



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia**

**(Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1726 del 2010 proposto da Consorzio Solaris Sicilia Soc. Coop. Sociale a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Pietro Gurrieri, ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Franco Giordano, sito in Palermo, via Sciuti, n. 55;

***contro***

il Comune di Caltanissetta in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Andrea Scuderi ed elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv. Lelio Gurrera, sito in Palermo, via Arimondi, n. 2Q;

***per l'annullamento:***

- della determina dirigenziale n. 102 del 31/8/2010 con cui è stata ritirata la determina di approvazione del bando e del capitolato speciale nonché la determina di aggiudicazione disposta in favore del

Consorzio Solaris dell'appalto per il servizio di gestione per 73 mesi degli asili nido comunali e per l'effetto si è preso atto dell'invalidità ed inefficacia della convenzione successivamente stipulata;

- della nota prot. n. 8409 del 5/10/2010 di conferma dell'atto impugnato ai sensi dell'art. 243 *bis* d.lgs. n. 163 del 2006;

- nonché per il risarcimento dei danni subiti e subendi;

Visto il ricorso introduttivo del giudizio, con i relativi allegati;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati;

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

Vista la memoria prodotta in giudizio dal ricorrente in vista della discussione dell'istanza cautelare;

Vista l'ordinanza del T.a.r. Sicilia, Palermo, sez. III, n. 1016/2010;

Viste le memorie conclusive e quelle di replica depositate in giudizio dalle parti in vista della discussione del ricorso nel merito;

Visti gli atti tutti del giudizio;

Relatore nella udienza pubblica del giorno 11 febbraio 2011 il Cons.

Federica Cabrini;

Uditi i difensori delle parti, come da verbale;

Visto il dispositivo di sentenza n. 286/2011;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

## FATTO

Con ricorso - notificato in data 8/10/2010 e depositato in data 12/10/2010 – il Consorzio ricorrente ha impugnato gli atti in epigrafe

indicati, aventi ad oggetto l'annullamento della gara per l'affidamento del servizio di gestione – per 73 mesi – degli asili nido comunali da aggiudicarsi secondo l'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 83 d.lgs. n. 163/2006, per un importo di € 3.240.000,00, gara aggiudicata alla ricorrente, assegnataria del contratto stipulato in data 4/11/2008.

Avverso gli atti impugnati deduce le seguenti censure:

1) *Violazione e falsa applicazione degli artt. 8 e 9 l.r. n. 10/91 – Violazione dell'art. 24 Cost. – Vizio del procedimento*, atteso che l'atto impugnato in via principale (determina dirigenziale n. 102/2010 con cui è stata ritirata la determina di approvazione del bando e del capitolato speciale, nonché la determina di aggiudicazione della gara) è stato adottato prima della comunicazione di avvio del procedimento di autotutela e tale non può essere considerata la nota del Comune del 28/6/2010, prot. n. 5768.

Il Comune non ha neppure consentito al ricorrente di svolgere alcuna difesa, concedendo un termine di appena tre giorni, successivo all'accesso agli atti che avevano dato origine ai ripensamenti della p.a., per la produzione di una memoria;

2) *Violazione dell' art. 3 l. n. 241/1990 e l.r. n. 10/1991 – Carenza di motivazione – Violazione per falsa applicazione dell'art. 21 nonies l. n. 241/1990 – Violazione per mancata applicazione dell'art. 1, c. 1, l. n. 241/1990 – Mancata considerazione dell'interesse pubblico all'annullamento e mancata ponderazione degli interessi coinvolti*, atteso che nessuna motivazione dell'atto di annullamento viene data né con riferimento

al lasso di tempo decorso dal consolidamento dell'assetto ritenuto legittimo, né con riferimento alla prevalenza dell'interesse pubblico all'annullamento, rispetto a quello del privato al suo mantenimento;

3) *Violazione e falsa applicazione dell'art. 240 d.lgs. n. 163/2006 – Eccesso di potere – Eccesso di potere per mancata tutela dell'affidamento del contraente*, atteso che, con riferimento alle riserve sulle somme spettanti al Consorzio aggiudicatario, era stato raggiunto un accordo tra le parti, ai sensi dell'art. 240 d.lgs. n. 163/2006 (v. nota del Dirigente del Servizio Affari Sociali Comune 16/1/2009, prot. n. 1), con cui si accedeva ad una interpretazione del bando, poi disattesa negli atti impugnati;

Nel merito si lamenta poi la illegittimità degli atti impugnati per:

4) *Violazione e falsa applicazione dell'art. 29, c. 3, d.lgs. n. 163/2006 – Violazione e falsa interpretazione dell'art. 1 del bando e degli artt. 1, 2, 7, 12, 14 e 24 del Capitolato, nonché dell'art. 86, c. 3 bis, e dell'art. 115 d.lgs. n. 163/2006 e dei principi in materia di tutela dei lavoratori nei pubblici appalti – Violazione e mancata considerazione degli atti di programmazione consiliari – Eccesso di potere per sviamento, travisamento, perplessità, difetto di istruttoria, contraddittorietà, illogicità, ingiustizia – Violazione dell'art. 12 delle disposizioni preliminari al c.c. e dei principi in materia di interpretazione degli atti amministrativi*;

5) *Violazione e falsa applicazione dell'art. 1, c. 2, e dell'art. 29 l. n. 276/03 – Falsa interpretazione ed omessa considerazione degli artt. 2, 5, 7, 8, 9, 11, 13, 14, 15, 24, 28 e 29 del c.s.a. e dell'art. 28, par. 5, e 8, dell'offerta tecnica, nonché dell'art. 86, c. 3 bis, e dell'art. 115 d.lgs. n. 163/2006 e dei principi in*

*materia di tutela dei lavoratori nei pubblici appalti – Eccesso di potere per sviamento, travisamento, perplessità, difetto di istruttoria, contraddittorietà, illogicità, ingiustizia - Violazione dell'art. 12 delle disposizioni preliminari al c.c. e dei principi in materia di interpretazione degli atti amministrativi;*

6) *Violazione dell'art. 86, c. 3 bis, e dell'art. 115 d.lgs. n. 163/2006 e dei principi in materia di tutela dei lavoratori nei pubblici appalti – Eccesso di potere per sviamento, travisamento, perplessità, difetto di istruttoria, contraddittorietà, illogicità, ingiustizia - Violazione dell'art. 12 delle disposizioni preliminari al c.c. e dei principi in materia di interpretazione degli atti amministrativi;*

7) *Eccesso di potere per perplessità, arbitrarietà e difetto di istruttoria – Violazione dell'art. 12 delle disposizioni preliminari al c.c. e dei principi in materia di interpretazione degli atti amministrativi – Irrilevanza;*

8) *Falsa interpretazione dell'art. 16 del Regolamento comunale dei contratti e dell'art. 13 l.r. n. 30/2000, in relazione all'art. 6, c. 2, l. n. 127/97 e dell'art. 107 del d.lgs. n. 267/2000 – Eccesso di potere;*

9) *Violazione dell'art. 86, c. 3 bis, e dell'art. 115 d.lgs. n. 163/2006 e dei principi in materia di tutela dei lavoratori nei pubblici appalti - Eccesso di potere per sviamento, travisamento, perplessità, difetto di istruttoria, contraddittorietà, illogicità, ingiustizia - Violazione dell'art. 12 delle disposizioni preliminari al c.c. e dei principi in materia di interpretazione degli atti amministrativi.*

Si sostiene in particolare:

a) che la base d'asta è congrua rispetto alla consistenza delle prestazioni del c.s.a. ed in particolare i costi fissi del servizio.

Invero, negli stessi atti di programmazione del Comune (v. relazioni previsionali e programmatiche allegate al bilancio di previsione 2008 e

a quello del 2009) il Consiglio Comunale riconosce che, per gli asili nido, le spese per il personale a carico del Comune sono insostenibili, di talché è necessario far ricorso alla richiesta di finanziamenti statali e regionali.

Il bando è quindi stato adottato con un importo rapportato alle somme disponibili, salvo l'ampliamento al momento dell'arrivo dei finanziamenti esterni.

D'altra parte, non è stata fatta nessuna sottostima della base d'asta; semplicemente si è deliberato di indire la gara nel presupposto di non coprire immediatamente tutti i posti disponibili negli asili (essendo altrimenti solo gli oneri incompressibili pari a € 4.376.748,00, somma di gran lunga superiore alla base d'asta).

Ciò si desume da varie norme del bando e del capitolato (in particolare l'art. 24 c.s.a.).

Segue da ciò che la maggiore spesa rispetto alle previsioni è stata determinata dalla decisione delle amministrazioni succedutesi, che hanno ritenuto di allocare nelle strutture un numero di utenti sopradimensionato rispetto alle risorse disponibili.

La congruità della base d'asta si desume anche dalla reiterazione della stessa nella gara successivamente bandita;

b) che non è dubbia la genuinità dell'appalto ai sensi dell'art. 29 l. n. 276/2003 in quanto non vi è una etero-direzione del servizio da parte dell'amministrazione appaltante né un correlativo azzeramento del rischio d'impresa dell'aggiudicatario.

Si osserva in primo luogo che ai sensi dell'art. 1, c. 2, d.lgs. n.

276/2003 le norme ivi contenute non si applicano alle pp.aa.

D'altra parte, varie statuizioni del c.s.a. (riprodotte identiche con riferimento alla nuova gara bandita nel 2010, il che denota la contraddittorietà dell'agire della p.a. e il riconoscimento della legittimità anche della gara di cui trattasi) comprovano la genuinità dell'appalto (v. artt. 2, 5, 7, 9, 11, 13, 14 e 28) e l'esistenza del rischio di impresa (v. artt. 11, 15, 21, 24, 28 e 29);

c) che l'offerta tecnica della ricorrente è congrua rispetto alle prescrizioni del c.s.a. ed alle condizioni economiche poste in gara.

Secondo la stazione appaltante l'offerta della ricorrente escluderebbe qualsiasi redditività dell'operazione.

Si osserva al contrario che per le società senza scopo di lucro, come la ricorrente, l'*utilitas* deriva anche dal semplice accrescimento curriculare e che varie consorziate già operano nel settore di talché è stato possibile un grosso contenimento dei costi.

D'altra parte, per quanto attiene al costo del personale, il Comune parte dall'errato presupposto che si dovessero coprire tutti i posti disponibili negli asili nido, il che non poteva essere in assenza di finanziamenti esterni;

d) che la stipula della convenzione è legittima alla luce del pronunciamento (sia pur cautelare) del C.g.a. che, in riforma dell'ordinanza n. 980/2008 del T.a.r. Catania, ha giudicato illegittima l'esclusione dell'offerta della ricorrente dalla gara;

e) che il contratto è legittimo anche se stipulato dal Dirigente, anziché dal Segretario Comunale. D'altra parte, quand'anche così non fosse

basterebbe riadottare l'atto con le forme di rito;

f) che se il contratto (predisposto unilateralmente dal Comune) prevede un ampliamento del personale di 6 unità e un aumento a 36 ore dell'orario settimanale, in violazione dell'art. 11 r.d. 2440/1923 e in contrasto con quanto prescritto dalla *lex specialis* di gara, ciò non può addebitarsi alla condotta Consorzio, ma a quella del Comune, il quale ha peraltro rifiutato l'offerta del Consorzio di modificare il contratto riducendo, da un lato, l'utenza e, dall'altro lato, il monte orario e il numero degli operatori.

Pertanto, anziché ritirare il contratto, basterebbe modificarlo.

L'accoglimento delle censure dedotte comporta l'illegittimità del provvedimento di ritiro della determina di aggiudicazione e del contratto;

10) In via subordinata, si lamenta la *Violazione degli artt. 11 e 12 d.lgs. n. 163/2006 in relazione all'avvenuta sottoscrizione del contratto – Violazione degli artt. 1341, 1342 e 1372 c.c. in relazione alla mancata proposizione della domanda costitutiva da parte della p.a. – Violazione della direttiva ricorsi 2007/66/CE – Eccesso di potere per sviamento, ingiustizia, anche in relazione agli artt. 22 e 23 c.c. – Incompetenza e difetto assoluto di attribuzione – Eccesso di potere – Omessa statuizione in ordine alle poste economiche da corrispondere sulla base del contratto dichiarato inefficace e dell'indennizzo e violazione delle disposizioni civilistiche in materia di arricchimento senza causa – Illegittimità derivata degli atti impugnati*, atteso che quand'anche siano fondati i denunciati vizi della procedura di evidenza pubblica, il contratto continua a produrre i suoi effetti finché non sia travolto da un'azione

di annullamento davanti al g.a.

Nel caso di specie non ricorre alcuna delle violazioni gravi che, ai sensi della Direttiva ricorsi, giustifica l'annullamento del contratto.

D'altra parte, tenuto conto dell'estraneità del ricorrente ai fatti di causa, si chiede al giudice adito, di conservarne, comunque, l'efficacia.

In ogni caso, spetta al ricorrente il pagamento delle prestazioni eseguite e l'indennizzo per il ritiro del contratto.

Conclude per l'accoglimento del ricorso ed il risarcimento del danno, tanto in caso di accoglimento che di rigetto della domanda di annullamento.

Formula altresì richieste istruttorie.

Si è costituito in giudizio il Comune di Caltanissetta per resistere al ricorso.

Con memoria depositata in giudizio in data 17/11/2010 parte ricorrente ha insistito per la concessione della misura cautelare.

Con ordinanza n. 1016/2010 è stata fissata l'udienza per la discussione del ricorso nel merito.

Con memorie difensive depositate, rispettivamente, in data 11/1/2011 e 26/1/2011, le parti hanno insistito nelle proprie tesi difensive.

In data 31/1/2011 parte ricorrente ha depositato memoria di replica alla memoria difensiva del Comune.

Alla pubblica udienza del giorno 11/2/2011, presenti i difensori delle parti costituite, la causa è stata discussa ed il ricorso è stato trattenuto in decisione.

In data 15 febbraio 2011 è stato depositato il dispositivo (n. 286/2011) della presente sentenza.

## DIRITTO

1. Rileva in via preliminare il Collegio che effettivamente, per come correttamente osservato dalla difesa di parte ricorrente nella memoria depositata in data 11/1/2011, la procedura di gara di cui trattasi ha avuto luogo prima dell'entrata in vigore della l.r. 20 novembre 2008, n. 15, il cui art. 2 sanziona con la nullità i bandi di gara relativi ad appalti di importo superiore a € 100.000,00 nei quali sia omessa l'indicazione del numero di conto corrente unico sul quale devono confluire le somme relative all'appalto stesso.

Il bando di gara, sotto tale profilo, non è quindi affetto da nullità.

2.1. Con il primo motivo di ricorso (*Violazione e falsa applicazione degli artt. 8 e 9 l.r. n. 10/91 – Violazione dell'art. 24 Cost. – Vizio del procedimento*), si sostiene che il provvedimento dirigenziale n. 102/2010, con il quale è stata ritirata la determina di approvazione del bando e del capitolato speciale, nonché la determina di aggiudicazione della gara, è stato adottato prima della comunicazione di avvio del procedimento di autotutela.

Si sostiene poi che la nota del Comune del 28/6/2010, prot. n. 5768 non può comunque essere considerata comunicazione di avvio del procedimento.

Si lamenta infine che il Comune non avrebbe neppure consentito al ricorrente di svolgere alcuna difesa, concedendo un termine di appena tre giorni, successivo all'accesso agli atti che avevano dato origine ai

ripensamenti della p.a., per la produzione di una memoria.

Ritiene il Collegio che le censure dedotte siano infondate.

Appare incontestato tra le parti che il ricorrente abbia ricevuto in data 1/7/2010 una nota dal Comune di Caltanissetta (nota prot. n. 5768 del 28/6/2010) che recita: *“In riferimento al servizio in oggetto, si comunica che questa Amministrazione ha avviato il procedimento di riesame degli atti inerenti l'appalto di cui codesto Consorzio risulta aggiudicatario, ivi compresi quelli relativi al bando ed agli altri documenti di gara. Nel documento allegato vengono evidenziate le tematiche sulle quali si vuole procedere al riesame. Codesto Consorzio potrà produrre memorie nel termine di giorni 15 dalla data di ricevimento della presente nota.”*.

Le parti producono poi due documenti completamente diversi indicandoli come allegati alla citata nota.

Secondo la prospettazione di parte ricorrente, alla nota di comunicazione di avvio del procedimento sarebbe stato allegato un documento intitolato: *“Relazione asili nido”* recante data 13/5/2010 e n. prot. 32100/int. che altro non sarebbe se non la relazione predisposta, su richiesta dal Sindaco, da una commissione all'uopo nominata per fornire elementi conoscitivi in ordine alle modalità dell'affidamento ed della conduzione del servizio di gestione degli asili nido comunali, nonché in ordine alle connesse problematiche finanziarie (v. all. n. 15 di parte resistente).

Secondo la prospettazione di parte resistente, invece, alla nota di comunicazione di avvio del procedimento sarebbe stato allegato un documento intitolato: *“Servizio di gestione degli asili nido Comunali – Avvio*

*del procedimento*”, senza data, ed indirizzato proprio al Consorzio Solaris, contenente gli elementi di cui all’art. 8 l. n. 241/1990 ed in particolare: l’indicazione dei punti controversi, oggetto del procedimento di riesame; il termine per la presentazione di memorie, il nominativo del responsabile del procedimento e l’ufficio per la visione degli atti (v. all. n. 9 di parte resistente).

Il Collegio non ha elementi per ritenere infondata l’una o l’altra prospettazione ancorché appaia più plausibile che il documento allegato alla nota di comunicazione di avvio del procedimento sia proprio quello offerto in produzione dal Comune resistente perché alla luce del suo specifico contenuto non si vedrebbe altrimenti ragione della sua redazione, se non a voler pensare che sia stato artatamente creato per la difesa in giudizio, il che appare, francamente eccessivo.

D’altra parte, la difesa di parte ricorrente non contesta l’esistenza del documento di cui trattasi limitandosi a dire, nella memoria dell’11/1/2011, che non si tratterebbe del documento allegato alla nota 5678/2010 e, nella replica del 31/1/2011, ad assumere di non averne mai avuto conoscenza (affermazione, quest’ultima, che peraltro non può essere condivisa, posto che detto documento è stato comunque prodotto in giudizio dal Comune in data 17/11/2010 e non immediatamente contestato da parte ricorrente).

Segue da ciò che vi sono indizi gravi, precisi e concordanti che, ai sensi dell’art. 2727 c.c., consentono al Collegio di presumere che il documento allegato alla nota prot. n. 5678/2010, sia quello prodotto

in giudizio dal Comune di Caltanissetta.

Osserva peraltro il Collegio che, ai sensi dell'art. 21 *octies*, c. 2, ult. parte, della legge 241/1990 il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento, qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

Detta previsione appare applicabile al caso di specie integrante attività di carattere discrezionale (v. T.a.r. Lazio, sez. III, 9 marzo 2009, n. 2372).

Invero, per come si dirà con riferimento alle censure relative al merito del provvedimento impugnato (v. motivi da 4 a 10), l'Amministrazione non poteva che procedere al ritiro della *lex specialis* della procedura e, per l'effetto, del contratto sulla base di essa stipulato.

Si rinvia in proposito al punto 3 della motivazione.

2.2 Con il secondo motivo di ricorso (*Violazione dell' art. 3 l. n. 241/1990 e l.r. n. 10/1991 – Carenza di motivazione – Violazione per falsa applicazione dell'art. 21 nonies l. n. 241/1990 – Violazione per mancata applicazione dell'art. 1, c. 1, l. n. 241/1990 – Mancata considerazione dell'interesse pubblico all'annullamento e mancata ponderazione degli interessi coinvolti*), si sostiene che nessuna motivazione dell'atto di annullamento viene data né con riferimento al lasso di tempo decorso dal consolidamento dell'assetto ritenuto legittimo, né con riferimento alla prevalenza dell'interesse pubblico all'annullamento, rispetto a

quello del privato al suo mantenimento.

Osserva al contrario il Collegio che nel provvedimento impugnato si legge: *“dato atto che l'adozione di provvedimenti in autotutela rappresenta un potere/dovere in capo alla stazione appaltante e di competenza del responsabile che ha adottato l'atto di avvio della procedura da esplicarsi in qualsiasi momento nel corso della stessa quando si manifestino dei vizi i quali possono pregiudicare i principi che sottendono alle procedure di evidenza pubblica quali quelli della parità e della concorrenzialità”*.

Rileva pertanto il Collegio che il Dirigente ha dato conto tanto dell'interesse pubblico all'annullamento - dato dalla esistenza di vizi della procedura in grado di pregiudicare i fondamentali principi di parità e concorrenzialità che presiedono alle gare di evidenza pubblica – che del profilo temporale, avendo fatto riferimento al fatto che la procedura, al momento dell'annullamento, stava ancora esplicando i suoi effetti (e lo avrebbe fatto ancora per lungo tempo essendo un servizio della durata di mesi 73).

Segue da ciò l'infondatezza anche del secondo motivo di ricorso.

2.3. Con il terzo motivo di ricorso (*Violazione e falsa applicazione dell'art. 240 d.lgs. n. 163/2006 – Eccesso di potere – Eccesso di potere per mancata tutela dell'affidamento del contraente*), si sostiene che, con riferimento alle riserve sulle somme spettanti al Consorzio aggiudicatario, era stato raggiunto un accordo tra le parti, ai sensi dell'art. 240 d.lgs. n. 163/2006 (v. nota del Dirigente del Servizio Affari Sociali Comune 16/1/2009, prot. n. 1), con cui si accedeva ad una interpretazione del bando, poi disattesa negli atti impugnati.

La tesi del ricorrente non può essere certo condivisa se si considera che l'art. 240 d.lgs. n. 163/2006 individua un procedimento oltremodo articolato per risolvere le contestazioni in ordine alle riserve tempestivamente iscritte nei documenti contabili, procedimento che si conclude con un verbale, redatto a cura del responsabile del procedimento e sottoscritto da ambo le parti, il quale ha valore di transazione.

E' incontrovertito che nel caso di specie nulla di tutto ciò si è verificato, di talché non può dirsi essere stato raggiunto alcun accordo fra le parti sulle maggiori somme asseritamente spettanti al ricorrente per il servizio espletato.

Segue da ciò l'infondatezza anche del terzo motivo di censura procedimentale.

3. E' quindi ora possibile passare al vaglio delle censure che attengono al merito del provvedimento di autotutela impugnato.

Osserva il Collegio che detto provvedimento, ampiamente motivato, è sorretto da una pluralità di profili motivazionali, di talché è sufficiente che anche uno solo di essi sia fondato per sorreggere la legittimità del provvedimento impugnato.

Tra i vari profili, quello che appare assumere carattere assorbente, è quello che attiene alla congruità della base d'asta rispetto alle prestazioni oggetto del c.s.a.

Orbene, si legge nel provvedimento impugnato: *“la base d'asta fissata nei documenti di gara è apparsa clamorosamente sottodimensionata rispetto a quanto necessario per l'espletamento del servizio; invero, a fronte di una base*

*d'asta fissata in 500.000 euro annui, i costi in effetti sostenuti nel periodo di svolgimento del servizio ammontano a pressoché il doppio.”*

In particolare la base d'asta (in tutto € 3.240.000,00 per 73 mesi, distinti su base annua n € 500.000,00 per il trattamento economico degli operatori utilizzati e € 40.000,00 per organizzazione e progettazione) è risultata insufficiente rispetto alla spesa per il personale, che ammonta ad oltre € 1.000.000,00 annui (ammontare che appare incontestato tra le parti). Detta spesa è rapportata alla ricettività delle strutture fissata in complessivi 164 posti, per come previsto dal c.s.a.

Spetta quindi al Collegio determinare, alla luce delle censure dedotte da parte ricorrente e delle difese di parte resistente, se vi sia effettivamente una incongruità della base d'asta, ovvero se l'Amministrazione abbia di fatto preteso, senza ragione, l'esecuzione di prestazioni maggiori rispetto a quanto previsto dalla *lex specialis* della procedura.

Sostiene la ricorrente che la base d'asta è congrua rispetto alla consistenza delle prestazioni del c.s.a. ed in particolare i costi fissi del servizio.

Richiama a tal fine le varie previsioni del bando e del c.s.a. (in particolare l'art. 24) per comprovare che il Comune, in linea con i propri atti di programmazione e con i limiti di bilancio, avrebbe deliberato di indire la gara nel presupposto di non coprire immediatamente tutti i posti disponibili negli asili (essendo altrimenti solo gli oneri incompressibili pari a € 4.376.748,00, somma di gran

lunga superiore alla base d'asta), di talché la maggiore spesa rispetto alle previsioni sarebbe stata determinata esclusivamente dalla decisione di allocare nelle strutture un numero di utenti sopradimensionato rispetto alle risorse disponibili.

Osserva, infine che la congruità della base d'asta si desume anche dalla reiterazione della stessa nella gara successivamente bandita.

Ritiene il Collegio che le censure dedotte non siano meritevoli di accoglimento.

Il c.s.a., dopo aver individuato i posti disponibili presso ciascuna struttura (in totale 176), specifica all'art. 2, recante l'indicazione dei *“Servizi richiesti”*, che gli *“asili nido, previsti in atto per 114 + 50 posti, potranno essere aumentati fino alla capienza massima consentita dalle norme vigenti in relazione alla superficie complessiva dei locali da ristrutturare ed adeguare”*.

All'art. 24, avente ad oggetto la *“Liquidazione del corrispettivo”*, si legge poi: *“La ditta aggiudicataria dovrà presentare, alla fine di ogni mese, la fattura per il servizio effettuato nel mese stesso, con l'indicazione dei bambini presenti; ... le riduzioni o gli aumenti di attività entro il 5% delle previsioni del presente capitolato non danno luogo a variazione in più o in meno di quanto pattuito. Qualora dovesse verificarsi una variazione superiore a detta percentuale, l'Amministrazione si riserva, dopo il 31/12/2009, di modificare le condizioni contrattuali proporzionando il personale alle effettive presenze stabilmente accertate.”*.

Orbene, ritiene il Collegio, alla luce del combinato disposto delle previsioni appena richiamate che non possa revocarsi in dubbio che il

Comune volesse ottenere il servizio per non meno di 164 bambini, salvo riservarsi di aumentare il numero degli utenti fino alla capienza massima delle strutture (in atto 176, ma in potenza, anche in numero maggiore) e di pervenire quindi ad una modifica degli importi spettanti laddove l'attività si fosse incrementata di più del 5%.

Da nessuna previsione, né del bando, né del capitolato è data invece desumere l'intenzione del Comune di occupare solo il 50% dei posti disponibili, atteso che appare incontestato tra le parti che a fronte di una spesa per il personale di circa € 500.000,00 tanta poteva essere la capienza massima consentita all'interno degli asili comunali.

Lo stesso buon senso induce ad escludere che il Comune avrebbe bandito una gara sottodimensionando a tal punto la capienza delle proprie strutture.

Segue da ciò che la delibera impugnata si deve ritenere sufficientemente e congruamente motivata in ordine alla ragione che, in via principale, ha giustificato l'annullamento degli atti di gara.

Invero, la congruità del prezzo rispetto alla natura, all'oggetto ed alle caratteristiche del contratto costituisce parametro fondamentale per garantire la serietà della gara dovendo l'attività contrattuale della p.a. svolgersi nel rispetto dei principi di economicità e, per l'effetto, di serietà delle offerte così da garantire la *par condicio* tra gli offerenti.

D'altra parte, ad avviso del Collegio, la reiterazione dell'errore da parte della stazione appaltante in un successivo bando di gara può essere oggetto di autonoma azione di annullamento, anche in autotutela di quella gara, ma non può costituire ragione di

accoglimento della opposta tesi della congruità della base d'asta nella gara di cui trattasi nel presente ricorso.

Dall'annullamento in autotutela della *lex specialis* della procedura non può che derivarne, per l'effetto, l'inefficacia anche del contratto, non essendo peraltro applicabili le previsioni di cui alla Direttiva 2007/66/CE (ora contenute nell'art. 122 c.p.a.) relative alla diversa ipotesi di annullamento dell'aggiudicazione da parte del giudice.

Detta inefficacia, però, non produce effetto sulle prestazioni già eseguite, che rimangono comunque salve trattandosi di un negozio di durata (v. Cons. Stato, sez. V, 28 maggio 2004, n. 3465).

4. E' possibile passare ora al vaglio delle domande risarcitorie proposte da parte ricorrente.

Ad avviso del ricorrente anche in caso di rigetto della domanda di annullamento, spetta il risarcimento del danno ai sensi degli artt. 2043 e 1337 c.c., danno che viene collegato alla violazione dei canoni di correttezza e buona amministrazione della p.a. ed alle negligenze dalla stessa commesse.

Il danno viene quantificato dal Consorzio ricorrente come danno emergente, cioè come la differenza tra gli importi corrisposti e le fatture prodotte dalla stipula del contratto al ritiro degli atti di gara, oltre accessori come per legge.

Si chiede poi l'indennizzo ai sensi dell'art. 2041 c.c. e il risarcimento per il danno all'immagine, da liquidarsi in via equitativa, e per il danno curriculare, quantificato tra l'1 e il 5% dell'importo dell'appalto.

Ritiene il Collegio che la domanda risarcitoria vada accolta, sia pur nei

limiti qui di seguito specificati, a titolo di responsabilità precontrattuale.

Invero, ad avviso del Collegio, la legittimità dell'intervento in autotutela non esclude l'illiceità civile della condotta serbata dal Comune - contraente imperito responsabile ai sensi degli artt. 1337 e 1338 c.c. - per aver tenuto un comportamento negligente con riferimento all'originaria indizione di gara in base ad una *lex specialis* illegittima in quanto contenente una base d'asta per sua stessa ammissione "*clamorosamente sottodimensionata*" rispetto all'oggetto dell'appalto. Il Comune va quindi ritenuto responsabile per aver indotto in errore il Consorzio Solaris sulla validità della gara e del contratto.

L'originaria illegittimità del bando - che è poi la stessa che ha dato giusta causa all'esercizio del potere di autotutela - ha sicuramente cagionato un danno in capo all'aggiudicatario, il quale però ad avviso del Collegio avrebbe potuto rendersi conto, con l'ordinaria diligenza, dell'incongruità della base d'asta ed intervenire sulla stazione appaltante ancor prima della presentazione dell'offerta.

Per quanto attiene alla quantificazione del danno, osserva il Collegio che la responsabilità precontrattuale dà diritto al risarcimento del danno nei limiti dell'interesse negativo, cioè del ristoro del tempo, del denaro e delle occasioni perdute per aver partecipato ad una gara illegittimamente bandita e, in quanto tale, legittimamente annullata.

Detto danno può liquidarsi in via equitativa, ai sensi dell'art. 1226 c.c., e tenendo conto del concorso di colpa della parte ricorrente, in €

10.000,00 (diecimila), oltre interessi legali dalla data di aggiudicazione del contratto (che ha concretizzato la condotta illecita) al soddisfo.

Nessun altro danno, né all'immagine, né curriculare, spetta invece, tenuto conto della legittimità dell'atto di ritiro.

Per quanto attiene, infine, all'azione volta ad ottenere il pagamento delle prestazioni effettivamente eseguite dal Consorzio Solaris fino alla determinazione di ritiro degli atti di gara, ritiene il Collegio che essa sia sottratta alla giurisdizione del g.a. in quanto connessa agli effetti esecutivi di un contratto di durata, che, seppur ora divenuto inefficace per effetto del provvedimento di autotutela, ha comunque costituito titolo per l'effettiva erogazione del servizio di gestione degli asili nido comunali, servizio dei quali il Comune si è concretamente avvalso (v. Cass. civ., s.u., 18 novembre 2010, n. 23284).

5. Segue dalle considerazioni che precedono che il ricorso:

- quanto alla domanda di annullamento degli atti di gara, deve essere rigettato;
- quanto alla domanda di risarcimento del danno, deve essere accolta nei limiti di cui in motivazione;
- quanto alla domanda di pagamento delle prestazioni eseguite, deve essere dichiarata inammissibile per difetto di giurisdizione del g.a. adito, fermi restando gli effetti della stessa, ai sensi dell'art. 59, c. 2, l. n. 69/2009, e dell'art. 11, c. 2, c.p.a., laddove essa venga riproposta al giudice ordinario entro il termine perentorio di tre mesi dal passaggio in giudicato della presente sentenza, salve eventuali preclusioni e decadenze eventualmente già intervenute.

Tenuto conto della soccombenza parziale reciproca, sussistono le eccezionali ragioni di cui all'art. 92, c. 2, c.p.c. per poter compensare tra le parti le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando, sul ricorso in epigrafe indicato:

- 1) rigetta la domanda di annullamento;
- 2) accoglie, nei limiti di cui in motivazione, la domanda di risarcimento del danno, e, per l'effetto, condanna il Comune di Caltanissetta al pagamento di € 10.000,00 (Euro diecimila/00), oltre interessi legali dalla data di aggiudicazione del contratto al soddisfo;
- 3) dichiara inammissibile la domanda di pagamento del corrispettivo delle prestazioni eseguite;
- 4) compensa tra le parti le spese del giudizio.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 11 febbraio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Adamo, Presidente

Federica Cabrini, Consigliere, Estensore

Maria Cappellano, Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/02/2011

IL SEGRETARIO

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