

N. 00954/2009 REG.SEN.

N. 01797/2008 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1797 del 2008, proposto da:  
Impresa Edile Stradale Porcasi Antonino, in persona del legale rappresentante pro-tempore,  
rappresentato e difeso dagli avv.ti Carlo Comandè ed Enzo Puccio, con domicilio eletto presso il  
loro studio in Palermo, Via N. Morello n. 40;

contro

Comune di Carini, in persona del Sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Marina  
Fonti, domiciliato per legge presso la Segreteria del TAR Sicilia, in Palermo, Via Butera n. 6;

nei confronti di

Mars.Sal. Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituita in  
giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- della determina del capo Ripartizione VIII del Comune di Carini n. 16 del 26 luglio 2008, nella  
parte concernente l'annullamento in autotutela delle operazioni di gara di cui ai verbali nn. 1, 2 e 3  
del 9, 10 e 24 luglio 2008;

- della predetta determina dirigenziale "nella parte in cui non ha disposto la revoca  
dell'aggiudicazione provvisoria in favore dell'impresa MAR.SAL Costruzioni s.r.l. anche per  
violazione dell'art. 38 del D.lgs. n. 163/2006 e dell'art. 75 del D.P.R. n. 554/1999 e del punto 4),  
lettera A) del disciplinare di gara e nella parte in cui, pur avendo disposto la revoca  
dell'aggiudicazione provvisoria in favore dell'impresa MAR.SAL. Costruzioni s.r.l., in parziale

accoglimento del reclamo proposto dalla ricorrente, non ha aggiudicato la gara all'Impresa Edile Stradale Porcasi Antonino, seconda sorteggiata”;

- “del verbale n. 3 del 24 luglio 2008 nella parte in cui la Commissione, a seguito del reclamo proposto dalla ricorrente successivamente al sorteggio dell'aggiudicatario provvisorio e della seconda classificata, non ha disposto l'esclusione dal pubblico incanto per i <<Lavori di affidamento demolizioni opere edili abusive nel territorio comunale mediante contratto aperto>> dell'Impresa MAR.SAL. Costruzioni s.r.l., prima sorteggiata, e non ha conseguentemente aggiudicato la gara al'Impresa Edile Stradale Porcasi Antonino, seconda sorteggiata”.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Carini, con le relative deduzioni difensive;

Visto il decreto n. 935/08, con cui è stata accolta l'istanza di misure cautelari provvisorie;

Vista l'ordinanza n. 1015/08;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20/11/2008 il dott. Calogero Adamo, e uditi gli avv.ti Comandè e Puccio per la parte ricorrente e l'avv. Fonti per l'Amministrazione resistente;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

## FATTO

All'esito del pubblico incanto indetto dal Comune di Carini (PA) per l'appalto dei “Lavori di demolizione opere edili abusive nel territorio comunale” (importo b.a.: € 85.000,00), con verbale del 24 luglio 2008 risultava aggiudicataria, mediante sorteggio fra tredici offerte d'identico ribasso (7,3152%), la MAR.SAL. Costruzioni s.r.l.: della quale, peraltro, con reclamo inserito nello stesso verbale l'Impresa Edile Stradale Porcasi Antonino contestava l'ammissione (per aver prodotto una dichiarazione irregolare), chiedendo l'aggiudicazione in proprio favore dell'appalto quale seconda classificata. Il reclamo veniva ritenuto fondato dal seggio di gara a seguito del riesame della documentazione della MAR.SAL. Costruzioni: a seguito di che il Capo Ripartizione VIII, con determina n. 16 del 26 luglio 2008, annullava in autotutela le operazioni di gara e ne disponeva la rinnovazione delle “a partire dal controllo documentale di tutte le 28 imprese partecipanti” per il 12 agosto 2008.

Tale determina, per la parte concernente l'annullamento in autotutela di tutte le operazioni di gara e la loro ripetizione, è stata impugnata dalla Impresa Edile Stradale Porcasi Antonino, con ricorso notificato il 4 agosto 2008 e depositato il giorno successivo, con cui ne ha chiesto l'annullamento in parte qua, previa sospensione, e vinte le spese, per i seguenti motivi:

1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 21 L. 109/1994 come recepita in Sicilia e dell'art. 77 del R.D. 827/1924 – Violazione e falsa applicazione dell'art. 16, lett. cc) del bando di gara – Eccesso di

potere per erroneità dei presupposti di fatto e di diritto – Violazione e falsa applicazione dei principi di buon andamento e trasparenza di cui all'art. 97 Cost.

La stazione appaltante, una volta rilevata l'erronea ammissione alla gara dell'impresa aggiudicataria, avrebbe dovuto procedere all'aggiudicazione a favore della seconda classificata (la ricorrente, appunto), posto che l'esclusione della MAR.SAL Costruzioni non comportava alcuna variazione nella media di riferimento;

2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 1, sub 4 lett. A) del disciplinare di gara – Violazione e falsa applicazione dell'art. 75, comma 1, del D.P.R. 554/1999 e dell'art. 38, comma 1, del D. Lgs. 163/2006.

L'aggiudicazione alla MAR.SAL. Costruzioni avrebbe dovuto essere "revocata" anche per non avere la stessa reso le dichiarazioni circa i requisiti generali (anche) relativamente ai legali rappresentanti e direttori tecnici, nel triennio antecedente la pubblicazione del bando, dell'impresa Castronovo Gaspare, della cui azienda s'era resa cessionaria con atto del 3 marzo 2008;

3) Violazione e falsa applicazione del punto 7 quinto capoverso del disciplinare di gara – Violazione e falsa applicazione degli artt. 38 e 47 del D.P.R. 445/2000 e dell'art. 38, comma 1 lettere b) e c), del D.Lgs. 163/2006 e dell'art. 75, comma 1, del D.P.R. 554/1999.

L'aggiudicazione alla MAR.SAL. Costruzioni avrebbe dovuto essere annullata, altresì, perché all'autodichiarazione del direttore tecnico della stessa non era stata allegata copia di un documento d'identità.

Con decreto ai sensi dell'art. 21, nono comma, della legge 1034/1971 e successive modifiche, è stata accolta l'istanza di sospensione provvisoria.

Si è costituito in giudizio il Comune di Carini, eccependo l'infondatezza del ricorso e chiedendone il rigetto.

Con ordinanza 11 settembre 2008, n. 1015, è stata accolta l'istanza cautelare e fissata l'udienza per la discussione del merito del ricorso.

Alla pubblica udienza del 20 novembre 2008, su conforme richiesta dei procuratori delle parti, la causa è stata posta in decisione.

## DIRITTO

Il ricorso è fondato sotto l'assorbente profilo dedotto con il primo motivo di censura (violazione e falsa applicazione dell'art. 21 della legge 109/1994 come recepita in Sicilia, e dell'art. 77 del R.D. 827/1924; violazione e falsa applicazione dell'art. 16, lett. cc, del bando di gara; eccesso di potere per erroneità dei presupposti di fatto e di diritto; violazione e falsa applicazione dei principi di buon andamento e trasparenza), con cui si sostiene che la stazione appaltante, una volta rilevato, a seguito del riesame della documentazione prodotta dalla MAR.SAL. Costruzioni (risultata aggiudicataria provvisoria mediante sorteggio), che questa in effetti era stata ammessa erroneamente alla gara, avrebbe dovuto procedere alla sua esclusione, con conseguente "revoca" dell'aggiudicazione, e aggiudicare direttamente l'appalto all'odierna ricorrente Impresa Edile Stradale Porcasi Antonio quale seconda classificata.

La giurisprudenza, anche di questo Tribunale, è nel senso che, in caso di individuazione dell'aggiudicatario mediante sorteggio tra uguali offerte di ribasso, la migliore offerta, oltre a quella del concorrente primo sorteggiato, è anche quella individuata come seconda in esito alle stesse operazioni di sorteggio: con la conseguenza che, qualora il concorrente primo classificato (e perciò dichiarato aggiudicatario), dovesse risultare in prosieguo destinatario di un provvedimento di esclusione, le operazioni di gara già effettuate non ne vengono pregiudicate, in quanto di per sé non affette da alcun vizio che possa legittimarne l'integrale rifacimento. Ciò, anche in applicazione del principio di conservazione dell'attività legittimamente svolta, con il quale l'opposto principio di rinnovazione degli atti invalidi deve necessariamente essere temperato.

Alla stregua di tale orientamento, l'art. 21, comma 1-bis 3, della legge 109/1994 (nel testo coordinato con le LL.rr. 7/200, 7/2003 e 20/2007), laddove dispone che "Ove si sia in presenza di più aggiudicatari con offerte uguali, si procede esclusivamente al sorteggio del primo e del secondo aggiudicatario...", va perciò interpretato nel senso che, qualora venga accertata l'illegittima ammissione di un concorrente ad una gara di appalto, e sempre che la sua esclusione non alteri la media delle offerte, non è necessario ripetere il sorteggio tra i concorrenti che hanno offerto il medesimo ribasso, perché se fosse disposto il rifacimento del sorteggio si darebbe una seconda chance di ottenere l'aggiudicazione ai concorrenti che hanno già perso la prima volta, in violazione del principio di diritto contenuto nell'art. 77, secondo comma, del r.d. 827/1924 in base al quale, ricorrendo le condizioni ivi previste, "la sorte decide" (C.G.A., 11 febbraio 2005, n. 56); l'ammissione di un concorrente non legittimato non vizia, infatti, la decisione della sorte su chi debba essere l'aggiudicatario, tale divenendo il primo ad essere estratto tra coloro che erano legittimati a partecipare al sorteggio (TAR Sicilia, Palermo, III, 17 febbraio 2009, n. 577; TAR Sicilia, Catania, I, 30 settembre 2008, n. 1772; IV, 14 febbraio 2008, n. 280, e 22 gennaio 2008, n. 141; TAR Veneto, sent. n. 1461/2007). In sintesi, il sorteggio "non va mai ripetuto ove non muti, in senso ampliativo, la platea di coloro che avrebbero dovuto esservi ammessi" (C.G.A., 21 luglio 2008, n. 656).

Nella specie, la ricorrente era risultata seconda classificata in forza del sorteggio effettuato, sicché rivestiva una posizione che, per espressa previsione della lex specialis di gara, imponeva alla stazione appaltante di richiedere anche ad essa, appunto quale seconda classificata, "l'esibizione di tutta la documentazione, eventualmente non ancora acquisita, attestante il possesso dei requisiti generali dall'articolo 75 del D.P.R. n. 554/1999 e successive modificazioni, nonché della regolarità contributiva" (disciplinare di gara, pag. 6 quartultimo capoverso).

La stazione appaltante, quindi, una volta rilevato l'erroneità dell'ammissione alla gara dell'impresa prima classificata (e dichiarata aggiudicataria provvisoria), avrebbe dovuto – previa esclusione della stessa – procedere direttamente all'aggiudicazione in favore dell'odierna ricorrente, quale seconda classificata: salva, evidentemente, la verifica circa l'effettivo possesso da parte della stessa dei requisiti dichiarati.

Per le suesposte considerazioni – ed assorbiti i rimanenti motivi di censura – il ricorso va, pertanto, accolto, con annullamento della impugnata determina n. 16 del 26 luglio 2008 nella parte in cui ha disposto l'annullamento in autotutela delle operazioni di gara di cui ai verbali nn. 1, 2 e 3 rispettivamente del 9, 10 e 24 luglio 2008 e la loro rinnovazione.

Le spese seguono, come di regola, la soccombenza, e si liquidano in dispositivo. Va posto a carico dell'Amministrazione soccombente altresì l'onere della rifusione dell'importo del contributo unificato, ai sensi dell'art. 13, comma 6-bis, del d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115, e successive integrazioni e modifiche.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo regionale per la Sicilia, Sede di Palermo, Sezione terza, accoglie il ricorso in epigrafe e annulla il provvedimento impugnato, nella stessa epigrafe specificato, nella parte in cui dispone l'annullamento delle operazioni di gara .

Condanna il resistente Comune di Carini al pagamento in favore della ricorrente delle spese di giudizio, che liquida in complessivi € 1.500,00 (euro millecinquecento/00) oltre IVA e CPA come per legge, e oltre alla rifusione dell'importo del contributo unificato.

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

Manda alla Segreteria di trasmettere copia della presente sentenza alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Palermo e alla procura regionale presso la Sezione giurisdizionale della Corte dei Conti per la Regione Siciliana.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 20/11/2008 con l'intervento dei Magistrati:

Calogero Adamo, Presidente, Estensore

Nicola Maisano, Primo Referendario

Antonio De Vita, Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/05/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO