



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 Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 227 del 2012, proposto da:

- Asilo Infantile Antonio Rosmini O.N.L.U.S, in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e in qualità di capogruppo mandataria di costituenda a.t.i. con Bellesini Società Cooperativa Sociale,

- Bellesini Società Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante pro tempore,

rappresentate e difese dagli avv.ti Mario Maccaferri e Simona D'Arpino e con domicilio eletto presso lo studio del primo di essi in Trento, via Grazioli, n. 27

contro

Comune di Rovereto, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Gianpaolo Manica e Flavio Dalbosco, con domicilio eletto presso lo studio del secondo di essi in

Trento, via Paradisi, n. 15/1

nei confronti di

- PRO.GES. - Società Cooperativa Sociale a r.l. - Servizi Integrati Alla Persona, in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e in qualità di capogruppo mandataria di costituenda a.t.i. con AM.IC.A Società Cooperativa Sociale e Fondazione Monsignor Lorenzo Dalponte, rappresentata e difesa dagli avv.ti Massimo Rutigliano e Beatrice Tomasoni, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Tomasoni in Trento, via Grazioli, n. 5
- AM.IC.A Società Cooperativa Sociale;
- Fondazione Monsignor Lorenzo Dalponte

per l'annullamento

* quanto al ricorso principale:

- della determinazione n. 1481/2012, di data 9.7.2012, con la quale il Comune di Rovereto ha disposto l'affidamento “alla PRO.GES. coop. sociale, in qualità di mandataria dell'associazione temporanea di imprese formata con le mandanti soc. coop. sociale Amica e Fondazione Monsignor L. Dalponte, il servizio di gestione dei nidi d'infanzia comunali M. Rosmini e Marco per il periodo 1 settembre 2012 - 31 luglio 2015”;
- dei verbali di gara delle quattro sedute del 31.5.2012, 19.6.2012 e 27.6.2012;
- in parte qua, del bando di gara prot. n. 0014414, di data 5.4.2012, e dell'invito alla presentazione dell'offerta di data 4.5.2012;
- di tutti gli atti e provvedimenti adottati nel corso del

subprocedimento di verifica dell'anomalia;

- per quanto occorra, della nota di data 27.7.2012 con la quale il Comune di Rovereto ha ritenuto di disattendere la richiesta di annullamento in autotutela degli atti impugnati;

- di ogni altro atto presupposto, conseguente o comunque connesso;

e per l'accertamento del diritto delle ricorrenti all'aggiudicazione del servizio, con la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato;

e per la condanna dell'Amministrazione al risarcimento in forma specifica o, in subordine, per equivalente;

* quanto al ricorso incidentale:

- degli atti di gara impugnati con il ricorso principale nella parte in cui hanno ammesso l'offerta delle società ricorrenti principali e sono stati ad essa attribuiti punteggi premiali.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Rovereto;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di PRO.GES. - Società Cooperativa Sociale a r.l. - Servizi Integrati Alla Persona;

Visto il ricorso incidentale proposto da PRO.GES. - Società Cooperativa Sociale a r.l. - Servizi Integrati Alla Persona;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 dicembre 2012 il cons.

Alma Chiettini e uditi per le parti i difensori come specificato nel

verbale;

Visto il dispositivo di sentenza pubblicato, ai sensi dell'art. 120, comma 9, cod. proc. amm., in data 7 dicembre 2012;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando di gara datato 5 aprile 2012 il Comune di Rovereto ha indetto un appalto-concorso per l'affidamento della gestione di 2 asili nido comunali, denominati Rosmini e Marco.

L'importo totale a base d'asta, riferito ad un affidamento di 3 anni prorogabile di 2, è stato fissato in 2.673.000,00 €, mentre per l'aggiudicazione è stato scelto il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa da individuarsi in base ai seguenti parametri: offerta tecnica punti 75; prezzo punti 25. La lex specialis di gara aveva inoltre stabilito che i 75 punti previsti per la parte tecnica dell'offerta fossero suddivisi in tre sub-criteri, rispettivamente riguardanti: il progetto pedagogico, punti 25; il progetto educativo, punti 30; gli aspetti gestionali, punti 20; ognuno di essi è stato ulteriormente suddiviso in sub-punteggi.

2. Al termine della procedura comparativa, alla quale hanno partecipato due sole concorrenti, l'offerta del raggruppamento ricorrente Asilo Infantile Antonio Rosmini O.N.L.U.S in costituenda a.t.i. con Bellesini Società Cooperativa Sociale (di seguito, anche "Asilo Infantile Rosmini", per brevità), ha ottenuto 76,94 punti (61,70 per la parte tecnica e 15,24 per quella economica - con un ribasso del

5,61%), a fronte dei 77,10 punti ottenuti dal raggruppamento controinteressato, PRO.GES. - Società Cooperativa Sociale a r.l. - Servizi Integrati Alla Persona in a.t.i. con AM.I.C.A Società Cooperativa Sociale e con Fondazione Monsignor Lorenzo Dalponte (di seguito, per brevità, PRO.GES.) , il quale ha ricevuto 52,10 punti per la parte tecnica e 25,00 per quella economica - con un ribasso del 9,20%.

3. Con determinazione dirigenziale n. 1481, del 9 luglio 2012, comunicata alle partecipanti con nota del 12 luglio 2012, il servizio di gestione dei due asili nido comunali è stato pertanto affidato all'a.t.i. capeggiata dall'impresa PRO.GES. con decorrenza 1 settembre 2012.

4. Con nota del 13 luglio 2012 le imprese Asilo Infantile Rosmini e Bellesini hanno inoltrato all'Amministrazione comunale di Rovereto l'informativa prevista dall'art. 243 bis del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163, per evidenziare le irregolarità che avrebbero riscontrato nella procedura di gara. Tuttavia, il Responsabile del procedimento con nota datata 27 luglio 2012 ha risposto che non intendeva avvalersi della facoltà di esercitare l'autotutela.

5. Con il presente ricorso il raggruppamento capeggiato da Asilo Infantile Antonio Rosmini O.N.L.U.S. ha impugnato l'aggiudicazione disposta a favore del raggruppamento capeggiato da PRO.GES., denunciando:

I - Violazione del bando di gara e dell'art. 7 dello schema di contratto d'appalto approvato con deliberazione n. 54 del 27.3.2012; violazione della lettera d'invito; carenza di istruttoria, travisamento dei fatti,

illogicità ed irragionevolezza, carenza di motivazione; violazione del principio di par condicio.

Le ricorrenti asseriscono che l'offerta del raggruppamento aggiudicatario non rispetterebbe le prescrizioni del bando e dello schema di contratto relativamente ad un parametro minimo, ossia il rapporto tra personale educatore e bambini il quale, in particolare, non sarebbe garantito dalle ore 12.00 alle ore 13.30 presso l'asilo Marco e dalle ore 12.30 alle ore 13.30 presso l'asilo Rosmini.

II - Violazione dell'art. 8 del bando e della lettera d'invito; carenza di istruttoria, travisamento, illogicità ed irragionevolezza, carenza di motivazione; inattendibilità delle giustificazione e incongruità dell'offerta. Quest'ultima, infatti, sarebbe in ogni caso inadeguata sotto il profilo della sua sostenibilità economica e di essa non sarebbe stata valutata l'anomalia.

III - Violazione della *lex specialis*, in merito al rapporto prezzo e qualità; violazione dei principi di imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità; ciò a causa della mancata riparametrazione dei punteggi della parte tecnica dell'offerta.

Le ricorrenti hanno altresì chiesto, in via cautelare, la sospensione dei provvedimenti impugnati anche con misura monocratica.

6. Con decreto n. 115, pubblicato il 14 agosto 2012, l'istanza di misura cautelare provvisoria è stata accolta e contestualmente fissata, per la trattazione in sede collegiale, la camera di consiglio del 13 settembre 2012.

7. Si è quindi costituita in giudizio l'impresa capogruppo dell'a.t.i.

controinteressata per chiedere la reiezione dell'impugnativa.

8. Anche il Comune di Rovereto si è costituito eccependo l'inammissibilità del ricorso e chiedendone la reiezione nel merito.

9. Con ricorso incidentale, notificato il 5 settembre e depositato in Segreteria il successivo giorno 11, l'impresa PRO.GES., a sua volta, ha censurato gli atti di gara nella parte in cui hanno ammesso e valutato l'offerta del raggruppamento capeggiato da Asilo Infantile Rosmini deducendo:

i - Violazione del bando e dello schema di contratto; mancata e/o erronea valutazione dei presupposti; contraddittorietà ed irrazionalità; difetto di motivazione.

L'offerta delle ricorrenti principali non garantirebbe le prescrizioni minime del bando quanto al rapporto tra personale educatore e bambini nei seguenti termini: prima delle ore 9.30 (ore 9.00 per Marco) e dopo le ore 15.30 e comunque dalle ore 12.00 alle ore 13.30 presso l'asilo Rosmini e dalle ore 12.30 alle ore 13.00 presso l'asilo di Marco, quando non sarebbero presenti le 5 e, rispettivamente, le 3 educatrici necessarie.

ii - Irrazionalità, difetto di motivazione, omessa e/o insufficiente valutazione dei presupposti, violazione dei principi generali. Le censure sono riferite alle parti dell'offerta concernenti le ore di formazione del personale, l'orario di presenza del coordinatore pedagogico, la valutazione del progetto educativo da concordare con l'Amministrazione.

10. Alla camera di consiglio del 13 settembre 2012 le parti hanno

chiesto che l'esame dell'istanza cautelare fosse riunito al merito.

11. In prossimità dell'udienza le parti hanno depositato ulteriore documentazione e presentato memorie illustrative e conclusionali.

12. Alla pubblica udienza del 6 dicembre 2012 il ricorso è stato chiamato e trattenuto per la decisione.

DIRITTO

1. Come esposto in fatto, l'a.t.i. ricorrente lamenta che l'offerta del raggruppamento aggiudicatario presenterebbe profili di inammissibilità, di incongruenza e di insostenibilità economica, principalmente per la parte riguardante la turnistica giornaliera del personale sia educativo che ausiliario. In particolare, la stessa a.t.i. ha denunciato che nel progetto del raggruppamento aggiudicatario, e per entrambi gli asili nido, nell'orario centrale della giornata sia prevista la presenza di un'unità di personale educatore in meno rispetto al numero minimo necessario (rispettivamente 5 per il nido Rosmini e 3 per il nido di Marco), altresì affermando che non si potrebbe sopperire a tale mancanza con l'utilizzo della coordinatrice interna, che sarebbe così distratta indebitamente dalle sue proprie e diverse mansioni.

2. La società PRO.GES. ha impugnato incidentalmente gli atti della procedura denunciando, a sua volta, l'inammissibilità della turnistica giornaliera del personale come offerta dalle ricorrenti principali perché, paradossalmente, anch'essa nella fascia oraria centrale della giornata non assicurerebbe il necessario rapporto minimo personale educativo - bambini.

3. Ora, è doveroso esaminare immediatamente il ricorso incidentale, in quanto diretto a far valere ragioni che potrebbero condurre ad escludere dalla gara le ricorrenti principali e, quindi, a far venir meno la loro legittimazione a richiedere l'annullamento dell'aggiudicazione (cfr., C.d.S., Ad. Plen., 7.4.2011, n. 4).

Per converso, non sussistono esigenze di semplificazione processuale che potrebbero giustificare l'esame prioritario di altri aspetti della lite.

4. Pregiudiziale all'esame del merito del ricorso incidentale è, però, la valutazione dell'eccezione in rito sollevata dalla difesa delle ricorrenti principali, che hanno dedotto l'invalidità dello stesso per difetto della procura *ad litem*: in particolare, il ricorso incidentale è stato sottoscritto dal difensore senza alcun riferimento alla procura speciale che lo abiliterebbe alla proposizione anche del rimedio previsto dall'art. 42 c.p.a.

L'eccezione è infondata sul rilievo che:

- l'art. 24 c.p.a. rubricato "*procura alle liti*", recita: "*la procura rilasciata per agire e contraddire davanti al giudice si intende conferita anche per proporre motivi aggiunti e ricorso incidentale, salvo che in essa sia diversamente disposto*";

- il mandato *ad litem* rilasciato dal legale rappresentante di PRO.GES. agli avv.ti Rutigliano e Tomasoni prevede testualmente la facoltà di "*proporre ricorso incidentale e/o impugnazione incidentale*" (cfr., memoria di costituzione depositata in data 14.8.2012).

Nel ricorso incidentale introdotto dalla ricorrente PRO.GES. a mezzo degli stessi difensori e notificato il 5.9.2012 non necessitava, pertanto, di essere ulteriormente specificato alcunché.

5. Preliminare all'esame del merito del ricorso incidentale è la disamina della disciplina della gara di causa.

A) La legge provinciale 12.3.2002, n. 4, sugli asili nido, ha affidato ai comuni, nell'ambito della propria programmazione, il compito di istituire e sostenere il sistema dei servizi socio-educativi per la prima infanzia e di *“assicurare il servizio nido d'infanzia ovvero gli altri servizi del sistema socio-educativo a tutte le bambine e a tutti i bambini residenti nel loro territorio”*.

Il nido d'infanzia, precisa la legge, *“assicura in modo continuativo, all'interno di strutture ad esso destinate ed avvalendosi di personale educativo professionalmente qualificato, l'educazione, la cura e la socializzazione delle bambine e dei bambini nella prospettiva del loro benessere psico-fisico e dello sviluppo delle loro potenzialità cognitive, affettive e etico-sociali”*. Il tutto anche con *“modalità di funzionamento diversificate rispetto ai tempi di apertura del servizio”* che, anche nei casi in cui sia erogato a tempo ridotto, deve comunque *“garantire i servizi di mensa e di riposo”*.

B) Per disciplinare nel dettaglio la gestione e il funzionamento dei servizi socio-educativi per la prima infanzia, il Comune di Rovereto ha adottato il Regolamento approvato con la deliberazione del Consiglio comunale n. 19, del 6.5.2008, che stabilisce, per quanto qui di interesse, i criteri di accesso nonché gli aspetti gestionali e organizzativi dei nidi d'infanzia.

L'organizzazione interna del nido è disciplinata dall'art. 17 del Regolamento che recita: *“1. Il nido d'infanzia si struttura e opera in gruppi che si costituiscono in relazione all'età ed al quadro di sviluppo psico-motorio delle*

bambine e dei bambini, nonché alle caratteristiche della struttura. 2. Le educatrici e gli educatori, pur seguendo in prevalenza uno dei gruppi, svolgono la propria attività in collaborazione con tutto il personale, secondo moduli organizzativi ed educativi programmati insieme, con il supporto della coordinatrice o del coordinatore pedagogico comunale. 3. Il rapporto tra educatrici/educatori e bambine/bambini è fissato in: a) cinque bambine/i iscritti per educatrice o educatore nei gruppi formati da bambine e da bambini di età compresa tra i tre ed i diciotto mesi; b) nove bambine/i iscritti per educatrice o educatore nei gruppi formati da bambine e da bambini di età superiore ai diciotto mesi?'

C) La gara di causa per la gestione di due asili nido comunali è stata indetta dal Comune di Rovereto con il sistema dell'appalto concorso, disciplinato dall'art. 20 della l.p. 19.7.1990, n. 23, tenuto conto che occorre avvalersi della collaborazione e dell'apporto delle competenze tecniche dell'offerente per l'elaborazione dei progetti pedagogico ed educativo (quest'ultimo riferito al primo anno di gestione) e per le eventuali migliorie nell'esplicazione del servizio e nella gestione delle attrezzature e della struttura.

Come anticipato nella parte in fatto, i 75 punti previsti per l'offerta tecnica erano stati suddivisi in tre sub-criteri e ognuno di essi in sub-punteggi. Uno dei sub-criteri, concernente gli aspetti gestionali (per un totale di 20 punti), prevedeva l'assegnazione di 4 punti per la *“formulazione della turnistica settimanale del personale educativo ed ausiliario distinta tra i due nidi d'infanzia con riferimento all'orario di apertura del servizio e alla seguente ipotesi di composizione dei gruppi: nido d'infanzia Rosmini: n. 2 gruppi di lattanti e n. 3 gruppi di divezzi; nido d'infanzia di Marco: n. 2 gruppi*

di lattanti e n. 1 gruppo di divezzati”.

Il bando prevedeva poi che gli elementi di valutazione dell’offerta erano stabiliti dalla deliberazione della Giunta municipale n. 27.3.2012, n. 54, allegato A), e che i criteri e le modalità di gestione del nido erano disciplinati dallo schema di contratto approvato con l’allegato B) della stessa deliberazione.

D) Ebbene la complessiva disciplina richiamata prevedeva, per quanto di interesse:

- che spettava al personale educativo definire annualmente il progetto educativo (salvo che per il primo anno);
- che si sarebbe dovuto garantire la presenza del coordinatore interno per almeno 20 ore settimanali presso il nido Rosmini e per almeno 8 ore settimanali presso il nido di Marco;
- l’elenco dei compiti del coordinatore interno;
- che l’affidatario *“deve assegnare”* il personale al servizio di nido, anche tenuto conto dell’età e delle caratteristiche dei bambini e *“dei tempi di apertura del servizio”*, in ragione del rapporto: 1 educatore per ogni gruppo di 5 bambini di età compresa fra i 3 e i 18 mesi; 1 educatore per ogni gruppo di 9 bambini di età superiore ai 18 mesi;
- che il nido Rosmini dispone di 38 posti suddivisi in 5 gruppi di bambini e che quello di Marco dispone di 16 posti suddivisi in 3 gruppi di bambini;
- che il rapporto personale educativo - bambini in ragione di 1 educatore per ogni gruppo deve essere *“garantito”* secondo i parametri indicati *“durante tutto l’orario di apertura del servizio tenuto conto*

dell'andamento delle entrate e delle uscite dei bambini iscritti?

E) Il Collegio osserva dunque che il rapporto tra educatori e bambini non è stato fissato in sede di gara, in quanto esso è prestabilito nel riportato art. 17 del Regolamento comunale per la gestione dei servizi socio educativi per la prima infanzia, limitandosi invece il bando a precisare, oltre al numero dei gruppi, che detto rapporto *“deve essere garantito durante tutto l'orario di apertura”* tenendo al contempo conto *“degli orari di entrate e di uscita dei bambini?”*.

Quanto al predetto orario del servizio di asilo nido, si rileva che il Comune di Rovereto ha stabilito che gli orari sia di entrata che di uscita siano flessibili, secondo le seguenti modalità:

- ingresso: dalle ore 7.30 fino alle ore 9.30;
- uscita: dalle ore 15.30 fino alle ore 17.30 per l'asilo di Marco e fino alle ore 18.00 per l'asilo Rosmini.

Sostiene in proposito l'Amministrazione che l'introduzione di fasce di frequenza consente alle famiglie che non hanno la necessità di fruire dell'intero orario di apertura del servizio di beneficiare di un risparmio economico e permette anche al soggetto gestore di apprestare il servizio in misura correlata all'effettiva minore presenza di bambini nella fasce di inizio e di fine giornata, *“prevedendo in maniera più puntuale gli orari delle educatrici sulla base delle richieste di attivazione dell'anticipo e del posticipo di orario, consentendo una migliore programmazione degli orari con effetti positivi sull'impiego di lavoro straordinario”* (cfr. deliberazioni della Giunta comunale n. 150 del 29.6.2009 e n. 84 del 10.5.2011 - doc. n. 16 e 17 in atti del Comune).

6. Dalla lettura combinata delle disposizioni sopra riportate consegue dunque che:

- il regolamento comunale sugli asili nido ha stabilito che il rapporto personale educativo – bambini sia il seguente: 1/5 per lattanti e 1/9 per divezzi;

- il Comune ha fissato l'orario di apertura degli asili nido, precisando che il periodo in cui tutti i bambini iscritti sono potenzialmente presenti è fisso: dalle ore 9.30 alle ore 15.30; mentre gli orari di entrata e di uscita sono variabili sulla base delle esigenze degli iscritti;

- la disciplina di gara ha precisato che il rapporto personale – bambini, quantificato in 5 educatori presso l'asilo Rosmini e in 3 educatori presso quello di Marco, *“deve essere garantito secondo i parametri indicati durante tutto l'orario di apertura del servizio tenuto conto dell'andamento delle entrate e delle uscite dei bambini iscritti”*;

- ciò significa, in definitiva, che il predetto rapporto deve necessariamente sussistere nella fascia oraria fissa, 9.30 - 15.30, mentre può variare nelle fasce flessibili, sia antimeridiana che pomeridiana, in base alle proposte dei concorrenti fondate, però, non su termini ipotetici, ma sui dati storico - statistici forniti dall'Amministrazione e riguardanti i precedenti anni educativi (ad esempio, nell'anno 2011-2012 solo il 68% degli iscritti era presente prima delle ore 9.30 e solo il 61% dopo le ore 15.30 - cfr., pag. 19 memoria del Comune di data 8.11.2012).

Consegue a ciò che l'offerta gestionale - organizzativa delle concorrenti poteva proporre una presenza differenziata di personale

educativo nelle fasce flessibili in base sia alla propria offerta formativa che alla minore presenza di bambini considerando i dati forniti dal Comune riferiti al precedente anno educativo, sulla base dei quali era possibile tener *“conto dell’andamento delle entrate e delle uscite”* (come recitava la disciplina di gara), fermo però restando l’obbligatoria presenza del suddetto rapporto nella parte centrale della giornata, quando sono presenti tutti gli iscritti.

Ciò conduce non alla *“parossistica necessità di prevedere un esorbitante fabbisogno di personale educativo dalle 7.30 alle 17.30 / 18.00”*, come asserisce l’Amministrazione (cfr., pag. 23 della memoria di data 8.11.2012), ma al rispetto del regolamento comunale e del bando di gara ove hanno stabilito che nella parte centrale della giornata (9.30 - 15.30) il rapporto personale - bambini dovesse essere pienamente assicurato.

Da ciò consegue, in conclusione, che il punteggio tecnico previsto per questa parte dell’offerta avrebbe dovuto essere assegnato ai concorrenti in base alla miglior proposta di articolazione del personale educativo nelle sole fasce flessibili di presenza, ferma restando la necessità di assicurare per la fascia oraria centrale il numero di 5 educatori presso l’asilo Rosmini e di 3 educatori presso l’asilo di Marco.

7. Alla luce di quanto esposto, il ricorso incidentale è fondato.

Difatti, è incontrovertibile che l’offerta presentata dalle società Asilo Infantile Rosmini non rispetti il parametro minimo stabilito nel regolamento comunale e nel bando di gara quanto al ricordato

rapporto in fascia non flessibile, posto che presso l'asilo Rosmini è stata prevista la presenza di soli 4 educatori, anziché 5, dalle ore 12.00 alle ore 13.30 e che presso l'asilo Marco è stata prevista la presenza di soli 2 educatori, anziché 3, dalle ore 12.30 alle ore 13.00.

8. Non giova alle ricorrenti sostenere che trattasi del “*momento del sonno dei bambini?*”: si tratta di asserzione indimostrata, comunque astratta ed eventuale e non legata ad alcun fatto notorio.

Né torna utile alle deducenti affermare che presso l'asilo Rosmini si può fronteggiare alla mancanza di un educatore per un'ora e mezzo al giorno avvalendosi del supporto del coordinatore interno assunto a 38 ore settimanali.

Da un lato, infatti, ciò contrasta apertamente con quanto offerto in sede di gara, ove era stato precisato che il coordinatore interno sarebbe stato unico per i due asili nido, che avrebbe svolto funzioni “*esclusivamente*” di coordinamento, che presso l'asilo Rosmini sarebbe stato presente ogni giorno dalle ore 10.00 alle ore 16.00 e che non avrebbe “*ricoperto ruoli educativi in caso di assenze ma provvederà ad organizzare la necessaria copertura*”. Per altro verso, dall'impropria assegnazione al coordinatore di regolari mansioni quotidiane di educatore deriva che detta figura verrebbe distolta per 7 ore e mezzo alla settimana dalle sue diverse mansioni come dichiarate in sede di partecipazione alla gara.

Non considerando poi che presso l'asilo di Marco lo stesso coordinatore è presente quotidianamente solo dalle 8.00 alle ore 10,00 e che ciò esclude - in punto di fatto - che egli possa sopperire alla

manca di un educatore dalle ore 12.30 alle ore 13.00 (cfr., offerta tecnica delle ricorrenti, doc. n. 18 in atti del Comune).

A ciò si soggiunge che gli artt. 19, comma 3, e 20 del già citato regolamento comunale sugli asili nido da un lato assegnano al coordinatore il compito di sostituire le “*assenze brevi*” degli educatori e non la carenza numerica in organico degli stessi, e, per altro profilo, stabiliscono che la sostituzione del personale educativo assente avvenga in presenza di un determinato rapporto tra il numero di bambini frequentanti e il numero di unità di personale educativo presente, escluso comunque dal conteggio il coordinatore del nido d’infanzia.

Irrilevante è anche l’affermazione che le imprese ricorrenti, essendosi impegnate in sede di partecipazione alla gara ad adeguare gli orari del personale al fine di garantire nel corso della gestione il mantenimento del prestabilito rapporto educatori - bambini, abbiano stipulato nello scorso mese di settembre, dopo l’affidamento temporaneo del servizio di causa, contratti di lavoro con espressi impegni ad accettare prestazioni di lavoro supplementare, “*garantendo in questo modo la copertura di questa eventuale mezz’ora*” (cfr., pag. 12 della memoria di data 20.11.2012).

È evidente infatti, che si tratta di un impegno relativo alla fase esecutiva del servizio ma estraneo all’offerta tecnica che, perciò, non ne elimina la difformità rispetto al disposto del regolamento comunale del 6.5.2008 e del bando di gara ma, anzi, costituisce prova della non osservanza del predetto parametro minimo al momento

della partecipazione.

9. In definitiva, il ricorso incidentale proposto dal controinteressato raggruppamento aggiudicatario è fondato e, per l'effetto, la commissione di gara avrebbe dovuto escludere l'offerta delle ricorrenti principali, poiché, appunto, non rispettosa del rapporto personale educativo - bambini essenziale per un'utenza particolarmente debole e perciò vulnerabile.

L'inosservanza delle prescrizioni del bando di gara comporta infatti l'esclusione dal confronto quando si tratti, come nel caso di specie, di prescrizioni previste dall'Amministrazione in sede regolamentare e che sono essenziali a garantire il corretto svolgimento della gestione dei nidi perché rispondono ad un particolare (e, in questo caso, particolarmente delicato) interesse della Pubblica amministrazione appaltante.

10. Il ricorso incidentale va dunque accolto, con assorbimento delle censure non esaminate. Ciò determina il venire meno del titolo di partecipazione su cui si basa la legittimazione al ricorso principale, il quale risulta, di conseguenza, improcedibile : cfr., C.d.S., Ad. Pl., n. 4 del 2011, cit.

11. La menzionata decisione dell'Adunanza Plenaria è, infatti, pervenuta alla conclusione che chi ha illegittimamente partecipato ad una gara non ha titolo per contestare l'aggiudicazione della stessa gara ad un altro soggetto. Invero, vi è chi ha visto in detta conclusione l'applicazione dell'antico brocardo, relativo alla disciplina del possesso: *in pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis*

(ovviamente sostituendo il termine *turpitudinis* con “illegittimità” nonché il termine *possidentis* con “offerta economica più vantaggiosa” e quindi aggiudicataria). Tuttavia, vale in proposito rammentare che, in base alla disciplina generale del processo, l’esame pregiudiziale del ricorso incidentale introduce una questione di merito che si traduce in una questione di rito (del ricorso principale) non rilevabile d’ufficio, ma che comporta comunque la piana applicazione del principio del diritto processuale amministrativo per cui il merito del giudizio, ossia la legittimità dell’aggiudicazione, è valutabile solo in presenza di un ricorso principale ammissibile.

12. Quanto alle spese del giudizio sussistono le ragioni - a fronte dell'accoglimento del ricorso incidentale e della singolare, in punto di fatto, vicenda di causa che ha visto due impugnative reciprocamente escludenti per la stessa questione - per disporre la loro compensazione.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento (Sezione Unica)

definitivamente pronunciando sul ricorso n. 227 del 2012,

- quanto al ricorso incidentale, lo accoglie;
- per l’effetto, dichiara improcedibile il ricorso principale.

Compensa le spese di giudizio.

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

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 6 dicembre

2012 con l'intervento dei magistrati:

Armando Pozzi, Presidente

Lorenzo Stevanato, Consigliere

Alma Chietтини, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/12/2012

IL SEGRETARIO

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