



REPUBBLICA ITALIANA

N. 0141/08 Reg. Sent.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 1270/07 Reg. Gen.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia - Sezione staccata di Catania - Sezione Quarta, composto dai Signori Magistrati:

Dott. Ettore Leotta                      Presidente rel. estensore

Dott. Francesco Brugaletta            Consigliere

Dott. Dauno Trebastoni                Referendario

ha pronunciato la seguente

### **S E N T E N Z A**

sul ricorso n. **1270/2007 R.G.** proposto dalla **OPERES S.r.l.**, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avv. Ignazio Scuderi, presso il cui studio, sito in Catania, Via Vincenzo Giuffrida n. 37, è selettivamente domiciliato;

#### **contro**

il **Comune di Assoro**, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avv. Giuseppe Mingiardi, presso il cui studio, sito in Catania, Via G. D'Annunzio n. 39/A, è selettivamente domiciliato;

#### **e nei confronti**

dell'**Ufficio Regionale per l'espletamento delle gare di appalto, sezione provinciale di Enna**, in persona del legale rappresentante pro tempore, e l'**Assessorato Regionale Lavori Pubblici**, in persona dell'Assessore pro tempore, non costituiti;

l'Impresa **CESAB S.r.l.**, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli Avv.ti Lucia Alfieri, Girolamo Rubino e Salvatore

Cittadino, selettivamente domiciliato in Catania, Via Oliveto Scammacca n. 23/C, presso lo studio di quest'ultimo;

**per l'annullamento**

**(ricorso principale)**

previa sospensione:

- della determina dirigenziale n. 367 (n. 112 Settore 3) dell'11 maggio 2007 del Dirigente del Terzo Settore del Comune di Assoro, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva dell'appalto dei lavori "per il progetto di recupero e qualificazione dell'ambiente urbano storico e monumentale – contesto di Via Crisa – Tratto da Basilica di San Leone e piazza della Mercè" a favore della CESAB S.r.l.;
- del verbale del 15 febbraio 2007, con cui l'U.R.E.G.A. di Enna ha individuato come prima classificata la CESAB S.r.l.;
- del verbale di gara del 14 febbraio 2007 di esame dell'offerta e di tutti gli atti del procedimento;

**nonché per l'annullamento**

**(ricorso per motivi aggiunti)**

ove occorra e nei limiti di interesse:

- della determina n. 845 (n. 254 Settore 3) del 15 ottobre 2007, comunicata con nota del Comune di Assoro del 16 ottobre 2007, prot. n. 6756, con la quale è stata revocata in autotutela la determina di aggiudicazione definitiva alla ditta CESAB S.r.l.;
- del verbale di gara n. 1/bis del 25 ottobre 2007, con il quale l'U.R.E.G.A., anziché pronunciare l'aggiudicazione in favore della OPERES, ha chiesto espresso parere all'Autorità di Vigilanza sui contratti in ordine alle procedure da espletare.

- di tutti gli altri atti e provvedimenti precedenti o successivi, connessi presupposti e/o consequenziali.

Visti il ricorso principale ed il ricorso per motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune intimato e dell'Impresa controinteressata;

Viste le memorie prodotte dalle parti, a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 19 dicembre 2007 il Consigliere Dott. Ettore Leotta;

Uditi gli Avvocati delle parti costituite come da verbale di causa;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

#### **Fatto e diritto**

1) Con bando pubblicato nella G.U.R.S. n. 4 – Parte II – del 26 gennaio 2007 il Comune di Assoro ha indetto una gara di appalto a pubblico incanto per l'affidamento dei “...*lavori di recupero e qualificazione dell'ambiente urbano storico e monumentale contesto di via Crisa –Tratto da Basilica di San Leone a piazza della Mercè*”, categoria di lavori OG2, per l'importo a base d'asta di Euro 1.263.784,49. Il termine della presentazione delle offerte è stato fissato per il 9 febbraio 2007.

Il bando predetto, al punto 16, lettera b), ha prescritto quanto segue:

“ *b) per i soli lavori pubblici di valore inferiore alla soglia comunitaria non sono ammessi a partecipare alle gare soggetti che, al momento di presentazione dell'offerta, non dimostrino ,con le modalità previste dal disciplinare di gara, la regolarità contributiva nei confronti degli Enti previdenziali ed Assicurativi INPS, INAIL e CASSA EDILE*”.

A sua volta, il disciplinare di gara, all'art. 1, punto 3), ha disposto testualmente:

*“nella busta A (Documentazione) devono essere contenuti, a pena di esclusione, i seguenti documenti: documentazione dimostrante il possesso del requisito della regolarità contributiva, ai sensi dell'art. 19, comma 12 - bis del testo coordinato, secondo le modalità attuative contenute nel decreto dell'Assessore Regionale per i lavori pubblici n 26/Gab. del 24 febbraio 2006, adottato ai sensi dell'art. 1, comma 13 della legge regionale 29 novembre 2005, numero 16, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Regione Siciliana numero 12 del 10 marzo 2006”.*

Lo stesso disciplinare di gara, al punto 2, lettera C, ha poi stabilito che *“il soggetto deputato all'espletamento della gara, ovvero la commissione di gara, il giorno fissato per la seconda seduta pubblica procede all'esclusione dalla gara dei concorrenti che non abbiano presentata la documentazione attestante il possesso del requisito della regolarità contributiva, ai sensi dell'art. 19, comma 12 - bis del testo coordinato, secondo le modalità attuative contenute nel decreto dell'Assessore Regionale per i lavori pubblici n 26/Gab del 24 febbraio 2006, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Regione Siciliana numero 12 del 10 marzo 2006”.*

Alla gara di cui trattasi, svoltasi il 14 e 15 febbraio 2007 presso l'U.R.E.G.A. di Enna, hanno partecipato n. 53 concorrenti, dei quali n. 9 sono stati esclusi.

Nella seduta del 15 febbraio 2007 il Seggio di gara, dopo aver effettuato il taglio delle ali ed aver stabilito che al calcolo della media aritmetica delle offerte partecipavano n. 23 concorrenti (n. 18 con ribasso del 7,320% e n. 5 con ribasso del 7,321%), ha determinato la media aritmetica, pari a 7,3202174%, ha effettuato il sorteggio tra i n. 18 concorrenti che avevano

presentato un ribasso pari a tale media ed ha individuato quale prima graduata l'Impresa CESAB S.r.l. e quale seconda graduata l'impresa OPERES S.r.l.

Con nota n. 156 del 16 febbraio 2007 l'U.R.E.G.A. di Enna ha trasmesso al Comune di Assoro il verbale del 15 febbraio 2007.

L'aggiudicazione provvisoria dell'appalto a favore dell'Impresa CESAB S.r.l. è stata disposta dal Funzionario responsabile del III Settore Ufficio Tecnico del Comune di Assoro con determina n. 338 del 30 aprile 2007 (n. 107 Settore 3 del 27 aprile 2007), con la quale sono stati approvati gli atti di gara.

Indi, con la determina n. 367 (n. 112 Settore 3) dell'11 maggio 2007 lo stesso Funzionario ha aggiudicato in via definitiva la gara di appalto a favore dell'Impresa prima graduata.

Con ricorso notificato il 6 – 12 giugno 2007, depositato l'11 giugno 2007, l'impresa OPERES S.r.l. ha impugnato la determina dirigenziale n. 112/2007, nonché i verbali di gara del 14 – 15 febbraio 2007 e la determina dirigenziale n. 338 del 30 aprile 2007, deducendone l'illegittimità sotto vari profili.

Il Comune di Assoro e l'Impresa CESAB S.r.l. si sono costituiti in giudizio per avversare il gravame, deducendone l'irricevibilità per tardività e l'infondatezza nel merito.

Con ordinanza collegiale n. 1066 del 27 luglio 2007 questo Tribunale ha disposto la sospensione dell'esecuzione degli atti impugnati, rinviando l'ulteriore trattazione della causa alla seconda pubblica udienza del mese di dicembre 2007.

Con nota prot. n. 5675 del 4 settembre 2007 il Funzionario responsabile del III° Settore del Comune di Assoro ha avviato il procedimento di revoca della precedente determina n. 112 dell'11 maggio 2007.

Indi, con determina n. 845 (n. 254 Settore 3) del 15 ottobre 2007, comunicata con nota del 16 ottobre 2007, prot. n. 6756, lo stesso Funzionario ha revocato (rectius: annullato) in autotutela le determine n. 367/2007 e n. 338/2007 ed ha trasmesso gli atti di gara all'U.R.E.G.A. di Enna, *“per le determinazioni inerenti l'ordinanza cautelare n. 1066/07 del Tar Sicilia – Catania e/o la formulazione della nuova graduatoria delle ditte ammesse, necessaria per l'individuazione della nuova ditta aggiudicataria”*.

Nelle premesse della predetta determina l'Autorità emanante ha richiamato il bando di gara e l'annesso capitolato, nonché il provvedimento cautelare del Tar, ed ha evidenziato che il DURC presentato dalla CESAB S.r.l. in sede di gara era stato rilasciato per la redazione dello stato di avanzamento dei lavori (SAL) di un singolo cantiere.

Con nota prot. n. 6752 del 16 ottobre 2007 l'Ente locale ha trasmesso gli atti di gara all'U.R.E.G.A. di Enna.

Nella seduta del 25 ottobre 2007 (verbale n. 1 bis) il Seggio di gara ha deciso di acquisire il parere dell'Autorità per la Vigilanza sui contratti in ordine alle procedure da espletare.

Con nota prot. n. 63240/07/Segr. del 15 novembre 2007 l'Autorità adita ha considerato improcedibile la richiesta di parere, essendo pendente un ricorso giurisdizionale.

Con atto notificato il 14 – 19 novembre 2007, depositato il 28 novembre 2007, l'Impresa OPERES S.r.l. ha impugnato in via cautelativa la determina n. 845 (n. 254 Settore 3) del 15 ottobre 2007, il verbale di gara dell'U.R.E.G.A. di Enna n. 1/bis del 25 ottobre 2007 e tutti gli atti connessi, presupposti e/o consequenziali.

Con apposite memorie le parti hanno illustrato le proprie difese.

Alla pubblica udienza del 19 dicembre 2007 la causa è passata in decisione.

2) L'Impresa controinteressata, costituendosi in giudizio, ha eccepito l'irricevibilità del gravame, sostenendo che, poiché il verbale del 15 febbraio 2007, conclusivo della gara, era stato trasmesso da parte l'U.R.E.G.A. di Enna al Comune di Assoro con nota n. 156 del 16 febbraio 2007, decorsi 15 giorni dalla trasmissione lo stesso verbale avrebbe dovuto essere considerato definitivo, per cui il ricorso avrebbe dovuto essere proposto entro 60 giorni dal 3 marzo 2007.

A sua volta, l'Amministrazione resistente ha evidenziato che lo stesso verbale del 15 febbraio 2007 sarebbe stato pubblicato all'Albo pretorio dal 23 febbraio 2007 al 22 marzo 2007, di modo che il ricorso, notificato il 12 giugno 2007, sarebbe in ogni caso tardivo.

Per il Tribunale entrambi i rilevi sono privi di pregio.

Come già affermato da questa Sezione con sentenza 14 settembre 2007, n. 1418, alla quale espressamente si rinvia, l'art. 7 ter della L. n. 109/1994 (istitutivo dell'Ufficio regionale per l'espletamento di gare per l'appalto di lavori pubblici), nel testo vigente in Sicilia, al comma 6, prescrive testualmente:

*“Le sezioni centrale e provinciali redigono un verbale delle operazioni di gara che viene trasmesso alle amministrazioni appaltanti nonché ai soggetti collocatisi al primo ed al secondo posto in graduatoria. Il verbale costituisce proposta ai fini dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione da parte dell'organo competente dell'amministrazione appaltante”.*

A sua volta, l'art. 10 del Decreto del Presidente della Regione Siciliana 14 gennaio 2005, n. 1 (Regolamento per il funzionamento dell'U.R.E.G.A.) così dispone:

*“1. La commissione redige un verbale delle operazioni di gara che viene trasmesso entro dieci giorni all'amministrazione appaltante nonché ai concorrenti collocatisi al primo ed al secondo posto in graduatoria.*

*2. Nel termine di quindici giorni dalla data di ricezione del verbale, l'organo competente dell'amministrazione appaltante deve adottare il provvedimento finale. In difetto il provvedimento di aggiudicazione si intende a tutti gli effetti adottato conformemente alla proposta. È comunque fatto obbligo all'organo competente dell'amministrazione appaltante di adottare un provvedimento espresso - da pubblicarsi secondo quanto disposto al successivo comma 5 - con il quale regolarizzare l'aggiudicazione sotto il profilo contabile e finanziario.*

*3. Ove si individuino vizi nella proposta di provvedimento per il cui rimedio non è necessaria la rinnovazione di atti della procedura, l'organo competente dell'amministrazione appaltante, con provvedimento congruamente motivato, procede direttamente alla correzione, previo avviso ai concorrenti collocatisi al primo ed al secondo posto in graduatoria. In ogni altro caso, rimette gli atti all'Ufficio.*

*4. L'organo competente dell'amministrazione appaltante, inoltre, potrà revocare gli atti di gara con provvedimento congruamente motivato e solo in caso di sopravvenienza di interessi pubblici prevalenti.*

*5. Al provvedimento di aggiudicazione adottato dall'organo competente dell'amministrazione appaltante sulla base del verbale della commissione si applica il disposto dell'art. 21-bis della legge”.*

In base alla normativa richiamata:

- il verbale delle operazioni di gara redatto dall'U.R.E.G.A. costituisce un atto endoprocedimentale, da trasmettere entro dieci giorni all'Amministrazione



appaltante, che nei quindici giorni successivi è tenuta ad adottare un provvedimento finale di aggiudicazione;

- in mancanza del provvedimento espresso, il provvedimento (tacito) di aggiudicazione s'intende adottato conformemente alla proposta;

- il provvedimento espresso di aggiudicazione dev'essere pubblicato con le modalità di cui all'art. 21 bis della L. n. 109/1994 (nel testo vigente in Sicilia);

- nel caso di provvedimento tacito di aggiudicazione, l'amministrazione appaltante è comunque tenuta ad adottare un provvedimento espresso, con il quale regolarizzare l'aggiudicazione sotto il profilo contabile e finanziario, da pubblicarsi sempre con le modalità di cui all'art. 21 bis della L. n. 109/1994 (nel testo vigente in Sicilia).

Ancora, il citato art. 21 bis della L. n. 109/1994 (nel testo vigente in Sicilia), ai commi 1 – 4, così dispone:

*“1. Il verbale di gara di appalto dei lavori deve essere redatto immediatamente, sottoscritto dall'impresa aggiudicataria, se presente, e pubblicato, per almeno tre giorni consecutivi non festivi nella sede degli enti dove è svolta la gara. Ove l'aggiudicatario non sia presente, deve essergli data comunicazione immediata da parte del responsabile del procedimento.*

*2. In assenza di rilievi o di contestazioni, che devono essere effettuati nei sette giorni successivi a quello di espletamento della gara, il verbale di gara diviene definitivo.*

*3. In caso di rilievi e contestazioni l'ente appaltante, e per esso il responsabile del procedimento, è tenuto a decidere entro il termine perentorio di dieci giorni dalla loro trasmissione.*

*4. Decorso inutilmente il termine di cui al comma 3, in mancanza di decisione, i rilievi e le contestazioni si intendono respinti ed il verbale di gara diviene definitivo”.*

Va richiamato infine l’art. 21, comma 1, della L. 6 dicembre 1971, n. 1034, secondo il quale per gli atti soggetti a pubblicazione, ove questa “*sia prevista da disposizioni di legge o di regolamento*”, il termine di sessanta giorni per proporre l’impugnazione in sede giurisdizionale decorre “*dal giorno in cui sia scaduto il termine della pubblicazione*”.

Tale complesso quadro normativo dev’essere integrato con l’art. 6, comma 2, del D.A. 24 febbraio 2006, in base al quale, qualora un concorrente produca, in luogo del D.U.R.C., una dichiarazione sostitutiva relativa alla propria regolarità contributiva, “*prima dell’approvazione dell’aggiudicazione, le stazioni appaltanti verificano la veridicità delle dichiarazioni sostitutive nei confronti di tutti i soggetti che si sono avvalsi della facoltà come sopra prevista*”.

Nella specie, come risulta dalla determina n. 338 del 30 aprile 2007 (n. 107 Settore 3 del 27 aprile 2007), il Comune di Assoro non ha potuto disporre immediatamente l’aggiudicazione, dovendo procedere alla verifica della regolarità contributiva di due concorrenti (Soc. Coop. Costruzione Calabrese e Leader Costruzioni S.r.l.), che si erano avvalsi della presentazione di una dichiarazione sostitutiva, in luogo del D.U.R.C.

Soltanto dopo tale verifica, l’Amministrazione ha approvato gli atti di gara, disponendo prima l’aggiudicazione provvisoria con la citata determina n. 338 del 30 aprile 2007 (n. 107 Settore 3 del 27 aprile 2007), pubblicata all’Albo Pretorio per tre giorni, così dando contezza della regolarità contributiva delle due imprese sottoposte a verifica e, dopo il decorso del termine di sette giorni

dalla pubblicazione, non essendo stati prodotti rilievi o contestazioni, ha finalmente disposto l'aggiudicazione definitiva con la determina dirigenziale n. 367 (n. 112 Settore 3) dell'11 maggio 2007.

Da ciò consegue che l'impugnazione poteva essere proposta entro sessanta giorni dalla scadenza del termine di pubblicazione di tale ultimo provvedimento all'Albo Pretorio dell'Ente.

Pertanto il ricorso principale in esame, notificato il 6 – 12 giugno 2007, risulta tempestivo.

**3)** Con l'unica censura del ricorso principale la OPERES S.r.l. lamenta la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 16 punto b, del bando di gara e dell'art. 3 del Disciplinare di gara, la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 19 comma 12 - bis della L. n. 109/1994 introdotto dall'art. 1, comma 12 della L.R. 29 novembre 2005, n. 16, dell'art. 3 del D.A. 24 febbraio 2006, dell'art. 75, comma 1, lett. g del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, come sostituito dall'art. 2, comma 1, del D.P.R. 30 Agosto 2000, n. 412, nonché dell'art. 17, comma 1, lett. e, del D.P.R. 25 Gennaio 2000, n. 34.

La parte ricorrente sostiene che l'Impresa CESAB S.r.l. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, per aver prodotto un documento unico di regolarità contributiva (D.U.R.C.) non idoneo.

Infatti il D.U.R.C. esibito in sede di gara si riferirebbe allo stato di avanzamento lavori (SAL) di un singolo cantiere, riguardando un lavoro svolto nel Comune di Ispica per conto della Protezione Civile, e non potrebbe essere riferito alla complessiva posizione contributiva della CESAB S.r.l., rispetto a tutti i propri dipendenti.

In tal modo l'Impresa aggiudicataria avrebbe violato la normativa invocata dalla OPERES S.r.l.

Ancora, il D.U.R.C. in questione non solo sarebbe riferito ad un singolo cantiere, ma in più tale certificazione riguarderebbe un singolo stato avanzamento lavori (SAL), risultando del tutto inidoneo in relazione alla finalità tutelata dalla norma.

Peraltro, il certificato di regolarità contributiva rilasciato dallo sportello unico previdenziale esistente presso l'Ente Ragusano Cassa Edile, presentato dalla CESAB S.r.l., essendo stato rilasciato il 23 novembre 2006 ed avendo durata trimestrale ai sensi dell'art. 35 septies del D.L. 30 Dicembre 2005, n. 273, sarebbe scaduto.

Osserva il Tribunale che, contrariamente a quanto sostenuto dall'Impresa ricorrente, il D.U.R.C. prodotto dalla CESAB S.r.l. all'atto della partecipazione alla gara non era ancora scaduto, in quanto all'epoca era vigente in Sicilia l'art. 19, comma 12 bis della L. n. 109/1994, nel testo introdotto dall'art. 1, comma 12, della L.R. 29 novembre 2005 n. 16, che aveva fissato in quattro mesi dal rilascio la validità del D.U.R.C.

Solo successivamente allo svolgimento della gara di cui trattasi, con L.R. 31 agosto 2007 n. 20, anche in Sicilia la validità del D.U.R.C. è stata fissata in tre mesi dalla data del rilascio.

In ogni caso, anche quando la validità del D.U.R.C. fosse stata trimestrale, il documento prodotto dalla C.E.S.B. S.r.l. non era scaduto, rilevando la data del rilascio (23 novembre 2006) e non quella di effettuazione dei singoli accertamenti presso l'I.N.P.S. e l'I.N.A.I.L. di Roma (11 ottobre 2006) e presso la Cassa edile di Ragusa (30 settembre 2006) (Cfr. Tar Palermo, Sezione Terza, 5 aprile 2007 n. 1092).

Tuttavia, per altro verso, il predetto D.U.R.C. non era un documento idoneo, in quanto, per ammissione della stessa impresa CESAB S.r.l. (contenuta nella

memoria di costituzione), esso era riferito allo stato avanzamento lavori (SAL) di un singolo cantiere.

A tal proposito, va evidenziato che con Decreto 24 febbraio 2006, pubblicato nella G.U.R.S. n. 12 del 10 marzo 2006, emanato in attuazione dell'art. 19, comma 12 bis della L. n. 109/1994 (nel testo vigente in Sicilia), l'Assessore regionale per i Lavori Pubblici ha così disposto:

*“La produzione di certificazione rilasciata dall’I.N.P.S., dall’I.N.A.I.L e dalla Cassa Edile dimostrante la regolarità contributiva costituisce requisito per la partecipazione alle procedure di affidamento di appalti e di concessioni di lavori pubblici. La regolarità contributiva è certificabile e/o attestabile anche attraverso la produzione del DURC. Ai fini di cui all’art. 19, comma 12 bis, della legge 11 febbraio 1994 n. 109, **non sono valide le attestazioni rilasciate dalle Casse Edili se riferite a uno o più cantieri, dovendo le Casse attestare la regolarità contributiva senza limitazione a singoli appalti**”.*

La CESAB S.r.l., costituendosi in giudizio, ha evidenziato di aver prodotto in sede di gara, oltre al D.U.R.C. contestato, anche una dichiarazione sostitutiva di atto notorio, attestante la propria posizione di regolarità contributiva, che sarebbe stata in tal modo dimostrata.

Osserva il Collegio che con la dichiarazione in questione la CESAB S.r.l. si è limitata a richiamare il D.U.R.C. del 23 novembre 2006, nulla aggiungendo al contenuto di quest'ultimo, per cui tale dichiarazione, essendo sostanzialmente riferita anch'essa ad un singolo cantiere, dev'essere considerata inidonea a comprovare la sussistenza della regolarità contributiva.

Per le ragioni che precedono, il motivo di gravame in esame dovrebbe essere accolto, con conseguente annullamento delle determine dirigenziali n. 367 (n.

112 Settore 3) dell'11 maggio 2007 e n. 338 del 30 aprile 2007 (n. 107 Settore 3 del 27 aprile 2007).

Senonché tali atti sono stati revocati (rectius annullati) in autotutela con successiva determina n. 845 (n. 254 Settore 3) del 15 ottobre 2007, adottata discrezionalmente dall'Amministrazione, con conseguente cessazione della materia del contendere relativamente al ricorso principale.

4) Il Collegio procede quindi all'esame del ricorso per motivi aggiunti, con il quale l'Impresa OPERES S.r.l. ha impugnato in via cautelativa:

- la determina n. 845 (n. 254 Settore 3) del 15 ottobre 2007, comunicata con nota del 16 ottobre 2007, prot. n. 6756, nella parte in cui il Comune di Assoro, dopo aver revocato (rectius annullato) in autotutela la determina dirigenziale n. 367 (n. 112 Settore 3) dell'11 maggio 2007 di aggiudicazione definitiva dell'appalto all'Impresa CESAB S.r.l., non ha disposto direttamente l'aggiudicazione a favore dell'Impresa ricorrente,
- il verbale di gara n. 1/bis del 25 ottobre 2007, con il quale l'U.R.E.G.A., anziché pronunziare l'aggiudicazione in favore della OPERES, ha chiesto espresso parere all'Autorità di Vigilanza sui contratti in ordine alle procedure da espletare.

A sostegno delle proprie ragioni la OPERES S.r.l. ha dedotto la seguente censura unica:

Violazione dell'art. 1 della L. 7 Agosto 1990 n. 241, in relazione ai principi di non aggravamento e di trasparenza dell'azione amministrativa; eccesso di potere per violazione dell'ordinanza cautelare n. 1066/2007; eccesso di potere per illogicità, travisamento e sviamento di potere; violazione dell'art. 10 del D.P.R.S. n. 1/2005.

L'Impresa ricorrente sostiene che:

**A** - L'esclusione della CESAB S.r.l. non avrebbe alterato la media delle offerte, per cui, come precisato dalla giurisprudenza amministrativa, non si sarebbe dovuto ripetere il sorteggio tra i concorrenti che avevano presentato il medesimo ribasso del 7,320%. Conseguentemente il Comune di Assoro avrebbe dovuto disporre immediatamente l'aggiudicazione a favore dell'Impresa OPERES S.r.l., senza necessità di trasmettere gli atti all'U.R.E.G.A. per la ripetizione della gara (id est, del sorteggio).

In sostanza, con la determina impugnata con il ricorso per motivi aggiunti l'Ente locale avrebbe omesso di eseguire la pronuncia cautelare del Tar, avrebbe violato le clausole del disciplinare di gara e l'art. 10 del D.P.R.S. n. 1/2005 ed avrebbe gravato inutilmente il procedimento.

**B** - A sua volta l'U.R.E.G.A. di Enna, invece di individuare quale aggiudicataria l'Impresa OPERES S.r.l., avrebbe deciso di chiedere un parere all'Autorità per la vigilanza sui contratti, omettendo di definire il procedimento.

Ai fini del decidere, il Collegio ritiene necessario procedere anzitutto all'esatta qualificazione della determina n. 845 (n. 254 Settore 3) del 15 ottobre 2007, con la quale il Comune di Assoro ha proceduto non alla revoca, bensì all'annullamento in autotutela della precedente determina dirigenziale n. 367 (n. 112 Settore 3) dell'11 maggio 2007 di aggiudicazione definitiva dell'appalto all'Impresa C.E.S.A.B. S.r.l., nonché della determina n. 338 del 30 aprile 2007 (n. 107 Settore 3 del 27 aprile 2007) di approvazione degli atti di gara e di aggiudicazione provvisoria.

Ciò premesso, il Tribunale deduce ed osserva:

**Sub A** – Il bando di gara, al punto 16, lettera r) prescrive che *“la stazione appaltante si riserva la facoltà di applicare le disposizioni di cui all'art. 2*

*comma 1, della L.R. 16/05, secondo la quale si applicano i commi 12, 12 bis, 12 ter, 12 quater e 12 quinquies dell'art. 5 del Decreto Legge 14 marzo 2005 n. 5, convertito con modifiche dalla Legge 14 maggio 2005 n. 80”.*

*In base all'art. 5, comma 21 bis, del D.L. n. 5/2005 citato, “ ... le stazioni appaltanti, in caso di fallimento dell'appaltatore o di risoluzione del contratto per grave inadempimento del medesimo, possono interpellare progressivamente i soggetti che hanno partecipato alla originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento del completamento dei lavori. Si procede all'interpello a partire dal soggetto che ha formulato la prima migliore offerta, escluso l'originario aggiudicatario”.*

Per poter applicare le disposizioni richiamate, la Stazione appaltante ha la necessità di disporre di una graduatoria dei soggetti che hanno partecipato alla gara, al fine di poter fronteggiare eventuali inadempienze in sede di esecuzione del contratto da parte dell'Impresa aggiudicataria, rimpiazzando quest'ultima con la seconda graduata.

Tale esigenza è stata tenuta presente dal disciplinare di gara, che al punto 2 – procedura di aggiudicazione, così dispone:

*“Il soggetto deputato all'espletamento della gara ovvero la commissione di gara predispose, quindi, la graduatoria definitiva e redige il verbale di gara con l'individuazione dei concorrenti collocatisi al primo (aggiudicatario provvisorio) ed al secondo posto”.*

Nel caso sottoposto all'esame del Collegio, con verbale del 15 febbraio 2007 l'U.R.E.G.A. di Enna ha individuato, mediante sorteggio, i concorrenti collocati al primo posto (CESAB S.r.l.) ed al secondo posto (OPERES S.r.l.).



Tuttavia, a seguito dell'accertata illegittimità dell'ammissione alla gara della CESAB S.r.l., con l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione definitiva di cui alla determina dirigenziale n. 367 (n. 112 Settore 3) dell'11 maggio 2007, il Comune di Assoro si è trovato a poter disporre di un solo concorrente meglio graduato (OPERES S.r.l.), donde la necessità di restituire gli atti di gara all'U.R.E.G.A. di Enna, non per l'integrale rifacimento del primo sorteggio, risultato regolare, ma per una parziale rinnovazione degli atti della procedura, da attuare mediante un sorteggio integrativo, finalizzato all'individuazione del secondo concorrente meglio graduato.

Così intesa la volontà dell'Ente locale, la determina n. 845 (n. 254 Settore 3) del 15 ottobre 2007 risulta esente dai vizi denunciati, in quanto la posizione di prima graduata, già conseguita dall'Impresa OPERES S.r.l., non è stata messa in discussione.

La considerazione espressa dal Collegio trova conforto nella giurisprudenza amministrativa (Cfr. C.G.A. 11 febbraio 2005 n. 56; Tar Veneto, Sezione I, 14 maggio 2007 n. 1461) secondo cui, ove fosse disposto l'integrale rifacimento del sorteggio, si darebbe una seconda possibilità di ottenere l'aggiudicazione ai concorrenti che hanno già perso la prima volta, con palese violazione del principio di diritto contenuto nell'art. 77, comma 2, del R.D. n. 827/1924, in base al quale, ricorrendo le condizioni ivi previste, *"la sorte decide"*.

Nella specie, la sorte ha già deciso a favore dell'Impresa OPERES S.r.l., della quale non può essere rimessa in discussione la posizione di prima graduata, anche in applicazione del fondamentale principio di conservazione dell'attività amministrativa legittimamente svolta (Cfr. Cons. Stato, VI, 11 dicembre 1998, n. 1668; Tar Palermo, Sezione Terza, 12 febbraio 2007 n. 518).

Poiché tuttavia alla stazione appaltante non è consentito effettuare il sorteggio integrativo, necessario per individuare il concorrente secondo graduato, il Comune di Assoro ha legittimamente fatto ricorso, a tali limitati fini, all'opera dell'U.R.E.G.A., al quale è conseguentemente impedito l'integrale rifacimento del sorteggio.

Così individuati il contenuto della determina n. 845 (n. 254 Settore 3) del 15 ottobre 2007 e l'attività da svolgersi da parte dell'U.R.E.G.A., la censura proposta dall'Impresa ricorrente, limitatamente al profilo esaminato, dev'essere rigettata.

**Sub B** – Il rilievo proposto nei confronti del verbale 1 bis del 25 ottobre 2007 dell'U.R.E.G.A. di Enna dev'essere dichiarato inammissibile, in quanto l'atto impugnato ha natura endoprocedimentale, e quindi è privo di autonoma capacità lesiva.

In ogni caso, l'impugnazione del predetto verbale dev'essere dichiarata improcedibile per sopravvenuta carenza d'interesse, atteso che nelle more del giudizio con nota prot. n. 63240/07/Segr del 15 novembre 2007 l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici ha considerato improcedibile la richiesta di parere, essendo pendente un ricorso giurisdizionale avverso gli atti di gara.

In conclusione, il ricorso per motivi aggiunti in parte dev'essere rigettato ed in parte dev'essere dichiarato inammissibile.

Attesa la peculiarità della problematica trattata, sussistono giuste ragioni per compensare integralmente tra le parti le spese e gli onorari del giudizio.

#### **P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia – Sezione staccata di Catania – Sezione Quarta:

- dichiara cessata la materia del contendere limitatamente al ricorso principale;

- in parte rigetta ed in parte dichiara inammissibile il ricorso per motivi aggiunti.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catania, nelle Camere di consiglio del 19 dicembre 2007 e del 9 gennaio 2008.

Il Presidente relatore estensore

(Dott. Ettore Leotta)

Depositata in Segreteria il 22 gennaio 2008