

La legittimità esclusione di un concorrente conclude, per lui, definitivamente il procedimento di gara e la sua posizione rispetto al bene della vita su cui verte la procedura non assume altra configurazione che quella di interesse di fatto, del tutto privo di rilevanza e tutela giuridica, atteso che è la partecipazione alla gara che costituisce il fatto legittimante che radica nel concorrente l'interesse ad impugnarne l'esito", e ciò neppure sotto il profilo dell'interesse strumentale alla rinnovazione della gara, avendo, anche in questo caso, il soggetto legittimamente escluso un interesse di mero fatto alla sua rinnovazione, allo stesso modo di qualunque altro soggetto

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo avverso un ricorso per esclusione da una procedura per omessa dichiarazione del possesso della capacità giuridica a sottoscrivere i contratti con la pa in quanto <la dichiarazione omessa è dovuta ad un "errore" e si riferisce ad un dato "storico" e, quindi, integrabile come chiarito dalla giurisprudenza, il cui possesso, oltre che dimostrato con la nota del 4.10.2007, era anche ben noto a causa del contratto in corso, altrimenti di impossibile prosecuzione, e già implicito nella dichiarazione (espressamente effettuata) dell'assenza di fattispecie esclusive di cui alle lettere da a) ad i) del I comma dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006, dal momento che quella stabilità nella successiva lett. m) (mancanza di una sanzione interdittiva ai sensi dell'art. 9, II comma, del D.Lgs. n.231/2001) deriva pur sempre da reato>?

non è condivisibile la tesi sulla deducibilità anche dalla dichiarazione sostitutiva di cui alla lett. c) dell'art. 38 del D.Lgs. n.163/2006 di quella (omessa) di cui alla successiva lett. m) sul presupposto (implicito) che l'impossibilità di stipulare contratti con la pubblica Amministrazione per applicazione della sanzione interdittiva di cui all'art. 9, II comma, lett. c) del D.Lgs. n.231/2001 consegua ad una sentenza penale di condanna. La sanzione interdittiva a contrarre ben può essere applicata, infatti, in via cautelare (v.si artt. 45 e 46 del D.Lgs. n.231/2001), cioè prima di una sentenza di condanna; inoltre, la lett. c), I comma, dell'art. 38 del D.Lgs. n.163/2006 prevede l'esclusione solo in caso di sentenza penale di condanna "passata in giudicato", mentre il giudicato non è richiesto dalla successiva lett. m) per le sanzioni interdittive a contrarre con la pubblica amministrazione_ neppure si ravvisa violazione dell'obbligo di consentire l'integrazione documentale o la regolarizzazione della dichiarazione omessa: ai sensi dell'art. 46 del D.Lgs. n.163/2006 ciò è possibile solo per "il contenuto (...) delle dichiarazioni presentate", non per quelle, appunto, non presentate e richieste a pena di esclusione entro un termine perentorio, anche se il possesso del relativo requisito è, eventualmente, deducibile da altri atti dell'Amministrazione, ma diversi da quelli espressamente attinenti al procedimento di gara;

merita di essere segnalata la sentenza numero 166 del 2 aprile 2009, emessa dal Tar Marche, Ancona

questi i motivi del ricorso

< I.- Con avviso del 25.7.2007, l'Opera Pia per i servizi sociali ed assistenziali "G. Mancinelli" di Montalparo ha indetto procedura aperta ai fini dell'affidamento (durata 3 anni dall'aggiudicazione) dei servizi socio-sanitari ed assistenziali presso le proprie strutture assistenziali, da aggiudicarsi all'offerta economicamente più vantaggiosa in base ai criteri ivi stabiliti.

Nel capitolato speciale d'appalto è stato stabilito che nella busta relativa alla documentazione amministrativa a corredo dell'offerta doveva essere inserita "la dichiarazione, resa ai sensi del d.P.R. n.445/2000, a firma del legale rappresentante, redatta come da fac-simile depositato agli atti dell'Ente, compilata in ogni parte, corredata da fotocopia del documento di riconoscimento del rappresentante legale stesso", (parte III, art. 1, lett. a), successivamente precisandosi che sarebbe stata disposta

l'esclusione dalla gara in caso di mancata presentazione di quanto previsto nei precedenti punti, tra cui, appunto, la menzionata lett. a).

Nel fac-simile sopra indicato, con in premessa l'annotazione di dover essere "fedelmente" riprodotto in caso di sua mancata utilizzazione, tra le obbligatorie dichiarazioni sostitutive da effettuare a dimostrazione del possesso dei requisiti di ordine generale, sono state inserite:

- nel n.5: "che la ditta può partecipare alla gara non ricorrendo alcuna delle fattispecie esclusive indicate alle lettere da a) ad i) del I comma dell'art.38 del D.Lgs. n.163/2006";

- nel n. 7: "che nei propri confronti non è stata applicata la sanzione interdittiva di cui all'art. 9, comma 2, lettera c), del decreto legislativo dell'8 giugno 2001 n.231 o altra sanzione che comporta il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione", cioè quella indicata nella lett. m) dell'art. 38 del D.Lgs. n.163/2006.

La Cooperativa sociale La ALFA, che già aveva un contratto in corso con l'Opera Pia per l'espletamento dei medesimi servizi oggetto di gara, ha inoltrato la propria offerta, senza utilizzare il suddetto fac-simile, invece autonomamente redatto, riportando, tra i requisiti di ordine generale di cui al menzionato art. 38 del D.Lgs. n.163/2006, omettendo la dichiarazione di cui al n.7.

La Commissione di gara, nominata con deliberazione 25.9.2007 n.86, nella riunione del 27.9.2007 (verbale n.1), malgrado le contestazioni del delegato della Coop. La ALFA, (presente alle operazioni di gara), in applicazione dell'art. 2 del capitolato speciale d'appalto ha deciso di escluderla dalla gara, perché non era stata, appunto, presentata la dichiarazione sostitutiva di cui al n.7 del fac-simile: di ciò il Presidente della Commissione ha dato comunicazione alla Coop. La ALFA con nota del 28.9.2007.

La Cooperativa ha ancora contestato la legittimità dell'esclusione con nota del 4.10.2007, ma l'ha confermata, attesa, in sintesi, l'obbligatorietà degli atti posti a disciplina della gara, l'impossibilità di richiedere o consentire integrazioni postume per le dichiarazioni mancanti e non solo incomplete, nonché l'obbligo del rispetto della c.d. par condicio, di ciò dando diretta comunicazione, mediante lettura integrale del provvedimento così assunto, al vicepresidente delegato della Cooperativa.

Successivamente la Commissione:

- nella riunione del 20.10.2007 (verbale n.3) ha attribuito alle tre ditte ammesse alla gara (Coop. BETA 2000, Coop. Nuova DELTA Onlus ed a.t.i. tra Coop. GAMMA e Coop. Il GAMMADUE) i punteggi per qualità tecnica delle rispettive offerte;

- nella riunione del 22.10.2007 (verbale n.4) ha attribuito i punteggi per le rispettive offerte economiche, stilando la graduatoria finale (Coop. BETA 2000 punti 94,40; Coop. Nuova DELTA punti 81,82; a.t.i. GAMMA/Il GAMMADUE punti 55,279 40) e disponendo l'invio degli atti all'Amministrazione ai fini della verifica della congruità dell'offerta della Coop. BETA 2000 ai sensi dell'art. 86, II comma, del D.Lgs. n.163/2006: a tal fine, con note del 24.10.2007 e del 14.11.2007, il Presidente dell'Opera Pia ha chiesto specifiche giustificazioni integrative a quelle già dedotte in allegato all'offerta, nel frattempo comunicando, con nota del 24.10.2007, alla Coop. La ALFA la proroga sino al 31.12.2007 del contratto in corso.

Quanto sopra è stato adempiuto dalla Coop. BETA 2000 con nota di chiarimenti del 6.11.2007, favorevolmente esaminati dal Consiglio di amministrazione dell'Ente con deliberazione 20.11.2007 così che il Segretario generale, con atto del 20.12.2007 n. 7, ha disposto in suo favore l'aggiudicazione definitiva dei servizi oggetto di gara e con nota del 22.12.2007 ha ciò comunicato alla Coop. La ALFA.

II.- Con il ricorso in epigrafe indicato, notificato il 16.11.2007 solo all'Opera Pia ed alla Commissione di gara e depositato il 25 successivo, la Coop. La ALFA ha impugnato la propria esclusione dalla gara e la deliberazione n.86/2007 di nomina della Commissione esaminatrice, deducendo:

1) quanto alla propria esclusione, la violazione del giusto procedimento di cui all'art. 3 della legge n.241/1990, nonché degli artt. 46 del D.Lgs. n.163/2006 ed eccesso di potere per disparità di trattamento e contraddittorietà, avendola la Commissione disposta senza tener affatto conto che nella fattispecie sussistevano tutti i presupposti perché fosse richiesta e consentita l'integrazione documentale. Infatti:

- la dichiarazione omessa è dovuta ad un “errore” e si riferisce ad un dato “storico” e, quindi, integrabile come chiarito dalla giurisprudenza, il cui possesso, oltre che dimostrato con la nota del 4.10.2007, era anche ben noto a causa del contratto in corso, altrimenti di impossibile prosecuzione, e già implicito nella dichiarazione (espressamente effettuata) dell’assenza di fattispecie esclusive di cui alle lettere da a) ad i) del I comma dell’art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006, dal momento che quella stabilità nella successiva lett. m) (mancanza di una sanzione interdittiva ai sensi dell’art. 9, II comma, del D.Lgs. n.231/2001) deriva pur sempre da reato;

- è stata attuata una evidente disparità di trattamento allorché la Commissione ha consentito ad altre partecipanti alla gara di integrare la propria documentazione inviando, entro 3 giorni, il certificato di iscrizione all’Albo regionale delle cooperative sociali, richiesto dal bando di gara;>

questo il parere dell’adito giudice amministrativo:

< Nel merito, è da valutare infondato l’intero primo motivo di gravame, atteso che:

1) non è condivisibile la tesi sulla deducibilità anche dalla dichiarazione sostitutiva di cui alla lett. c) dell’art. 38 del D.Lgs. n.163/2006 di quella (omessa) di cui alla successiva lett. m) sul presupposto (implicito) che l’impossibilità di stipulare contratti con la pubblica Amministrazione per applicazione della sanzione interdittiva di cui all’art. 9, II comma, lett. c) del D.Lgs. n.231/2001 consegua ad una sentenza penale di condanna.

La sanzione interdittiva a contrarre ben può essere applicata, infatti, in via cautelare (v.si artt. 45 e 46 del D.Lgs. n.231/2001), cioè prima di una sentenza di condanna; inoltre, la lett. c), I comma, dell’art. 38 del D.Lgs. n.163/2006 prevede l’esclusione solo in caso di sentenza penale di condanna “passata in giudicato”, mentre il giudicato non è richiesto dalla successiva lett. m) per le sanzioni interdittive a contrarre con la pubblica amministrazione;

2) neppure si ravvisa violazione dell’obbligo di consentire l’integrazione documentale o la regolarizzazione della dichiarazione omessa: ai sensi dell’art. 46 del D.Lgs. n.163/2006 ciò è possibile solo per “il contenuto (...) delle dichiarazioni presentate”, non per quelle, appunto, non presentate e richieste a pena di esclusione entro un termine perentorio, anche se il possesso del relativo requisito è, eventualmente, deducibile da altri atti dell’Amministrazione, ma diversi da quelli espressamente attinenti al procedimento di gara;

3) neppure è ravvisabile una ingiustificata disparità di trattamento rispetto alla (invece) consentita integrazione postuma del certificato di iscrizione all’Albo regionale delle cooperative sociali, avendo la Commissione, correttamente ravvisato in questo caso “l’oggettiva incertezza determinata dal tenore del bando e dall’art. 2, Parte III del Capitolato”.

In effetti, la necessità dell’iscrizione al suddetto Albo era prevista unicamente nell’avviso di gara (punto III.2.1), ma la necessità di allegare il relativo certificato o di dichiarare il possesso dell’iscrizione in via sostitutiva non sono stati affatto menzionati nell’art. 2, parte III, del capitolato, né nel fac-simile allegato: si tratta, quindi, di una situazione ben diversa dalla dichiarazione sostitutiva di cui alla lett. m) dell’art. 38, I comma, del D.Lgs. n.163/2006, invece espressamente richiesta ed a pena di esclusione nell’art.2, parte III, del capitolato, nonché nel fac-simile allegato.>

A cura di Sonia Lazzini

N. 00166/2009 REG.SEN.

N. 00892/2007 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n.892 del 2007, integrato da motivi aggiunti, proposto da LA ALFA Cooperativa Sociale, con sede in Grottammare, in persona del Presidente e legale rappresentante, Bruno Domenico Vilone, rappresentato e difeso dall'avv. Mauro Calvaresi ed elettivamente domiciliato in Ancona, Piazza Diaz n.5, presso lo studio dell'avv. Stefano Galeazzi;

contro

- l'Opera Pia Ente Servizi Sociali Assistenziali (O.P.E.S.S.A.) "Istituto medico-psico-pedagogico G. Mancinelli" di Montalparo, in persona del Presidente e legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avv. Alessandro Lucchetti, presso il cui studio è elettivamente domiciliato in Ancona, C.so Mazzini n. 156;
- la Commissione giudicatrice dell'appalto per l'affidamento dei servizi socio-sanitari e di assistenza presso le strutture della suddetta Opera Pia, in persona del Presidente pro-tempore, non costituito in giudizio;

nei confronti di

- Cooperativa sociale BETA 2000, in persona del legale rappresentante pro-tempore, Giancarlo O., rappresentato e difeso dall'avv. Antonio Carullo, dall'avv. Beatrice Belli e dall'avv. Andrea Galvani, presso il cui studio è elettivamente domiciliato in Ancona, C.so Mazzini n.156;
- Cooperativa sociale Nuova DELTA, con sede in Roma, in persona del presidente e legale rappresentante, Rosario R., rappresentato e difeso dagli avv.ti Francesco Lilli ed Alessandro Cati, con domicilio eletto presso la sua sede amministrativa di Ancona, Via Ventinove Settembre n.2/L;
- Cooperativa sociale GAMMA, quale mandataria dell'a.t.i. con la Cooperativa IL

GAMMADUE, in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

a) con il ricorso introduttivo: dell'esclusione della cooperativa ricorrente dalla gara per l'affidamento dei servizi socio-sanitari e di assistenza presso le strutture della suindicata Opera Pia, disposta il 27.9. ed il 19.10.2007 dalla Commissione giudicatrice e della deliberazione 26.9.2007 n.86 di nomina della Commissione;

b) con i motivi aggiunti: del provvedimento di aggiudicazione definitiva 20.12.2007 n.3, delle deliberazioni del Consiglio di amministrazione dell'Opera Pia in data 20.12.2007 n.122 e 23.10.2007 n. 93, rispettivamente relative alla verifica della congruità dell'offerta economica della Coop. BETA 2000 e di presa d'atto dei verbali di gara;

- di ogni altro atto presupposto, conseguente e connesso.

Visto il ricorso con i relativi allegati, nonché l'atto con cui sono stati proposti motivi aggiunti di impugnazione;

Visti gli atto di costituzione in giudizio dell'Istituto intimato, della Coop. BETA 2000 e della Coop. Nuova DELTA ;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, alla pubblica udienza del 25 febbraio 2009, il Cons. Luigi Ranalli ed uditi i difensori delle parti, come da relativo verbale;

Visto il dispositivo 4/2009, pubblicato in data 26/02/2009, ai sensi dell'art.23/bis, VI comma, della legge 6 dicembre 1971, n.1034;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

I.- Con avviso del 25.7.2007, l'Opera Pia per i servizi sociali ed assistenziali "G. Mancinelli" di Montalparo ha indetto procedura aperta ai fini dell'affidamento (durata 3 anni dall'aggiudicazione) dei servizi socio-sanitari ed assistenziali presso

le proprie strutture assistenziali, da aggiudicarsi all'offerta economicamente più vantaggiosa in base ai criteri ivi stabiliti.

Nel capitolato speciale d'appalto è stato stabilito che nella busta relativa alla documentazione amministrativa a corredo dell'offerta doveva essere inserita "la dichiarazione, resa ai sensi del d.P.R. n.445/2000, a firma del legale rappresentante, redatta come da fac-simile depositato agli atti dell'Ente, compilata in ogni parte, corredata da fotocopia del documento di riconoscimento del rappresentante legale stesso", (parte III, art. 1, lett. a), successivamente precisandosi che sarebbe stata disposta l'esclusione dalla gara in caso di mancata presentazione di quanto previsto nei precedenti punti, tra cui, appunto, la menzionata lett. a).

Nel fac-simile sopra indicato, con in premessa l'annotazione di dover essere "fedelmente" riprodotto in caso di sua mancata utilizzazione, tra le obbligatorie dichiarazioni sostitutive da effettuare a dimostrazione del possesso dei requisiti di ordine generale, sono state inserite:

- nel n.5: "che la ditta può partecipare alla gara non ricorrendo alcuna delle fattispecie esclusive indicate alle lettere da a) ad i) del I comma dell'art.38 del D.Lgs. n.163/2006";

- nel n. 7: "che nei propri confronti non è stata applicata la sanzione interdittiva di cui all'art. 9, comma 2, lettera c), del decreto legislativo dell'8 giugno 2001 n.231 o altra sanzione che comporta il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione", cioè quella indicata nella lett. m) dell'art. 38 del D.Lgs. n.163/2006.

La Cooperativa sociale La ALFA, che già aveva un contratto in corso con l'Opera Pia per l'espletamento dei medesimi servizi oggetto di gara, ha inoltrato la propria offerta, senza utilizzare il suddetto fac-simile, invece autonomamente redatto, riportando, tra i requisiti di ordine generale di cui al menzionato art. 38 del D.Lgs. n.163/2006, omettendo la dichiarazione di cui al n.7.

La Commissione di gara, nominata con deliberazione 25.9.2007 n.86, nella riunione del 27.9.2007 (verbale n.1), malgrado le contestazione del delegato della Coop. La ALFA, (presente alle operazioni di gara), in applicazione dell'art. 2 del capitolato speciale d'appalto ha deciso di escluderla dalla gara, perché non era stata, appunto, presentata la dichiarazione sostitutiva di cui al n.7 del fac-simile: di ciò il Presidente della Commissione ha dato comunicazione alla Coop. La ALFA con nota del 28.9.2007.

La Cooperativa ha ancora contestato la legittimità dell'esclusione con nota del 4.10.2007, ma l'ha Commissione di gara, nella riunione del 19.10.2007 (verbale n.2)

l'ha confermata, attesa, in sintesi, l'obbligatorietà degli atti posti a disciplina della gara, l'impossibilità di richiedere o consentire integrazioni postume per le dichiarazioni mancanti e non solo incomplete, nonché l'obbligo del rispetto della c.d. par condicio, di ciò dando diretta comunicazione, mediante lettura integrale del provvedimento così assunto, al vicepresidente delegato della Cooperativa.

Successivamente la Commissione:

- nella riunione del 20.10.2007 (verbale n.3) ha attribuito alle tre ditte ammesse alla gara (Coop. BETA 2000, Coop. Nuova DELTA Onlus ed a.t.i. tra Coop. GAMMA e Coop. Il GAMMADUE) i punteggi per qualità tecnica delle rispettive offerte;

- nella riunione del 22.10.2007 (verbale n.4) ha attribuito i punteggi per le rispettive offerte economiche, stilando la graduatoria finale (Coop. BETA 2000 punti 94,40; Coop. Nuova DELTA punti 81,82; a.t.i. GAMMA/Il GAMMADUE punti 55,279 40) e disponendo l'invio degli atti all'Amministrazione ai fini della verifica della congruità dell'offerta della Coop. BETA 2000 ai sensi dell'art. 86, II comma, del D.Lgs. n.163/2006: a tal fine, con note del 24.10.2007 e del 14.11.2007, il Presidente dell'Opera Pia ha chiesto specifiche giustificazioni integrative a quelle già dedotte in allegato all'offerta, nel frattempo comunicando, con nota del 24.10.2007, alla Coop. La ALFA la proroga sino al 31.12.2007 del contratto in corso.

Quanto sopra è stato adempiuto dalla Coop. BETA 2000 con nota di chiarimenti del 6.11.2007, favorevolmente esaminati dal Consiglio di amministrazione dell'Ente con deliberazione 20.11.2007 così che il Segretario generale, con atto del 20.12.2007 n. 7, ha disposto in suo favore l'aggiudicazione definitiva dei servizi oggetto di gara e con nota del 22.12.2007 ha ciò comunicato alla Coop. La ALFA.

II.- Con il ricorso in epigrafe indicato, notificato il 16.11.2007 solo all'Opera Pia ed alla Commissione di gara e depositato il 25 successivo, la Coop. La ALFA ha impugnato la propria esclusione dalla gara e la deliberazione n.86/2007 di nomina della Commissione esaminatrice, deducendo:

1) quanto alla propria esclusione, la violazione del giusto procedimento di cui all'art. 3 della legge n.241/1990, nonché degli artt. 46 del D.Lgs. n.163/2006 ed eccesso di potere per disparità di trattamento e contraddittorietà, avendola la Commissione disposta senza tener affatto conto che nella fattispecie sussistevano tutti i presupposti perché fosse richiesta e consentita l'integrazione documentale. Infatti:

- la dichiarazione omessa è dovuta ad un “errore” e si riferisce ad un dato “storico” e, quindi, integrabile come chiarito dalla giurisprudenza, il cui possesso, oltre che dimostrato con la nota del 4.10.2007, era anche ben noto a causa del contratto in corso, altrimenti di impossibile prosecuzione, e già implicito nella dichiarazione (espressamente effettuata) dell’assenza di fattispecie esclusive di cui alle lettere da a) ad i) del I comma dell’art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006, dal momento che quella stabilità nella successiva lett. m) (mancanza di una sanzione interdittiva ai sensi dell’art. 9, II comma, del D.Lgs. n.231/2001) deriva pur sempre da reato;

- è stata attuata una evidente disparità di trattamento allorché la Commissione ha consentito ad altre partecipanti alla gara di integrare la propria documentazione inviando, entro 3 giorni, il certificato di iscrizione all’Albo regionale delle cooperative sociali, richiesto dal bando di gara;

2) quanto all’illegittima composizione della Commissione di gara, la violazione dell’art. 84, VII comma, del D.Lgs. n.163/2006, dal momento che i relativi componenti non sono stati selezionati secondo il relativo disposto, atteso che il dott. K. è un Dirigente di Azienda sanitaria e non un professore universitario o un professionista iscritto ad un Albo professionale, l’avv. Rostagno non è stato scelto nell’ambito di un elenco formato dall’Ordine di appartenenza né risulta che sia iscritto all’Albo professionale da più di 10 anni, né, per entrambi, risultano attestazioni dell’Ateneo o dell’Ordine professionale in merito alla loro qualifica di esperti nello specifico settore oggetto di gara, né ciò risulta altrimenti evidenziato nella deliberazione n. 86/2007.

Il provvedimento n.7/2007 di aggiudicazione definitiva, la deliberazione n.122/2007 di esame favorevole delle giustificazioni addotte dalla Coop. BETA 2000, i verbali di gara e la deliberazione di loro approvazione n.93/2007, sono stati impugnati dalla Coop. La ALFA con motivi aggiunti notificati il 23.1.2008 all’Opera Pia, alla Coop. BETA 2000, alla Coop. Nuova DELTA ed alla Coop. GAMMA, quale mandataria dell’a.t.i. con la Coop. Il GAMMADUE, depositati il 5.2.2008, deducendosi:

1) l’illegittimità della ritenuta congruità dell’offerta economica dell’aggiudicataria a seguito delle giustificazioni inviate il 6.11.2007, su richiesta del Presidente dell’Opera Pia, perché:

- sono indicati prezzi unitari del costo orario degli operatori in misura inferiore a quelli indicati nell’offerta economica;

- è stato ridotto il costo complessivo annuo aumentando il numero di ore previsto in capitolato con quelle offerte in migliororia, sebbene il capitolato avesse disposto l’inammissibilità di offerte in aumento, sostitutive o aggiuntive;

- è stata omessa ogni specifica indicazione sulle ragioni per le quali le suddette giustificazioni sono state oggetto di parere favorevole;

2) l'illegittimità, di conseguenza, anche del punteggio attribuito all'aggiudicataria a causa della valutazione di queste gratuite ore aggiuntive;

3) l'illegittima ammissione dell'offerta economica della Coop. Nuova DELTA, seconda classificata, perché va considerata comprensiva di IVA e quindi, supera l'importo a base d'asta, mentre il capitolato aveva vietato offerte in aumento;

4) l'illegittima ammissione alla gara dell'a.t.i. tra la Coop. Il GAMMADUE e la Coop. GAMMA, in quanto l'attestazione dell'iscrizione all'Albo regionale delle Cooperative da parte della Coop. Il GAMMADUE è stato presentato solo in fotocopia, mentre quello presentato dalla Coop. GAMMA era scaduto di validità ai sensi del d.P.R. n.445/2000.

III.- La difesa dell'Opera Pia "G. Mancinelli", con memorie depositate il 17.12.2007 ed il 19.2.2009, ha chiesto che il ricorso ed i motivi aggiunti siano respinti in quanto infondati, diffusamente replicando ai dedotti gravami e preliminarmente eccependone l'inammissibilità in quanto il ricorso introduttivo non è notificato all'aggiudicataria.

La difesa della cooperativa ricorrente, con memoria depositata il 21 .11.2008, ha insistito per l'accoglimento del ricorso e dei motivi aggiunti, ulteriormente illustrando tesi e richieste anche in replica all'eccezione di inammissibilità ed alle altre argomentazioni difensive dell'Opera Pia resistente.

Con memoria depositata il 19.2.2009 anche la difesa della Coop. BETA 2000 ha chiesto che il ricorso ed i motivi aggiunti siano respinti in quanto infondati, mentre la difesa della Coop. Nuova DELTA, con memoria depositata il 19.2.2009, ha dedotto l'illegittimità dell'aggiudicazione definitiva sia perché non notificatagli sia perché, come dedotto nel primo motivo aggiunto, l'offerta economica della BETA 2000 non era adeguatamente giustificata: di contro, in replica al secondo motivo aggiunto, ha evidenziato i motivi per cui la propria offerta economica non superava l'importo a base d'asta.

Questo Tribunale, con ordinanza 31 dicembre 2007 n. 717, ha respinto la domanda cautelare proposta con il ricorso introduttivo.

IV.- Tanto premesso, il Collegio considera preliminarmente infondata l'eccepita inammissibilità del ricorso introduttivo per mancata notifica all'aggiudicataria, in quanto l'aggiudicazione provvisoria è stata disposta con il verbale 22.10.2007 della Commissione di gara e, quindi, successivamente all'esclusione, disposta con verbali

del 27.9.2007 e del 19.10.2007, né dagli atti di causa risulta che l'esito della procedura sia stato comunicato alla ricorrente prima della notifica del ricorso.

Nel merito, è da valutare infondato l'intero primo motivo di gravame, atteso che:

1) non è condivisibile la tesi sulla deducibilità anche dalla dichiarazione sostitutiva di cui alla lett. c) dell'art. 38 del D.Lgs. n.163/2006 di quella (omessa) di cui alla successiva lett. m) sul presupposto (implicito) che l'impossibilità di stipulare contratti con la pubblica Amministrazione per applicazione della sanzione interdittiva di cui all'art. 9, II comma, lett. c) del D.Lgs. n.231/2001 consegua ad una sentenza penale di condanna.

La sanzione interdittiva a contrarre ben può essere applicata, infatti, in via cautelare (v.si artt. 45 e 46 del D.Lgs. n.231/2001), cioè prima di una sentenza di condanna; inoltre, la lett. c), I comma, dell'art. 38 del D.Lgs. n.163/2006 prevede l'esclusione solo in caso di sentenza penale di condanna "passata in giudicato", mentre il giudicato non è richiesto dalla successiva lett. m) per le sanzioni interdittive a contrarre con la pubblica amministrazione;

2) neppure si ravvisa violazione dell'obbligo di consentire l'integrazione documentale o la regolarizzazione della dichiarazione omessa: ai sensi dell'art. 46 del D.Lgs. n.163/2006 ciò è possibile solo per "il contenuto (...) delle dichiarazioni presentate", non per quelle, appunto, non presentate e richieste a pena di esclusione entro un termine perentorio, anche se il possesso del relativo requisito è, eventualmente, deducibile da altri atti dell'Amministrazione, ma diversi da quelli espressamente attinenti al procedimento di gara;

3) neppure è ravvisabile una ingiustificata disparità di trattamento rispetto alla (invece) consentita integrazione postuma del certificato di iscrizione all'Albo regionale delle cooperative sociali, avendo la Commissione, correttamente ravvisato in questo caso "l'oggettiva incertezza determinata dal tenore del bando e dall'art. 2, Parte III del Capitolato".

In effetti, la necessità dell'iscrizione al suddetto Albo era prevista unicamente nell'avviso di gara (punto III.2.1), ma la necessità di allegare il relativo certificato o di dichiarare il possesso dell'iscrizione in via sostitutiva non sono stati affatto menzionati nell'art. 2, parte III, del capitolato, né nel fac-simile allegato: si tratta, quindi, di una situazione ben diversa dalla dichiarazione sostitutiva di cui alla lett. m) dell'art. 38, I comma, del D.Lgs. n.163/2006, invece espressamente richiesta ed a pena di esclusione nell'art.2, parte III, del capitolato, nonché nel fac-simile allegato.

Infondato, ad avviso del Collegio, è anche il secondo motivo di gravame, con cui si impugna la deliberazione n.86/2007 di nomina della Commissione esaminatrice.

A parte l'obbligatorietà di attenersi al disposto dell'art. 84 del D.Lgs. n.163/2006 anche per le gare indette da Amministrazioni non statali ed in materia di competenza regionale, profilo ritenuto costituzionalmente illegittimo dalla Corte costituzionale con la sentenza 23 novembre 2007 n.401, si rileva che il Presidente della Commissione è stato correttamente individuato nel Segretario dell'Ente, come previsto dal comma III dell'art. 84 del D.Lgs. n.163/2006.

Per gli altri due componenti, il dott. Nicola K., in quanto in possesso della qualifica di Dirigente dell'Azienda sanitaria di Amandola, va compreso "tra i funzionari di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'art. 3, comma 25", di cui al successivo VIII comma dell'art. 84 del D.Lgs. n.163/2006, mentre l'avv. Simona Rostagno va compreso nell'ambito dei professionisti di cui al n.1 del comma stesso, tenuto conto che l'Ordine degli Avvocati della Provincia di Ascoli Piceno aveva comunicato la mancata attivazione della rosa di candidati prevista dalla stesso punto n.1, né può ammettersi che le procedure di gara siano comunque impedita per il mancato adempimento da parte dei Consigli degli Ordini professionali di quanto previsto dal suddetto comma VIII: di contro, neppure era necessaria una specifica motivazione sulla idoneità dei suddetti due componenti all'espletamento delle operazioni di gara in presenza della loro rispettiva qualifica ed abilitazione professionale, peraltro neppure in concreto contestata nel ricorso.

Il ricorso introduttivo è, dunque, infondato e va respinto: di conseguenza, a causa della legittimità della disposta esclusione dalla gara della cooperativa ricorrente, i motivi aggiunti vanno dichiarati inammissibili.

La giurisprudenza amministrativa, recepita anche da questo Tribunale e da cui non si ha motivo per dissentire, ha più volte chiarito che "la legittimità esclusione di un concorrente conclude, per lui, definitivamente il procedimento di gara e la sua posizione rispetto al bene della vita su cui verte la procedura non assume altra configurazione che quella di interesse di fatto, del tutto privo di rilevanza e tutela giuridica, atteso che è la partecipazione alla gara che costituisce il fatto legittimante che radica nel concorrente l'interesse ad impugnarne l'esito" (Cons. Stato, Sez. V, 30 agosto 2006 n.5067), e ciò neppure sotto il profilo dell'interesse strumentale alla rinnovazione della gara, avendo, anche in questo caso, il soggetto legittimamente escluso un interesse di mero fatto alla sua rinnovazione, allo stesso modo di qualunque altro soggetto (Cons. Stato, Sez. V, 13 settembre 2005 n. 4692).

Di contro, vanno dichiarate inammissibili le censure di legittimità della Coop. Nuova DELTA avverso l'aggiudicazione definitiva e la ritenuta congruità

dell'offerta economica della Coop. BETA 2000, in quanto proposte con memoria depositata 19.2.2009 (non notificata) e non con ricorso incidentale.

Sussistono motivi per compensare le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale delle Marche respinge il ricorso in epigrafe indicato e dichiara inammissibili i successivi motivi aggiunti.

Spese compensate.

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

Così deciso in Ancona, nella camera di consiglio del 25 febbraio 2009, con l'intervento di:

Luigi Passanisi, Presidente

Luigi Ranalli, Consigliere, Estensore

Alberto Tramaglino, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/04/2009

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

IL SEGRETARIO