., ex pluribus, Cons. Stato, V , 25 gennaio 2003, n. 357 e 6 marzo 1991, n. 204; T.A.R. Veneto, 19 gennaio 2009, n. 80; T.A.R. Calabria, 29 marzo 2000, n. 344).

Quanto alla domanda di risarcimento del danno mediante la reintegrazione in forma specifica sotto forma di condanna dell'Amministrazione intimata a sostituire il soggetto aggiudicatario, illegittimamente mantenuto in gara, con la società ricorrente, che si era collocata seconda in graduatoria, il Collegio osserva che con la memoria depositata il 7.1.2010 la deducente ha in buona sostanza espresso l'avviso di rinunciare alla domanda stessa nel caso di accoglimento del gravame (salvo riproporla, eventualmente, dopo la rinnovazione del procedimento di gara).

La ricorrente conclude denunciando, quindi, la violazione della prescrizione dell'art. 37, comma 4, D.Lgs. n. 163/2006 e del disciplinare di gara, con il conseguente annullamento degli atti impugnati e con l'esclusione dalla gara dell'ATI controinteressata.

Quanto al risarcimento del danno, la ricorrente assume che l'annullamento dell'aggiudicazione e dell'esclusione dell'offerta presentata dall'ATI comportano l'accoglimento della domanda di reintegrazione in forma specifica, con aggiudicazione dell'appalto ad essa ricorrente
Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

il gravame merita condivisione.

E' necessario innanzitutto riportare sinteticamente – per quello che qui rileva – i punti salienti della normativa di gara.

Il bando, al punto VI.2) prevedeva l'applicabilità degli articoli indicati dall'art. 20 del D.Lgs. n. 163 del 2006, oltre che quelli espressamente richiamati negli atti di gara.

L'art. 20 (Appalti di servizi elencati nell'allegato II B) dispone che:

“L'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II B è disciplinata esclusivamente dall'articolo 68 (specifiche tecniche), dall'articolo 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento), dall'articolo 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati).

2. Gli appalti di servizi elencati nell'allegato II A sono soggetti alle disposizioni del presente codice”.

Il Capitolato speciale d'appalto, all'art. 4, punto D) Telecall prevedeva lo svolgimento, da parte dell'aggiudicatario, del servizio consistente “nella fornitura ed installazione a carico dell'appaltatore di apposita apparecchiatura (kit di trasmissione e 2 pulsanti di allarme portatili) per la chiamata automatica mediante combinatore digitale e gestione degli allarmi all'interno di una “sala TV con conseguente pronto intervento da effettuarsi tramite guardie.

In caso di allarme la guardia dovrà intervenire entro 5 minuti dall'avvenuta attivazione dei sistemi secondo le modalità precedentemente concordate con l'ufficio fruitore del servizio e se necessario dovrà fornire immediata segnalazione alle autorità competenti (Carabinieri, Polizia, Polizia Municipale e Vigili del Fuoco)”.

A sua volta, il Disciplinare di gara, alle pagg. 9, 10 ed 11, consentiva la “presentazione di offerte da parte di soggetti di cui all'art. 34, comma 1, lettere d) ed e) del D.Lgs. 12.04.2006, n. 163, anche se non ancora costituiti, con le modalità stabilite dall'art. 37, comma 8 del medesimo decreto”.

L'art. 34 (Soggetti a cui possono essere affidati i contratti pubblici) dispone che:

“Sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici i seguenti soggetti, salvo i limiti espressamente indicati:

[.....]

d) i raggruppamenti temporanei di concorrenti, costituiti dai soggetti di cui alle lettere a), b) e c), i quali, prima della presentazione dell'offerta, abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, qualificato mandatario, il quale esprime l'offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti; si applicano al riguardo le disposizioni dell'articolo 37;

e) i consorzi ordinari di concorrenti di cui all'articolo 2602 del codice civile, costituiti tra i soggetti di cui alle lettere a), b) e c) del presente comma, anche in forma di società ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile; si applicano al riguardo le disposizioni dell'articolo 37;

[.....]"

Lo stesso Disciplinare (pagg. 10 ed 11) prevedeva che la busta B, contenente l'offerta tecnica, avrebbe dovuto indicare e descrivere (tra l'altro) i seguenti elementi:

[.....]

5. modalità di funzionamento della sala operativa (caratteristiche tecniche, risorse umane aggiuntive rispetto a quanto previsto all'art. 4 del Capitolato Speciale d'Appalto con indicazione di orari e modalità di presenza, specializzazione addetti, misure per assicurare la continuità del servizio);

[.....]

7. termine di esecuzione degli interventi di emergenza di cui all'art. 4 C) e D) del Capitolato Speciale d'Appalto.

Il tutto in modo preciso tale da consentire alla Commissione giudicatrice di poter assegnare i punteggi relativi all'offerta tecnica, più sotto riportati.

BUSTA C: Detta busta deve portare all'esterno l'indicazione - Busta "C"

- "Offerta economica".

Nella stessa va inserita l'offerta economica, così costituita:

- offerta economica, redatta in lingua italiana, in bollo, e debitamente sottoscritta dal legale rappresentante del soggetto partecipante, che dovrà essere redatta preferibilmente utilizzando lo schema di offerta economica, facente parte della documentazione di gara, completato in ogni sua parte, a pena di esclusione dalla gara, compresa la tabella dei prezzi unitari ad esso allegata, in ribasso rispetto all'importo a base di gara di Euro 1.309.790,00, al netto degli oneri per la sicurezza (I.V.A. esclusa). [.....]"

Lo schema di offerta economica (Allegato sub C al Disciplinare di gara), richiamato anche dal bando di gara (sezione VI 2, pag. 6) prevedeva la seguente dichiarazione:

" Nel caso di imprese riunite o consorziate costituite o da costituire aggiungere:

Dichiara che le parti del servizio che saranno eseguite dai singoli operatori (ex art. 37 c. 4 del D.Lgs 12.04.2006, n. 163) sono quelle sottoriportate, nella misura a fianco di ciascuna indicata:

Descrizione della parte del servizio..... Operatore

.....importo (o percentuale)

Descrizione della parte del servizio..... Operatore

.....importo (o percentuale)

Allega

la specificazione dei costi relativi alla sicurezza

[.....]"

Il richiamato art. 37 ("Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di concorrenti") del D.Lgs. n. 163 del 2006, al comma 4 così recita:

"4. Nel caso di forniture o servizi nell'offerta devono essere specificate le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati."

Sin qui le previsioni degli atti di gara, corredate dalla normativa di riferimento, che interessano la fattispecie per cui è causa.

Il Collegio osserva che, come fondatamente rilevato dalla società ricorrente, lo schema di offerta economica presentato dall'ATI controinteressata non indicava, tra le parti del servizio che avrebbero dovuto essere eseguite dai singoli operatori, in base all'art. 37, comma 4 del D.Lgs. n. 163 del 2006, il servizio "Telecall".

Dato che questa indicazione era prevista a pena di esclusione (v. Busta C – Offerta economica), l'ATI controinteressata andava esclusa dalla gara.

Sulla base delle suesposte considerazioni è dato, pertanto, concludere per la illegittimità, in parte qua, dell'impugnato verbale di gara del 29.4.2009, nonché di tutte le operazioni di gara e delle determinazioni successive, affette da invalidità derivata.

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 102 del 11 febbraio 2010, emessa dal Tar Friuli Venezia Giulia, Trieste

N. 00102/2010 REG.SEN.

N. 00370/2009 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 Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 370 del 2009, proposto da:
Ricorrente Group Spa, rappresentata e difesa dall'avv. Graziella Dimitri, con domicilio eletto presso Segreteria Generale T.A.R. in Trieste, p.zza Unita' D'Italia 7;

contro

Comune di Trieste, rappresentato e difeso dagli avv. Maritza Filipuzzi, Maria Serena Giraldi, Valentina Frezza, Valeria Mazzurco, domiciliata per legge in Trieste, via Genova 2;

nei confronti di

Controinteressata di Vigilanza e Chiusura Srl, Controinteressata due Vigilanza Soc. Coop., Controinteressata tre Sicurezza Srl, Controinteressata quattro Srl, Sorveglianza Diurna e Notturna Soc. Coop., Istituto di Vigilanza Controinteressata cinque, rappresentati e difesi dall'avv. Gianni Zgagliardich, con domicilio eletto presso Gianni Zgagliardich Avv. in Trieste, via Filzi 8;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- della determinazione dirigenziale 1562 datata 30 aprile 2009
- della comunicazione datata 30 aprile 2009 dell'Area Risorse Economiche e Finanziarie ed Economato-Provveditorato-Gestione Appalti e Servizi del Comune di Trieste
- del verbale di gara datato 29 aprile 2009
- del contratto di appalto.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Trieste e di Controinteressata di Vigilanza e Chiusura Srl e di Controinteressata due Vigilanza Soc. Coop. e di Controinteressata tre Sicurezza Srl e di Controinteressata quattro Srl e di Sorveglianza Diurna e Notturna Soc. Coop. e di Istituto di Vigilanza Controinteressata cinque;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 gennaio 2010 il dott. Vincenzo Farina e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso in esame, rubricato al n. 370/09, la società RICORRENTE GROUP S.P.A., in persona del Presidente e legale rappresentante pro tempore, ha chiesto l'annullamento:

- della determinazione dirigenziale 1562 dd. 30.04.2009 con cui il Comune di Trieste ha aggiudicato l'appalto del servizio di custodia e vigilanza degli immobili comunali per il periodo 01.05.2009-30.04.2012 all'ATI Controinteressata di Sorveglianza e Chiusura srl mandataria e CONTROINTERESSATA DUE Vigilanza Società Cooperativa, CONTROINTERESSATA TRE Sicurezza srl, Controinteressata quattro srl, Sorveglianza Diurna e Notturna Società Cooperativa, Istituto Vigilanza Controinteressata cinque srl, mandanti;

- della comunicazione dd. 30.04.2009 dell'Area Risorse Economiche e Finanziarie ed Economato-Provveditorato-Gestione Appalti e Servizi del Comune di Trieste di aggiudicazione definitiva dd. 30.04.2009;

- del verbale di gara dd. 29.04.2009, nella parte in cui non dispone l'esclusione dell'ATI Controinteressata di Sorveglianza e Chiusura srl mandataria e CONTROINTERESSATA DUE Vigilanza Società Cooperativa, CONTROINTERESSATA TRE Sicurezza srl, Controinteressata quattro srl, Sorveglianza Diurna e Notturna Società Cooperativa, Istituto Vigilanza Controinteressata cinque srl, mandanti, per mancata indicazione nell'offerta economica delle imprese, componenti l'ATI, che avrebbero eseguito la parte del servizio denominato telecall e in quale percentuale,

- del verbale di gara dd. 29.04.2009, nella parte in cui la Commissione applica il punteggio all'offerta economica presentata da ATI Controinteressata di Sorveglianza e Chiusura srl mandataria e CONTROINTERESSATA DUE Vigilanza Società Cooperativa, CONTROINTERESSATA TRE Sicurezza srl, Controinteressata quattro srl, Sorveglianza Diurna e Notturna Società Cooperativa, Istituto Vigilanza Controinteressata cinque srl, mandanti e prende atto del

punteggio totale da essa ottenuto dichiarando l'aggiudicazione provvisoria del servizio di vigilanza degli immobili comunali all'ATI in parola;

- del contratto di appalto (sconosciuto alla ricorrente);
- di ogni altro atto presupposto, conseguente e/o comunque connesso, ancorché sconosciuto alla ricorrente.

Premette la società ricorrente che il Comune di Trieste, con determinazione 03.03.2009, indiceva una gara a procedura aperta con aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. per l'affidamento del servizio di custodia e vigilanza degli immobili comunali per il periodo 01.05.2009 — 30.04.2012; partecipavano alla procedura la società Ricorrente Group spa e la costituenda ATI tra Controinteressata di Sorveglianza Chiusura e Sicurezza srl mandataria e CONTROINTERESSATA DUE Vigilanza Società Cooperativa, CONTROINTERESSATA TRE Sicurezza srl, Controinteressata quattro srl, Sorveglianza Diurna e Notturna Società Cooperativa, Istituto Vigilanza Controinteressata cinque srl mandanti; la ricorrente presentava l'offerta sulla base delle modalità espressamente previste nel bando di gara, nei capitolato speciale d'appalto e nel disciplinare di gara.

L'offerta – ricorda l'istante - doveva essere costituita, come si evince dal disciplinare di gara, da:

- a) una busta A recante la dicitura “Documentazione amministrativa”, la quale doveva contenere la garanzia sotto forma di cauzione o di fideiussione e una serie di dichiarazioni da rendere ai sensi degli artt. 46 e 47 D.P.R. 445/2000;
- b) una busta B recante l'indicazione “Offerta tecnica”;
- c) una busta C recante l'indicazione “Offerta economica”, redatta preferibilmente utilizzando lo schema di offerta economica, facente parte della documentazione di gara, completata in ogni sua parte, a pena di esclusione dalla gara, compresa la tabella dei prezzi unitari ad essa allegata, in ribasso rispetto all'importo a base di

gara di €. 1.309.709,00, al netto degli oneri per la sicurezza (IVA esclusa). Nell'allegato sub c) c'era lo schema di offerta economica con l'indicazione che, nel caso di imprese riunite o consorziate costituite o da costituire, l'offerente doveva dichiarare, ex art. 37, comma 4, del D.Lgs. n. 163/2006, quali parti di servizio e in che percentuale sarebbero state eseguite dalle singole imprese;

d) una busta D recante la dicitura "Giustificazioni".

Nel disciplinare di gara (pag. 16) – continua la deducente - veniva precisato che, in caso di contrasto tra capitolato speciale d'appalto e quanto contenuto nel disciplinare e nel bando di gara, dovevano prevalere le indicazioni di questi ultimi.

Ciò posto, l'ATI controinteressata formulava un offerta economica di € 921.212,78, pari a un ribasso sull'importo posto a base d'asta del 29,667%, dichiarando quali operatori e in che misura avrebbero effettuato tutti i servizi oggetto d'appalto, descritti in capitolato, ad eccezione del servizio denominato, all'art. 4 punto D), Telecall.

Nella tabella dei prezzi unitari dei servizi allegata al fine di formulare il prezzo totale dell'appalto – sottolinea l'istante - la controinteressata aveva conteggiato il costo unitario del servizio Telecall.

Il 23.04.2009 si teneva la seduta pubblica per l'apertura delle offerte delle imprese concorrenti, che proseguiva il giorno 24.04.2009 con la lettura dell'offerta tecnica e l'aggiudicazione dei punteggi:

la società Ricorrente Group spa otteneva il punteggio tecnico finale di 44,38 e l'ATI controinteressata di 47,00.

Alla seduta pubblica del 29.04.2009 si procedeva all'apertura e alla lettura delle offerte economiche.

La società Ricorrente Group spa offriva un prezzo di €. 962.957,61, con un ribasso pari al 26,480% rispetto al prezzo a base d'asta, al netto degli oneri per la sicurezza, IVA esclusa, mentre l'ATI controinteressata offriva un prezzo di € 921.212,78: alla

Ricorrente Group spa quindi veniva attribuito il punteggio di 35,60 con un totale di 79,98 punti; all'ATI veniva attribuito il punteggio di 40, con un totale per l'offerta tecnica ed economica di 87,00 punti. Considerato che nessuna delle offerte rientrava nell'ipotesi di cui all'art. 86, comma 2, D.Lgs. n. 163/06, la Commissione non provvedeva all'apertura della busta D contenente le giustificazioni e dichiarava l'aggiudicazione provvisoria all'ATI in quanto aveva ottenuto il punteggio più alto.

Con comunicazione dd. 30.04.2009 il Comune di Trieste informava la società Ricorrente Group spa che l'appalto era stato aggiudicato all'ATI Controinteressata di Sorveglianza e Chiusura srl mandataria e CONTROINTERESSATA DUE Vigilanza Società Cooperativa, CONTROINTERESSATA TRE Sicurezza srl, Controinteressata quattro srl, Sorveglianza Diurna e Notturna Società Cooperativa, Istituto Vigilanza Controinteressata cinque srl, mandanti, la cui offerta aveva riportato il punteggio finale di 87,00.

Dopo aver svolto queste premesse in fatto, la ricorrente, a sostegno del gravame, ha dedotto i seguenti mezzi:

1. Violazione dell'art. 37, comma 4, D.Lgs 163/2006 e dell'art. 74 D.Lgs 163/2006 - Violazione del disciplinare di gara per omessa indicazione delle singole imprese che avrebbero eseguito, e in quale misura, il servizio Telecall.

La ricorrente ricorda che l'art. 37, comma 4, del D.Lgs n. 163/2006 dispone che in caso di raggruppamento di imprese concorrenti a un appalto di servizi, "nell'offerta devono essere specificate le parti del servizio ... eseguite dai singoli operatori economici riuniti "; nel disciplinare di gara relativo alla formulazione dell'offerta economica era prescritto che la stessa doveva essere redatta preferibilmente utilizzando lo schema di offerta economica di gara, completato in ogni sua parte, a pena di esclusione: il fac-simile dell'offerta economica riportava la dicitura che nel caso di imprese riunite costituite o da costituire, si sarebbe dovuto

aggiungere la dichiarazione comma 4 D.Lgs. n. 163/2006 relativa alle parti di servizio eseguite dai singoli operatori, indicandone l'importo o la percentuale.

Il capitolato speciale d'appalto – continua la deducente - dopo aver specificato che l'oggetto dell'appalto era il servizio di vigilanza, all'art. 4 descriveva le tipologie del servizio e all'art. 5 assegnava ad esse dei codici; le tipologie erano: A) Piantonamento, B) Ronda, C) Collegamento con i sistemi di allarme e pronto intervento, D) Telecall, E) Apertura e chiusura degli accessi dei giardini pubblici.

Nell'offerta economica presentata dalla controinteressata erano indicate le parti di servizio di competenza di ciascuna componente dell'ATI con il codice e con la percentuale di svolgimento; non è ricavabile in alcun modo, però, l'impresa o le imprese che avrebbero svolto il servizio di Telecall e in quale percentuali: deve ritenersi – assume la ricorrente - che il dato letterale della prescrizione di cui all'art. 37, comma 4, D.Lgs. n. 163/2006 non lascia spazio a dubbi interpretativi, sì che l'inosservanza della prescrizione, ripresa anche nello schema di offerta contrattuale, predisposto dalla stazione appaltante, rende l'offerta presentata parziale in quanto non completa di tutti gli elementi essenziali, mancando la diretta riferibilità delle prestazioni aggiudicate a ciascuna singola impresa raggruppata, nei cui confronti rileva direttamente l'obbligo di adempiere una prestazione.

La medesima formulazione – si duole la ricorrente - è anche indistinta, poiché “non consente all'Amministrazione di conoscere, prima di accettare l'offerta, tutti gli elementi di informazione necessari perché con l'accettazione il contratto sia regolarmente concluso, mancando l'individuazione del soggetto che in concreto espletterà il servizio ed al quale dovranno far capo direttamente gli obblighi contrattuali, ferma la responsabilità solidale che opera su di un piano diverso: ne deriva che l'offerta presentata doveva essere esclusa dalla gara come prescritto nel disciplinare in ogni caso di offerta incompleta.

Nella specie – sottolinea l'istante - non viene specificato il tipo di RTI da costituire, mentre l'appalto evidenzia un carattere non omogeneo, stante le tipologie del servizio, qui di seguito riportate e descritte all'art. 4 del capitolato d'appalto, che richiedono prestazioni di natura diversa:

- A) servizio di piantonamento, che consiste nello stazionamento della guardia in ciascun sito con compiti di ispezione, gestione delle emergenze, osservanza della normativa in materia di sicurezza;
- B) servizio di ronda, esterno all'edificio, interno al comprensorio, esterno al comprensorio, esterno all'edificio;
- C) collegamento con i sistemi di allarme e gestione degli stessi all'interno di una sala operativa e servizio di pronto intervento.
- D) Telecall, che consiste nella fornitura ed installazione di apparecchiatura per la chiamata automatica mediante combinatore digitale e gestione degli allarmi all'interno di una sala operativa con conseguente pronto intervento;
- E) apertura e chiusura degli accessi ai giardini e ispezione del comprensorio.

La ricorrente conclude denunciando, quindi, la violazione della prescrizione dell'art. 37, comma 4, D.Lgs. n. 163/2006 e del disciplinare di gara, con il conseguente annullamento degli atti impugnati e con l'esclusione dalla gara dell'ATI controinteressata.

Quanto al risarcimento del danno, la ricorrente assume che l'annullamento dell'aggiudicazione e dell'esclusione dell'offerta presentata dall'ATI comportano l'accoglimento della domanda di reintegrazione in forma specifica, con aggiudicazione dell'appalto ad essa ricorrente.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Trieste e l'ATI Controinteressata di Sorveglianza e Chiusura srl mandataria e CONTROINTERESSATA DUE Vigilanza Società Cooperativa, CONTROINTERESSATA TRE Sicurezza srl,

Controinteressata quattro srl, Sorveglianza Diurna e Notturna Società Cooperativa, Istituto Vigilanza Controinteressata cinque srl, mandanti, chiedendo il rigetto del gravame.

Quest'ultimo è stato introitato dal Collegio ed è passato in decisione nella pubblica udienza del 13.1. 2010.

In rito, va dato atto della regolare costituzione del rapporto processuale, come sottolineato dalla ricorrente nella memoria depositata il 7.1.2010.

Ciò posto, il gravame merita condivisione.

E' necessario innanzitutto riportare sinteticamente – per quello che qui rileva – i punti salienti della normativa di gara.

Il bando, al punto VI.2) prevedeva l'applicabilità degli articoli indicati dall'art. 20 del D.Lgs. n. 163 del 2006, oltre che quelli espressamente richiamati negli atti di gara.

L'art. 20 (Appalti di servizi elencati nell'allegato II B) dispone che:

“L'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II B è disciplinata esclusivamente dall'articolo 68 (specifiche tecniche), dall'articolo 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento), dall'articolo 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati).

2. Gli appalti di servizi elencati nell'allegato II A sono soggetti alle disposizioni del presente codice”.

Il Capitolato speciale d'appalto, all'art. 4, punto D) Telecall prevedeva lo svolgimento, da parte dell'aggiudicatario, del servizio consistente “nella fornitura ed installazione a carico dell'appaltatore di apposita apparecchiatura (kit di trasmissione e 2 pulsanti di allarme portatili) per la chiamata automatica mediante combinatore digitale e gestione degli allarmi all'interno di una “sala TV con conseguente pronto intervento da effettuarsi tramite guardie.

In caso di allarme la guardia dovrà intervenire entro 5 minuti dall'avvenuta attivazione dei sistemi secondo le modalità precedentemente concordate con l'ufficio fruitore del servizio e se necessario dovrà fornire immediata segnalazione alle autorità competenti (Carabinieri, Polizia, Polizia Municipale e Vigili del Fuoco)".

A sua volta, il Disciplinare di gara, alle pagg. 9, 10 ed 11, consentiva la "presentazione di offerte da parte di soggetti di cui all'art. 34, comma 1, lettere d) ed e) del D.Lgs. 12.04.2006, n. 163, anche se non ancora costituiti, con le modalità stabilite dall'art. 37, comma 8 del medesimo decreto".

L'art. 34 (Soggetti a cui possono essere affidati i contratti pubblici) dispone che:

"Sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici i seguenti soggetti, salvo i limiti espressamente indicati:

[.....]

d) i raggruppamenti temporanei di concorrenti, costituiti dai soggetti di cui alle lettere a), b) e c), i quali, prima della presentazione dell'offerta, abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, qualificato mandatario, il quale esprime l'offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti; si applicano al riguardo le disposizioni dell'articolo 37;

e) i consorzi ordinari di concorrenti di cui all'articolo 2602 del codice civile, costituiti tra i soggetti di cui alle lettere a), b) e c) del presente comma, anche in forma di società ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile; si applicano al riguardo le disposizioni dell'articolo 37;

[.....]"

Lo stesso Disciplinare (pagg. 10 ed 11) prevedeva che la busta B, contenente l'offerta tecnica, avrebbe dovuto indicare e descrivere (tra l'altro) i seguenti elementi:

[.....]

5. modalità di funzionamento della sala operativa (caratteristiche tecniche, risorse umane aggiuntive rispetto a quanto previsto all'art. 4 del Capitolato Speciale d'Appalto con indicazione di orari e modalità di presenza, specializzazione addetti, misure per assicurare la continuità del servizio);

[.....]

7. termine di esecuzione degli interventi di emergenza di cui all'art. 4 C) e D) del Capitolato Speciale d'Appalto.

Il tutto in modo preciso tale da consentire alla Commissione giudicatrice di poter assegnare i punteggi relativi all'offerta tecnica, più sotto riportati.

BUSTA C: Detta busta deve portare all'esterno l'indicazione - Busta "C"

- "Offerta economica".

Nella stessa va inserita l'offerta economica, così costituita:

- offerta economica, redatta in lingua italiana, in bollo, e debitamente sottoscritta dal legale rappresentante del soggetto partecipante, che dovrà essere redatta preferibilmente utilizzando lo schema di offerta economica, facente parte della documentazione di gara, completato in ogni sua parte, a pena di esclusione dalla gara, compresa la tabella dei prezzi unitari ad esso allegata, in ribasso rispetto all'importo a base di gara di Euro 1.309.790,00, al netto degli oneri per la sicurezza (I.V.A. esclusa). [.....]".

Lo schema di offerta economica (Allegato sub C al Disciplinare di gara), richiamato anche dal bando di gara (sezione VI 2, pag. 6) prevedeva la seguente dichiarazione:

“ Nel caso di imprese riunite o consorziate costituite o da costituire aggiungere:

Dichiara che le parti del servizio che saranno eseguite dai singoli operatori (ex art. 37 c. 4 del D.Lgs 12.04.2006, n. 163) sono quelle sottoriportate, nella misura a fianco di ciascuna indicata:

Descrizione della parte del servizio..... Operatore

.....importo (o percentuale)

Descrizione della parte del servizio..... Operatore

.....importo (o percentuale)

Allega

la specificazione dei costi relativi alla sicurezza

[.....]”.

Il richiamato art. 37 (“Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di concorrenti”) del D.Lgs. n. 163 del 2006, al comma 4 così recita:

“4. Nel caso di forniture o servizi nell’offerta devono essere specificate le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati.”

Sin qui le previsioni degli atti di gara, corredate dalla normativa di riferimento, che interessano la fattispecie per cui è causa.

Il Collegio osserva che, come fondatamente rilevato dalla società ricorrente, lo schema di offerta economica presentato dall’ATI controinteressata non indicava, tra le parti del servizio che avrebbero dovuto essere eseguite dai singoli operatori, in base all’art. 37, comma 4 del D.Lgs. n. 163 del 2006, il servizio “Telecall”.

Dato che questa indicazione era prevista a pena di esclusione (v. Busta C – Offerta economica), l’ATI controinteressata andava esclusa dalla gara.

Occorre ricordare, all’uopo, che il bando (e gli atti connessi, come il Disciplinare ed il capitolato speciale d’appalto) costituisce la *lex specialis* della gara ed è vincolante in modo inderogabile per tutti i soggetti interessati – Amministrazione e concorrenti – anche e soprattutto per salvaguardare incondizionatamente la par condicio dei concorrenti; in particolare, ove le sue prescrizioni contemplino — in via espressa e con formulazione assolutamente chiara — l’esclusione dal procedimento di scelta del contraente nelle ipotesi di mancata loro osservanza, l’Amministrazione è inderogabilmente tenuta all’applicazione della normativa alla

quale si è autovincolata (Cfr., ex pluribus, Cons. Stato, V , 25 gennaio 2003, n. 357 e 6 marzo 1991, n. 204; T.A.R. Veneto, 19 gennaio 2009, n. 80; T.A.R. Calabria, 29 marzo 2000, n. 344).

Inutile dire che non era applicabile la clausola del Disciplinare (pagg. 12 e 13), che consentiva il completamento della documentazione carente per “errore materiale riconoscibile”, posto che non ricorreva – de plano – questa ipotesi.

Non giova alla controinteressata neppure il richiamo al contenuto della sua offerta tecnica, in quanto (in disparte la circostanza, tranciante, che permarrebbe comunque la sopra rilevata carenza dello schema di offerta economica) da questa offerta non emerge l'operatore che avrebbe dovuto eseguire il servizio “Telecall”: infatti, è dato solo evincere che l'ATI controinteressata può disporre di tre centrali operative, da collegare con determinati sistemi di allarme, che sia la Capogruppo che la centrale di Porto Nuovo hanno un ruolo di coordinamento nella gestione del pronto intervento e degli allarmi, che, infine, la centrale di via Caboto n. 35 (della Controinteressata cinque s.r.l.) è anche collegata alle altre centrali della società controllante North East services s.p.a.

Sulla base delle suesposte considerazioni è dato, pertanto, concludere per la illegittimità, in parte qua, dell'impugnato verbale di gara del 29.4.2009, nonché di tutte le operazioni di gara e delle determinazioni successive, affette da invalidità derivata.

Va, invece, dichiarata inammissibile l'impugnativa della comunicazione in data 30.04.2009 dell'Area Risorse Economiche e Finanziarie ed Economato-Provveditorato-Gestione Appalti e Servizi del Comune di Trieste, relativa alla aggiudicazione definitiva del 30.4.2009: trattasi, infatti, di un atto sprovvisto di contenuto lesivo.

Del pari inammissibile è l'impugnativa del contratto, attesa la competenza giurisdizionale, in materia, del giudice ordinario.

Quanto alla domanda di risarcimento del danno mediante la reintegrazione in forma specifica sotto forma di condanna dell'Amministrazione intimata a sostituire il soggetto aggiudicatario, illegittimamente mantenuto in gara, con la società ricorrente, che si era collocata seconda in graduatoria, il Collegio osserva che con la memoria depositata il 7.1.2010 la deducente ha in buona sostanza espresso l'avviso di rinunciare alla domanda stessa nel caso di accoglimento del gravame (salvo riproporla, eventualmente, dopo la rinnovazione del procedimento di gara).

Al Collegio non resta, pertanto, che prendere atto di questa dichiarazione.

In conclusione, alla stregua delle complessive argomentazioni che precedono, il ricorso va in parte dichiarato inammissibile e in parte va accolto, e, per l'effetto, vanno annullati gli atti sopra specificati.

Non si fa luogo ad una pronuncia risarcitoria.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e vengono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale amministrativo regionale del Friuli - Venezia Giulia, definitivamente pronunciando sul ricorso in premessa, respinta ogni contraria istanza ed eccezione, in parte lo dichiara inammissibile e in parte lo accoglie, e, per l'effetto, annulla gli atti meglio specificati in motivazione.

Condanna in solido i resistenti al rimborso delle spese e competenze giudiziali nei confronti della ricorrente, che liquida in euro 2500 (duemilacinquecento), oltre agli accessori di legge.

Condanna in solido i resistenti alla rifusione del contributo unificato alla parte ricorrente, ai sensi dell'art. 13, comma 6-bis, del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 13 gennaio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Saverio Corasaniti, Presidente

Oria Settesoldi, Consigliere

Vincenzo Farina, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/02/2010

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

IL SEGRETARIO