



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 Lazio

(Sezione Prima Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3974 del 2010, proposto da: Sicurglobal S.p.a., in proprio e quale mandataria designata del raggruppamento temporaneo di imprese (“r.t.i.”) da essa concepito con Securitas Metronotte Rieti S.r.l., in persona del proprio Amministratore delegato, legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Roberto Invernizzi, Emanuela Ghisi e Maria Alessandra Sandulli ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest’ultimo, situato in Roma, Corso Vittorio Emanuele II n. 349;

contro

la Regione Lazio, in persona del Presidente p.t. della Giunta Regionale, legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Claudio Forte e Fiammetta Fusco ed elettivamente domiciliata presso i difensori nella sede dell’Avvocatura dell’Ente, situata in Roma, via Marcantonio Colonna n. 27;

nei confronti di

- ASL Roma C, in persona del legale rappresentante p.t., n.c.;
- ASL Roma G, in persona del legale rappresentante p.t., n.c.;
- ASL Latina, in persona del legale rappresentante p.t., n.c.;

- ASL Frosinone, in persona del legale rappresentante p.t., n.c.;
- Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini, in persona del legale rappresentante p.t., n.c.;
- I.N.M.I. “Lazzaro Spallanzani” I.R.C.C.S., in persona del legale rappresentante p.t., n.c.;
- ARES 118 – Azienda Regionale Emergenza Sanitaria, in persona del legale rappresentante p.t., n.c.;
- Azienda Ospedaliera Universitaria Policlinico Tor Vergata, in persona del legale rappresentante p.t., n.c.;
- Azienda Ospedaliera – Complesso Ospedaliero San Giovanni Addolorata, in persona del legale rappresentante p.t., n.c.;
- ASL Roma E, in persona del legale rappresentante p.t., n.c.;
- Azienda Ospedaliera Sant’Andrea, in persona del legale rappresentante p.t., n.c.;
- Azienda Ospedaliera Policlinico Umberto I, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Guido Locasciulli e Paola Baglio ed elettivamente domiciliata presso i difensori nella sede dell’Avvocatura dell’Azienda, situata in Roma, viale del Policlinico n. 155;
- ASL Rieti, in persona del legale rappresentante p.t., n.c.;
- ASL Viterbo, in persona del legale rappresentante p.t., n.c.;

per l’annullamento,

previa sospensione,

della nota 26 febbraio 2010, prot. 35566, con cui la Regione Lazio ha imposto a Sicurglobal di optare fra la partecipazione singola nei lotti 1, 4, 5 e 6 o, in alternativa, la partecipazione in raggruppamento temporaneo di imprese (r.t.i.) nel solo lotto 7 della “procedura ristretta per l’affidamento del servizio integrato di vigilanza, sicurezza, custodia, sorveglianza e fornitura di impianti tecnologici occorrente alle Aziende Sanitarie della Regione Lazio”, del bando e della

“Determina n. C3715 del 23/12/2009” in esso citata, del capitolato, con i relativi allegati, se da intendersi preclusivi della parallela partecipazione in forma singola in taluni lotti e in forma associata in altri, dei chiarimenti resi dalla Regione, della lettera di invito nella parte in cui non ammette Sicurglobal a partecipare in r.t.i. alla gara per il lotto 7, del verbale della seduta del 12 febbraio 2010 e di ogni altro verbale di gara, gli atti con i quali è stata definita la griglia dei partecipanti alla gara e ogni atto di questa, ivi inclusa l’eventuale aggiudicazione, definitiva o provvisoria, frattanto eventualmente pronunciata per il lotto 7, nonché, se esistenti, gli atti di conduzione in relazione a esso del sub procedimento di verifica di anomalia, nonché, in subordine, per l’annullamento della lex specialis nella parte in cui accorpa nell’unico lotto 7 servizi da svolgere nelle due distinte province di Rieti e Viterbo, nonché, in subordine ulteriore, per l’integrale annullamento degli atti stessi in relazione anche ai lotti 1, 4, 5 e 6, in accoglimento dell’ulteriore ordine di censure diretto alla caducazione integrale della gara;

nonché per il risarcimento

in forma specifica, e in subordine per equivalente, dei pregiudizi arrecati e arrecandi alla ricorrente dagli atti e comportamenti amministrativi impugnati;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Lazio e dell’Azienda Ospedaliera Policlinico Umberto I;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 14 ottobre 2010 il Consigliere Antonella Mangia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Attraverso l'atto introduttivo del presente giudizio, notificato in data 27 aprile 2010 e depositato il 5 maggio successivo, la ricorrente impugna gli atti e i provvedimenti meglio indicati in epigrafe, relativi alla "procedura ristretta per l'affidamento del servizio integrato di vigilanza, sicurezza, custodia, sorveglianza e fornitura di impianti tecnologici occorrente alle Aziende Sanitarie della Regione Lazio".

In particolare, espone quanto segue:

- con atto pubblicato nel supplemento della Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea del 29 dicembre 2009, la Regione Lazio bandiva la procedura ristretta di cui sopra;
- l'appalto prevedeva la "divisione in lotti", nel numero preciso di 7, con connessa possibilità di presentare offerta per "uno o più lotti", a condizione del possesso della "licenza di istituto di vigilanza corrispondente all'ambito territoriale del lotto per cui si presenta l'offerta";
- richiamato il divieto "di accesso alla gara in più di un r.t.i. (singolarmente e in r.t.i.)" di cui all'art. 37, comma 7, del d.lgs. 163/2006, il bando – al punto § V1.3 - vietava pure "la partecipazione in RTI di" imprese singolarmente in possesso di tutti i "requisiti economici e tecnici di partecipazione";
- essendo in possesso della "licenza ex r.d. 773/1931 per la provincia di Roma, ove vanno svolti i servizi dei lotti 1, 4, 5 e 6", per detti servizi chiedeva invito in forma singola, mentre per il lotto 7, ricomprensente anche la provincia di Rieti, chiedeva invito in r.t.i.;
- nella seduta di esame delle istanze di invito (cfr. verbale del 12 febbraio 2010), la Regione rilevava un conflitto tra le istanze di cui sopra ed il punto § V1.3 del bando che – imperniandosi sul richiamo dell'art. 37, comma 7, del d.lgs. n. 163/2006 – vieta ai concorrenti di partecipare alla gara in più di un r.t.i., ovvero di

partecipare alla gara “anche in forma individuale qualora abbia partecipato alla gara medesima in raggruppamento”;

- nonostante le contestazioni formulate già nel corso della seduta predetta, la Regione consolidava la propria posizione, invitandola – con la nota in data 26 febbraio 2010 – a scegliere la “forma soggettiva con cui si decida di concorrere: se singolarmente per i lotti 1, 4, 5 e 6, ovvero, alternativamente, in R.T.I. per il lotto n. 7”, con l’avvertimento che “in mancanza dei chiarimenti richiesti le imprese saranno escluse da tutti i lotti in questione 1, 4, 5, 6 e 7”;

- forzatamente optava per l’accesso ai lotti 1, 4, 5 e 6, nell’auspicio di una rivisitazione da parte dell’Amministrazione della posizione presa;

- la Regione - rimanendo ferma su tale posizione - la invitava alle sole gare per i lotti 1, 4, 5 e 6.

Avverso gli atti ed i provvedimenti impugnati la ricorrente insorge, deducendo i seguenti motivi di diritto:

A) IN VIA PRINCIPALE, QUANTO AL LOTTO 7.

1) VIOLAZIONE DI LEGGE ED ECCESSO DI POTERE; TRAVISAMENTO DEI PRESUPPOSTI DI FATTO E DIRITTO; VIOLAZIONE DEL § V1.3 DEL BANDO, DEGLI ARTICOLI 2, 20, 27 E 37 D.LGS. 163/2006, DELLA DIRETTIVA 2004/18/CE, DEI PRINCIPI DI CONCORRENZA, PAR CONDICIO E TRASPARENZA DEL TRATTATO COMUNITARIO, DEGLI ARTICOLI 1, 3, 6 E 10 L. 241/90; DIFETTO DI ISTRUTTORIA; IRRAGIONEVOLEZZA; SVIAMENTO. L’assunto dell’Amministrazione – secondo il quale la partecipazione in forma singola alle gare per determinati lotti e la parallela partecipazione riunita per un lotto differente non sarebbero ammesse - sottende un manifesto travisamento della lex di gara e dell’art. 37 in esame. Tale assunto non tiene, infatti, conto che – essendo la gara strutturata “in sette lotti assolutamente separati gli uni dagli altri”, con la

conseguenza che l'offerta formulata per un lotto non interferisce "in alcun modo con le vicende afferenti all'aggiudicazione degli altri lotti" – è impossibile che "si verifichi l'inconveniente la cui prevenzione è ratio dell'art. 37 comma 7 d.lgs. 163/2006". L'"aut-aut imposto alla ricorrente è", dunque, "manifestamente illegittimo e gravemente vessatorio" per violazione del bando e dello stesso art. 37 ma anche per violazione dei principi generali di parità di trattamento e di concorrenza nonché per contrasto con i canoni di efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa.

2) VIOLAZIONE DI LEGGE ED ECCESSO DI POTERE; TRAVISAMENTO DEI PRESUPPOSTI DI FATTO E DIRITTO; VIOLAZIONE DEL § V1.3 DEL BANDO, DEGLI ARTT. 2, 20, 27, 37 E 49 D.LGS. 163/2006, DELLA DIRETTIVA 2004/18/CE, DEGLI ARTT. 8, 17 E SS. E 134 R.D. 773/1931, DEI PRINCIPI DI CONCORRENZA, PAR CONDICIO E TRASPARENZA DEL TRATTATO COMUNITARIO, DEGLI ARTT. 1, 3, 6 E 10 L. 241/90; DIFETTO DI ISTRUTTORIA; IRRAGIONEVOLEZZA; SVIAMENTO. Le motivazioni opposte ai rilievi della ricorrente – secondo le quali "nella procedura di gara è prevista ampia possibilità di disporre dei requisiti necessari (sia in termini di avvalimento, sia in termini di acquisizione dei necessari provvedimenti abilitativi all'esercizio dell'attività)" per l'accesso al lotto 7 – sono illegittime, atteso che le alternative prospettate non esistono: - l'avvalimento si pone in contrasto con il divieto di cui agli artt. 17 e ss. del r.d. 773 del 1931; - il conseguimento della licenza per Rieti è di impossibile percorrenza per i suoi tempi;

3) VIOLAZIONE DI LEGGE ED ECCESSO DI POTERE; TRAVISAMENTO DEI PRESUPPOSTI DI FATTO E DIRITTO; VIOLAZIONE DEL § V1.3 DEL BANDO, DEGLI ARTT. 2, 20, 27 E 37 D.LGS. 163/2006, DELLA DIRETTIVA 2004/18/CE, DEI PRINCIPI DI

CONCORRENZA, PAR CONDICIO E TRASPARENZA DEL TRATTATO COMUNITARIO, DEGLI ARTT. 1, 3, 6 E 10 L. 241/90; DIFETTO DI ISTRUTTORIA; IRRAGIONEVOLEZZA; SVIAMENTO. Posto che la ricorrente non possiede il requisito costituito dalla licenza con effetto esteso anche a Rieti, la lettura a contrario del precetto che vieta la costituzione di r.t.i. singolarmente in possesso di tutti i requisiti tecnico-economici del caso induce ad affermare che la ricorrente “non avrebbe mai dovuto vedersi sbarrata la strada alla partecipazione raggruppata alla gara per il lotto 7”.

4) VIOLAZIONE DI LEGGE ED ECCESSO DI POTERE; TRAVISAMENTO DEI PRESUPPOSTI DI FATTO E DIRITTO; VIOLAZIONE DEL § V1.3 DEL BANDO, DEGLI ARTT. 2, 20, 27, 37 E 49 D.LGS. 163/2006, DELLA DIRETTIVA 2004/18/CE, DEGLI ARTT. 8, 17 E SS. E 134 R.D. 773/1931, DEI PRINCIPI DI CONCORRENZA, PAR CONDICIO E TRASPARENZA DEL TRATTATO COMUNITARIO, DEGLI ARTT. 1, 3, 6 E 10 L. 241/90; DIFETTO DI ISTRUTTORIA; IRRAGIONEVOLEZZA; SVIAMENTO. Sussiste contrasto tra il bando – il quale non ammette la partecipazione in RTI ad imprese già in possesso singolarmente dei requisiti di partecipazione - ed il capitolato laddove - all’art. 7 - prevede la possibilità per “le unità concorrenti qualificate nella prima fase della gara ed invitate quali imprese singole” di presentare offerta anche quali mandatarie capogruppo di raggruppamenti temporanei di imprese “con una o più imprese singole mandanti in possesso dei requisiti minimi...”. Ricorrono, poi, ulteriori contraddittorietà, disciplinanti variazioni nella composizione dei r.t.i., le quali rendono “tanto meno accettabile l’impedimento opposto alla ricorrente quanto alla partecipazione associata alla gara per il lotto 7”.

5) VIOLAZIONE DI LEGGE ED ECCESSO DI POTERE; TRAVISAMENTO DEI PRESUPPOSTI DI FATTO E DIRITTO;

VIOLAZIONE DEL § V1.3 DEL BANDO, DEGLI ARTT. 2, 20, 27 E 37 D.LGS. 163/2006, DELLA DIRETTIVA 2004/18/CE, DELLA DIRETTIVA 1989/665/CEE E DELLA DIRETTIVA 2007/66/CE, DEI PRINCIPI DI CONCORRENZA, PAR CONDICIO E TRASPARENZA DEL TRATTATO COMUNITARIO, DEGLI ARTT. 1, 3, 6 E 10 L. 241/90, DEGLI ARTT. 24, 113 E 117 COMMA 1 COST.; DIFETTO DI ISTRUTTORIA; IRRAGIONEVOLEZZA; SVIAMENTO; MANIFESTA INGIUSTIZIA. La lettera di invito precisa che “con la partecipazione si danno per riconosciute ed accettate tutte le modalità, le indicazioni e le prescrizioni previste dal bando di gara” ma ciò non equivale certo ad accettazione tacita delle illegittimità denunciate.

6) VIOLAZIONE DI LEGGE ED ECCESSO DI POTERE; TRAVISAMENTO DEI PRESUPPOSTI DI FATTO E DIRITTO; VIOLAZIONE DEL § V1.3 DEL BANDO, DEGLI ARTT. 2, 20, 27, 37 E 49 D.LGS. 163/2006, DELLA DIRETTIVA 2004/18/CE, DEGLI ARTT. 1 E 14 DISP. PREL., DEI PRINCIPI DI CONCORRENZA, PAR CONDICIO E TRASPARENZA DEL TRATTATO COMUNITARIO, DEGLI ARTT. 1, 3, 6 E 10 L. 241/90; FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 93 D.P.R. 554/1999; DIFETTO DI ISTRUTTORIA; IRRAGIONEVOLEZZA; SVIAMENTO. “L'art. 7 del capitolato è in sé illegittimo ove lo si intenda tale da legittimare la partecipazione alla gara da parte di soggetti che non siano passati attraverso la prequalificazione”. Così interpretato, l'art. 7 diviene inapplicabile per contrasto con il divieto dell'art. 37.

“IN SUBORDINE, PER IL NON CREDUTO CASO DI RIGETTO DELLE CENSURE CHE RIAMMETTEREBBERO LA RICORRENTE ALLA GARA, IN FORMA RAGGRUPPATA, ANCHE PER IL LOTTO 7”, LA LEX DI GARA DEVE ESSERE ANNULLATA NELLA PARTE IN CUI ACCORPA

IN UNICO LOTTO I SERVIZI PER LE PROVINCE DI RIETI E VITERBO
PER LE SEGUENTI RAGIONI:

7) VIOLAZIONE DI LEGGE ED ECCESSO DI POTERE;
TRAVISAMENTO DEI PRESUPPOSTI DI FATTO E DIRITTO;
VIOLAZIONE DEL § V1.3 DEL BANDO, DEGLI ARTT. 2, 20, 27, 37
DELLA DIRETTIVA 2004/18/CE, DEI PRINCIPI DI CONCORRENZA,
PAR CONDICIO E TRASPARENZA DEL TRATTATO COMUNITARIO,
DEGLI ARTT. 1, 3, 6 E 10 L. 241/1990; DIFETTO DI ISTRUTTORIA;
IRRAGIONEVOLEZZA; SVIAMENTO. L'applicazione nei termini prospettati
dall'Amministrazione dell'art. 37, comma 7, del d.lgs. 163/2006 e delle relative
disposizioni di gara si traduce in motivo di illegittimità della scelta di accorpate in
un unico lotto i servizi da svolgere nelle province di Rieti e Viterbo, posto che
imprese come la ricorrente si vedono arbitrariamente private della possibilità di
concorrere per ambiti territoriali per i quali risultano titolari di licenza.

II) QUANTO ALLA LEX AFFERENTE ALLE GARE PER TUTTI I LOTTI.

8) VIOLAZIONE ED ECCESSO DI POTERE; TRAVISAMENTO DEI
PRESUPPOSTI DI FATTO E DIRITTO; VIOLAZIONE DEL R.D.L.
1952/1935 N. 1952, CONV. IN L. 19 MARZO 508/1936, DEL R.D.L.
2144/1936, DEL R.D. 773/1931, DEL R.D. 635/1940, DEGLI ARTT. 2, 20, 27
E 68 DEL D.LGS. 163/2006 E DELL'ART. 23 DIRETTIVA 2004/18/CE;
ECCESSO DI POTERE; ILLOGICITA'; SVIAMENTO, in quanto le guardie
giurate sono degradate a centralinisti o receptionist, con conseguenziale
sottrazione in concreto al rapporto di pronta ed immediata dipendenza
dall'Amministrazione dell'Interno.

9) VIOLAZIONE DI LEGGE ED ECCESSO DI POTERE;
TRAVISAMENTO DEI PRESUPPOSTI DI FATTO E DIRITTO;
VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 2, 20, 27, 74 E 83 D.LGS. 163/2006, DELLA

DIRETTIVA 2004/18/CE, DEI PRINCIPI DI CONCORRENZA, PAR CONDICIO E TRASPARENZA DEL TRATTATO COMUNITARIO, DEGLI ARTT. 1, 3 E 6 L. 241/1990, DEI RR.DD.L. 1952/1935 E 2144/1936, DEI RR.DD. 773/1931 E 635/1940; DIFETTO DI ISTRUTTORIA; IRRAGIONEVOLEZZA; SVIAMENTO, tenuto conto che – in relazione a ciascun lotto – è stata apprestata una gamma di parametri inidonea a soppesare correttamente le diverse offerte per le diverse gare dei diversi lotti.

In ultimo, la ricorrente chiede, per l'eventualità che "l'auspicata tutela cautelare non prevenga" il prodursi della lesività degli atti e comportamenti impugnati, il risarcimento dei danni.

Con atto depositato in data 24 maggio 2010 si è costituita l'Azienda Policlinico Umberto I di Roma, astenendosi – nel prosieguo – dal depositare memorie e/o documenti.

Con atto depositato in data 27 maggio 2010 si è costituita la Regione Lazio, la quale ha così confutato le censure sollevate: - atteso che "l'interesse a ricorrere sorge rispetto al Bando di gara pubblicato alla fine dello scorso anno", "l'impugnativa è tardiva; - il nostro ordinamento non ha assunto una posizione univoca in merito all'interpretazione dell'art. 37, comma 7, del d.lgs. n. 163/2006; - nel caso in cui si tratti di procedure di gara distinte in lotti cosiddetti geografici è facile però ipotizzare che "un'interpretazione non letterale.... possa agevolare comportamenti lesivi sia del principio di segretezza dell'offerta sia di un'effettiva concorrenza. Ed è quello che si voluto evitare in questa selezione, imponendo che il concorrente si costituisca nella medesima forma soggettiva per tutti i lotti posti a gara. E' un meccanismo previsto per evitare il cartello tra imprese"; - i candidati potevano legittimamente utilizzare l'istituto dell'avvalimento; - rispetto le ulteriori contestazioni, meramente strumentali a porre in discussione l'intera selezione, la ricorrente ha reso acquiescenza.

Con ordinanza n. 2377/2010 del 28 maggio 2010 la Sezione ha accolto la domanda incidentale di sospensione.

Con memoria prodotta in data 28 settembre 2010 la ricorrente ha opposto la tempestività dell'impugnazione e sostanzialmente reiterato le censure già formulate, insistendo – in particolare – sull'autonomia delle offerte e delle graduatorie per i singoli lotti e, dunque, sulla necessità di individuare – in ragione delle previsioni del bando – sette distinte gare.

All'udienza pubblica del 14 ottobre 2010 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. In via preliminare, deve essere oggetto di esame l'eccezione di tardività del ricorso, sollevata dall'Amministrazione resistente sulla base del rilievo che "l'interesse a ricorrere sorge .. rispetto al Bando di gara pubblicato alla fine dello scorso anno".

Tale eccezione è infondata.

Il Collegio ritiene, infatti, di dover condividere le argomentazioni della ricorrente, nel senso che il bando di gara non si profila – di per sé – lesivo della posizione di quest'ultima, bensì il pregiudizio per la situazione giuridica soggettiva dell'interessata va ricondotto alla lettura datane dalla Regione.

In altri termini, si è in presenza di prescrizioni definibili "non univoche", rispetto alle quali la lesione ed il connesso onere di reazione per l'interessato sorge soltanto in seguito all'adozione dell'atto applicativo, esplicativo di un'interpretazione sfavorevole per la posizione di quest'ultimo.

In definitiva, trova piena applicazione l'orientamento giurisprudenziale in base al quale è solo con l'adozione del provvedimento di esclusione che prende consistenza l'interesse a ricorrere e, dunque, è in relazione a tale provvedimento che va computato il termine di decadenza di cui all'art. 21 della legge n.1034/71,

ora art. 29 dell'all. 1 del d.lgs. n. 104 del 2 luglio 2010 (cfr., tra le altre, C.d.S., Sez. V, 5 marzo 2010, n. 1284).

Atteso che, nel caso di specie, la possibilità di competere singolarmente per i lotti 1, 4, 5 e 6 ed in r.t.i. per il lotto 7 risulta negata alla ricorrente con la nota del 26 febbraio 2010, il ricorso – notificato in data 27 aprile 2010 – è tempestivo.

2. Nel merito, il ricorso è fondato nei termini e nei limiti di seguito indicati.

2.1. Come esposto nella narrativa che precede, la ricorrente denuncia violazione di legge (in particolare, artt. 2, 20, 27 e 37 del D.lgs. 163/2006 e artt. 1, 3, 6 e 10 L. 241/90), del bando di gara (§ VI.3) ed eccesso di potere sotto svariati profili in quanto afferma che – strutturandosi la gara in sette lotti “assolutamente separati gli uni dagli altri” – “l’offerta formulata per un lotto non interferisce in alcun modo con le vicende afferenti all’aggiudicazione degli altri lotti” e, dunque, “è chiara l’impossibilità che si verifichi l’inconveniente la cui prevenzione è ratio dell’art. 37 comma 7 d.lgs. 163/2006”.

In sintesi, sostiene che “sia il bando sia l’art. 37, comma 7, cit. sono manifestamente inapplicabili nei sensi voluti dalla Regione”, sicché la determinazione con la quale quest’ultima le ha imposto di scegliere tra la partecipazione in forma singola per i lotti 1, 4, 5 e 6 e quella in forma associata per il lotto 7 è da ritenere illegittima.

Tale censura merita di essere condivisa.

2.2. Dall’analisi del ricorso e dei documenti prodotti agli atti emerge con evidenza che la questione prospettata investe essenzialmente l’interpretazione ed il connesso ambito di operatività dell’art. 37, comma 7, del d.lgs. n. 163/2006 nonché del § VI.3 del bando, reiterativo della disposizione in argomento.

Al riguardo, è bene ricordare che la su detta previsione prescrive: “E’ fatto divieto ai concorrenti di partecipare alla gara in più di un raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario di concorrenti, ovvero di partecipare alla gara anche in forma

individuale qualora abbia partecipato alla gara medesima in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti.....”.

In ambito giurisprudenziale, è stato ripetutamente affermato che la richiamata previsione tende a salvaguardare il principio della concorrenza e, precisamente, ad evitare la contemporanea partecipazione alla gara di soggetti che – in quanto aspiranti all’esecuzione del medesimo contratto sotto la veste di diverse figure soggettive – si trovino nella condizione di finalizzare le proprie offerte ad indirizzare il risultato della gara (cfr., tra le altre, TAR Abruzzo, L’Aquila, Sez. I, 16 marzo 2010, n. 203).

In altre parole, il divieto in trattazione va inteso come funzionalmente diretto a “tutelare il corretto e trasparente svolgimento delle gare, nelle quali il libero gioco della concorrenza sarebbe alterato dalla eventuale presentazione di offerte che, pur essendo formalmente autonome, siano finalizzate, preve possibili intese, ad indirizzare il risultato della gara (con palese violazione dei principi di segretezza delle offerte e della par condicio dei concorrenti)” (TAR Palermo, n. 1596/2006).

Ciò detto, sorge la necessità di definire se, in presenza di gare del tipo di quelle in esame, caratterizzate dalla divisione dell’appalto in “lotti” e della connessa possibilità per le imprese interessate di partecipare anche per un singolo lotto del servizio oggetto di gara, il citato art. 37, comma 7, del d.lgs. n. 163/2006 e la prescrizione reiterativa del bando comportino o meno l’impossibilità per un’impresa di manifestare interesse a partecipare “in qualità di soggetto singolo” per determinati lotti ed a partecipare contemporaneamente in RTI con un ulteriore soggetto per un lotto differente da quelli già indicati.

Al riguardo, si ritiene di dover dare una risposta negativa.

Per la soluzione del problema riveste sicuro carattere dirimente il rilievo che, nel caso di specie, ricorrono tutte le condizioni – anche in considerazione di quanto

rappresentato dalla ricorrente – per riscontrare sette distinte gare, sia pure svolte in un unico contesto.

Più in particolare, il bando di gara è da configurarsi quale atto ad oggetto plurimo e, precisamente, quale un atto prescrivente l'indizione non di un'unica gara per l'aggiudicazione di un appalto unico, ma piuttosto di tante gare quanti sono i lotti in relazione ai quali deve intervenire l'aggiudicazione.

A sostegno e conferma di ciò è sufficiente ricordare che la *lex specialis* offre la possibilità a ciascun partecipante di concorrere all'aggiudicazione di tutti i lotti o di alcuno tra essi e, dunque, ammette che ciascuno dei lotti possa avere un diverso aggiudicatario.

L'autonoma aggiudicabilità dei lotti si profila – in linea di principio – incompatibile con la configurazione di una gara di carattere unitario, per la semplice ragione che le procedure concorsuali, proprio a cagione di ciò, sono dirette alla conclusione di tanti contratti di appalto quanti sono i lotti: se ciascun lotto può essere aggiudicato a concorrenti diversi, è chiaro che non ci si trova di fronte ad un appalto unitario e se non vi è appalto unitario non vi può essere unicità della gara.

Ciò, sul piano esteriore, trova evidente riscontro nella formazione di distinte graduatorie in relazione ad ognuno dei lotti (in tal senso, cfr. anche TAR Calabria, Catanzaro, Sez. II, 12 luglio 2004, n. 1575).

Conclusivamente, si può affermare che si è in presenza di più gare, tante quanti sono i lotti, svolte in un unico contesto temporale.

Preso consapevolezza di tale realtà fattuale e giuridica, è da ritenere che, nel caso in questione, il divieto di cui all'art. 37, comma 7, del d.lgs. n. 163/2006 e la connessa prescrizione del bando non trovino applicazione.

In definitiva, l'effettiva pluralità di gare non impedisce ad un'impresa di partecipare in forma singola per determinati lotti e – nel contempo – in r.t.i. con un'altra impresa per un lotto diverso.

Del resto, appare incontestabile che – nonostante l'unicità del contesto temporale che caratterizza le distinte “gare” in evidenza – la partecipazione nelle forme ambite dalla ricorrente è del tutto inidonea ad interferire con il gioco della concorrenza.

Posto che le richieste della ricorrente – comunque - non consentono di configurare una duplicità di offerte da parte del medesimo concorrente, si perviene, infatti, alla conclusione che le società interessate - non ambendo all'esecuzione del medesimo contratto – non si trovano nella condizione di indirizzare il risultato della gara.

In verità, l'Amministrazione sostiene la correttezza di un'interpretazione letterale dell'art. 37, comma 7, in argomento in quanto afferma che l'imposizione ai concorrenti di costituirsi “nella medesima forma soggettiva per tutti i lotti posti a gara” costituisce “un meccanismo previsto per evitare il cartello tra imprese”.

Tale considerazione non è condivisibile, atteso che non emergono elementi per affermare che – nel caso in esame – l'offerta relativa ad un lotto sia in grado di interferire con le offerte riguardanti gli altri lotti e, dunque, a falsare il risultato della procedura sotto il profilo della concorrenza.

In altre parole, non si ravvisano circostanze che consentano di rilevare un qualche “collegamento” tra le offerte riguardanti i diversi lotti”, idoneo ad incidere sull'aggiudicazione finale, quale quello – evidenziato dalla ricorrente – sussistente in caso di “media dei prezzi offerti nel complesso dei lotti” (che avrebbe caratterizzato il caso “Pellegrini/Consip”).

In ragione di quanto riportato, è da escludere che, in relazione all'ipotesi prospettata con il presente ricorso, possa trovare applicazione il divieto di cui all'art. 37, comma 7, del d.lgs. n. 163/2006, ripreso al § VI.3 del bando di gara.

Di conseguenza, deve essere riconosciuta l'illegittimità della nota del 26 febbraio 2010 prot. n. 35566 e degli atti alla stessa consequenziali, preclusivi della

partecipazione della ricorrente alla procedura ristretta bandita dall'Amministrazione per affidare il "servizio integrato di vigilanza, sicurezza, custodia, sorveglianza e fornitura di impianti tecnologici" in forma individuale per determinati lotti (i nn. 1, 4, 5 e 6) e – nel contempo – in RTI per un lotto differente (il n. 7).

3. Anche in ragione del carattere "subordinato" attribuito dalla ricorrente alle ulteriori censure sollevate, tanto appare sufficiente per l'annullamento degli atti sopra indicati.

La domanda di risarcimento del danno, formulata "in forma specifica o, in subordine, per equivalente", va, invece, respinta atteso che, anche in virtù della concessione delle misure cautelari richieste, atte a determinare la pronta ammissione della ricorrente alla procedura per il "lotto 7" (inizialmente negata), nessun pregiudizio patrimoniale può dirsi verificato nella sfera giuridica di quest'ultima.

4. Per le ragioni illustrate, il ricorso va accolto nei termini e nei limiti sopraindicati. Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate a favore della ricorrente in € 3.000,00, oltre IVA e CPA nei termini di legge.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Ter) accoglie il ricorso n. 3974/2010 e, per l'effetto, annulla i provvedimenti e gli atti impugnati ai sensi di cui in motivazione.

Condanna la Regione Lazio al pagamento delle spese di giudizio, liquidate a favore della ricorrente in € 3.000,00, oltre IVA e CPA nei termini di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 ottobre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Linda Sandulli, Presidente

Pietro Morabito, Consigliere

Antonella Mangia, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/12/2010

IL SEGRETARIO

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