

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 30 novembre 2007 n. 6137 - Pres. Iannotta, Est. Giambartolomei - GO.SAF. s.p.a. (Avv.ti A. Abbamonte e Gentile) c. Comune di Sant'Arpino (Avv. Diaco) e Società PULI-sud s.n.c. di Pezzella Pasquale & c. (n.c.) - (conferma T.A.R. Campania - Napoli, Sez. I, 8 febbraio 2006, n. 1794).

1. Atto amministrativo - Annullamento e revoca - Adozione nelle stesse forme e da parte dello stesso organo che ha adottato l'atto di ritirare (c.d. principio del "*contrarius actus*") - Osservanza - Necessità - Sussiste.

2. Comune e Provincia - Competenza - Adozione di una delibera di revoca dell'aggiudicazione provvisoria e dell'intera procedura di gara - E' del Consiglio comunale e non già del dirigente.

3. Contratti della P.A. - Aggiudicazione provvisoria - Revoca in via di autotutela ed affidamento del servizio ad una società *multiservice* - Avviso di inizio del procedimento - Nel caso in cui sia stata inviata una nota all'aggiudicataria provvisoria per avvisarla della procedura - Non occorre - Necessità in ogni caso per l'aggiudicataria provvisoria di dimostrare le osservazioni che avrebbe potuto presentare - Sussiste.

4. Contratti della P.A. - Aggiudicazione provvisoria - Revoca in via di autotutela - Per l'affidamento del servizio ad una società *multiservice* nelle more costituita - Legittimità.

5. Comune e Provincia - Servizi pubblici locali - Delibera di affidamento diretto di un servizio ad una società appositamente costituita in mano pubblica (c.d. affidamento *in house*) - Ricorso proposto dalla società dichiarata aggiudicataria provvisoria della gara riguardante il medesimo servizio - Con il quale si contesta il contenuto dello statuto e dell'atto costitutivo della società *multiservice* appositamente costituita - Inammissibilità del ricorso per difetto di interesse - Va dichiarata.

6. Giustizia amministrativa - Risarcimento dei danni - Per responsabilità pre-contrattuale - Possibilità di riconoscere tale tipo di responsabilità - Anche nel caso di reiezione della domanda di annullamento della revoca dell'aggiudicazione provvisoria - Sussiste.

7. Giustizia amministrativa - Risarcimento dei danni - Per responsabilità pre-contrattuale - Presupposti per il suo riconoscimento - Individuazione.

8. Giustizia amministrativa - Risarcimento dei danni - Per responsabilità pre-contrattuale - Nel caso di revoca dell'aggiudicazione provvisoria - Disposta per potere affidare il servizio oggetto della gara ad una società *multiservice* appositamente costituita nelle more della gara - Riconoscimento - Impossibilità.

1. Per il principio del *contrarius actus*, che costituisce un corollario della riserva di competenza, per l'emanazione di un provvedimento di ritiro devono essere usate le stesse forme e la medesima procedura seguite nell'adottare l'atto da annullare o da revocare.

2. Rientra nella competenza del Consiglio comunale una delibera con la quale si dispone la revoca degli atti della procedura di gara relativa all'affidamento di un servizio che era stata indetta dallo stesso organo consiliare, al fine di disporre l'affidamento diretto del servizio stesso ad una società *multiservice*, essendo inapplicabile in proposito l'art. 51, comma 3, della L. 8 giugno 1990 n. 142, come sostituito dall'art. 6, comma 2, della L. 15 maggio 1997 n. 127 (trasfuso nell'art. 107 del T.U. 18 agosto 2000, n. 267), che rimette ai dirigenti "la responsabilità delle procedure d'appalto" (1).

3. E' legittima una delibera con la quale si revoca l'aggiudicazione provvisoria di una gara e si attribuisce il servizio oggetto della gara stessa ad una società in mano pubblica, ove risulti che l'Amministrazione appaltante, con apposita nota, abbia informato la società aggiudicataria dell'esistenza di un procedimento diretto a incidere sulla sua sfera giuridica e l'aggiudicataria stessa, in tal modo, sia stata messa in condizione di utilmente rappresentare il proprio punto di vista. In ogni caso, con riguardo sia agli atti di revoca, sia a quelli di costituzione della nuova società, la società aggiudicataria avrebbe dovuto farsi carico di indicare in giudizio quali osservazioni avrebbe potuto presentare ed avrebbe presentato, per permettere una

verifica della loro astratta idoneità ad incidere sull'azione amministrativa nella fase di suo svolgimento e di sua attuazione (2).

4. E' legittima la delibera con la quale si dispone la revoca dell'aggiudicazione provvisoria e dell'intera procedura di gara che sia motivata dal fatto che è stata costituita nelle more una società *multiservice*, a capitale pubblico, soggetta al controllo diretto dell'Amministrazione comunale, che aveva fatto venir meno le ragioni dell'affidamento, mediante gara ad una società esterna, di servizi compresi in quelli da gestire dalla costituita società.

5. E' inammissibile, per difetto di interesse, il ricorso proposto da una ditta dichiarata aggiudicataria provvisoria di un appalto di servizi avverso la delibera di affidamento del servizio stesso ad una società *multiservice* costituita dalla stazione appaltante, con il quale si contesta il contenuto dello statuto e dell'atto costitutivo della società *multiservice*; nel caso di accoglimento di tali censure, infatti, l'Amministrazione sarebbe tenuta a riformulare le clausole dello statuto e dell'atto istitutivo delle quali sia accertata la difformità alle previsioni normative dettate dal T.U. n. 267 del 2000, ma non a desistere dalla determinazione (essa sì lesiva) di provvedere ai servizi mediante loro affidamento ad una società a capitale pubblico.

6. La reiezione della domanda di annullamento di un provvedimento di revoca degli atti della procedura conclusasi con l'aggiudicazione di una gara d'appalto non esclude che possa sussistere una responsabilità precontrattuale in capo all'Amministrazione (3).

7. Ai fini della configurazione della responsabilità precontrattuale della P.A., anche se l'obbligo di correttezza deve essere inteso in senso oggettivo, occorre, comunque, che l'elusione delle aspettative della controparte, seppure non intenzionale, sia colposa e risulti priva di ogni ragione giustificativa (4).

7. Non sussistono i presupposti per il riconoscimento di una responsabilità precontrattuale della P.A. ex art. 1337 c.c. nel caso in cui la P.A. stessa, dopo avere indetto una gara per l'affidamento di un servizio pubblico, abbia avviato uno studio di fattibilità per la costituzione di una società pubblica *multiservice* e, una volta che quest'ultima sia stata costituita, abbia tempestivamente esercitato il potere di autotutela, revocando l'aggiudicazione provvisoria della gara.

(1) Ha osservato in proposito la Sez. V che l'art. 42 comma 2 lett. l) T.U. 18 agosto 2000 n. 267 (il cui art. 274 ha abrogato la L. n. 142 del 1990) attribuisce espressamente al Consiglio comunale la competenza in materia di appalti (Cons. Stato, Sez. V, 31 dicembre 2003 n. 9301, in questa *Rivista*, pag. http://www.lexitalia.it/p/cds/cds5_2003-12-31-7.htm) "e concessioni che non siano previsti espressamente in atti fondamentali del consiglio o che non ne costituiscano mera esecuzione e che, comunque, non rientrino nella ordinaria amministrazione di funzioni e servizi di competenza della Giunta, del segretario o di altri funzionari".

E' del dirigente la "responsabilità delle procedure d'appalto e la competenza a stipulare i contratti (art. 107, comma 3, del T.U. n. 267 del 2000, che ripete l'art. 51 della L. n. 142 del 1990) e, dunque, ad adottare gli atti di esecuzione del deliberato consiliare.

In base a tali norme è stata ritenuta legittima una delibera di revoca della gara disposta dal Consiglio comunale, che aveva ordinato al dirigente di adottare gli atti conseguenti.

(2) Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 6 ottobre 2005, n. 5436.

Il principio affermato nella seconda parte della massima non tiene tuttavia conto di quanto ormai disposto alla L. n. 15/2005, la quale, com'è noto, addossa l'onere della dimostrazione alla P.A. (v. art. 21 *octies* 2° comma della L. n. 241/90, introdotto dalla legge prima richiamata, secondo cui: "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").

(3) Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 5 settembre 2005 n. 6, in questa *Rivista*, pag. http://www.lexitalia.it/p/52/cdsap_2005-09-05-2.htm (sulla sussistenza della responsabilità precontrattuale della P.A. nel caso di revoca dell'aggiudicazione di un appalto per mancanza di mezzi finanziari e sui criteri di determinazione dell'ammontare del risarcimento del danno dovuto in tale ipotesi).

Ha aggiunto la Sez. V che, secondo un indirizzo giurisprudenziale allora non univoco, il preventivo accertamento da parte del giudice amministrativo dell'illegittimo esercizio della funzione amministrativa, era il necessario presupposto del diritto al risarcimento del danno ed indebita sarebbe stata la "commistione tra i parametri dettati dal legislatore ordinario per la risoluzione dei conflitti intersoggettivi di natura privatistica e quelli volti ad operare il controllo di legalità dell'esercizio della funzione amministrativa" (cfr Cons. Stato, Sez.V, 18 novembre 2002, n. 6389).

Con la pronuncia della Adunanza Plenaria sopra richiamata ha assunto ora una non discussa rilevanza giudiziale il principio dell'affidamento che impone alle parti di comportarsi secondo correttezza e buona fede, ai sensi degli artt. 1337 e 1338 Cod. civ., parametri non più esclusivi dell'autonomia privata ma propri anche dell'espletamento dell'attività provvedimentale della pubblica Amministrazione.

(4) Cfr. Cass. Civ., Sez. II, sent. 12 novembre 1986, n. 6629.

FATTO

1.- Con determina 14 maggio 2004 n.9, in esecuzione della delibera consiliare 18 dicembre 2003 n. 69, il responsabile del Servizio Tributi del Comune di S. Arpino, indisse una gara per l'affidamento del servizio di riscossione, gestione e recupero delle entrate comunali, da espletarsi con il sistema dell'appalto concorso e con il criterio d'aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Con verbale 2 dicembre 2004 n. 5 la Commissione di gara propose come aggiudicataria la soc. ricorrente GO.SAF. spa.

Con nota 9 dicembre 2004 n. 11257 il direttore generale del Comune intimato dispose di "sospendere ogni azione diretta alla definitiva aggiudicazione della gara, avendo l'Amministrazione comunale provveduto ad elaborare uno studio di fattibilità per la costituzione di una società pubblica *multiservice* che, tra i suoi compiti, avrebbe avuto anche quello della gestione dei Tributi comunali" (vedi nota 9 dicembre 2004 n.11258).

Tale determinazione era portata a conoscenza della soc. G.O.SAF spa con nota 22 dicembre 2004 n. 11940 e con delibera 30 dicembre 2004 n. 45 il consiglio comunale stabilì di procedere alla "revoca delle procedure di affidamento del servizio" e nel contempo dette "mandato al responsabile Ufficio Tributi di porre in essere gli atti consequenziali".

Con delibera in pari data (22 dicembre 2004 n. 41) il consiglio comunale approvò lo statuto e l'atto costitutivo della società multiservice denominata "Eco Atellana Service" .

Con determina 24 febbraio 2005 n.1 il responsabile dell'Area Tributi dispose il ritiro d'ufficio della procedura di gara.

Con ricorso (n.2064 del 2005) al Tar Campania la Soc G.O.SAF spa impugnò le delibere nn.41 e 45 del 30 dicembre 2004, con motivi aggiunti la determina n. 1 del 2005 e con secondi motivi aggiunti la delibera 27 gennaio 2005 n.9 con la quale la giunta aveva prorogato l'affidamento del servizio affissioni alla soc. PULI-Sud s.n.c fino al 30 giugno 2005, nonché la delibera 21 giugno 2005 n.102 con la quale la giunta aveva deciso di affidare le attività concernenti le pubbliche affissioni mediante trattativa privata, con invito ad almeno cinque ditte specializzate.

Successivamente, con delibere, 21 marzo 2005 nn.49, 50 e 51 il Comune individuò nella GEST LINE la società che, avendolo già espletato in precedenza, avrebbe dovuto effettuare la gestione provvisoria (per la durata di un anno) del servizio di riscossione della TARSU e dell'ICI e delle entrate patrimoniali.

Con un secondo ricorso (n. 4148 del 2005) la soc. C.O.SAF. spa impugnò detti ultimi provvedimenti.

Oggetto dell'atto di appello in esame (ric. n. 5426 del 2006) è la sentenza di rigetto 8 febbraio 2006 n.1794 emessa sul ricorso in primo grado n.2064 del 2005 (più esattamente, il TAR Campania: respinse il ricorso principale ed i primi motivi aggiunti, dichiarò inammissibili i secondi motivi aggiunti).

Il Comune di S.Arpingo ha impugnato in appello la sentenza di accoglimento n.1079 del 2006, emessa sul secondo ricorso n. 4148 del 2005 e sospesa con ordinanza di questa sezione 16 maggio 2006 n.2447.

Questi i motivi dedotti in appello (ric. n. 5426 del 2006) avverso la sentenza n.1794 del 2006 :

- a.-violazione del principio del giusto procedimento e degli artt. 7 ed 8 della l. n.241 del 1990;
- b.-violazione dell'art. 51, co.3 della l. 8 giugno 1990 n.142 per la incompetenza del consiglio ad adottare atti di gestione;
- c.-difetto di motivazione degli atti impugnati in primo grado emanati in autotutela;
- d.- difetto di motivazione della sentenza in relazione a specifiche censure del ricorso;
- e.- violazione dell'art. 113 co1, e I-bis del tu n. 267 del 2000.

La ricorrente ha poi chiesto il risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale (ex art. 1337 cc) per avere l'Amministrazione violato con il proprio comportamento il principio di affidamento.

Il Comune di S. Arpingo si è costituito ed ha prodotto documenti e memorie alle quali con propri scritti ha controdedotto la società ricorrente.

Nella camera di consiglio del 12 settembre 2006 la domanda cautelare è stata rinviata al merito

DIRITTO

1.- La sentenza in epigrafe in parte ha respinto ed in parte ha dichiarato inammissibile il ricorso (ivi compresi i motivi aggiunti) n.2064 del 2005 proposto in primo grado dall'appellante Soc G.O.SAF spa avverso gli atti, meglio indicati nell'esposizione in fatto, con i quali il Comune di S. Arpingo:

- aveva revocato le procedure di affidamento del servizio di riscossione, gestione e recupero delle entrate comunali del quale, a seguito a gara espletata con il sistema dell'appalto concorso, l'appellante era risultata aggiudicataria;

- aveva costituito una società a capitale pubblico (multiservice- "Atellana Service") con lo scopo di affidarle i servizi comunali (tra i quali quello di riscossione, gestione e recupero delle entrate comunali);

-aveva prorogato l'affidamento del servizio affissioni alla soc. Puli-Sud s.n.c fino al 30 giugno 2005 ed aveva deciso di commissionare le attività concernenti le pubbliche affissioni mediante trattativa privata.

2.- L'appellante sostanzialmente ripropone in questa sede le censure respinte con la sentenza impugnata le cui articolate argomentazioni sono condivise da questo Collegio.

2.-1.-Va con precedenza confutata la tesi (ribadita nel secondo motivo in appello) della natura gestionale della determinazione di annullamento e/o di revoca degli atti della procedura di gara di affidamento del servizio alla G.O.SAF spa e dell'affermata conseguente incompetenza del consiglio comunale ad adottare la delibera 30 dicembre 2004 n.45.

Il richiamo all'art. 51,co.3, della l. 8 giugno 1990 n.142, come sostituito dall'art. 6, co.2, della l. 15 maggio 1997 n.127 (trasfuso nell'art. 107 del T.U. 18 agosto 2000 n. 267), che rimette ai dirigenti "la responsabilità delle procedure d'appalto", nella specie, appare del tutto inconferente, dovendo essere presi in esame l'effettivo oggetto della delibera n. 45 del 2004 e le sue statuizioni.

Dato atto del venir meno "delle condizioni preesistenti all'indizione della gara per l'espletamento del servizio d'accertamento, riscossione e liquidazione tributi", il Consiglio Comunale ha revocato "la procedura di affidamento del servizio", che era stata avviata con l'adozione della delibera consiliare 18 dicembre 2003 n. 69.

Tale primo atto del procedimento è l'effettivo oggetto della determinazione di ritiro.

Per il principio del *contrarius actus*, che costituisce un corollario della riserva di competenza, per l'emanazione di un provvedimento di ritiro devono essere usate le stesse forme e la medesima procedura seguite nell'adottare l'atto da annullare o da revocare.

Dalla data del 18 dicembre 2003 (di adozione della delibera consiliare n.69) alla data del 30 dicembre 2004 (di adozione della delibera consiliare n.45) non vi è stata alcuna modifica nella distribuzione delle competenze primarie tra organi del medesimo Ente.

L'art. 42 comma 2 lett. l) T.U. 18 agosto 2000 n. 267 (il cui art. 274 ha abrogato la l. n. 142 del 1990) attribuisce espressamente al Consiglio comunale la competenza in materia di appalti (C.S., sez.V, 31 dicembre 2003 n.9301) "e concessioni che non siano previsti espressamente in atti fondamentali del consiglio o che non ne costituiscano mera esecuzione e che, comunque, non rientrino nella ordinaria amministrazione di funzioni e servizi di competenza della Giunta, del segretario o di altri funzionari".

E' del dirigente la "responsabilità delle procedure d'appalto e la competenza a stipulare i contratti (art. 107, co.3, del t.u. n. 267 del 2000, che ripete l'art. 51 della l. n.142 del 1990) e, dunque, ad adottare gli atti di esecuzione del deliberato consiliare.

Alla delibera n. 45 del 2004, che ha rimesso al funzionario competente l'adozione dei conseguenti atti, ha dato attuazione il dirigente, responsabile del settore Ufficio Tributi, con la determina n.1 del 2005.

2.-2.- Non può essere condivisa la censura di violazione del principio del giusto procedimento e degli artt. 7 ed 8 della l. n.241 del 1990 per mancato avviso di avvio del procedimento, sia con riguardo agli atti di revoca della procedura di gara, sia con riguardo agli atti relativi alla costituzione di una società pubblica di gestione del servizio tributi (primo motivo).

In punto di fatto occorre ricordare che la società ricorrente è stata destinataria della nota 22 dicembre 2004 n. 11940 con la quale, prima dell'adozione della delibera comunale n. 45 del 30 dicembre 2004 e della determina dirigenziale 24 febbraio 2006 n.1 la ricorrente è stata informata dettagliatamente sulle ragioni per le quali l'Amministrazione si era indotta prima a sospendere e poi a non procedere all'aggiudicazione definitiva, manifestando chiaramente l'intenzione di voler operare in tal senso.

La società è stata informata dell'esistenza di un procedimento diretto a incidere sulla sua sfera giuridica ed è stata messa in condizione di utilmente rappresentare il proprio punto di vista.

La determinazione (del. 30 dicembre 2004 n. 41) di costituire la società multiservice "Eco Atellana service" rientra nel novero delle scelte ampiamente discrezionali in ordine alle quali –come affermato nella decisione impugnata- non appare apprezzabile alcun apporto dell'amministrato.

Costante è l'indirizzo di questo Consiglio secondo il quale il sistema di democraticità delle decisioni amministrative (al quale è, in definitiva, preordinato l'articolo 7 della legge n. 241 del 1990) va presidiato nella sostanza e non nella mera forma (C.d.S., V, 18/11/2002 n. 6389 ,VI, 24 ottobre 2000, n. 5693; IV, 22 giugno 2000, n. 3556; IV, 15 marzo 2000, n. 1398) per cui le norme in materia di partecipazione non devono essere applicate meccanicamente e non devono essere invocate a fini meramente strumentali (Cfr. Cons. St. , sez. IV, 22 giugno 2004 n.4445).

Con riguardo sia agli atti di revoca, sia a quelli di costituzione della nuova società, la ricorrente avrebbe dovuto farsi carico di indicare quali le osservazioni che avrebbe potuto presentare e avrebbe presentato, per permettere una verifica di loro astratta idoneità ad incidere sull'azione amministrativa nella fase di suo svolgimento e di sua attuazione (Cons. St. sez.VI, 6 ottobre 2005 n.5436).

2.-3.- Come è noto, il potere di revoca, in sede di autotutela, di un provvedimento di approvazione d'aggiudicazione, con rescissione del relativo contratto d'appalto deve trovare fondamento in ragioni di pubblico interesse (cfr. Cons.St, Sez.V, n. 3463 del 2004).

Un'ideale e compiuta motivazione deve supportare anche il provvedimento di diniego d'approvazione definitiva degli atti di gara, intervenuto a conclusione dell'attività della commissione giudicatrice, anche se non appare adeguato al reale il riferimento della ricorrente a posizioni giuridiche "consolidate nel tempo" (nella specie, mancando l'atto d'aggiudicazione definitiva e la stipula del contratto, fonti del diritto soggettivo dell'aggiudicatario a svolgere l'appalto).

L'atto di ritiro è conseguente a sopraggiunte situazioni di fatto e di diritto che hanno mutato il quadro degli interessi (prima ancora che si consolidasse la situazione giuridica soggettiva della parte privata) e che hanno indotto l'Amministrazione ad utilizzare un istituto differente dall'appalto, quale quello della creazione di un nuovo soggetto giuridico privato a capitale pubblico e con finalità pubbliche (l'erogazione di servizi alla collettività).

Nelle note 9 dicembre 2004 n. 11258, 22 dicembre 2004 n. 11940 e nella delibera 30 dicembre 2004 n. 45 è puntualmente rappresentato che la costituzione di una società multiservice, a capitale pubblico, soggetta al controllo diretto dell'Amministrazione comunale, ha fatto venir meno le ragioni dell'affidamento, mediante gara ad una Società esterna, di servizi compresi in quelli da gestire dalla costituita società.

E'paventata la compromissione degli obiettivi, perseguiti per mezzo della società a capitale pubblico, di razionalizzazione dei costi e di economicità dei servizi.

Anche se determinato dall'intervenuta scelta della stessa Amministrazione di un diverso affidamento del servizio pubblico, il rappresentato mutamento della situazione di fatto, intervenuto in corso di svolgimento del procedimento di gara ad evidenza pubblica, avviato con la delibera consiliare 18 dicembre 2003 n. 69, rende conforme l'atto al principio di buon andamento ed evidente l'opportunità di non procedere all'aggiudicazione definitiva.

2.-4.- Pur dopo la costituzione della società a capitale pubblico, con delibere del marzo del 2005 (nn. 49, 50 e 51 del 21.3.2005, e nn.2, 3 e 4 del 30.3.05) il Comune ha deciso di incaricare la Gest Line della gestione del servizio di riscossione della TARSU, dell'ICI e delle entrate patrimoniali.

Gli atti sono stati impugnati con autonomo ricorso in primo grado ed avverso la sentenza di suo accoglimento (n. 1079 del 2006 emessa dal TAR Campania) il Comune di Sant'Arpino ha proposto appello (ric. n. 1922 del 2006), fissato all'udienza del 19 dicembre 2006 ed estraneo al presente giudizio.

Quale l'esito di tale secondo gravame, in questa sede rileva l'inammissibilità delle censure di contraddittorietà e di difetto d'istruttoria dedotte avverso le delibere n. 41 e n. 45/2004.

Le censure sono state dedotte per la prima volta con il gravame in appello, avendo a loro indici rilevatori atti adottati nel marzo del 2005, dopo la notifica (23 febbraio 2005) del ricorso in primo grado.

2.-5.- Ugualmente prive di fondamento giuridico sono le censure mosse all'impugnata sentenza nella parte in cui ha dichiarato il difetto d'interesse ed inammissibile l'impugnazione dello statuto e dell'atto costitutivo della nuova società pubblica, approvati con la delibera consiliare n. 41 del 30 dicembre 2004.

Ad avviso della ricorrente la sentenza difetterebbe di motivazione, non avendo esaminato specifici motivi del ricorso.

Oggetto delle censure in appello è la statuizione con la quale, in accoglimento di una puntuale eccezione dedotta della difesa del Comune intimato, il Giudice di primo grado ha dichiarato il difetto d'interesse ad una

pronunzia; diversamente, data la natura non impugnatoria dell'atto di appello, sarebbe inammissibile la censura d'insufficiente motivazione.

Per contrastare la pronunzia di parziale inammissibilità, alla riedizione degli originari motivi la ricorrente aggiunge la considerazione che le censure dedotte in primo grado evidenzierebbero l'incongruità della motivazione del provvedimento di revoca della procedura di gara, nonché lo sviamento della causa tipica.

In sintesi, si riporta quanto dedotto in primo grado, sotto i numeri IV e V.

Sarebbe stato violato l'art. 113 co1, e 1-bis del tu n.267 del 2000 in quanto lo statuto e l'atto costitutivo della società a totale capitale pubblico, approvati con la delibera consiliare n. 41 del 30 dicembre 2004:

a.-non hanno previsto la possibilità di un controllo funzionale, gestionale e finanziario da parte dell'Amministrazione committente;

b.-in violazione del principio della concorrenza, hanno esteso l'attività economica della costituita società, anche ad di fuori del proprio ambito territoriale ottimale;

c.- senza motivazione, hanno stabilito una durata della società fino al 2050 (con possibilità di proroga);

d.-hanno affidato alla società servizi disomogenei in numero elevato, senza indicare quali le attrezzature e quale il personale utilizzati, prevedendo un capitale sociale irrisorio (12 mila euro);

e.- hanno assegnato alla società pubblica servizi di settori che restano esclusi dall'ambito applicativo dell'art. 113, co.1, ed 1/bis del T.U. n. 267 del 2000 (ad es. energia elettrica e trasporti pubblici) e che avrebbero richiesto una procedura specifica.

Assorbente in questa sede è la verifica dell'esistenza di un interesse a censurare il contenuto dello statuto e dell'atto costitutivo della società multiservice.

L'interesse legittimo non rileva come situazione meramente processuale, ma si correla primariamente ad un interesse sostanziale volto a preservare (interesse oppositivo) od a conseguire (interesse pretensivo) un definito bene della vita da parte del soggetto che dall'ordinamento ha attribuiti poteri idonei ad influire sul corretto esercizio dell'attività della Pubblica Amministrazione.

Nella specie, l'eventuale accoglimento delle censure riproposte in appello e sopra indicate non comporta la rimozione della statuizione di istituzione della società multiservice, alla quale è correlata la determinazione dell'Amministrazione di disporre l'impugnata e lesiva revoca del procedimento di gara di affidamento del servizio di cui è causa.

In esecuzione del giudicato l'Amministrazione sarebbe tenuta a riformulare le clausole dello statuto e dell'atto istitutivo delle quali sia accertata la difformità alle previsioni normative dettate dal T.U. n.267 del 2000, ma non a desistere dalla determinazione (essa si lesiva) di provvedere ai servizi di gestione, riscossione, accertamento e recupero delle entrate comunali mediante loro affidamento ad una società a capitale pubblico.

Trova, dunque, in questa sede conferma la dichiarazione di difetto d'interesse delle censure sopra riportate.

Alla doglianza di difetto di motivazione, che inficerebbe il provvedimento di revoca, è stata data risposta al punto 2.3.

E' improponibile, ex art. 345 co.1°,c.p.c., in quanto dedotta per la prima volta in appello, la censura di eccesso di potere per sviamento.

2.-6.- E' infondata la riformulata (in via subordinata) domanda di risarcimento del danno per responsabilità pre-contrattuale ex art. 1337 cc.

La reiezione della domanda di annullamento di un provvedimento di revoca degli atti della procedura conclusasi con l'aggiudicazione di una gara d'appalto non esclude che possa sussistere una responsabilità pre-contrattuale in capo all'Amministrazione (Cfr. Cons. St.,Ad.Pl., 5 settembre 2005 n.6).

Secondo un indirizzo giurisprudenziale allora non univoco, il preventivo accertamento da parte del giudice amministrativo dell'illegittimo esercizio della funzione amministrativa, era il necessario presupposto del diritto al risarcimento del danno ed indebita sarebbe stata la "commistione tra i parametri dettati dal legislatore ordinario per la risoluzione dei conflitti intersoggettivi di natura privatistica e quelli volti ad operare il controllo di legalità dell'esercizio della funzione amministrativa" (cfr Cons. St.sez.V, 18 novembre 2002 n.6389).

Con la pronuncia della Adunanza Plenaria sopra richiamata ha assunto ora una non discussa rilevanza giudiziale il principio dell'affidamento che impone alle parti di comportarsi secondo correttezza e buona fede, ai sensi degli artt. 1337 e 1338 Cod. civ., parametri non più esclusivi dell'autonomia privata ma propri anche dell'espletamento dell'attività provvedimentale della pubblica Amministrazione.

Pur se l'obbligo di correttezza deve essere inteso in senso oggettivo, occorre, comunque, che l'elusione delle aspettative della controparte, seppure non intenzionale, sia colposa e risulti priva di ogni ragione giustificativa. (Cass. Sez. Civ.Sez. II, sent. n. 6629 del 12-11-1986,).

Nella specie, ai fini dell'accertamento, rimesso a questo giudice, dell'esistenza di una responsabilità pre-contrattuale, tre sono gli atti salienti da prendere in esame:

- la delibera consiliare 18 dicembre 2003 n. 69 di determinazione di indire la gara ad evidenza pubblica;

-il verbale emesso 5 novembre 2004 con il quale la commissione di gara ha indicato la soc.GOSAP come aggiudicataria (provvisoria);

-la delibera 30 dicembre 2004 n. 41 con la quale l'Amministrazione ha scelto di diversamente affidare il servizio pubblico, per essere mutata la situazione di fatto in corso di svolgimento del procedimento di gara ad evidenza pubblica.

L'aver avviato in corso di gara uno studio di fattibilità per la costituzione di una società pubblica multiservice non è azione contrastante con il principio espresso dall'art. 1337 c.c. e nel contempo appare non rientrare entro i normali ed ordinari canoni comportamentali richiedere che, in una fase meramente ricognitiva e volta ad acquisire elementi di valutazione, fin da allora l'Amministrazione fosse tenuta ad interrompere il procedimento di gara, prima di determinarsi con l'adozione della delibera 30 dicembre 2004 n.41.

Secondo le conclusioni rese dal giudice di prime cure, non può muoversi all'Amministrazione comunale alcun addebito in ordine alla mancanza di vigilanza e coordinamento sulla permanente convenienza degli impegni assunti ed in ordine al comportamento tenuto nelle relazioni intercorse con la ricorrente in una fase prenegoziale.

L'esercizio del potere di autotutela è stato tempestivo e, d'altro canto, la ricorrente aveva la veste di aggiudicataria provvisoria.

In disparte il rilievo che con l'art. 12 della lettera di invito l'Amministrazione si era riservata di non procedere all'affidamento in appalto del servizio per cui le società partecipanti alla gara erano state fin dall'inizio messe sull'avviso.

4.- . In conclusione l'appello, nelle sue articolate domande, deve essere respinto.

Può, tuttavia, disporsi la compensazione delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta,definitivamente pronunciando sull'appello indicato in epigrafe, respinge il ricorso in appello, ivi compresa la domanda di risarcimento per responsabilità pre-contrattuale.

Compensa le spese.

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

Così deciso in Roma, nella sede del Consiglio di Stato, nella camera di consiglio del 17 ottobre 2006 , con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Iannotta Presidente

Chiarenza Millemaggi Cogliani Consigliere

Cesare Lamberti Consigliere

Giancarlo Giambartolomei Consigliere, est.

Marco Lipari Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

f.to Giancarlo Giambartolomei f.to Raffaele Iannotta

DEPOSITATA IN SEGRETERIA il 30/11/2007.