



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 la Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 91 del 2011, proposto da Coopservice Società Cooperativa per azioni, rappresentato e difeso dagli avvocati Paolo Coli e Gianfranco Meazza, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Carlo Castelli in Cagliari, via Farina 44;

contro

Istituto Superiore Regionale Etnografico della Regione Autonoma della Sardegna, in persona del Presidente in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Maria Giovanna Murgia, con domicilio eletto presso il suo studio in Cagliari, piazza del Carmine n. 22;

nei confronti di

Istituto di Vigilanza La Nuorese Scarl, Istituto di Vigilanza Over Security Sardegna Srl;

per l'annullamento

del provvedimento di esclusione del costituendo R.T.I. tra Over

Security Sardegna srl e Coopservice soc. coop. p.a., dalla procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando di gara, per l'affidamento del servizio di vigilanza ed accoglienza dei locali dell'ISRE di Nuoro condotta dall'Istituto Superiore Regionale Etnografico della Regione Autonoma della Sardegna, provvedimento assunto dalla Commissione di Gara in data 28 dicembre 2010, comunicato con atto in data 29 dicembre 2010 prot. n. 5526;

del provvedimento di esclusione dalla procedura negoziata del costituendo RTI Over Security Sardegna srl – Coopservice soc. coop. p.a. assunto in data 14 gennaio 2011 dalla Commissione di Gara;

del provvedimento di aggiudicazione provvisoria, nella procedura negoziata di cui sopra, in favore dell'Istituto di Vigilanza “La Nuorese”, assunto dalla commissione di gara con atto n. 3 del 30 dicembre 2010;

- dell'eventuale provvedimento di aggiudicazione definitiva assunto dall'amministrazione appaltante;

nonché per la dichiarazione di inefficacia

- del contratto che dovesse essere stato medio tempore stipulato in relazione al servizio di vigilanza e accoglienza dei locali dell'ISRE di Nuoro.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Istituto Superiore Regionale Etnografico;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 aprile 2011 il dott. Giorgio Manca e uditi, nella fase delle istanze preliminari, l'avv. Gianfranco Meazza per il ricorrente e l'avv. Mario Fois, su delega dell'avv. Maria Giovanna Murgia, per l'amministrazione;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - La società ricorrente Coopservice soc. coop (incorporante per fusione dell'Istituto di Vigilanza Executive s.c.a.r.l., invitato alla gara) partecipava alla procedura negoziata senza pubblicazione di bando indetta dall'Istituto Superiore Regionale Etnografico (I.S.R.E.), in costituendo raggruppamento temporaneo con l'Istituto di Vigilanza Over Security Sardegna srl, individuata come mandataria (in prosieguo: "RTI Over - Coopservice").
2. - Con i provvedimenti, meglio indicati in epigrafe, l'offerta del predetto raggruppamento è stata esclusa per aver inserito *«all'interno del plico contenente la documentazione amministrativa n. 105 copie di attestati di partecipazione a corsi vari (...)elementi valutabili in sede di offerta tecnica (che) avrebbero dovuto trovare collocazione soltanto all'interno del plico contenente l'offerta tecnica, mentre la loro collocazione all'interno del plico relativo alla documentazione amministrativa compromette irrimediabilmente la segretezza dell'offerta tecnica»*; per non aver indicato, nella dichiarazione sostitutiva o in altro atto, le parti di servizio destinate ad essere eseguite dai singoli operatori economici riuniti nel RTI Over – Coopservice, in

violazione dell'art. 37, comma 4, del codice dei contratti (d.lgs. n. 163/2006); e per non aver allegato alla documentazione amministrativa la dichiarazione sostitutiva in ordine al possesso dei requisiti di cui all'art. 38 del codice dei contratti in capo al procuratore institore dell'Istituto Over Security Sardegna.

3. - Con verbale del 30 dicembre 2010, n. 3, la commissione giudicatrice ha aggiudicato provvisoriamente il servizio all'Istituto di Vigilanza "La Nuorese".

4. - Con il ricorso, consegnato per la notifica in data 28 gennaio 2011 e depositato il successivo 2 febbraio 2011, la Coopeservice chiede l'annullamento dei predetti provvedimenti articolando tre autonome censure, ciascuna ampiamente argomentata.

5. - Si è costituito in giudizio l'Istituto Superiore Regionale Etnografico, chiedendo che il ricorso sia respinto.

6. - Con ordinanza di questa Sezione, n. 98 del 23 febbraio 2011, i provvedimenti di esclusione impugnati sono stati sospesi, accogliendo la domanda cautelare incidentalmente proposta dalla ricorrente.

7. - All'udienza pubblica del 20 aprile 2011 la causa è stata trattenuta in decisione.

8. - Con riferimento al motivo di esclusione rappresentato dalla asserita violazione del principio della segretezza dell'offerta tecnica, la ricorrente deduce violazione di legge ed eccesso di potere, sia per la insussistenza del presupposto di fatto, sia per la insussistenza di un principio o comunque di un obbligo di segretezza dell'offerta tecnica nella fase successiva alla apertura dei plichi per l'esame della

documentazione amministrativa.

8.1. - Il motivo è fondato.

Nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici in cui il criterio di aggiudicazione sia costituito dalla individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, vigono essenzialmente due regole: quella (attualmente ribadita dall'art. 283, comma 2, del regolamento di esecuzione ed attuazione del codice dei contratti, approvato con il D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207) secondo la quale la valutazione del merito tecnico delle offerte e l'attribuzione dei relativi punteggi, va effettuata dalla commissione giudicatrice in seduta riservata; e quella che impone la segretezza dell'offerta economica fino al completamento della fase relativa alla valutazione delle offerte tecniche.

8.2. - Nel caso di specie, l'aver incluso, nella busta contenente la documentazione amministrativa, documentazione attinente (quantomeno apparentemente) alla offerta tecnica, non compromette i principi appena esposti.

Non inficia la segretezza dell'offerta tecnica, posto che, nel caso di specie, la busta contenente quest'ultima è stata comunque inserita (insieme alla busta contenente la documentazione amministrativa) in altro plico sigillato più grande. Nè pregiudica lo svolgimento, in seduta riservata, della fase della valutazione della qualità tecnica delle offerte, nel corso della quale la commissione potrà (e dovrà, necessariamente) prendere in esame – ai fini dell'assegnazione dei relativi punteggi – esclusivamente la documentazione inserita

dall'operatore economico concorrente nella busta dell'offerta tecnica.

8.3. - La censura coglie nel segno anche per l'argomentazione fondata sulla pubblicità della fase di apertura delle buste delle offerte tecniche, la cui necessità ai fini della legittimità della gara è stata affermata da questa Sezione in diverse occasioni (e da ultimo in TAR Sardegna, sez. I, 15 ottobre 2010, n. 2299); modalità procedurale, la quale dimostra che (più che di un principio di segretezza) si deve far riferimento ad un principio di integrità del plico contenente la documentazione dell'offerta tecnica, che trova il suo perfezionamento e compimento proprio nella verifica in seduta pubblica del contenuto di tale documentazione (che non potrà, pertanto, subire integrazioni nella fase di valutazione e assegnazione dei punteggi, da svolgersi, come accennato, in sedute riservate).

9. - In ordine al secondo motivo di esclusione, avente ad oggetto la asserita omessa indicazione delle parti di servizio destinate ad essere eseguite dai singoli operatori economici riuniti nel RTI Over – Coopservice, la ricorrente deduce “Violazione di legge. Eccesso di potere per insussistenza del presupposto di fatto. Violazione dell'articolo 37 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163. Violazione dell'articolo 46 del d.lgs. 92 aprile 2006 n. 163. Violazione dell'articolo 6 comma 1 lettera b e dell'articolo 18 della legge 07 agosto 1990 n. 241”. Sostiene, in primo luogo, la ricorrente che nel bando di gara l'amministrazione non ha distinto tra prestazioni principali e prestazioni secondarie, per cui, al di là della erronea indicazione contenuta nella dichiarazione di impegno a costituirsi in R.T.I., non si potrebbe concepire un

raggruppamento verticale. Inoltre, dalla dichiarazione prodotta in gara dal R.T.I. Over – Coopservice emergerebbe chiaramente l'intenzione di eseguire l'appalto congiuntamente, suddividendosi i due servizi oggetto dell'appalto (vigilanza armata e portierato) nei termini quantitativi indicati nella stessa dichiarazione (55% Over Security; 45% Coopservice).

9.1. - Il motivo deve essere accolto.

9.2. - Non è necessario affrontare la questione dell'ambito di applicazione dell'art. 37, comma 4, del d.lgs. n. 163/2006, negli appalti di servizi (e quindi se in questi sia integralmente applicabile il principio della necessaria corrispondenza tra quota di partecipazione al raggruppamento, quota di qualificazione e quota di esecuzione del servizio oggetto dell'appalto). E' sufficiente procedere all'esame del contenuto della dichiarazione presentata nella procedura di cui trattasi, dal raggruppamento Over – Coopservice, applicando i criteri di interpretazione delle dichiarazioni unilaterali di natura negoziale ovvero dei contratti (ove si consideri la dichiarazione di impegno a costituire l'A.T.I. come preliminare di mandato: in tal senso TAR Sardegna, sez. I, 11 giugno 2008, n° 1181), ricavabili dal codice civile.

9.3. - In tale prospettiva, occorre in primo luogo considerare che, sul piano letterale la dichiarazione di impegno a costituire il raggruppamento, prodotta in gara dal raggruppamento escluso, fa comunque riferimento alle quote di "partecipazione all'appalto", intendendo quale oggetto dell'appalto sia il servizio di vigilanza armata che quello di portierato (*«...in caso di aggiudicazione sarà nominata*

capogruppo l'impresa Istituto Vigilanza Over Security Sardegna srl, che avrà una percentuale di partecipazione all'appalto nella categoria prevalente pari al 55%; 2. che l'impresa mandante Coopservice s.coop.p.a. avrà una percentuale di partecipazione all'appalto nella categoria scorporabile di Vigilanza Armata e Portierato pari al 45%»). Dal tenore della dichiarazione, e segnatamente dalla circostanza che le parti del raggruppamento, nel definire le quote di esecuzione che intendono riservarsi, prendono in considerazione l'oggetto dell'appalto nella sua integrità, è possibile, pertanto, ricavare un significato compatibile con la prescrizione di cui all'art. 37, comma 4, del codice dei contratti pubblici.

9.4. - La soluzione si concilia non solo con l'esigenza di evitare la imposizione ai concorrenti di prescrizioni formali sacramentali, ma anche con le finalità sottese alla norma di cui all'art. 37, comma 4, cit., che il Consiglio di Stato ha recentemente riassunto nelle seguenti:

«a) conoscenza preventiva, da parte della stazione appaltante, di chi sarà il soggetto che esegue il servizio e la parte specifica del servizio ripartito e svolto dalle singole imprese al fine di rendere più spedita l'esecuzione del rapporto individuando il responsabile;

b) agevole verifica, da parte del responsabile del procedimento, della competenza tecnica dell'esecutore comparata con la documentazione prodotta in sede di gara;

c) rendere effettiva la composizione del raggruppamento e rispondente alle esigenze di unire insieme capacità tecniche e finanziarie integrative e complementari e non a coprire la partecipazione di imprese non qualificate, aggirando così le norme di ammissione stabilite dal bando» (sez. V, 12 febbraio 2010, n. 744).

9.5. - Tutte le esigenze individuate risultano soddisfatte nel caso

concreto.

10. - Infine, è fondato anche il terzo motivo, con il quale si contesta l'ulteriore ragione di esclusione della irreperibilità agli atti di gara del modello relativo alla dichiarazione dei requisiti di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006. Con la doglianza si deduce l'eccesso di poter per insussistenza del presupposto di fatto, considerato anche che la custodia della documentazione spettava all'amministrazione; nonché violazione dell'articolo 2700 del codice civile in relazione all'efficacia fidefacente dei verbali di gara e dell'articolo 2729 del codice civile in materia di presunzioni.

10.1. - In effetti, dal verbale della commissione del 28 dicembre 2010 risulta che, all'esito dell'esame della documentazione amministrativa presentata dal R.T.I. Over – Coopeservice, la commissione giudicatrice non ha rilevato tale mancanza. La irregolarità emerge solo dal verbale della seduta del 28 gennaio 2011, nel corso del riesame dell'esclusione sollecitato dal preavviso di ricorso proposto dalla ricorrente.

10.2. - Esattamente la ricorrente rileva come il momento in cui la commissione avrebbe dovuto verificare la completezza e regolarità della documentazione necessaria per l'ammissibilità alla procedura era quello della seduta pubblica del 28 dicembre 2010, nel corso della quale è stata aperta la busta della documentazione amministrativa e riscontrato il contenuto. E' fondato, conseguentemente, il vizio di eccesso di potere per erroneo presupposto di fatto poichè l'amministrazione non dimostra che "l'irreperibilità" del documento

(dichiarazione sostitutiva dei requisiti ex art. 38 del d.lgs. n. 163/2006)
sia dipesa dalla mancata presentazione da parte del raggruppamento
Over-Coopservice.

11. - Il ricorso, in definitiva, deve essere accolto.

12. - La disciplina delle spese segue la soccombenza, nei termini
precisati in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna, Sezione
Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe
proposto, lo accoglie e, per l'effetto:

- annulla i provvedimenti di esclusione dell'offerta del R.T.I. Over –
Coopservice, di cui ai verbali delle sedute di gara del 28 dicembre
2010 e del 28 gennaio 2011;

- annulla il verbale n. 3 del 30 dicembre 2010, concernente
l'aggiudicazione provvisoria a favore dell'Istituto di Vigilanza "La
Nuorese".

Condanna l'Istituto Superiore Regionale Etnografico al pagamento
delle spese giudiziali a favore della ricorrente Coopservice soc. coop.
per azioni, che si liquidano in euro 3.000,00=, oltre la rifusione del
contributo unificato.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 20 aprile
2011 con l'intervento dei magistrati:

Aldo Ravalli, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere

Giorgio Manca, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/07/2011

IL SEGRETARIO

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