

N. 00583/2011 REG.PROV.COLL.
N. 02110/2010 REG.RIC.
N. 02244/2010 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2110 del 2010, proposto da:
Presal Costruzioni s.r.l., rappresentato e difeso dall'avv. Massimo
Miracola, con domicilio eletto presso Bernardo Frosina in Catania,
corso Italia, 171;

contro

Comune di Ficarra;

nei confronti di

Grillo Infrastrutture s.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Giuliano
Saitta, Giuseppe Saitta, con domicilio eletto presso Lucia Tilotta in
Catania, via G.Leopardi 103;

sul ricorso numero di registro generale 2244 del 2010, proposto da:
Grillo Infrastrutture s.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Giuliano

Saitta, Giuseppe Saitta, con domicilio eletto presso Lucia Tilotta in Catania, via G.Leopardi 103;

contro

Comune di Ficarra;

nei confronti di

Presal Costruzioni s.r.l., rappresentato e difeso dall'avv. Massimo Miracola, con domicilio eletto presso Bernardo Frosina in Catania, corso Italia, 171;

per l'annullamento

quanto al ricorso n. 2110 del 2010:

- del verbale di gara e del provvedimento con i quali la stazione appaltante ha aggiudicato l'appalto per l'affidamento dei lavori di ampliamento del parcheggio di via IV novembre alla società Grillo Infrastrutture s.r.l., anziché escluderla;
- del verbale di gara e del provvedimento con i quali sono state ammesse alla gara le imprese 1) F.lli Barresi costruzioni s.r.l., 2) Aveni s.r.l., 3) Grillo Infrastrutture s.r.l., 4) Hermes costruzioni s.r.l., 5) Costituenda ATI tra Nebrodi costruzioni generali s.r.l. e Geo RAS s.r.l., 6) Iride s.r.l.;
- dell'eventuale provvedimento di approvazione degli atti di gara;
- del bando di gara e del disciplinare, ove interpretati nel senso della legittimità dell'operato della stazione appaltante, nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato e per il riconoscimento del diritto della società ricorrente al risarcimento in forma specifica mediante

l'aggiudicazione dell'appalto; ovvero, ed in subordine, al risarcimento per equivalente dei danni subiti e subendi a causa dei provvedimenti impugnati, con la condanna del Comune di Ficarra al pagamento delle relative somme, con interessi legali e rivalutazione monetaria.

quanto al ricorso n. 2244 del 2010:

- della determinazione n. 149 del 4.8.2010 del Responsabile dell'Area Tecnica del Comune di Ficarra, trasmessa con nota n.5246 del 4.8.2010.

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Grillo Infrastrutture s.r.l. e di Presal Costruzioni s.r.l.;

Visto il ricorso incidentale proposto dalla Presal Costruzioni s.r.l. nel ricorso n.2244 del 2010;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 febbraio 2011 il dott. Giuseppa Leggio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando di gara del 16.04.2010, il Comune di Ficarra indiceva pubblico incanto per l'affidamento dei "lavori di ampliamento del parcheggio di Via IV Novembre".

L'importo complessivo dell'appalto veniva fissato in €. 475.919,74, di

cui €. 9.285,74 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso.

La categoria prevalente veniva individuata nella OG1, classifica II, mentre la categoria scorporabile e non subappaltabile nella OS21, classifica I.

Il criterio di aggiudicazione era quello del prezzo più basso ex art. 82, comma 2, D.lgs. 163/2006, determinato mediante ribasso sull'importo dei lavori posto a base di gara, al netto degli oneri di sicurezza, con le modalità di cui agli artt. 86, comma 1, e 122, comma 9, D.lgs. 163/2006.

Il termine di presentazione delle offerte presso la sede del Comune veniva fissato per le ore 13 del 17.05.2010.

Al pubblico incanto di cui trattasi, le cui operazioni si svolgevano nei giorni 18 e 19 maggio 2010, venivano ammessi n. 87 concorrenti, tra cui le società Presal Costruzioni s.r.l e Grillo Infrastrutture s.r.l.

Nella seduta del 19 maggio 2010, dopo aver proceduto all'apertura delle offerte economiche dei concorrenti ammessi ed aver esperito le procedure previste per la formazione della media, la Commissione di gara perveniva alla determinazione della soglia di anomalia nella misura del 18,046% e procedeva all'aggiudicazione provvisoria della gara in favore della Grillo Infrastrutture s.r.l., con il ribasso percentuale del 17,985%.

Con determina n. 87 dell'11.06.2010 del Responsabile dell'Area Tecnica, il Comune di Ficarra, preso atto delle risultanze di gara, disponeva l'aggiudicazione definitiva dell'appalto in favore della "Grillo Infrastrutture".

La Presal s.r.l., dopo avere avuto accesso agli atti, contestava in via amministrativa l'ammissione alla gara di sei ditte, ivi compresa l'aggiudicataria, le quali, a dire della ricorrente, non avrebbero reso una dichiarazione prevista a pena di esclusione dal disciplinare di gara; ne chiedeva, pertanto, l'esclusione dalla gara, chiedendo altresì l'aggiudicazione in suo favore.

Tuttavia, poiché il Comune di Ficarra non provvedeva nel senso richiesto dalla ricorrente, la Presal Costruzioni s.r.l., con il primo dei ricorsi riuniti, notificato il 22.07.2010 e depositato il successivo 29 luglio, impugnava l'aggiudicazione della gara in questione, unitamente agli atti di gara

meglio specificati in epigrafe, deducendo le seguenti censure:

1) Violazione e falsa applicazione del bando e del disciplinare di gara. Violazione e falsa applicazione dell'art. 38 d.lgs. 163/2006. Eccesso di potere. Difetto di istruttoria. Difetto assoluto di motivazione. Illogicità manifesta.

Ha sostenuto la Presal che cinque delle imprese ammesse in gara, e segnatamente la F.lli Barresi Costruzioni s.r.l., la Aveni s.r.l., la Grillo Infrastrutture s.r.l., la Hermes Costruzioni s.r.l., la costituenda A.T.I. tra Nebrodi Costruzioni Generali s.r.l. e Geo R.A.S. s.r.l., avrebbero dovuto essere escluse per avere le stesse omesso di rendere la specifica dichiarazione di cui all'art. 38, comma 1, lettera m-ter del D.lgs. n. 163/2006, richiamata al punto 3) lett. a), del disciplinare di gara (*“dichiara di non trovarsi nelle condizioni di esclusione previste nell'articolo 38 D.Lgs 163/2006 e s.m.i., comma 1, lettere a), b), c), d), e), f), g), h), i), l);*

m); m-bis); m-ter); ed m-quater) con le modalità previste all'art.38 comma 2 lett. a) o b) del D.Lgs 163/2006 e s.m.i.”), con riferimento al direttore tecnico.

2) Violazione e falsa applicazione del bando e del disciplinare di gara. Violazione e falsa applicazione dell'art. 38 d.lgs. 163/2006. Eccesso di potere. Difetto di istruttoria. Difetto assoluto di motivazione. Illogicità manifesta.

Anche l'Impresa IRIDE s.r.l. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, per avere reso una dichiarazione mendace in ordine al possesso del requisito della regolarità tributaria di cui all'art. 38, lett. g). D.Lgs. 163/2006, espressamente richiamato al punto 3) lett. a) del disciplinare di gara.

La Iride, a dire della ricorrente Presal, sarebbe infatti destinataria di diverse cartelle esattoriali per imposte e tasse non pagate.

Quanto all'interesse al ricorso, ha evidenziato la ricorrente che l'esclusione delle prima nominate sei imprese avrebbe determinato una diversa media delle offerte ammesse, in guisa tale che l'appalto avrebbe dovuto essere aggiudicato ad essa “Presal Costruzioni”.

La società Presal s.r.l. ha altresì avanzato domanda di risarcimento del danno.

Si è costituita in giudizio la controinteressata Grillo Infrastrutture s.r.l. opponendosi al gravame e chiedendone il rigetto.

Con determinazione n.149 del 4.8.2010 del Responsabile dell'Area Tecnica, il Comune di Ficarra ha disposto la revoca della precedente determina n.87 dell'11.06.2010 di aggiudicazione definitiva della gara

alla società Grillo Infrastrutture s.r.l., disponendo altresì la riapertura delle operazioni di gara per il giorno 25.08.2010 alle ore 10.00.

Il Comune ha adottato la revoca dell'aggiudicazione dopo la proposizione del ricorso giurisdizionale da parte della Presal, in particolare ritenendo che tale ricorso fosse da ritenere fondato *“in quanto gli elementi evidenziati dalla ditta ricorrente risultano riscontrabili dagli atti d'ufficio”*.

Avverso il superiore provvedimento ha proposto a sua volta ricorso giurisdizionale – il n. 2244/2010- la Grillo Infrastrutture s.r.l.; il ricorso è stato notificato l'11.08.2010 e depositato il successivo giorno 13 agosto.

La Grillo Infrastrutture ha dedotto censure di :

1) Violazione e falsa applicazione degli artt. 7, 8 e 10 della legge 7.8.1990 n.241.

La Grillo s.r.l. ha lamentato che la mancata comunicazione dell'avvio del procedimento di revoca dell'aggiudicazione non le avrebbe consentito di partecipare al procedimento e sottoporre all'Amministrazione ragioni ed elementi di valutazione ostativi all'adozione del provvedimento di revoca.

2) Violazione e falsa applicazione dell'art.3 della legge 7.8.1990, n.241.

La determina di revoca non sarebbe motivata perché fornita di una motivazione solo apparente, in quanto basata sulla generica considerazione che il ricorso presentato da Presal Costruzioni *“è da ritenere fondato in quanto gli elementi evidenziati dalla ditta ricorrente risultano riscontrabili dagli atti d'ufficio”*, senza però alcuna

esplicitazione né di quali tra le ragioni di doglianza sollevate dalla Presal s.r.l. sono state ritenute fondate dal Comune, né delle ragioni, anche di pubblico interesse, sottese all'adozione del provvedimento di revoca.

3) Violazione e falsa applicazione del bando di gara. Eccesso di potere sotto il profilo dell'erroneità dei fatti presupposti e del difetto di istruttoria. Violazione di legge per motivazione incongrua.

4) Violazione e falsa applicazione del bando di gara in relazione all'art.38, primo comma, lett. g) del d.lgs. n.163 del 2006. Eccesso di potere per carenza di istruttoria e per sviamento di potere.

La Grillo Infrastrutture ha rilevato che le sei ditte di cui la Presal ha contestato l'ammissione alla gara per cui è causa, avrebbero in realtà rispettato le prescrizioni del disciplinare nel rendere le dichiarazioni sul possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38 del D.lgs. n.163 del 2006.

Anche la società Grillo Infrastrutture s.r.l. ha avanzato domanda di risarcimento del danno.

Si è costituita in giudizio la Presal Costruzioni s.r.l. la quale ha, in via preliminare, eccepito l'inammissibilità del ricorso n. 2244 e ne ha chiesto, nel merito, il rigetto.

La Presal s.r.l. ha proposto ricorso incidentale nel secondo dei ricorsi in esame, deducendo le medesime censure già dedotte in via principale con il ricorso n. 2110/2010.

Con ordinanza n. 1314/2010 del 13.10.2010 la Sezione ha disposto la riunione dei ricorsi indicati in epigrafe, ha respinto la domanda

cautelare proposta nel ricorso n. 2110/2010, ha accolto la domanda cautelare proposta nel ricorso n. 2244 del 2010, fissando per la trattazione di merito dei ricorsi l'odierna udienza pubblica e condannando la società "Presal s.r.l." ed il Comune di Ficarra al pagamento in solido delle spese della fase cautelare.

In vista dell'odierna udienza pubblica le parti hanno depositato memorie.

All'odierna udienza di discussione i ricorsi sono stati trattenuti in decisione.

DIRITTO

I due ricorsi in esame, il 2110 del 2010 e il 2244 del 2010, sono già stati riuniti in fase cautelare ai fini della decisione con unica sentenza.

Ritiene il Collegio di dover confermare l'orientamento espresso in sede di delibazione cautelare.

Quanto al ricorso n. 2110 del 2010 proposto dalla società Presal Costruzioni s.r.l., lo stesso è infondato.

In relazione a tale ricorso sarebbe sufficiente, per motivi di economia processuale, esaminare solo una delle due censure dedotte, atteso che solo l'accoglimento di entrambi i motivi consentirebbe alla società ricorrente di ottenere l'aggiudicazione della gara, di tal che ove anche uno solo dei motivi fosse riconosciuto infondato la società non avrebbe interesse all'impugnazione. Tuttavia, poiché gli stessi motivi sono stati riproposti in sede di ricorso incidentale nel secondo dei due giudizi in esame, con funzione paralizzante dell'impugnazione proposta dalla Grillo Infrastrutture, ed al più limitato fine di ottenere

la rinnovazione del procedimento di gara, il Collegio ritiene di seguire l'ordine delle censure così come caldate nel ricorso n. 2110/2010 e nel ricorso incidentale proposto dalla Presal Costruzioni nel giudizio n. 2244/2010.

E' infondato il primo motivo del ricorso n. 2110/2010, riproposto come primo motivo del ricorso incidentale nel giudizio n. 2244, con il quale la società Presal s.r.l. ha sostenuto che cinque delle imprese ammesse in gara, e segnatamente la F.lli Barresi Costruzioni s.r.l., la Aveni s.r.l., la Grillo Infrastrutture s.r.l., la Hermes Costruzioni s.r.l., la costituenda A.T.I. tra Nebrodi Costruzioni Generali s.r.l. e Geo R.A.S. s.r.l., avrebbero dovuto essere escluse per avere le stesse omesso di rendere la specifica dichiarazione di cui all'art. 38, comma 1, lettera m-ter del D.lgs. n. 163/2006, richiamata al punto 3) lett. a), del disciplinare di gara (*“dichiara di non trovarsi nelle condizioni di esclusione previste nell'articolo 38 D.Lgs 163/2006 e s.m.i., comma 1, lettere a), b), c), d), e), f), g), h), i), l); m); m-bis); m-ter); ed m-quater) con le modalità previste all'art.38 comma 2 lett. a) o b) del D.Lgs 163/2006 e s.m.i.”*), con riferimento al direttore tecnico di ciascuna delle predette società.

L'art.38, comma 1, lett. m ter del D.lgs. n. 163/2006 stabilisce che sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti pubblici, né possono essere affidatari di subappalti , e non possono stipulare i relativi contratti, i soggetti *“di cui alla precedente lettera b)”*, ossia, per quanto di interesse nella presente controversia, gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico, *“che, anche in assenza nei loro confronti di un procedimento*

per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste, pur essendo stati vittime dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n.152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, non risultino aver denunciato i fatti all'autorità giudiziaria, salvo che ricorrano i casi previsti dall'articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n.689. La circostanza di cui al primo periodo deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato nei tre anni antecedenti alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha ommesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente all'Autorità di cui all'articolo 6, la quale cura la pubblicazione della comunicazione sul sito dell'Osservatorio”.

Il disciplinare di gara, al punto 3, lett. a) ha prescritto che ciascun concorrente alla procedura di gara dovesse rendere, a pena di esclusione, la dichiarazione “*di non trovarsi nelle condizioni di esclusione previste nell'articolo 38 D.Lgs 163/2006 e s.m.i., comma 1, lettere a), b), c), d), e), f), g), h), i), l); m); m-bis); m-ter); ed m-quater) con le modalità previste all'art.38 comma 2 lett. a) o b) del D.Lgs 163/2006 e s.m.i.*”.

Lo stesso disciplinare ha stabilito altresì che alcune delle dichiarazioni previste (punto 3, lett. b, lett. l e lett. m) avrebbero dovuto essere rese, con riferimento alle società di capitali e ai consorzi, dagli amministratori muniti di poteri di rappresentanza e dai direttori tecnici, nonché dai soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando.

Dall'esame delle dichiarazioni rese dai rappresentanti legali delle

cinque imprese prima citate, prodotte in giudizio sia dalla Presal Costruzioni che dalla Grillo infrastrutture, si evince che le predette imprese si sono attenute alle prescrizioni del disciplinare di gara, rendendo la dichiarazione prevista al punto 3 lettera a) del disciplinare, comprensiva altresì di quella relativa all'insussistenza della causa di esclusione di cui alla lettera m ter dell'art. 38 d.lgs n. 163 più volte citato.

Invero, ciascuno dei predetti concorrenti ha riprodotto il testo specificato alle lettere a) b), c), d), e), f), g), h), i), l), m) m bis), m ter) e m quater) di cui al predetto primo comma dell'art.38 del d.lgs. n.163 ed ha altresì elencato le generalità di tutti i soggetti dotati di poteri di rappresentanza, di tutti i direttori tecnici, nonché dei soggetti cessati nel triennio in relazione a ciascuna compagine societaria.

Con specifico riferimento alla dichiarazione di cui all'art. 38, co. 1, lettera m ter d.lgs n. 163/2006, si osserva che tre delle cinque imprese prima menzionate - Grillo, F.lli Barresi, Nebrodi - hanno dichiarato di non essere mai state vittime dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n.152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, due di esse riportando testualmente il riferimento alla lettera b) contenuto alla lettera m- ter (F.lli Barresi e Nebrodi); tale riferimento espresso alla lettera b) compare anche nella dichiarazione della Aveni s.r.l. e della Hermes Costruzioni, mentre la Geo Ras, in ATI costituenda con la Nebrodi Costruzioni, ha dichiarato l'insussistenza dei presupposti per l'applicazione della

causa di esclusione in argomento e l'assenza degli indizi a base di richieste di rinvio a giudizio.

Ciascuna delle cinque imprese ha inoltre presentato un'ulteriore dichiarazione con la quale il direttore tecnico e i soggetti cessati nel triennio hanno dichiarato quanto previsto al punto 3 lettere b), l) ed m) del disciplinare.

Ora, ritiene il Collegio che di fronte a tali elementi di fatto perde rilievo, riducendosi a mero formalismo, il motivo di doglianza della Presal Costruzioni incentrato sulla omessa dichiarazione di cui alla lettera m-ter in riferimento ai direttori tecnici delle predette società.

In altri termini, il richiamo, nelle dichiarazioni rese, alla disposizione di cui alla precedente lett. b) dell'art. 38 del codice dei contratti pubblici, che contiene il riferimento al direttore tecnico delle società di capitali (soggetto "di cui alla precedente lettera b)") richiamata dalla lettera m-ter dell'art. 38), ovvero l'espressa enunciazione che non sussistono le condizioni di cui alla lett. m-ter per non essere stata l'impresa vittima dei reati cui tale lett. m-ter fa riferimento, devono considerarsi elementi pienamente sufficienti al fine di consentire l'ingresso di tale informazione nella documentazione di gara e, pertanto, consentono di ritenere assolto l'obbligo di dichiarazione da parte del legale rappresentante dell'impresa anche avuto riguardo ai terzi (direttori tecnici o altri soggetti comunque muniti di poteri di rappresentanza, anche se cessati dalla carica nel triennio antecedente).

Sul punto giova segnalare l'orientamento del Consiglio di Stato, secondo cui l'obbligo di dichiarare l'assenza di pregiudizi penali può

ritenersi assolto dal legale rappresentante dell'impresa anche avuto riguardo ai terzi, nel presupposto che anche in questo caso operino le previsioni di responsabilità penale ed il potere di verifica da parte della stazione appaltante (cfr. *C.d.S.*, sez. V, 19 novembre 2009, n. 7244; *C.d.S.*, sez. V, 7 ottobre 2009, n. 6114; *Cons. giust. amm.*, 11 aprile 2008, n. 312), atteso che identica “*ratio*” vale anche per le altre cause di esclusione, ostative alla partecipazione, come è nel nostro caso, atteso che anche in tale ipotesi l'impresa assume la responsabilità della dichiarazione e la stazione appaltante è posta in condizione di verificare l'affidabilità dei soggetti partecipanti alla gara.

Deve poi sottolinearsi che - come si è visto - il disciplinare (punto 3, lettere b), l) ed m)) ha espressamente previsto le ipotesi in cui le dichiarazioni avrebbero dovuto essere rilasciate anche da soggetti diversi dal legale rappresentante di ciascuna impresa e che i direttori tecnici delle società indicate hanno reso le dichiarazioni specifiche che il bando ha posto a loro carico.

Deve, pertanto, ritenersi infondato il primo motivo del ricorso n. 2110 del 2010, riproposto anche come primo motivo di ricorso incidentale nel secondo giudizio in esame.

Parimenti infondato è il secondo motivo del ricorso n. 2110 del 2010, riproposto da Presal Costruzioni s.r.l. anche come secondo motivo di ricorso incidentale.

Con tale doglianza Presal ha contestato la legittimità dell'ammissione alla gara della “Iride s.r.l.”, che avrebbe falsamente dichiarato di essere in regola con gli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse,

omettendo di dichiarare di avere avuto diverse pregresse cartelle esattoriali per addebiti di imposte e tasse non pagate.

L'affermazione è sfornita di un qualsiasi minimo indizio o principio di prova, ragione per cui il Collegio non può che ribadire quanto già affermato in sede cautelare, vale a dire che non risulta che la posizione della "Iride s.r.l." presenti accertamenti tributari definitivi, tenuto conto che, in mancanza di accertata definitività della violazione, non è circostanza di per sé ostativa alla partecipazione alla gara che il concorrente sia eventualmente destinatario di cartella esattoriale.

Deve, pertanto, escludersi la non veridicità della dichiarazione resa in sede di gara dalla concorrente in merito alla regolarità fiscale, venendo meno in tal modo l'ulteriore ed autonoma causa di esclusione rappresentata dalle eventuali dichiarazioni mendaci rese dai partecipanti alla gara stessa.

In conclusione, il ricorso n. 2110 del 2010 proposto da Presal Costruzioni s.r.l. deve essere respinto.

Passando all'esame del secondo dei ricorsi in esame, il n. 2244/2010, è infondato il ricorso incidentale proposto dalla Presal s.r.l., i cui motivi, sopra esaminati, il Collegio ha ritenuto non meritevoli di accoglimento.

E' preliminare, inoltre, il vaglio delle eccezioni di inammissibilità proposte dalla controinteressata Presal Costruzioni s.r.l.

E' infondata l'eccezione di inammissibilità del ricorso n. 2244 del 2010 motivata dal fatto che la Grillo Infrastrutture avrebbe

impugnato un atto non avente natura provvedimentoale, la nota n. 149 del 04.08.2010 del Comune di Ficarra, di comunicazione di riapertura delle operazioni di gara, che, ad avviso di Presal, sarebbe mero atto endoprocedimentale.

Parimenti priva di fondamento è l'ulteriore e consequenziale eccezione in base alla quale si tratterebbe di atto non immediatamente lesivo.

A parte la genericità della sollevata eccezione sotto entrambi i profili evidenziati, rileva il Collegio che il ricorso proposto dalla Grillo Infrastrutture s.r.l. ha per oggetto la determinazione n. 149 del 4.8.2010 del Responsabile dell'Area Tecnica del Comune di Ficarra, che non è una mera nota di comunicazione di riapertura delle operazioni di gara, bensì il provvedimento con il quale il Comune ha revocato l'aggiudicazione definitiva in favore della "Grillo", già disposta con la determina n. 87 dell'11.06.2010, e, per l'effetto, disposto la riapertura delle operazioni di gara.

Ne consegue che, contrariamente a quanto ritenuto dalla Presal Costruzioni, l'atto impugnato con il ricorso n. 2244 è l'atto conclusivo del procedimento di autotutela che ha condotto alla revoca dell'aggiudicazione e, pertanto, è atto avente natura provvedimentoale, direttamente lesivo della posizione di interesse della Grillo, che la determina comunale n. 87, ora revocata, aveva già individuato come soggetto affidatario dell'appalto in controversia, costituendo in capo all'impresa aggiudicataria una specifica posizione di vantaggio.

Posto, dunque, che il ricorso n. 2244 è pienamente ammissibile, rileva

il Collegio che lo stesso è anche fondato in relazione ai motivi secondo e terzo, con i quali Grillo infrastrutture s.r.l. ha denunciato i vizi di difetto di motivazione e difetto di istruttoria della determina comunale che ha revocato l'aggiudicazione definitiva già disposta in suo favore ed ha riaperto le operazioni di gara.

Va rammentato, al riguardo, che, per consolidato orientamento giurisprudenziale, fino all'aggiudicazione definitiva di un appalto non vi è alcuna posizione consolidata dell'impresa concorrente che possa postulare il riferimento, in sede di revoca dell'aggiudicazione provvisoria, ad un interesse pubblico giustificativo del sacrificio del privato, cosicché deve riconoscersi all'amministrazione il potere di provvedere all'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria in via implicita e senza obbligo di particolare motivazione.

Tale assetto di interessi muta radicalmente con l'aggiudicazione definitiva, che comporta il consolidamento della posizione dell'impresa concorrente e, di conseguenza, può essere rimossa solo in presenza di situazioni specifiche di pubblico interesse.

Ne consegue che è illegittimo il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione definitiva quando, come nel caso in esame, esso non rechi alcun riferimento esplicito alla sussistenza di un interesse pubblico, concreto e attuale, ritenuto idoneo a giustificare il sacrificio del contrapposto diritto del privato nei confronti dell'amministrazione.

Nella fattispecie in esame, la determinazione comunale di revoca dell'aggiudicazione definitiva si fonda sulla generica considerazione

che dall'esame del ricorso presentato dall'impresa Presal Costruzioni è emersa la fondatezza dello stesso, fondatezza che deriverebbe, secondo quanto esposto nella narrativa della determina stessa, *“in quanto gli elementi evidenziati dalla ditta ricorrente risultano riscontrabili dagli atti d'ufficio”* e, pertanto, *“a fronte di quanto sopra indicato, si determina una diversa graduatoria di aggiudicazione e si rende necessario procedere ad una riapertura delle operazioni di gara”*.

Non risultano indicate quali tra le ragioni di doglianza sollevate dalla Presal s.r.l. sono state ritenute fondate dal Comune, né le ragioni di pubblico interesse sottese all'adozione del provvedimento di revoca.

Il Comune, infatti, avrebbe dovuto non solo esplicitare le doglianze che riteneva fondate, ma altresì specificare sulla base di quali riscontri fattuali e su quale rivalutazione degli interessi pubblici, nella vicenda in esame, si giustificava la disposta revoca.

Va esaminato anche il primo motivo di ricorso, con cui l'esponente denuncia la violazione dell'art. 7 della legge n. 241/1990, poiché la stazione appaltante non ha comunicato l'avvio del procedimento volto alla revoca dell'aggiudicazione definitiva dell'appalto.

Il rilievo è fondato, atteso che la comunicazione di avvio era senz'altro dovuta in quanto, laddove l'amministrazione intenda procedere al riesame in autotutela del provvedimento di aggiudicazione definitiva con il quale si sia concluso il procedimento di affidamento di contratti pubblici, essa è tenuta a comunicare l'avvio del procedimento nei confronti dell'aggiudicatario, la cui sfera giuridica potrebbe essere incisa dagli effetti sfavorevoli derivanti

dall'adozione dell'atto di revoca (*T.A.R. Sardegna, sez. I, 12 agosto 2008, n. 1721; Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2007, n. 5925*).

Né può invocarsi, al riguardo, l'applicazione della scriminante posta dall'art. 21 octies della legge n. 241/1990, atteso che la contestata revoca, come di norma i provvedimenti amministrativi di secondo grado, aveva natura eminentemente discrezionale e in alcun modo è stato dimostrato l'esito vincolato del potere esercitato dall'amministrazione nella fattispecie.

Per le ragioni esposte il ricorso proposto dalla società Grillo s.r.l. deve essere accolto, con assorbimento dei motivi non esaminati e annullamento della determina n. 149 del 4.8.2010 del Responsabile dell'Area Tecnica del Comune di Ficarra.

Quanto alla domanda di risarcimento dei danni della Grillo infrastrutture s.r.l., essa non può trovare accoglimento, in quanto la pretesa azionata dalla ricorrente trova integrale soddisfazione attraverso gli effetti demolitori che conseguono alla pronuncia di accoglimento del gravame, che ne comportano la ricostituzione della posizione di aggiudicataria definitiva dell'appalto.

Le spese del giudizio si liquidano in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Quarta)

definitivamente pronunciando sui ricorsi riuniti indicati in epigrafe,

Respinge il ricorso n. 2110/2010.

Accoglie il ricorso n. 2244 del 2010 e, per l'effetto, annulla la

determinazione n. 149 del 4.8.2010 del Responsabile dell'Area Tecnica del Comune di Ficarra.

Condanna la società "Presal s.r.l." ed il Comune di Ficarra, anche in mancanza di sua costituzione in giudizio, al pagamento in parti uguali in favore della "Grillo infrastrutture s.r.l." delle spese del giudizio, che si liquidano in complessive Euro 2500,00, comprensive di quanto già liquidato in fase cautelare, oltre accessori di legge e rimborso del contributo unificato.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 24 febbraio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Rosalia Messina, Presidente

Dauno Trebastoni, Primo Referendario

Giuseppa Leggio, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/03/2011

IL SEGRETARIO

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

