



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda Ter)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

Sul ricorso numero di registro generale 8763 del 2010, proposto da:  
Esperia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore,  
rappresentata e difesa dagli avv.ti Francesca Consolata Mancini,  
Monika Sardo e Sergio Caracciolo, con domicilio eletto presso lo  
studio di quest'ultimi, sito in Roma, via Lazio, n. 20/C;

***contro***

Comune di Ciampino, in persona del legale rappresentante pro  
tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti. Pasquale Di Rienzo e  
Paolo Stella Richter, con domicilio eletto presso lo studio di  
quest'ultimo, sito in Roma, viale Mazzini n.11;

***per l'annullamento:***

- del bando di gara, e relativi allegati, pubblicato sul sito internet dal  
Comune di Ciampino nel mese di agosto 2010 per l'affidamento della  
gestione degli asili nido comunali, per il periodo dal 1° settembre

2010 al 31 luglio 2013, per un importo a base d'asta pari ad € 3.762.380,00 oltre IVA;

- della nota prot. n. 38817 del 30.9.2010, con la quale il Comune di Ciampino ha respinto le censure mosse dalla ricorrente avverso il citato bando;

- di ogni altro atto comunque presupposto, connesso o consequenziale alla procedura di gara di cui si tratta, ivi compresi i verbali di gara (non cognitivi), la determinazione di indizione della gara n. 1A/364 del 29.7.2010 (non cognita), la determinazione dirigenziale n. 1A/380 del 5.8.2010 (non cognita), la determinazione dirigenziale n. 398/1A del 17.08.2010 (non cognita) e le eventuali ulteriori determinazioni assunte, ancorché non cognitive;

- dell'eventuale provvedimento di aggiudicazione, ove nelle more adottato, e dell'eventuale consegna provvisoria del servizio eventualmente disposta;

- del contratto di appalto, eventualmente nelle more stipulato;

- nonché per il risarcimento dei danni subiti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 marzo 2011 il dott. Giuseppe Chiné e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. Con il ricorso introduttivo dell'odierno giudizio la ricorrente ha impugnato il bando e tutti gli atti conseguenti della procedura di gara d'appalto indetta dal Comune di Ciampino per l'affidamento della gestione degli asili nido comunali, per il periodo dal 1° settembre 2010 al 31 luglio 2013.

La ricorrente ha dedotto che: a) il Comune di Ciampino, in esecuzione della determinazione dirigenziale n. 1A/364 del 29.07.2010, ha indetto una gara mediante procedura aperta per l'affidamento del servizio di gestione di due asili nido comunali, per il periodo dal 1° settembre 2010 al 31 luglio 2013, per un importo a base d'asta pari ad € 3.762.380,00 oltre IVA; b) la gara è stata indetta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa da individuarsi, ai sensi dell'art. 8 del bando, mediante l'assegnazione di un massimo di punti 100, ripartiti in 60 punti per l'offerta tecnica e 40 punti per l'offerta economica; c) con determinazione dirigenziale n. 1A/380 del 5.8.2010, il Comune ha provveduto a rettificare l'indicazione del C.I.G. della gara, emendando, in conformità, il bando di gara; d) con determinazione dirigenziale n. 398/1A del 17.08.2010, il Comune di Ciampino ha ulteriormente rettificato il bando al punto 10.3, riguardante i requisiti minimi di capacità tecnica e, senza disporre la proroga del termine di presentazione delle offerte, ha confermato la scadenza del 27.08.2010; e) essa ricorrente è stata

impossibilitata a predisporre e presentare un'offerta appropriata e competitiva in ragione del termine assolutamente incongruo fissato dalla stazione appaltante, di talché, ai sensi e per gli effetti dell'art. 243-bis del D.Lgs. n. 163/2006, ha rappresentato al Comune l'esiguità del termine fissato per la partecipazione alla gara ed i connessi profili di illegittimità del bando, preannunciando, in difetto di un provvedimento di annullamento in autotutela, il ricorso giurisdizionale; f) con nota prot. n. 38817/10 del 30.9.2010 il Comune di Ciampino ha respinto le censure mosse dalla ricorrente, deducendo che le modifiche apportate al bando con la determinazione n. 398/1A de. 17.8.2010 sarebbero del tutto marginali e tali da non rendere necessaria la concessione di alcuna proroga del termine di presentazione delle offerte.

2. A sostegno del gravame, la ricorrente ha articolato le seguenti doglianze: 1) Illegittimità dell'art. 14 del bando di gara per violazione degli art. 2 e 27 del D.Lgs. 163/2006; violazione dei principi del trattato posti a garanzia della effettiva concorrenzialità e *par condicio* dei concorrenti; violazione dei principi di imparzialità, trasparenza, efficienza e buona amministrazione; violazione della comunicazione interpretativa relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti solo parzialmente disciplinate dalle direttive "appalti pubblici" (2006/c 179/02); 2) Illegittimità del bando per mancanza di pubblicità; violazione degli art. 2 e 27 del D.Lgs. 163/2006; violazione dei principi del trattato posti a garanzia della effettiva concorrenzialità e *par condicio* dei concorrenti; violazione dei

principi di imparzialità, trasparenza, efficienza e buona amministrazione; violazione della comunicazione interpretativa relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti solo parzialmente disciplinate dalle direttive “appalti pubblici” (2006/c 179/02); 3) Eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà.

3. Si è costituito in giudizio il Comune di Ciampino, instando per il rigetto del gravame.

4. Con ordinanza n. 5072 del 26 novembre 2010 la Sezione ha accolto la domanda incidentale di sospensione del provvedimento impugnato.

5. All’udienza del 16 marzo 2011, sentiti i difensori delle parti come da relativo verbale, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

## DIRITTO

1. Preliminarmente deve essere respinta l’accezione di inammissibilità proposta dall’Amministrazione resistente, secondo cui la ricorrente, non avendo presentato rituale domanda di partecipazione alla gara, non avrebbe alcun interesse all’accoglimento del gravame.

Rileva il Collegio che nella specie è stata impugnata una clausola del bando, e segnatamente quella che ha rettificato il contenuto della *lex specialis* senza prorogare il termine originariamente fissato per la presentazione delle offerte.

In sintesi, la società ricorrente lamenta che in virtù dell’illegittimo operato della stazione appaltante, non è stata in condizione di predisporre e formulare nei termini una offerta. Di qui l’impossibilità, a suo avviso indotta dalla condotta della stazione appaltante, di

partecipazione alla gara.

Ne discende, in linea con l'orientamento giurisprudenziale del Tribunale (cfr. T.A.R. Lazio, sez. I, 30 marzo 2010, n. 5073), che il gravame si palesa senz'altro ammissibile, in quanto dal suo eventuale accoglimento discenderà l'obbligo in capo all'Amministrazione di ripubblicare il bando della gara, fissando un congruo termine di presentazione delle offerte.

2.1 Il ricorso nel merito si palesa fondato, nei termini appresso meglio precisati.

2.2 Risulta documentalmente provato che: a) il bando della procedura di gara per l'affidamento del servizio di gestione degli asili comunali del Comune di Ciampino oggetto dell'odierno gravame è stato pubblicato sul sito internet della stazione appaltante in data 29.07.2010; b) in tale bando il termine per la presentazione delle offerte è stato fissato nel 27.08.2010; c) con determina dirigenziale n. 398 del 17.08.2010 il Comune di Ciampino ha stabilito di modificare il bando al punto 10.3), recante i requisiti di capacità tecnica, mantenendo fermo il termine originario di presentazione delle offerte; d) la modifica *sub* c) del bando è stata resa nota con avviso pubblicato sul sito internet del Comune di Ciampino in data 17.08.2010.

Rileva il Collegio che il punto 10.3) del bando, nella sua formulazione originaria, prevedeva i seguenti requisiti di capacità tecnica: a) gestione negli ultimi tre anni (2007-2009) di almeno un asilo nido con capienza di almeno 60 posti; b) gestione, con esito positivo, negli ultimi cinque anni (2005-2009) di almeno un asilo nido con capienza

di almeno 60 posti a favore di una pubblica amministrazione.

In virtù della rettifica di cui alla determina dirigenziale n. 398 del 2010, la predetta clausola del bando è stata riformulata nel modo seguente: “*a) gestione, con esito positivo, negli ultimi cinque anni (2005-2009) di almeno un asilo nido con capienza di almeno 60 posti a favore di una pubblica amministrazione*”.

2.3 Secondo le deduzioni difensive dell'Amministrazione, la rettifica come sopra operata della *lex specialis* non si sarebbe tradotta in una modifica sostanziale dei requisiti di partecipazione alla gara, bensì in una mera unificazione formale di requisiti già previsti dal bando originario. Inoltre, pur a ritenere la natura sostanziale della rettifica, per l'Amministrazione non sussisterebbe alcun profilo di illegittimità nel proprio operato in quanto la nuova formulazione della clausola della *lex specialis* avrebbe permesso una maggiore partecipazione alla gara.

2.4 Osserva in contrario il Collegio che alla rettifica disposta dall'Amministrazione resistente non può che attribuirsi natura sostanziale, giacché con essa sono stati radicalmente modificati i requisiti tecnici di partecipazione alla gara.

Ed invero, per l'originaria formulazione della clausola del bando, non priva, per il vero, di equivocità, venivano ammessi a partecipare alla gara soggetti che avessero gestito negli ultimi tre anni un asilo nido con capienza di almeno 60 posti, nonché quelli che avessero gestito, con esito positivo, negli ultimi cinque anni un asilo nido di analoghe dimensioni.

Con il provvedimento di rettifica la clausola è stata modificata, non mediante l'unificazione formale dei due requisiti come dedotto dall'Amministrazione, bensì prevedendo come unico requisito di partecipazione la gestione, con esito positivo, negli ultimi cinque anni di un asilo nido con capienza di almeno 60 posti. E', pertanto, evidente che, in virtù della rettifica, alla gara non sono stati più ammessi a partecipare i concorrenti che avessero gestito per un solo triennio asili nido con la capienza indicata.

2.5 Accertata la natura sostanziale della rettifica del bando disposta con la determina dirigenziale n. 398 del 2010, non può che rilevarsi l'esiguità del termine (dieci giorni) lasciato ai potenziali concorrenti per la predisposizione di una adeguata offerta, tenuto conto, peraltro, del criterio di aggiudicazione prescelto coincidente con quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Per giurisprudenza consolidata, ove la stazione appaltante modifichi il bando dopo la sua pubblicazione, intervenendo sui requisiti di partecipazione alla gara, è tenuta a riaprire i termini per la presentazione delle offerte, e ciò per lasciare effettivamente inalterate le condizioni di partecipazione alla procedura ad evidenza pubblica (cfr. C.d.S., sez. V, 25 agosto 2009, n. 5038; T.A.R. Lombardia, sez. III, 23 giugno 2008, n. 2108).

Né ad opposte conclusioni può pervenirsi argomentando, con l'Amministrazione resistente, che l'appalto oggetto di gravame, rientrando nell'Allegato II B) del codice dei contratti pubblici, non sarebbe soggetto alla disciplina sulla pubblicità contenuta nell'art. 70,

comma 2, del medesimo codice.

Ed invero, agli appalti esclusi dall'ambito applicativo del codice dei contratti si applica l'art. 27, comma 1, del medesimo codice, secondo cui al relativo affidamento occorre procedere *“nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità”*. Detti principi sono stati nel caso di specie violati, avendo l'Amministrazione modificato i requisiti di partecipazione alla gara senza prorogare il termine originariamente fissato per la presentazione delle offerte, così da impedire la massima partecipazione, in condizioni di parità, delle imprese in possesso dei predetti requisiti.

2.6 Per gli argomenti che precedono si palesa fondato il primo ordine di censure proposto dalla ricorrente.

Il ricorso va quindi accolto ed il provvedimento impugnato annullato.

Il pronunciato annullamento, cui conseguirà l'obbligo in capo all'Amministrazione resistente di ripubblicare il bando di gara fissando un termine congruo di partecipazione alla procedura selettiva, non lascia residuare alcun interesse all'esame delle altre censure contenute in ricorso, che possono ritenersi assorbite.

2.7 Deve, viceversa, essere respinta la domanda di risarcimento danni, non avendo la ricorrente fornito, come era suo preciso onere, la prova dei danni subiti in virtù dell'illegittimo operato dell'Amministrazione. E ciò anche tenuto conto della tempestività con cui è stata pronunciata la misura cautelare, la quale ha sospeso la procedura di gara nelle more dell'odierna decisione.

3. Tenuto conto della natura delle questioni esaminate sussistono comunque giusti motivi per compensare spese, diritti ed onorari di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, sez. Seconda Ter, accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla il bando impugnato, nei termini meglio precisati in motivazione.

Respinge la domanda di risarcimento danni.

Compensa spese, diritti ed onorari di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 marzo 2011 con l'intervento dei magistrati:

Maddalena Filippi, Presidente

Maria Cristina Quiligotti, Consigliere

Giuseppe Chine', Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/05/2011

IL SEGRETARIO

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