

N. 00504/2011 REG.PROV.COLL.  
N. 01530/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso con il numero di registro generale 1530 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da “CITTA’ NUOVA” Società Cooperativa Sociale O.N.L.U.S., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale mandataria della costituenda A.T.I. “CITTA’ NUOVA – SPAZIO BAMBINI” , con domicilio eletto in Palermo, via Sciuti n. 55, presso lo studio dell’Avv. Franco Giordano, rappresentata e difesa dagli Avvocati Giuseppe Alessandro Di Girolamo e Pietro Gurrieri;

*contro*

- l’Istituzione comunale “MARSALA SCHOLA”, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata in Palermo, via Campolo n. 72, presso lo studio dell’Avv. Cristiano Bevilacqua dal quale è rappresentata e difesa;
- il Comune di Marsala (TP), in persona del Sindaco *pro tempore*, non costituito in giudizio;

*nei confronti di*

- Cooperativa di solidarietà sociale “LA GARDERIE”, in persona del

legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata in Palermo, via Sammartino 2, presso lo studio dell'Avv. Orazio Maria Monastero, rappresentata e difesa dall'Avv. Paolo Amenta;

- Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;
- Allianz s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;
- Reale Assicurazioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

***per l'annullamento***

*previa sospensione dell'efficacia*

*quanto al ricorso introduttivo:*

- del provvedimento di aggiudicazione provvisoria dell'affidamento del servizio di gestione di due asili nido per il triennio settembre 2010/luglio 2013, in capo alla cooperativa di solidarietà sociale "La Garderie" emesso in data 28 luglio 2010 dall'Istituzione Comunale "Marsala Schola" e del relativo verbale della stessa data;
- del verbale di gara del 13 luglio 2010;
- del verbale di gara del 14 luglio 2010;
- dei n. 2 verbali di gara del 26 luglio 2010 e le relative schede 1) e 2) allegate;
- del verbale di gara del 28 luglio 2010;
- del provvedimento di aggiudicazione definitiva in capo alla cooperativa di solidarietà sociale "La Garderie" perfezionatosi in data 4 agosto 2010;
- del provvedimento n. 17 del 23 agosto 2010 emesso dal Direttore dell'Istituzione comunale "Marsala Schola" e notificato alla cooperativa sociale Città Nuova in data 24 agosto 2010;
- di ogni altro atto connesso, presupposto e/o consequenziale;

*quanto al primo ricorso per motivi aggiunti:*

- dei medesimi atti impugnati con il ricorso introduttivo;
- in via subordinata, del bando di gara e della “determina 6 settembre 2010 (depositata in giudizio dalla controinteressata) con cui la Commissione ha ritenuto la congruità dell’offerta de <La Garderie>”;

*quanto al secondo ricorso per motivi aggiunti:*

della determina 6 settembre 2010 alla stregua delle giustificazioni all’offerta rese dalla cooperativa controinteressata;

*quanto al terzo ricorso per motivi aggiunti:*

- del provvedimento del Direttore dell’Istituzione comunale “Marsala Schola”, n. 1 del 3 gennaio 2011, di esclusione definitiva della ricorrente dalla gara per l’affidamento del servizio di gestione di due asili nido dell’Istituzione – triennio settembre 2010/luglio 2013;
- della deliberazione 3 gennaio 2011 della commissione giudicatrice dell’appalto per l’affidamento del servizio di gestione degli asili nido dell’Istituzione – triennio settembre 2010/luglio 2013;
- di tutti gli atti presupposti, conseguenti e comunque connessi, compresa la comunicazione 18 novembre 2010, prot. n. 4101 e la delibera di pari data della commissione aggiudicatrice dell’appalto per l’affidamento del servizio di gestione degli asili nido dell’Istituzione – triennio settembre 2010/luglio 2013;

*quanto al quarto ricorso per motivi aggiunti:*

- del provvedimento del Direttore dell’Istituzione comunale “Marsala Schola”, n. 176 del giorno 11 gennaio 2011, di richiesta alla Reale Assicurazioni s.r.l. di escussione della garanzia prestata per l’appalto in questione;
- del provvedimento del Direttore dell’Istituzione comunale “Marsala

Schola”, n. 241 del 13 gennaio 2011, di segnalazione ai sensi dell’art. 48 all’Autorità di vigilanza contratti pubblici;

-di tutti gli atti presupposti, conseguenti e comunque connessi ai precedenti;

e per il risarcimento del danno in forma specifica o, in subordine, per equivalente;

VISTI il ricorso e i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

VISTA l’ordinanza n. 888/10 del 5 ottobre 2010, di rigetto della domanda di sospensione cautelare degli atti impugnati con il ricorso introduttivo;

VISTI i controricorsi, con i relativi allegati, della Cooperativa controinteressata;

VISTO il controricorso con i relativi allegati dell’Istituzione comunale “Marsala Schola”;

VISTA l’ordinanza n. 944/10 del 5 novembre 2010 con la quale il C.G.A. ha accolto l’appello cautelare proposto dalla ricorrente avverso l’ordinanza n. 888/10 del 5 ottobre 2010;

VISTA l’ordinanza n. 271/10 del 19 novembre 2010, di rigetto della domanda di sospensione cautelare degli atti impugnati con il primo ed il secondo ricorso per motivi aggiunti, in ragione della disposta sospensione cautelare degli effetti dei provvedimenti già impugnati con il ricorso introduttivo, per effetto dell’accoglimento dell’appello cautelare proposto avverso l’ordinanza di rigetto n. 888/10 del 5 ottobre 2010 e di contestuale fissazione dell’udienza pubblica di trattazione nel merito del ricorso;

VISTE le memorie difensive;

VISTI tutti gli atti della causa;

RELATORE il Referendario Anna Pignataro;

UDITI, all’udienza pubblica del 25 febbraio 2011, gli Avvocati A.G. Di Girolamo e P. Gurrieri per la cooperativa ricorrente, l’Avv. C. Bevilacqua

per l'Istituzione Comunale Marsala Schola e l'Avv. P. Amenta per la cooperativa controinteressata;

VISTO il decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 e, in particolare, gli artt. 119 e 120, 121, 122, 123 e 124;

VISTO il dispositivo di sentenza n. 398 del 4 marzo 2011;

Considerato in fatto e ritenuto in diritto quanto segue.

#### FATTO

A) Con bando ritualmente adottato e pubblicato, l'Istituzione Comunale Marsala Schola ha indetto una procedura aperta per l'affidamento, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del "*servizio di gestione di due asili nido dell'Istituzione – triennio settembre 2010/luglio 2013 - CIG n. 0484497B8F*", per un importo totale di 3.120.000,00 euro, prevedendo la possibilità di proroga o rinnovo.

Nella seduta del 14 luglio 2010, la Commissione di gara ha ammesso alle successive fasi di selezione soltanto la società ricorrente e la società controinteressata, escludendo una terza concorrente ritenuta priva dei requisiti di partecipazione.

Nella successiva seduta del 28 luglio 2010, a seguito della valutazione delle offerte tecniche ed economiche, il servizio in appalto è stato aggiudicato provvisoriamente alla cooperativa controinteressata La Garderie, con l'attribuzione del complessivo punteggio di 100, mentre la cooperativa ricorrente è stata collocata al secondo posto della graduatoria, con il complessivo punteggio di 80.

Con la nota prot. n. 693 del 17 agosto 2010, la cooperativa Città Nuova comunicava alla Istituzione comunale, ai sensi e per gli effetti dell'art. 243-bis del D.lgs. n. 163/2006, l'intenzione di proporre ricorso giurisdizionale avverso il provvedimento di aggiudicazione provvisoria a favore della cooperativa La Garderie, per violazione dell'art. 86, comma 2, del D.lgs. n. 163/2006.

Con provvedimento n. 17 del 23 agosto 2010, emesso dal Direttore dell'Istituzione comunale Marsala Schola, notificato alla cooperativa Città Nuova in data 24 agosto 2010, è stata dichiarata la definitività dell'aggiudicazione a favore della cooperativa La Garderie, già intervenuta il 4 agosto 2010, e disposti il procedimento di verifica della congruità complessiva dell'offerta della predetta aggiudicataria nonché l'avvio urgente del servizio per la data del 1° settembre 2010.

B) Con ricorso ritualmente notificato il 27 agosto 2010 e depositato il successivo giorno 5 settembre, la cooperativa Città Nuova ha impugnato i provvedimenti di cui in epigrafe chiedendone l'annullamento, oltre il risarcimento dei danni, deducendo che la cooperativa controinteressata doveva essere esclusa dalla gara poiché il provvedimento di ammissione, e la conseguente aggiudicazione a suo favore, disposti con gli atti impugnati, sarebbero illegittimi, per i seguenti tre motivi:

1) *“Violazione e falsa applicazione dell’art. 4, comma 1, lettere b) e c) del capitolato speciale d’appalto e dell’art. 2 del bando di gara; eccesso di potere sotto il profilo dell’illogicità manifesta, dell’irragionevolezza e dell’incongruenza, dell’ingiustificata restrizione della concorrenza e del mercato e della violazione della par condicio. Violazione dell’art. 97 della costituzione, violazione delle regole dell’imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione. Eccesso di potere per difetto motivazione, contraddittorietà ed erroneità dei presupposti; difetto istruttoria”*.

La ricorrente sostiene, in buona sostanza, che la cooperativa aggiudicataria non doveva essere ammessa alla gara perché nella busta n. 2, che avrebbe dovuto contenere solo l'offerta tecnica (relazione tecnica e progetto gestionale), sarebbero stati inseriti anche i *curricula* del personale da impiegare per l'espletamento del servizio; la stessa relazione tecnica, inoltre, sarebbe stata redatta in un numero maggiore di pagine rispetto a quello consentito dal bando; in ogni caso, alle voci descrittive dei servizi da offrire, redatte in un numero maggiore di tre pagine, non doveva essere

attribuito alcun punteggio: onde non avrebbero dovuto essere attribuiti 55 punti dei 70 effettivamente assegnati, ed a ciò sarebbe conseguita l'impossibilità dell'apertura della offerta economica della cooperativa controinteressata e, quindi, la sua esclusione dalle successive fasi di selezione;

2) *“Violazione e falsa applicazione dell’art. 38, del D.lgs. n. 163/2006; violazione art. 97 cost.; violazione e falsa applicazione della lex specialis; violazione e falsa applicazione dell’art. 1 del bando di gara”*.

Il Vice Presidente della cooperativa controinteressata non avrebbe reso integralmente la dichiarazione, *ex artt.* 46 e 47 del D.P.R. n. 445/2000, attestante il possesso dei requisiti di ordine generale di cui alle lettere a,d, f, g, h, i, l, m, m-bis, m-ter, m-quater del art. 38, comma 1 del D.lgs. n. 163/2006; ed, inoltre, che lo stesso legale rappresentante e i componenti del consiglio di amministrazione non avrebbero reso le predette dichiarazioni sul possesso dei requisiti generali riferite al triennio anteriore alla pubblicazione del bando di gara;

3) *“Violazione e falsa applicazione dell’art. 86, comma 2°, e degli artt. 87 e 88 del D.lgs. n. 163/2006; eccesso di potere sotto il profilo del travisamento dei fatti e del difetto d’istruttoria; Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 97 della costituzione; violazione del principio di remuneratività; violazione del principio della par condicio tra partecipanti, della concorrenza e del mercato; eccesso di potere sotto il profilo dell’illogicità manifesta, dell’irragionevolezza e dell’incongruenza; eccesso di potere sotto il profilo della contraddittorietà della motivazione”*.

La stazione appaltante avrebbe dovuto avviare il procedimento *ex art.* 87 comma 2 del D.lgs. n. 163/2006, di verifica dell'anomalia dell'offerta della cooperativa La Garderie e revocare, nelle more, l'aggiudicazione provvisoria a favore di quest'ultima.

Per resistere al gravame si sono costituiti in giudizio l'Istituzione comunale Marsala Schola e la cooperativa controinteressata, entrambe con

controricorso, deducendone l'infondatezza e chiedendone, dunque, il rigetto, vinte le spese.

La cooperativa controinteressata, in seno al detto controricorso, ha reso noto di avere presentato denuncia al giudice penale nei confronti del legale rappresentante della cooperativa ricorrente, poiché questi avrebbe falsamente reso la dichiarazione di cui al punto 18 dell'allegato A del bando di gara (modello di istanza di partecipazione), concernente la presa visione degli asili nido e delle attrezzature.

C) Con ordinanza collegiale n. 888 del 5 ottobre 2010 è stata respinta l'istanza di sospensione dei provvedimenti impugnati per mancanza del *fumus*.

D) Con primi motivi aggiunti, notificati il 13 ottobre 2010 e depositati il giorno 20 seguente, la cooperativa ricorrente ha impugnato gli stessi atti oggetto del gravame introduttivo (IV motivo) e, in via subordinata, il bando di gara e il verbale di congruità dell'offerta della cooperativa La Garderie, redatto dalla Commissione di gara il 6 settembre 2010, siccome conosciuto il 21 settembre 2010 (V e VI motivo).

Con riguardo agli atti già impugnati con il ricorso introduttivo, la ricorrente ne deduce la illegittimità perché sarebbero viziati da

*“IV) Violazione e falsa applicazione dell'allegato A) del bando in relazione all'art. 38, co. 1, lett. m-ter sotto ulteriore profilo, e all'art. 2 l.r. 15/2008; illegittimità derivata degli ulteriori atti impugnati e dell'aggiudicazione alla controinteressata”.*

La dichiarazione imposta dall'art. 38, comma 1, lett m-ter, sarebbe stata resa dal legale rappresentante della società controinteressata con erroneo riferimento all'impresa rappresentata nel suo complesso piuttosto che, come richiesto dall'ordinamento, riguardo a se stesso dichiarante.

Inoltre, egli avrebbe del tutto omissso di rendere la dichiarazione di cui all'art. 2, comma 2, della legge regionale n. 15 del 2008, a proposito della insussistenza nei suoi confronti di rinvio a giudizio per favoreggiamento

nell'ambito dei procedimenti relativi a reati di criminalità organizzata;

*“V) Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 della costituzione e dei principi in materia di par condicio nelle procedure di appalto e di essenzialità delle clausole di valutazione nelle pubbliche gare, d'imparzialità e di trasparenza. Eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza, incongruenza, contraddittorietà e disparità. Erroneità dei presupposti. Illegittimità derivata degli ulteriori atti impugnati e dell'aggiudicazione alla controinteressata”.*

Il bando di gara sarebbe, in parte qua, illegittimo laddove non sono previste l'esclusione dalla gara nell'ipotesi di effettiva redazione della relazione di offerta tecnica in un numero di pagine superiore a quello massimo indicato nell'art. 4 del capitolato, nonché la conseguente decurtazione del punteggio a seguito della violazione della detta regola del numero massimo delle pagine, alla quale sarebbe dovuta conseguire l'esclusione della cooperativa controinteressata dalle successive fasi selettive in ragione del mancato raggiungimento del punteggio minimo di 50 punti richiesto, a tale fine, dall'art. 4 del capitolato;

*“VI )Violazione degli artt. 10, 11, 86 e 87 del codice dei contratti pubblici e anomalia dell'offerta; Violazione dell'art. 97 della costituzione sotto altro profilo e dei principi generali in materia di redditività dei contratti pubblici; difetto assoluto di motivazione e violazione dell'art. 3 l. 241/90. Vizio del procedimento e incompetenza; eccesso di potere per contraddittorietà, illogicità, perplessità e difetto d'istruttoria. Illegittimità degli atti d'istruttoria. Illegittimità degli atti di aggiudicazione provvisoria e definitiva anche in linea derivata”.*

Il giudizio di non anomalia ovvero di congruità dell'offerta, espresso dal seggio di gara a seguito delle giustificazioni rese dalla cooperativa controinteressata, sarebbe generico e privo di motivazione; esso, inoltre, sarebbe stato effettuato soltanto dopo l'aggiudicazione definitiva e l'avvio dell'esecuzione delle prestazioni contrattuali, con inversione dell'ordine procedimentale sancito dagli articoli 10, 11 e 87 del codice dei contratti,

oltre che reso non in conformità ai parametri fissati nel bando.

Per opporsi ai motivi aggiunti, sia la cooperativa controinteressata, sia l'Istituzione comunale resistente, hanno articolato appositi controricorsi: in via preliminare, ne è stata eccepita l'irricevibilità per tardività della loro proposizione, oltre la parziale inammissibilità con particolare riguardo alle censure rubricate sub "V" e "VI", mentre, nel merito, ne è stata contestata la fondatezza.

E) Nel frattempo, l'ordinanza collegiale n. 888 del 5 ottobre 2010 è stata riformata dal C.G.A., con ordinanza n. 944/10 del 5 novembre 2010, in accoglimento dell'appello proposto dalla ricorrente con atto depositato il 12 ottobre 2010, ritenuta la sussistenza del fumus *"con particolare riguardo alla dedotta violazione dell'art. 38, comma 1, lett. m-ter del D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163"*, e con rinvio alla definizione nel merito del ricorso della decisione circa la condanna alle spese anche della fase cautelare.

F) Con secondi motivi aggiunti, notificati nei giorni 3, 4 e 9 novembre 2010 e depositati il giorno 8 novembre 2010, la società ricorrente ha impugnato il verbale della commissione di gara del 6 settembre 2010 deducendone l'illegittimità alla stregua dei vizi derivanti dal tenore delle giustificazioni rese dalla cooperativa controinteressata - conosciute soltanto in data 13 ottobre 2010 -, su richiesta della stazione appaltante, nell'ambito del procedimento di congruità dell'offerta di gara.

È dedotto il vizio di *"VII. Violazione e falsa applicazione del bando, dell'art. 5 del capitolato e del protocollo etico, nonché degli artt. 86, 87 e 89 del codice dei contratti, del decreto del Ministero del lavoro del 24 febbraio 2009, dei CC.CC.NN.LL. cooperative sociali e UNEBA, dell'art. 1 della l. 327/00 e dell'art. 7 del D.L. 248/07; violazione degli artt. 3 e 97 della Cost. e dei principi di tutela dei prestatori di lavoro; violazione dell'art. 3 l. 241/90 e carenza di motivazione; eccesso di potere per difetto d'istruttoria, travisamento, sviamento, contraddittorietà, illogicità. Illegittimità degli atti di aggiudicazione provvisoria e*

*definitiva anche in linea derivata”.*

Sotto vari profili è contestata la scelta della stazione appaltante di ritenere accoglibili le giustificazioni addotte per sostenere la congruità della propria offerta da parte dell'aggiudicataria controinteressata, con particolare riguardo al costo del personale, che, secondo la ricorrente, non potrebbe essere garantito alla luce delle disposizioni economiche contenute nei contratti collettivi di settore che sarebbero applicabili alla vicenda concreta.

Sia la cooperativa controinteressata, con controricorso, sia l'Istituzione comunale resistente, con memoria, hanno controdedotto avverso i secondi motivi aggiunti, sostenendone l'infondatezza.

L'amministrazione resistente, in via preliminare, ha chiesto la sospensione del giudizio ex art. 79 c.p.a. e 296 c.p.c., in attesa della definizione del giudizio penale avviato su denuncia della cooperativa controinteressata nei confronti del legale rappresentante della cooperativa ricorrente per la presunta falsità delle dichiarazioni rese in sede di gara a proposito della presa visione dei luoghi e delle attrezzature oggetto del servizio da affidare; ha eccepito, inoltre, l'improcedibilità dei primi e dei secondi motivi aggiunti a causa dell'omessa impugnazione del provvedimento del 10 settembre 2010, n. 20, con il quale il Direttore dell'Istituzione Marsala Schola, prendendo atto della congruità dell'offerta espressa dalla commissione di gara nel verbale del 6 settembre 2010, ha confermato l'aggiudicazione definitiva a favore della cooperativa La Garderie.

G) Con ordinanza collegiale n. 271 del 19 novembre 2010 è stata respinta l'istanza di sospensione del giudizio ex art. 79 c.p.a., proposta dalla Istituzione comunale Marsala Schola con la memoria depositata il 17 novembre 2010, in ragione della asserita pregiudizialità della questione di falso posta con querela innanzi al G.O. dalla società controinteressata, non rivestendo la soluzione di tale questione natura decisiva della presente controversia e non essendo stata dedotta come motivo di ricorso

incidentale impediente; è stata, altresì, respinta la domanda di sospensione cautelare, essendo già state soddisfatte le esigenze di tutela cautelare di parte ricorrente a seguito dell'accoglimento da parte del C.G.A., con ordinanza n. 944/10, dell'appello avverso l'ordinanza n. 888/10 e, contestualmente, è stata anche fissata, ai sensi dell'art. 55, comma 10, c.p.a., l'udienza di discussione nel merito del ricorso.

H) Con terzi motivi aggiunti, notificati il 18 gennaio 2011 e depositati il giorno 21 seguente, la cooperativa ricorrente ha impugnato il provvedimento n. 1 del 3 gennaio 2011, comunicato il 12 gennaio 2011, con il quale la commissione giudicatrice ha disposto la sua esclusione dalla gara di che trattasi.

Con tale ricorso la ricorrente deduce:

*“I. violazione degli artt. 11 e 48 del D.lgt. 163/06, dell'art. 21-9 della l. 241/90 e dei principi generali in materia di autotutela; esaurimento delle funzioni della commissione; eccesso di potere per contraddittorietà e irragionevolezza e violazione degli artt. 2 e 27 Cost.; illegittimità sia autonoma che derivata del provvedimento di esclusione in relazione a quella della delibera della commissione giudicatrice”.*

Lamenta la ricorrente che, in primo luogo, siccome era ormai intervenuta l'aggiudicazione definitiva della gara, alla commissione di gara non sarebbe più residuo alcun potere di adottare atti ulteriori, quali quelli dell'esclusione della ricorrente dalla gara ormai conclusasi; in secondo luogo, poiché la richiesta di documenti comprovanti la visione dei luoghi era stata comunque evasa, non si sarebbe più potuto procedere alla sua esclusione, poiché ciò contrasterebbe con l'art. 48 del codice degli appalti; in ogni caso, la caducazione dell'ammissione alla gara soggiacerebbe ai principi che reggono il potere di annullamento d'ufficio: la sussistenza di un interesse pubblico, il decorso di un termine ragionevolmente breve e il bilanciamento degli interessi contrapposti, elementi questi non presi in considerazione dal seggio di gara; ed ancora, la presentazione della querela

al giudice penale da parte della controinteressata non sarebbe circostanza sufficiente a sorreggere la sanzione dell'esclusione dato che sarebbe stato omissso l'esame autonomo della fondatezza dell'esposto da parte della stazione appaltante.

Tali circostanze, conclude la ricorrente, vizierebbero in linea derivata, oltre che autonoma, il provvedimento successivo del Direttore dell'Istituzione resistente;

*“II. Violazione e falsa applicazione dell'art. 18 del bando di gara in relazione all'all. A) allo stesso bando, nonché dell'art. 2, lett. l) del bando; eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà, sviamento e irragionevolezza; violazione degli artt. 2, 3 e 27 della Cost., dei principi generali in tema di presunzione di non colpevolezza prima dell'inizio dell'azione penale e dell'art. 97 sotto il profilo dell'imparzialità, della correttezza e della trasparenza dell'azione amministrativa; violazione e falsa applicazione dei principi giurisprudenziali in tema di sufficienza della dichiarazione di sopralluogo nel caso in cui non sia prescritta la redazione di un verbale; illegittimità sia autonoma che derivata del provvedimento di esclusione in relazione a quella della delibera della commissione giudicatrice”.*

Deduce la cooperativa ricorrente che:

II.I. Le formalità di attestazione e di prova di avere visionato l'asilo non sarebbero richieste dal bando che all'art. 2 porrebbe soltanto l'obbligo di predisporre l'istanza di ammissione alla gara conformemente al modello all. A), che sarebbe stata resa negli esatti termini ivi stabiliti; in ogni caso, le condizioni di partecipazione alla gara che ai sensi dell'art. 2, lettera l) della *lex specialis* “sono considerate essenziali con la conseguenza che la violazione anche di una sola di esse determinerà l'esclusione dalla gara”, sarebbero solo quelle di cui all'art. 1 del bando, interamente soddisfatte, e non quelle indicate nell'art. 2; tale clausole, comunque, potrebbero ritenersi equivoche e come tali dovrebbero essere interpretate in modo da consentire la massima partecipazione alla gara.

II.II. La presentazione all'autorità giudiziaria ordinaria della querela nei confronti del proprio legale rappresentante non potrebbe ritenersi sufficiente a determinare la sanzione dell'esclusione dalla gara, poiché la stazione appaltante non avrebbe compiuto alcun autonomo esame della fondatezza della stessa.

II.III. La dichiarazione di avere visionato i luoghi e le attrezzature inerenti il servizio da espletare, sarebbe posta a tutela della PA nella fase di esecuzione contrattuale a prescindere dal fatto che tale visione ci sia effettivamente stata. In tal senso si sarebbe espressa recente giurisprudenza in fattispecie similari;

*“III. Eccesso di potere sotto il profilo dell'illogicità manifesta, dell'irragionevolezza e dell'incongruenza e della violazione della par condicio. Violazione dell'art. 97 Cost. violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione. Eccesso di potere sotto il profilo della disparità di trattamento. Eccesso di potere per difetto di motivazione, contraddittorietà, ed erroneità dei presupposti, difetto d'istruttoria”.*

In linea subordinata, si contestano, nel merito, le ragioni dell'esclusione poiché, sia la dichiarazione di avvenuto sopralluogo resa dal responsabile Consorzio Parsifal, cui aderirebbe la ricorrente, nonchè la documentazione attestante che la società avrebbe avuto, in ogni caso, piena conoscenza dello stato dei luoghi in quanto già appaltatrice del servizio di gestione dei medesimi asili nido nei precedenti anni 2004 e 2006, sarebbero elementi idonei a dimostrare la veridicità della dichiarazione di presa visione dei luoghi e delle attrezzature.

Infine, la ricorrente precisa ulteriormente il *petitum* introdotto in giudizio, insistendo nella domanda di risarcimento del danno in forma specifica mediante il subentro nel contratto, oltre il risarcimento per equivalente per la parte della prestazione già eseguita ed a copertura del danno curriculare, con rinvio, per la definizione del *quantum*, a quanto previsto dall'art. 35 del

D.lgs n. 80 del 1998 e ss.mm.ii. [*ndr*: oggi abrogato espressamente dall'art. 4 dell'Allegato al D.lgs. n. 104 del 2010, ma il cui contenuto è sostanzialmente trasfuso nell'art. 34, comma 4, del predetto D.lgs. n. 104 del 2010].

A tali censure ha replicato con memoria l'amministrazione resistente, sostenendone l'infondatezza, anche riferimento specifico alla domanda di risarcimento del danno.

I) Con quarti motivi aggiunti, notificati nei giorni 31 gennaio, 1, 2 e 3 febbraio 2011 e depositati nei giorni 4 e 17 febbraio 2011, la ricorrente ha impugnati il provvedimento del Direttore dell'Istituzione comunale Marsala Schola, n. 176 del giorno 11 gennaio 2011, di richiesta alla Reale Assicurazioni s.r.l. di escussione della garanzia prestata per l'appalto in questione e il provvedimento dello stesso Direttore n. 241 del 13 gennaio 2011, di segnalazione ai sensi dell'art. 48 del codice dei contratti pubblici all'Autorità di vigilanza contratti pubblici, deducendone, oltre l'illegittimità derivata per tutti i vizi già rilevati coi terzi motivi aggiunti, integralmente riportati, anche quella autonoma per *“violazione e falsa applicazione dell'art. 48 co. 1 del codice dei contratti; violazione del principio di tassatività ed eccesso di potere. Violazione dell'art. 7 della l. 241/90 e della l.r. 10/91 e vizio procedimentale. Illegittimità derivata degli atti impugnati sub 4), 5) e 6) rispetto ai precedenti”*.

La sanzione dell'esclusione ex art. 48, comma 1, del codice dei contratti pubblici, così come quelle dell'escussione della cauzione e della segnalazione all'Autorità di vigilanza, sarebbero applicabili solo in mancanza dei requisiti di ordine speciale, ossia i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa e che, in ogni caso, prima della loro irrogazione sarebbe stato necessario il previo avviso di avvio del procedimento.

La cooperativa controinteressata ha replicato con controricorso alle predette censure, argomentandone l'infondatezza ed anche la sopravvenuta

improcedibilità del ricorso principale per carenza d'interesse a seguito della esclusione della gara della ricorrente medesima.

Anche l'Istituzione comunale resistente, con memoria, ha controdedotto avverso le censure aggiunte, sostenendone l'infondatezza.

L) Il Comune di Marsala, l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, l'Allianz s.p.a. e la Reale assicurazioni s.r.l., non si sono costituite in giudizio.

M) Il ricorso è stato trattenuto in decisione nell'udienza pubblica del 25 febbraio 2011, su conforme richiesta dei difensori delle parti, i quali hanno altresì acconsentito alla trattazione nel merito dei terzi e quarti motivi aggiunti prescindendo dalla decisione delle domande cautelari incidentalmente proposte con essi, siccome inserite nel ruolo dell'udienza camerale del medesimo giorno 25 febbraio 2011.

N) In data 4 marzo 2011 è stato pubblicato, come per legge, il dispositivo n. 398 della presente sentenza.

## DIRITTO

1. L'oggetto del contendere del ricorso in epigrafe comprende, da un lato, gli atti della gara conclusasi con l'aggiudicazione definitiva a favore della cooperativa La Garderie controinteressata (ricorso introduttivo e primi motivi aggiunti), confermata dalla stazione appaltante all'esito del giudizio di congruità dell'offerta presentata dalla cooperativa aggiudicataria (secondi motivi aggiunti), e, dall'altro, gli atti di esclusione, postuma, della cooperativa ricorrente della gara stessa (terzi motivi aggiunti) e gli atti sanzionatori, conseguenti all'esclusione predetta, comminati dalla stazione appaltante (quarti motivi aggiunti).

2. Così sintetizzato, logicamente e temporalmente, in due distinti segmenti, il campo di scrutinio delle doglianze articolate, in via preliminare, vanno disattese le eccezioni di inammissibilità sollevate dalle parti resistenti avverso i primi e i secondi motivi aggiunti, per le seguenti considerazioni.

2.1. L'eccezione d'irricevibilità dei primi motivi aggiunti per l'asserita tardività della loro proposizione, non ha base; non può, infatti, essere condivisa la prospettazione della società controinteressata secondo cui il termine iniziale di impugnazione decorrerebbe dal giorno di adozione dei singoli atti di gara preparatori (verbali di gara del 13, 14 e 26 luglio 2010 e aggiudicazione provvisoria del 28 luglio 2010) piuttosto che, così come invece si ritiene, dalla data di comunicazione alla cooperativa ricorrente, avvenuta in data 24 agosto 2010, del provvedimento finale di aggiudicazione definitiva in capo alla cooperativa controinteressata, già perfezionatasi in data 4 agosto 2010 e, poi, confermata dall'organo di vertice della Istituzione comunale resistente con provvedimento n. 17 del 23 agosto 2010.

E' pacifico, invero, che, anche in ragione della possibilità riconosciuta ai concorrenti di partecipare al procedimento di gara attraverso la presentazione di osservazioni o di contestazioni rispetto a specifiche determinazioni assunte dal seggio di gara, l'aggiudicazione provvisoria ha carattere endoprocedimentale ed è fonte di una mera aspettativa; la sua impugnazione si configura, di conseguenza, secondo la prevalente giurisprudenza, condivisa dal Collegio, come una facoltà e non come un onere soggetto a termine di decadenza (cfr. Cons. Stato, VI, 3 ottobre 2007, n. 5107; VI, 25 settembre 2007, n. 4937; V, 6 febbraio 2007, n. 484; V, 22 novembre 2005, n. 6487).

Pertanto, il provvedimento effettivamente lesivo è pur sempre l'aggiudicazione definitiva, atto finale della procedura concorsuale, da impugnare, in ogni caso (cfr. Cons. Stato, V, 30 agosto 2006, n. 5076; VI, 29 novembre 2004, n. 7802; V, 26 maggio 2004, n. 3465).

Ne consegue che il termine decadenziale di trenta giorni per impugnare i risultati della gara *de qua* è iniziato a decorrere dalla comunicazione dell'aggiudicazione definitiva, *ex art.* 79 del D.lgs. 163 del 2006, così come

richiamato dall'art. 120, comma 5, del c.p.a., e, comunque, dalla conoscenza personale dell'atto (24 agosto 2010), momento in cui è stato possibile anche fare valere i vizi relativi all'aggiudicazione provvisoria (cfr. Cons. Stato, V, 6 marzo 2006, n. 1068; V, 28 maggio 2004, n. 3463; V, 24 maggio 2002, n. 2863).

Tenuto conto, nella concreta vicenda, del periodo di sospensione festiva dei termini, il ricorso per motivi aggiunti, notificato il 13 ottobre 2010, risulta tempestivo.

2.2. In ordine alla tardiva impugnazione del bando di gara, dedotta da entrambe le parti resistenti, basti ricordare che per pacifica giurisprudenza, condivisa dal Collegio, la mancata impugnazione immediata di singole clausole della *lex specialis* è necessaria, a pena di decadenza, soltanto nel caso in cui esse siano immediatamente lesive della sfera giuridica del soggetto perché riferite ad un preciso requisito soggettivo di partecipazione, idoneo a determinare la sicura esclusione del concorrente: ebbene, tale situazione non pare sussistere nel caso concreto, ove il motivo di censura è stato proposto contro taluni criteri di valutazione dell'offerta tecnica, i quali, tuttavia, non hanno ostacolato in alcun modo la partecipazione alla gara della cooperativa ricorrente, ma, se mai, l'avrebbero svantaggiata in sede di formazione della graduatoria, (*ex multis*, v. Cons. Stato, V, 15 ottobre 2010, n. 7515; 3 febbraio 2009, n. 594; 14 gennaio 2009, n. 102; C.G.A., 29 gennaio 2007, n. 6).

2.3. L'Istituzione resistente - con la memoria depositata il 17 novembre 2010 -, ha eccepito, inoltre, l'improcedibilità dei primi e dei secondi motivi aggiunti a causa dell'omessa impugnazione del provvedimento del 10 settembre 2010, n. 20, con il quale il Direttore dell'Istituzione medesima, prendendo atto della congruità dell'offerta espressa dalla commissione di gara nel verbale del 6 settembre 2010, ha confermato l'aggiudicazione definitiva a favore della cooperativa La Garderie.

Si sostiene che tale provvedimento non avrebbe natura meramente confermativa, poiché espliciterebbe, dopo una nuova istruttoria e con una nuova motivazione, la volontà dell'Ente di volere mantenere ferma la regolamentazione del rapporto in corso e frutto dei precedenti provvedimenti di aggiudicazione.

L'argomento speso dall'ente resistente non persuade.

La natura meramente confermativa del provvedimento del Direttore n. 20 del 10 settembre 2010 non pare contestabile poiché, contrariamente a quanto ipotizzato nella difesa dell'Ente, con esso, il suo autore, dopo avere schematicamente richiamato gli estremi dei precedenti atti acquisiti nel procedimento di verifica della congruità dell'offerta della cooperativa La Garderie - tra cui, in ultimo, *“il verbale 6 settembre 2010 con il quale la commissione giudicatrice ha giudicato congrua l'offerta <Le Garderie>”* -, *“1) Prende atto che l'offerta <Le Garderie> è congrua <nella sua interezza e globalità>; 2) conferma l'aggiudicazione definitiva”*.

Non risulta, pertanto, essere stata effettuata dal Direttore alcuna nuova istruttoria, né esternata una nuova motivazione, integrativa o sostitutiva rispetto a quella formulata dalla commissione giudicatrice nel verbale del 6 settembre 2010, ritualmente impugnato dalla ricorrente.

Per costante giurisprudenza, condivisa dal Collegio e dalla quale non sussistono ragioni per discostarsene nel caso di specie, *“Non sussiste l'onere di impugnare gli atti meramente confermativi attraverso i quali l'Amministrazione si limita a richiamare una determinazione in precedenza adottata, senza effettuare una nuova istruttoria ed una nuova valutazione degli elementi di fatto e di diritto già considerati, ovvero di altri nuovi, medio tempore acquisiti. La non impugnabilità dei suddetti atti discende, per un verso, dal riconoscimento della carenza assoluta di interesse ad ottenere l'annullamento giurisdizionale poiché la sua eliminazione dal mondo giuridico non sarebbe in grado di rimuovere una lesione, comunque, imputabile all'atto confermato ove questo non sia stato impugnato; per altro verso, ove viceversa*

*quest'ultimo sia stato già impugnato, per l'inutilità di imporre un onere di impugnazione di atti che vengono in essere con un contenuto meramente riproduttivo di altri già gravati in sede giurisdizionale e destinati ad essere travolti dall'annullamento dei primi"* (Cons. Stato, V, 19 maggio 2009, n. 3072).

2.4. Prima di esaminare nel merito i motivi di ricorso, deve essere valutata anche l'eccezione sollevata dalla cooperativa controinteressata con il controricorso avverso i quarti motivi aggiunti, di sopravvenuta improcedibilità del ricorso principale per carenza d'interesse a seguito della esclusione della gara della ricorrente medesima.

L'eccezione è infondata.

A parte il fatto che il provvedimento di esclusione è *sub iudice*, ciò che rileva è che vertendo in ipotesi in cui i soggetti ammessi alla gara sono soltanto due - la ricorrente e la controinteressata -, teoricamente, sussisterebbe, comunque, un interesse strumentale della ricorrente all'eventuale riedizione della gara (sull'orientamento giurisprudenziale secondo cui un'impresa è titolare di un interesse a ricorrere non solo quando mira ad ottenere l'aggiudicazione della gara cui abbia partecipato, ma anche quando, seppure legittimamente esclusa, deduca censure che potrebbero portare a travolgere l'intera competizione, quale titolare di un interesse strumentale, v. Cons. Stato, V, 11 maggio 2009, n. 2871 ; 4 giugno 2008 n. 2629).

3. Sgombrato il campo dalle questioni preliminari, e passando all'esame del ricorso nel merito, ritiene il Collegio che sussista la fondatezza della prima delle censure proposte con i primi motivi aggiunti, in particolare il primo profilo di doglianza, avente carattere assorbente rispetto al ricorso introduttivo, alle altre due censure formulate nel primo ricorso per motivi aggiunti e al seguente secondo ricorso per motivi aggiunti.

Con tale primo motivo aggiunto (rubricato *sub* "TV"), la cooperativa ricorrente sostiene che la dichiarazione imposta dall'art. 38, comma 1, lett m-ter, del codice dei contratti pubblici, sarebbe stata resa dal legale

rappresentante della cooperativa “La Garderie”, con erroneo riferimento all’impresa da lui rappresentata nel suo complesso piuttosto che, come richiesto dall’ordinamento, riguardo a se stesso dichiarante.

A tal proposito la controinteressata controdeduce che anche la dichiarazione resa dal legale rappresentante della cooperativa ricorrente sarebbe d’identico tenore e, anzi, sarebbe carente di parte della dichiarazione di cui alla lett. m-ter del predetto art. 38 laddove vi è il riferimento alle aggravanti di cui all’art. 7 del D.L. 13 maggio 1991, n. 152.

Ad avviso del collegio tali repliche difensive, seppur supportate dalle risultanze documentali della gara – in atti -, da un lato, non sono sufficienti a contestare il dato (dichiarazione ex art. 38, comma 1, lett m-ter, cit. resa nei confronti dell’impresa, persona giuridica, e non della, distinta, persona fisica del legale rappresentante), anch’esso documentalmente supportato in atti, sul quale si fonda il motivo in esame, e, d’altro, non possono essere rivestite di alcun effetto paralizzante poiché non sono state introdotte nel giudizio con impugnazione incidentale.

Il motivo in parte qua, allora, è fondato in ragione del tenore della dichiarazione resa dal legale rappresentante della cooperativa controinteressata La Garderie all’interno dell’istanza di partecipazione ove si legge, a proposito della lettera m-ter, che anche in assenza “*nei confronti dell’impresa*”, di un procedimento per l’applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa di cui al precedente punto 3, “*non è stata vittima*” dei reati previsti e puniti dagli art. 317 e 629 del codice penale (...).

Per le ragioni che precedono - assorbito ogni ulteriore motivo – il ricorso, in parte qua è fondato e va, dunque, accolto con conseguente annullamento degli atti di gara nella parte in cui è disposta l’ammissione, la valutazione dell’offerta e poi l’aggiudicazione, provvisoria e definitiva, nei confronti della cooperativa controinteressata La Garderie.

4. Vanno adesso scrutinati i terzi motivi aggiunti proposti dalla cooperativa ricorrente al fine di contestare la legittimità del provvedimento n. 1 del 3 gennaio 2011, comunicatole il 12 gennaio 2011, con il quale la commissione giudicatrice ha disposto la sua esclusione dalla gara di che trattasi.

4.1. Appare utile una sintetica ricostruzione del procedimento amministrativo che ha condotto all'adozione dell'atto impugnato.

Dalla documentazione prodotta in causa dalle parti, sulla questione, risulta che:

a) il procedimento culminato nella irrogazione della sanzione espulsiva nei confronti della cooperativa ricorrente è stato avviato dalla stazione appaltante su impulso della cooperativa aggiudicataria e controinteressata che ha comunicato alla stazione predetta, con nota del 10 novembre 2010, di avere presentato alla Procura della Repubblica competente presso il Tribunale di Siracusa formale denuncia nei confronti del legale rappresentante della cooperativa Città Nuova per avere quest'ultimo reso falsa dichiarazione in atti di gara riguardo al punto 18 dell'allegato A) al bando;

b) conseguentemente, con nota prot. n. 4201 del 18 novembre 2010, l'Istituzione Marsala Schola ha chiesto alla cooperativa ricorrente Città Nuova di fornire, nel termine perentorio di sette giorni, a pena di esclusione automatica, la prova scritta dell'avvenuto accesso e visione degli asili nido e delle attrezzature, così come dichiarato in sede di gara;

c) nel frattempo, con nota recapitata all'Istituzione Marsala Schola in data 19 novembre 2010, prot. n. 198, la cooperativa La Garderie ha inoltrato una dichiarazione resa, ai sensi dell'art. 47 del D.P.R. 445/2000, dalla coordinatrice e responsabile degli asili nido "Sappusi" e "Amabilina"- la gestione dei quali è oggetto di affidamento contestato -, ove è affermato, con riferimento al periodo compreso tra il 1° settembre 2009 e il 31 luglio 2010, che nessun legale rappresentante della cooperativa Città Nuova, né

altro soggetto per nome e per conto di quest'ultima, si sarebbe presentato presso gli asili nido "Sappusi" e "Amabilina" al fine di prendere visione dei luoghi e delle attrezzature;

d) con nota recapitata all'Istituzione Marsala Schola in data 26 novembre 2010, sottoscritta dal legale rappresentante e dal suo procuratore nel presente giudizio, la cooperativa Città Nuova ha riscontrato la richiesta istruttoria di cui al precedente punto sub b), inoltrando la relazione datata 2 luglio 2010, sottoscritta dal responsabile area progettazione e monitoraggio del "Consorzio Parsifal Soc. Coop. Sociale" che dichiara di avere effettuato il 30 giugno 2010 il sopralluogo presso gli asili nido "Sappusi" e "Amabilina" dell'Istituzione Marsala Schola in forza di mandato della cooperativa Città Nuova, che di tale consorzio sarebbe socia dal 25 gennaio 2003, come attestato da apposita dichiarazione sostitutiva di certificazione acclusa; ha allegato altresì, due attestazioni di servizio rilasciate dal Comune di Marsala aventi ad oggetto, l'una, la gestione nel 2004 dell'asilo nido "Sappusi" da parte della ATI tra la Coop. Sociale Airone e la Coop. Spazio Bambini e, l'altra, la gestione nel 2003 e nel 2004 dell'asilo nido "Amabilina" da parte della cooperativa Città Nuova in ATI con altre società. Secondo quanto argomentato nella stessa nota di accompagnamento, tale documentazione, la cui produzione non sarebbe stata richiesta dal bando di gara, né al fine dell'ammissione, né, successivamente, per altri fini, sarebbe, comunque, idonea a dimostrare la veridicità della dichiarazione resa negli atti prodotti dalla cooperativa ricorrente in gara;

e) la commissione giudicatrice, con la deliberazione impugnata, ha illustrato le ragioni per le quali ha ritenuto che la dichiarazione resa dal legale rappresentante della cooperativa Città Nuova ai sensi dell'art. 18, allegato A) del bando di gara "*integra un'ipotesi di falsa dichiarazione in atti di gara*" e si è determinata nel senso dell'esclusione "*ora per allora*" della predetta

ricorrente.

Nella motivazione di tale atto, il seggio di gara spiega perché la presa visione dei luoghi compiuta nel 2004, non possa essere considerata rilevante nel caso di specie, *“stante il lungo lasso di tempo trascorso”*; spiega, ancora, di non potere ritenere rilevante la dichiarazione resa dal responsabile area del Consorzio Parsifal *“soggetto giuridico estraneo alla gara”*; considera, poi, che la dichiarazione di avere preso visione dei luoghi dell'appalto *“risponde a un apprezzabile interesse pubblico, poiché mira a garantire la qualificata valutazione dei luoghi da parte degli amministratori delle imprese partecipanti e dunque la serietà della stessa offerta”*; infine, richiama, a sostegno della propria decisione, *“un parere legale pervenuto il 24 dicembre”* (ndr.: quest'ultimo non rinvenuto agli di causa).

4.2. Avverso l'atto impugnato la ricorrente ha dedotto tre censure.

4.2.1. Con la prima, lamenta che, innanzitutto, siccome era ormai intervenuta l'aggiudicazione definitiva della gara, alla commissione giudicatrice non sarebbe più residuo alcun potere di adottare atti ulteriori, quali quelli dell'esclusione della ricorrente dalla gara ormai conclusasi; in secondo luogo, poiché la richiesta di documenti comprovanti la visione dei luoghi era stata comunque evasa, non si sarebbe più potuto procedere alla sua esclusione, poiché ciò sarebbe in contrasto con l'art. 48 del codice degli appalti; in ogni caso, la caducazione dell'ammissione alla gara soggiacerebbe ai principi che reggono il potere di annullamento d'ufficio: la sussistenza di un interesse pubblico, il decorso di un termine ragionevolmente breve e il bilanciamento degli interessi contrapposti, elementi questi non presi in considerazione dal seggio di gara; ed ancora, la presentazione della querela al giudice penale da parte della cooperativa controinteressata non sarebbe circostanza sufficiente a sorreggere la sanzione dell'esclusione poiché sarebbe stato omesso l'esame autonomo della fondatezza dell'esposto da parte della stazione appaltante.

4.2.2. Con il secondo motivo (del terzo ricorso per motivi aggiunti) deduce la ricorrente che:

- le formalità di attestazione e di prova di avere visionato gli asili non sarebbero richieste dal bando che, all'art. 2, porrebbe soltanto l'obbligo di predisporre l'istanza di ammissione alla gara conformemente al modello all. A), ove la dichiarazione di presa visione di che trattasi sarebbe stata resa negli esatti termini ivi stabiliti; in ogni caso, le condizioni di partecipazione alla gara che, ai sensi dell'art. 2, lettera l) della *lex specialis*, "*sono considerate essenziali con la conseguenza che la violazione anche di una sola di esse determinerà l'esclusione dalla gara*" sarebbero solo quelle di cui all'art. 1 del bando, interamente soddisfatte, e non quelle indicate nell'art. 2; tali clausole, comunque, potrebbero ritenersi equivoche e come tali dovrebbero essere interpretate dal seggio di gara in modo da consentire la massima partecipazione alla gara, piuttosto che l'esclusione della ricorrente;
- la presentazione all'autorità giudiziaria ordinaria della querela nei confronti del proprio legale rappresentante non potrebbe ritenersi sufficiente a determinare la sanzione dell'esclusione dalla gara, poiché la stazione appaltante non avrebbe compiuto alcun autonomo esame della fondatezza della stessa;
- la dichiarazione di avere visionato i luoghi e le attrezzature inerenti il servizio da espletare, sarebbe posta a tutela della PA nella fase di esecuzione contrattuale a prescindere dal fatto che tale visione ci sia effettivamente stata. In tal senso si sarebbe espressa recente giurisprudenza in fattispecie similari.

4.2.3. In linea subordinata, con il terzo ed ultimo motivo (del terzo ricorso per motivi aggiunti) si contestano, nel merito, le ragioni dell'esclusione poiché, sia la dichiarazione di avvenuto sopralluogo resa dal responsabile del Consorzio Parsifal, cui aderirebbe la ricorrente, nonchè la documentazione attestante che la società avrebbe avuto, in ogni caso, piena

conoscenza dello stato dei luoghi in quanto già appaltatrice del servizio di gestione dei medesimi asili nido nei precedenti anni 2004, sarebbero elementi idonei a dimostrare la veridicità della dichiarazione di prescrizione dei luoghi e delle attrezzature.

4.3. Le doglianze così proposte sono da ritenersi infondate per le seguenti considerazioni.

Va premesso che il potere di controllo esercitato dalla stazione appaltante, e concretizzatosi nel provvedimento di esclusione della cooperativa ricorrente, benché possa teoricamente trovare fondamento nell'art. 48 del D.lgs. n. 163 del 2006, tuttavia, nel caso di specie, pare essere stato esercitato oltre il limite temporale di dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara (cfr. comma 2, art. 48 cit.).

Comunque sia, il potere esercitato dal seggio di gara va ricondotto al generale potere di autotutela.

La prima conseguenza è che la sussistenza del generale potere di riesame degli atti amministrativi priva di base l'assunto dell'esaurimento dei poteri della commissione di gara a seguito dell'intervenuta aggiudicazione definitiva.

Con riguardo alla concreta sussistenza dei presupposti di esercizio del potere di annullamento e/o revoca della originaria ammissione alla gara della ricorrente, si è dell'avviso che la stazione appaltante ne abbia, di fatto, effettuato adeguati accertamento e valutazione, come si evince dalla motivazione del provvedimento impugnato, ed infatti: l'avvio del procedimento di riesame è avvenuto entro brevissimo tempo avuto riguardo al momento in cui (10 novembre 2010) la stazione appaltante ha avuto conoscenza della possibile non veridicità della dichiarazione per la quale è causa; è stata data la possibilità (nota del 18 novembre) alla ricorrente di comprovare la veridicità della dichiarazione resa in sede di gara; infine, la decisione conclusiva di esclusione è avvenuta - previo vaglio

delle giustificazioni ricevute il 26 novembre 2010 -, in data del 3 gennaio 2011 e poi comunicata il 12 gennaio 2011.

La stazione appaltante ha così idoneamente motivato le ragioni per le quali non ha ritenuto che la produzione documentale della cooperativa ricorrente fosse sufficiente a dimostrare la veridicità della dichiarazione originaria sulla compiuta presa visione degli asili nido e delle attrezzature.

Non è, infatti, condivisibile l'assunto della cooperativa ricorrente secondo cui una relazione di sopralluogo effettuata da un soggetto estraneo alla gara possa ritenersi probante della dichiarazione contestata; e ciò, a maggior ragione, tenuto conto del tenore dell'altra dichiarazione - in possesso dell'amministrazione resistente - nella quale la coordinatrice e responsabile degli asili nido "Sappusi" e "Amabilina", ha affermato, con riferimento al periodo compreso tra il 1° settembre 2009 e il 31 luglio 2010, che nessun legale rappresentante della cooperativa Città Nuova, né altro soggetto per nome e per conto di quest'ultima, si sarebbe presentato presso gli asili nido "Sappusi" e "Amabilina" al fine di prendere visione dei luoghi e delle attrezzature.

E', altrettanto, poco convincente la giustificazione addotta dalla cooperativa ricorrente a proposito della già acquisita conoscenza dei luoghi oggetto dell'appalto ricondotta a rapporti contrattuali pregressi già da tempo conclusi (anno 2004) e svolti, peraltro, in raggruppamento temporaneo con altre società: è ragionevole ritenere, già in linea di mero principio, che la presa visione dei luoghi e delle attrezzature debba essere immediatamente precedente al tempo dell'espletamento del servizio in gara, per consentire, all'impresa aspirante all'aggiudicazione, una seria formulazione dell'offerta tecnica ed economica ed una similmente ponderata assunzione degli obblighi scaturenti dallo specifico contratto di appalto.

Dopo avere compiuto un'autonoma valutazione istruttoria, che non poteva

che prescindere dal procedimento penale appena avviato, la stazione appaltante ha, quindi, adottato una decisione ponderata e ragionevole di esclusione dalla gara della cooperativa ricorrente.

Così stando le cose, si ritiene che l'esclusione dalla gara della ricorrente fosse una decisione obbligata, per la stazione appaltante, già ai sensi e per gli effetti dell'art. 75, comma 1, del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, secondo cui: *"Fermo restando quanto previsto dall'articolo 76, qualora dal controllo di cui all'articolo 71 emerga la non veridicità del contenuto della dichiarazione, il dichiarante decade dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera"*.

La norma citata è chiara nella formula letterale, laddove per la sua applicazione si prescinde dalla condizione soggettiva del dichiarante, essendo sufficiente il dato oggettivo della "non veridicità".

L'esclusione della cooperativa ricorrente, dunque, deve qualificarsi come decadenza del beneficio dell'ammissione alla gara perché conseguito in forza di una dichiarazione che la stazione appaltante ha ritenuto non veritiera a seguito di un adeguato procedimento di controllo, fondato più che sull'art. 48 del codice degli appalti pubblici, sull'art. 71 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 *"Modalità dei controlli"*, il cui comma 1, recita: *"Le amministrazioni procedenti sono tenute ad effettuare idonei controlli, anche a campione, e in tutti i casi in cui sorgono fondati dubbi, sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive di cui agli articoli 46 e 47"*.

Se tale è il fondamento normativo del potere che è stato esercitato dall'amministrazione appaltante, nel caso di specie, non appaiono conducenti le difese della ricorrente miranti a contestare la legittimità della richiesta di documentazione probante l'avvenuto sopralluogo, perché non sarebbe stata prevista *ab origine* dalla *lex specialis*, né l'asserita non essenzialità della dichiarazione medesima perché non riconducibile alle condizioni di partecipazione alla gara considerate essenziali a pena

dell'esclusione dalla gara.

Infine, non può essere condiviso l'assunto secondo il quale la dichiarazione di avere visionato i luoghi e le attrezzature inerenti il servizio da espletare, sarebbe posta a tutela della PA nella fase di esecuzione contrattuale e che, pertanto, assolverebbe la sua funzione a prescindere dal fatto che tale visione ci sia effettivamente stata.

La giurisprudenza che in tal senso si sarebbe espressa e che la ricorrente richiama nelle proprie difese, ad avviso del Collegio, attiene a fattispecie non pienamente corrispondenti a quella di che trattasi.

Nei casi esaminati dalla giurisprudenza invocata dalla ricorrente (cfr. Cons. Stato n. 3729/05, poi ripresa da questo T.A.R. con la sentenza n. 1761/08), invero, si considera generalmente sufficiente, ai fini dell'ammissione alla gara, la dichiarazione di sopralluogo resa dal partecipante, a prescindere dalle modalità con cui esso sia stato eseguito, a meno che non sia espressamente richiesto dalla *lex specialis* anche uno specifico verbale di sopralluogo sulle relativa modalità e la sua allegazione alla documentazione necessaria alla ammissione.

Nella vicenda concreta, invece, la stazione appaltante ha richiesto una prova scritta dell'avvenuto accesso e visione degli asili nido e delle attrezzature, nel diverso procedimento di controllo sulla veridicità della dichiarazione regolarmente resa, prescindendosi - ad avviso del Collegio, correttamente - da quanto disposto dalla *lex specialis* a proposito della documentazione sufficiente ai fini dell'ammissione in gara.

In ogni caso, non si ritiene di potere evincere dai peculiari precedenti citati un principio di portata generale secondo cui la funzione di tale dichiarazione è unicamente quella di precludere all'appaltatore contestazioni basate sull'asserita mancata conoscenza dei luoghi e di ridurre al minimo le possibilità di modifiche contrattuali, per cui l'onere posto a carico dell'impresa di visitare i luoghi dell'appalto prima di formulare la propria

offerta è posto essenzialmente a garanzia dell'Amministrazione ma in sede di esecuzione del contratto.

Vige, invero, un superiore e più pregnante principio, fondante l'intero istituto della cd. autocertificazione e come tale applicabile anche nella specifica materia degli appalti pubblici, involgente in sommo grado rilevanti interessi che spaziano dalla economia pubblica alla tutela dell'erario pubblico allargato, secondo cui la possibilità, concessa ai concorrenti, di presentare un'autocertificazione inerente al possesso dei requisiti di ammissione alla gara, costituisce un atto di fiducia da parte della stazione appaltante e che, come tale, richiede serietà e piena corrispondenza nei comportamenti del concorrente che redige la dichiarazione sostitutiva; pertanto, nel caso di dichiarazione risultata non veritiera, la sanzione della esclusione dalla gara diventa conseguenza necessaria, venendo meno quel rapporto di fiducia basato sulla presunzione della reciproca correttezza che deve sussistere anche nella fase precontrattuale ( cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, I, sentenza 14 gennaio 2010 n. 49).

Accedendo alla tesi dell'esercizio del potere di autotutela, ne consegue, peraltro, che, nel caso concreto, sussistesse un concreto interesse pubblico, prevalente, alla rimozione dell'atto di ammissione alla gara della ricorrente.

Va, dunque, ribadito che la riscontrata non veridicità della dichiarazione sostitutiva prodotta in sede di gara da una impresa determina, ai sensi dell'art. 75 del D.P.R. 445/2000, l'esclusione dalla gara dell'impresa stessa (cfr. T.A.R. Sardegna, I, 27 ottobre 2008 n. 1847; T.A.R. Veneto, I, 6 dicembre 2005, n. 4160; T.A.R. Lazio, Roma, II, 15 giugno 2005, n. 4938).

Per le ragioni esposte, il ricorso in parte qua è infondato e va respinto.

5. Dall'infondatezza del ricorso nella parte relativa alla domanda di annullamento dell'esclusione dalla gara ( terzi motivi aggiunti di cui al superiore capo 4), discende l'infondatezza del gravame stesso nella parte (quarti motivi aggiunti) che ha ad oggetto i conseguenti atti di

incameramento della cauzione e, per il resto, la sua inammissibilità rispetto alla segnalazione all'Autorità di Vigilanza, adottati tutti nei confronti della società ricorrente.

5.1. Per quel che concerne il provvedimento del Direttore dell'Istituzione comunale Marsala Schola, n. 176 dell'11 gennaio 2011, di richiesta alla Reale Assicurazioni s.r.l. di escussione della garanzia prestata per l'appalto in questione, la cooperativa ricorrente sostiene che tale sanzione sarebbe applicabile solo in mancanza dei requisiti di ordine speciale, ossia i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa e che, in ogni caso, prima della sua irrogazione sarebbe stato necessario il previo avviso di avvio del procedimento.

L'assunto non è condivisibile.

Ora, che la presa visione dei luoghi e delle attrezzature inerenti al servizio da affidare sia funzionale ad assicurare che la concorrente disponga degli adeguati requisiti tecnico-organizzativi per il buon esito dell'affidamento, pare desumibile dal tenore dell'art. 42 del D.lgs. 163 del 2006, rubricato "*Capacità tecnica e professionale dei fornitori e dei prestatori di servizi*", laddove sono indicati i modi in cui "*può*" essere fornita la dimostrazione della capacità tecnica dei concorrenti, con il limite, posto dal comma 3, che le informazioni richieste non eccedano l'oggetto dell'appalto.

Tal elencazione, dunque, non è tassativa, residuandone un'ulteriore individuazione nella *lex specialis*.

Secondo la giurisprudenza condivisa dal Collegio, infatti, gli elementi rivelatori del possesso della capacità tecnica ivi contemplati non assumono carattere tassativo, non essendo impedito all'amministrazione di individuare altri parametri di riferimento, purché ciò avvenga entro i limiti della logica e della proporzionalità e sempre che questi non rappresentino un evidente limitazione alla partecipazione alla gara. Al contrario, lungi dallo sconfinare in arbitrio, l'individuazione di requisiti specifici di capacità tecnica al fine

dell'ammissione costituisce espressione del potere-dovere dell'amministrazione procedente di perseguire il pubblico interesse nella scelta del miglior offerente sotto ogni profilo, sia tecnico che economico (cfr. T.A.R. Veneto, I, 29 gennaio 2010, n. 209).

Né può sensatamente ipotizzarsi che l'adempimento della presa visione di luoghi e attrezzature imposta dal bando e dimostrabile mediante dichiarazione ai sensi del D.P.R. 445/2000, si traduca in un'ingiustificata compressione della platea dei possibili concorrenti e in una limitazione dell'interesse pubblico alla selezione della migliore offerta.

Né, d'altro canto, potrebbe sostenersi che l'effettiva cognizione dei luoghi e delle attrezzature sia riconducibile ai requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 dello stesso D.lgs. 163 del 2006 che, invece, ne offre una elencazione "chiusa".

Ciò posto, nel caso di specie, si ritiene di condividere l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale l'incameramento della cauzione provvisoria si applica anche per dichiarazioni non veritiere *"poiché la cauzione provvisoria si profila come garanzia del rispetto dell'ampio patto d'integrità cui si vincola chi partecipa a gare pubbliche"* (in tale senso Cons. Stato, V, 9 novembre 2010, n. 7963; 6 aprile 2009, n. 2140; IV, 20 luglio 2007, n. 4098).

Quanto alla lamentata assenza della comunicazione di avvio del procedimento, che ha condotto all'escussione della cauzione prestata dalla ricorrente si osserva, innanzitutto, che la stessa è consequenziale al provvedimento di esclusione, non contemplando l'ordinamento alcuna discrezionalità valutativa in proposito in capo alla stazione appaltante una volta accertato il difetto del requisito di partecipazione in sede di verifica successiva. Il provvedimento di escussione si configura, infatti, quale effetto automatico dell'accertata violazione dei requisiti di partecipazione.

E' utile far rinvio, a tal proposito, al consolidato indirizzo - formatosi, peraltro, con specifico riferimento alla decadenza dall'aggiudicazione

provvisoria - che si reputa estendibile al caso di esclusione, vincolata ex art. 75 del D.P.R. n. 445/2000, di impresa non risultata aggiudicataria, qual è quello in esame, secondo il quale all'onere formale di avviso *ex art.* 7 della legge n. 241 del 1990 si sottraggono l'esclusione dalla gara, la comunicazione del fatto all'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici e l'escussione della garanzia provvisoria, tutti adempimenti ascrivibili all'ordinario svolgersi della medesima procedura avviata con la pubblicazione del bando e continuata con un'attività istruttoria in esito alla quale l'Amministrazione appaltante accerta la sussistenza dei presupposti per la decadenza dal titolo temporaneamente acquisito dalla ditta (cfr. da ultimo, T.A.R. Calabria, Catanzaro, I, 1° marzo 2010, n. 245).

Ma a prescindere da ogni altra considerazione, con la richiesta di invio della documentazione di supporto alla propria autodichiarazione, la ricorrente è stata notiziata dell'apertura del segmento procedimentale volto al controllo di veridicità e della conseguenze dell'esito eventualmente negativo della verifica, sicché la stessa è stata legalmente posta a conoscenza della procedura in corso.

5.2. Con riguardo all'impugnazione del provvedimento del Direttore dell'Istituzione comunale Marsala Schola, n. 241 del 13 gennaio 2011, di segnalazione ai sensi dell'art. 48 all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, il Collegio condivide, anche nel caso di specie, il prevalente orientamento giurisprudenziale secondo il quale l'iscrizione nel casellario informatico postula, da parte dell'Autorità di vigilanza, un procedimento istruttorio di verifica circa l'esistenza dei presupposti e la loro effettiva rilevanza, cui ciascuna impresa interessata può partecipare, inviando le proprie controdeduzioni. Il che significa che, fino a quando l'annotazione non sia stata effettuata, la non veridicità della dichiarazione potrebbe non essere ritenuta tale o comunque rilevante dall'Autorità medesima. A ciò consegue che il provvedimento lesivo è costituito dall'annotazione da parte

della predetta Autorità, mentre la segnalazione da parte della stazione appaltante si configura come atto prodromico ed endoprocedimentale e, come tale, non è immediatamente impugnabile in quanto non dotato di autonoma lesività, potendo essere fatti valere eventuali suoi vizi, unicamente in via derivata, impugnando il provvedimento finale dell'Autorità di vigilanza, unico atto avente natura provvedimentale e carattere autoritativo e, perciò, lesivo (v. Cons. Stato, VI, 5 luglio 2010, n. 4243; 4 agosto 2009, nn. 4906, 4905 e 4907 ; T.R.G.A. Trento, 26 gennaio 2011, n. 16; 30 luglio 2009, n. 226; T.A.R. Lazio, III, 11 novembre 2009, n. 11068; T.A.R. Puglia, Bari, I, 16 luglio 2008, n. 1755).

Ne deriva che l'impugnazione della segnalazione all'Autorità di Vigilanza deve ritenersi inammissibile per carenza di interesse, non avendo tale comunicazione alcuna immediata lesività per la cooperativa ricorrente.

6. Infine, in ragione della ritenuta legittimità dell'impugnato provvedimento di esclusione dalla gara della cooperativa ricorrente Città Nuova, lo stesso giudizio di infondatezza si impone anche per la domanda risarcitoria, non ravvisandosi alcuna "ingiustizia" del lamentato danno a norma dell'art. 2043 c.c..

7. In conclusione, per le ragioni che precedono – assorbito ogni ulteriore motivo – il ricorso:

- è fondato e va dunque accolto, con conseguente annullamento degli atti di gara nelle parti in cui sono disposte l'ammissione, la valutazione dell'offerta e, poi, l'aggiudicazione provvisoria e quella definitiva nei confronti della cooperativa controinteressata La Garderie;

- è, invece, infondato e va respinto, nella parte che ha ad oggetto il provvedimento di esclusione dalla gara e il provvedimento di escussione della cauzione provvisoria nei confronti della stessa ricorrente cooperativa Città Nuova; va, infine, dichiarato inammissibile per carenza d'interesse nella parte in cui ha ad oggetto il provvedimento di segnalazione alla

Autorità di vigilanza .

8. In assenza di altre partecipanti ammesse alla gara di che trattasi, si ritiene che la stazione appaltante abbia il potere discrezionale di riaprire i termini del bando, non caducato, ovvero di riedizione integrale della procedura, previo esercizio del potere di autotutela, al fine di addivenire all'affidamento del servizio di che trattasi, tenuto conto degli interessi di natura sociale da soddisfare e di eventuali esigenze di urgenza da accertare.

In applicazione dell'art. 122 del c.p.a., all'annullamento dell'aggiudicazione definitiva della gara nei confronti della cooperativa controinteressata La Garderie, tenuto conto che il servizio è in corso dal settembre 2010, della natura sociale e dei destinatari dello stesso (bambini in età prescolare e loro famiglie), dell'impossibilità per la cooperativa ricorrente di subentrare nella gestione del servizio per effetto della riconosciuta legittimità della sua esclusione dalla gara di affidamento, nonché della circostanza che il vizio dell'aggiudicazione, in sé considerato, non è stato la causa determinante del sorgere di un obbligo di rinnovazione – integrale - della gara – che è lasciata, comunque, alla valutazione discrezionale della amministrazione - segue l'inefficacia del contratto, se nelle more stipulato, con decorrenza dal momento della nuova aggiudicazione a seguito dell'espletamento della nuova selezione, ma in ogni caso, alla data del 31 luglio 2011, in cui interverrà la sospensione estiva del primo anno di gestione degli asili nido fino al 31 agosto 2011.

9. L'esito di soccombenza parziale e il comportamento processuale delle parti giustificano la compensazione delle spese processuali tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sezione terza, definitivamente pronunciando, accoglie in parte, secondo quanto specificato in motivazione, il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla, per quanto di ragione, gli atti impugnati con il ricorso introduttivo integrato

con i primi e i secondi motivi aggiunti. Per il resto, in parte lo respinge, in parte lo dichiara inammissibile, secondo quanto specificato in motivazione.

Respinge la domanda di risarcimento del danno.

Dispone l'inefficacia del contratto con la decorrenza indicata in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 25 febbraio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Adamo, Presidente

Federica Cabrini, Consigliere

Anna Pignataro, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/03/2011

IL SEGRETARIO

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