



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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2334 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto dall'a.t.i. costituenda Cos.It s.r.l. – La Rosa Biagio Maria & C. s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa, congiuntamente e disgiuntamente, giusta nuova procura, dagli Avv.ti Riccardo Rotigliano e Salvatore Iacuzzo, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Palermo, via N. Morello, n. 20;

contro

il Comune di Comitini, in persona del Sindaco *pro tempore*, non costituito in giudizio;

nei confronti di

Geotek s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Girolamo Rubino e Leonardo Cucchiara, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Palermo, via Guglielmo Oberdan, n. 5;

per l'annullamento

a) *quanto al ricorso introduttivo:*

- “del verbale n. 7 relativo alla seduta del 15 novembre 2010 nel corso della quale il seggio della gara di appalto dei «lavori di riqualificazione ed arredo urbano delle aree adiacenti agli alloggi popolari a completamento delle opere di urbanizzazione» ha escluso dalla procedura concorsuale l'a.t.i. odierna ricorrente ed ha dichiarato che l'offerta economicamente più vantaggiosa è stata presentata dall'odierna controinteressata;

- di ogni atto presupposto, conseguente o comunque connesso ed in particolare del disciplinare di gara nella parte in cui individua per la consegna a mani proprie delle offerte un termine inferiore a quello previsto nel bando”.

b) *quanto al primo ricorso per motivi aggiunti:*

- “della *lex specialis*, e con essa lo schema-tipo approvato con d.a. n. 46/Gab del 4.5.2006 e il d.a. n. 26/Gab del 24.2.2006 (nel testo risultante a seguito delle modifiche introdotte dal d.a. 15.1.2008), ove intesi nel senso di richiedere a pena di esclusione l'iscrizione ad una Cassa edile anche nei confronti di chi non sia qualificato per eseguire «opere» e «impianti» e che ambisca ad eseguire, per l'appunto, solo lavorazioni del secondo tipo”;

c) *quanto al secondo ricorso per motivi aggiunti:*

- “del verbale di gara n. 8 del 02.12.2010, mai portato a conoscenza della ricorrente, sebbene richiesta la copia di tutti i verbali di gara, nel quale è risultata definitivamente aggiudicataria l'a.t.i. Geotek s.r.l. – AR.LI. s.r.l.”;

- della determinazione del responsabile del servizio IV del Comune di Comitini n. 25 del 02.03.2011, con la quale sono stati approvati gli atti di gara composti da n. 8 verbali dal n. 1 al n. 8 e con la quale si è proceduto ad aggiudicare definitivamente l'appalto dei lavori di riqualificazione ed arredo urbano delle aree adiacenti agli alloggi popolari all'a.t.i. Geotek s.r.l. – AR.LI. s.r.l. ed individuata quale seconda aggiudicataria l'Impresa Al.Pa Costruzioni s.r.l.

Visto il ricorso con i relativi allegati;
Vista la domanda incidentale di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato con il ricorso introduttivo;
Vista l'ordinanza n. 141/2011 con cui è stata respinta l'istanza cautelare e la successiva conferma del Giudice d'appello (C.g.a., sez. giur., ord. n. 406/2011);
Visti l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale della Geotek s.r.l.;
Visti i ricorsi per motivi aggiunti proposti dalla ricorrente;
Visti i motivi aggiunti al ricorso incidentale proposti dalla Geotek s.r.l.;
Viste le memorie della ricorrente (di cui la prima connessa al primo ricorso per motivi aggiunti);
Visti gli atti tutti della causa;
Visto l'art. 120 cod. proc. amm.;
Relatore il referendario dott. Giuseppe La Greca;
Uditi all'udienza pubblica del giorno 1 luglio 2011 gli Avv.ti R. Rotigliano e S. Iacuzzo per la parte ricorrente, l'Avv. G. Rubino per la parte controinteressata;
Ritenuto in fatto e considerato in diritto:

FATTO

1. Con ricorso notificato il 16 dicembre 2010 e depositato il 17 dicembre seguente, la ricorrente Cos.It s.r.l. ha impugnato il verbale di esclusione della stessa dalla procedura per l'aggiudicazione, mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dell'appalto dei lavori di riqualificazione ed arredo urbano delle aree adiacenti agli alloggi popolari a completamento delle opere di urbanizzazione nel Comune di Comitini.

La ricorrente era risultata in un primo momento aggiudicataria della gara ma, a seguito di un reclamo della odierna controinteressata Geotek s.r.l., ne veniva disposta l'esclusione stante l'asserita tardiva presentazione dell'offerta.

2. Il ricorso si articola in due motivi di censura con cui si deducono i seguenti vizi:
- 1) Illegittimità del disciplinare per violazione del principio del *clare loqui*, illegittimità dell'esclusione per violazione del principio del *favor participationis* e del principio di buona fede nei rapporti di diritto pubblico;
 - 2) Eccesso di potere per erroneità dei presupposti.
2. Con un primo ricorso per motivi aggiunti, notificato il 24 gennaio 2011 e depositato il 27 gennaio seguente, la ricorrente ha impugnato la *lex specialis* della procedura, e con essa lo schema-tipo approvato con d.a. n. 46/Gab del 4.5.2006 e il d.a. n. 26/Gab del 24.2.2006 (nel testo risultante a seguito delle modifiche introdotte dal d.a. 15.1.2008), ove intesi nel senso di richiedere a pena di esclusione l'iscrizione ad una Cassa edile anche nei confronti di chi non sia qualificato per eseguire «opere» e «impianti» e che ambisca ad eseguire, per l'appunto, solo lavorazioni del secondo tipo.
3. Con il secondo ricorso per motivi aggiunti, notificato il 4 aprile 2011 e depositato in pari data, la ricorrente ha impugnato la determinazione dirigenziale n. 25/2011 di approvazione degli atti di gara e di aggiudicazione definitiva dei lavori in favore dell'odierna controinteressata.
4. Il Comune di Comitini, benché ritualmente intimato, non si è costituito in giudizio.
5. Si è costituita in giudizio l'a.t.i. Geotek s.r.l.-AR.LI. s.r.l. la quale ha proposto ricorso incidentale (notificato il 12 gennaio 2011 e depositato il 19 gennaio seguente) avverso gli atti di gara e, segnatamente, nella parte in cui con questi non è stata disposta l'esclusione della ricorrente anche per ragioni ulteriori rispetto a quelle ravvisate dall'Amministrazione.
6. Il ricorso incidentale - avente carattere cd. paralizzante poiché mira a revocare in dubbio, per effetto delle addotte cause di esclusione in capo alla ricorrente principale, la legittimazione della stessa nel presente giudizio - si articola in un

unico motivo di doglianza con il quale si deducono i vizi di violazione di legge (punto 17 lett. b del bando di gara e art. 118, comma 6, d. lgs. n. 163 del 2006) ed eccesso di potere per difetto d'istruttoria.

7. Con susseguente ricorso per motivi aggiunti al ricorso incidentale, notificato il 14 febbraio 2011 e depositato in pari data, l'a.t.i. controinteressata ha integrato le proprie doglianze deducendo, ulteriormente, l'illegittimità dei provvedimenti impugnati per violazione del punto 4.1. del disciplinare di gara ed il vizio di eccesso di potere per difetto di istruttoria.

8. Con ordinanza n. 141/2011 questo Tribunale ha respinto l'istanza cautelare avente ad oggetto i provvedimenti impugnati con il ricorso introduttivo, confermata a seguito dell'appello cautelare interposto dall'a.t.i. ricorrente.

9. Con memoria depositata in prossimità dell'udienza l'a.t.i. ricorrente ha concluso per la improcedibilità del ricorso incidentale e dei relativi motivi aggiunti ed ha insistito per l'accoglimento del ricorso principale e conseguente declaratoria di inefficacia del contratto.

10. In data 25 marzo 2011 è stato stipulato il contratto d'appalto tra il Comune di Comitini e l'a.t.i. controinteressata ed in data 9 maggio 2011 i lavori sono stati consegnati (cfr. produzione Geotek s.r.l. – AR.LI. s.r.l. del giorno 8 giugno 2011).

11. All'udienza pubblica del giorno 1 luglio 2011 presenti i procuratori delle parti che si sono riportati alle già espresse domande e conclusioni, il ricorso, su richiesta degli stessi, è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Le censure contenute nel ricorso incidentale (e nei susseguenti motivi aggiunti) tendono a revocare in dubbio la legittimità della mancata contestazione di ulteriori cause di esclusione dalla gara in capo all'a.t.i. ricorrente principale, oltre a quella autonomamente individuata dall'Amministrazione. Tale connotazione attribuisce al ricorso incidentale carattere «paralizzante» poiché indirizzato a mettere in

discussione sia la legittimazione che l'interesse dell'a.t.i. ricorrente principale alla coltivazione del proposto gravame.

2. Sul punto va seguita la regola di giudizio ritenuta pacificamente applicabile al processo amministrativo anche prima dell'entrata in vigore del codice e che è contenuta nell'art. 276, comma secondo, c.p.c., richiamato dall'art. 76, comma 4, cod. proc. amm., secondo cui «il collegio, sotto la direzione del presidente, decide gradatamente le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio e, quindi, il merito della causa» (Cons. St., Ad. Pl., 7 aprile 2011, n. 4).

Per tali ragioni l'esame del ricorso incidentale deve precedere quello del ricorso principale. Da un eventuale accoglimento del primo discenderebbe infatti il surrichiamato difetto di legittimazione attiva dell'a.t.i. Cos.It s.r.l. – La Rosa Biagio Maria & C. s.r.l.

2.1. A tal fine il Collegio deve farsi carico di valutare l'eccezione di improcedibilità del medesimo ricorso incidentale sollevata dalla difesa della parte ricorrente con la memoria del 15 giugno 2011.

Essa sostiene infatti che l'interesse al gravame incidentale sarebbe venuto meno a seguito dell'omessa impugnativa da parte della controinteressata della determinazione n. 25 del 2 marzo 2011, con la quale l'Amministrazione ha aggiudicato definitivamente i lavori ed ha approvato i verbali di gara, con conferma delle ragioni di esclusione dell'a.t.i. ricorrente principale.

L'eccezione è fondata.

Come sopra specificato, con il ricorso incidentale la controinteressata ha impugnato i verbali di gara invocando ulteriori cause di esclusione in capo alla ricorrente principale.

Rispetto a tale posizione, la circostanza che con determinazione n. 25 del 2011 il Comune abbia confermato tutto il suo precedente operato, ivi compresa l'indicazione dell'unica causa di esclusione poi avversata con il ricorso principale,

farebbe venir meno l'interesse al ricorso incidentale stante la mancata impugnativa, sempre attraverso motivi aggiunti al gravame incidentale, della determinazione di aggiudicazione definitiva.

Sul punto va osservato che in ipotesi di esclusione dell'impresa dalla gara, la proposizione del ricorso è ammessa, ai sensi dell'art. 120, comma 5, cod. proc. amm., nel termine di trenta giorni dalla comunicazione di detta esclusione (che, ai sensi dell'art. 79, comma 5, lett. *b*, d. lgs. n. 163 del 2006 deve avvenire entro cinque giorni). La circostanza che sia riconosciuta la possibilità di proporre immediatamente ricorso avverso l'esclusione senza attendere il provvedimento di aggiudicazione definitiva, non esime il ricorrente dall'onere di impugnare anche l'aggiudicazione definitiva, e ciò risulta confermato dal testo dell'art. 79, comma 5, lett. *A*, d. lgs. n. 163 del 2006 che proprio a tal fine stabilisce che l'aggiudicazione definitiva, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni, deve essere comunicata «[...] all'aggiudicatario, al concorrente che segue nella graduatoria, a tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, a coloro la cui candidatura o offerta siano state *escluse se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione*, o sono in termini per presentare dette impugnazioni [...]».

È principio generale che in seno ai procedimenti di tipo concorsuale, l'impugnazione del provvedimento di esclusione deve successivamente estendersi agli ulteriori atti pregiudizievoli quali l'aggiudicazione definitiva (nei procedimenti preordinati all'assegnazione di contratti di appalto) o l'approvazione definitiva della graduatoria (di concorso ai pubblici impieghi e/o della concessione di vantaggi e benefici economici) determinandosi altrimenti l'inutilità dell'eventuale decisione di accoglimento del ricorso proposto contro l'esclusione. Fermo restando, quindi, l'onere di impugnazione immediata dell'esclusione - quale atto sì endoprocedimentale ma di carattere direttamente ed autonomamente lesivo -

rimane altresì fermo l'onere del concorrente escluso di estendere il gravame anche al provvedimento conclusivo del procedimento concorsuale avviato con la pubblicazione dell'avviso pubblico, ovvero sia l'atto di approvazione della graduatoria finale.

Ne deriva che un'aggiudicazione definitiva che confermi il precedente operato della commissione di gara deve essere impugnata con ricorso per motivi aggiunti.

Data la suddetta regola in relazione alla proposizione dell'impugnativa avverso l'esclusione, ad analoghe logiche conclusioni deve giungersi con riferimento al ricorso incidentale innestatosi nell'ambito della controversia avverso l'esclusione, di guisa che, una volta impugnato in via incidentale il provvedimento di esclusione della ricorrente principale invocando ulteriori e diverse cause di non ammissione alla gara che l'Amministrazione ha omesso di rilevare e contestare, l'intervenuta aggiudicazione definitiva che non tenga formalmente conto delle critiche mosse in via incidentale e che confermi sostanzialmente il precedente operato della commissione deve essere necessariamente impugnata con motivi aggiunti dal ricorrente incidentale. Ed infatti, il ricorrente incidentale, sulla base di tale provvedimento, non conseguirebbe, al contrario, il bene della vita cui aspira (l'aggiudicazione definitiva della gara e la stipula del contratto) in ragione delle ulteriori e diverse cause di esclusione non considerate dall'Amministrazione e costituenti oggetto delle doglianze proposte in via incidentale.

Applicando le suesposte coordinate ermeneutiche al caso di specie, poiché la determinazione del 25 marzo 2011 di aggiudicazione definitiva dei lavori in favore della controinteressata non è stata impugnata nella parte in cui ha confermato il precedente operato del seggio di gara escludendo la ricorrente principale unicamente per le ragioni addotte in seno ai verbali di gara impugnati (e non anche per le altre invocate con il gravame incidentale), il ricorso incidentale ed i relativi

motivi aggiunti vanno dichiarati improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse.

3. Può adesso passarsi all'esame del ricorso principale come integrato dai motivi aggiunti.

4. Il ricorso principale si articola in due motivi i quali per la loro stretta connessione vanno trattati congiuntamente.

Al fine di meglio comprendere la questione sottoposta alla cognizione del Collegio, giova ricostruire i tratti salienti della vicenda che hanno condotto all'esclusione della ricorrente.

La *lex specialis* della procedura prevedeva due distinti termini per la presentazione dell'offerta. Un primo termine, fissato per le ore 14 del 6 ottobre 2010 (punto 7.1. del bando di gara), al quale il disciplinare rinvia quanto alla presentazione dell'offerta a mezzo del servizio postale ovvero corriere autorizzato, un altro termine stabilito invece per la consegna dei plichi a mano ed individuato dalle ore 9,00 alle ore 13,00 dei tre giorni lavorativi precedenti al termine surrichiamato (e fissato al punto 7 del bando).

La presentazione del plico all'Ufficio protocollo del Comune di Comitini (ore 12,45 del 6 ottobre 2010) era da considerarsi tempestiva in relazione al termine previsto per la consegna a mezzo corriere ma non anche rispetto a quello stabilito per la consegna a mano.

L'offerta dell'a.t.i. Cos.It s.r.l. - La Rosa Biagio Maria & C. s.r.l. è stata in un primo momento acquisita dal Comune quale recapitata tramite l'Agenzia autorizzata Sogetras (e dunque entro il termine previsto a pena di esclusione per tale modalità di consegna).

A seguito di reclamo della Geotek l'Amministrazione ha accertato che in realtà nessuna tracciatura della spedizione risultava sul sito Sogetras e che la stessa società di recapito ha trasmesso, su richiesta, una dichiarazione a mezzo fax

secondo la quale «il plico con la idv n. 13597390 del 06.10.2010 non è mai stato ritirato da alcun incaricato Sogetras, pertanto da noi mai recapitato al destinatario», di guisa che l'Amministrazione, in accoglimento del reclamo, ha considerato l'offerta quale presentata a mano e, dunque, tardiva.

A ciò è conseguita l'esclusione della ricorrente principale dalla gara della quale era peraltro divenuta aggiudicataria.

Sul punto osserva il Collegio che nessuna prova contraria - irrilevante l'affermazione, meramente assertiva, di aver comunque consegnato il plico al corriere in argomento - alle dichiarazioni rese dal rappresentante della Sogetras (acquisite dal Comune con nota prot. n. 6769 del giorno 8 novembre 2010) e riportate in seno all'impugnato verbale di gara, parte ricorrente offre al Collegio, né tampoco la lettera di vettura (n. 13597390) di accompagnamento del plico consegnato al Comune e prodotto in copia agli atti del giudizio presenta gli elementi essenziali tali per cui essa possa essere effettivamente ricondotta alla emissione da parte della medesima Sogetras.

Su tali fatti e sulle loro refluenze nella procedura di gara il Comune ha opportunamente informato l'Autorità di vigilanza per i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ed il Comando Stazione Carabinieri di Comitini (nota prot. n. 7710 del 21.12.2010).

Ciò detto, la difesa dell'a.t.i. ricorrente afferma che l'esclusione della stessa sarebbe illegittima in quanto la presentazione dell'offerta sarebbe avvenuta tempestivamente in relazione al termine fissato dal bando ma non rispetto a quello previsto dal disciplinare.

Indi propone impugnativa della *lex specialis* della procedura in relazione all'asserita antinomia di termini esistente tra le diverse disposizioni all'interno di essa e per la conseguente asserita violazione del principio di massima partecipazione. Le

medesime censure sono svolte con motivi aggiunti avverso il provvedimento di aggiudicazione definitiva.

La tesi di parte ricorrente non può trovare adesione.

Il bando di gara, al punto 7.1. stabiliva quale “termine di ricezione delle offerte” le “ore 1400 del 06/10/2010”. L’annesso disciplinare stabiliva che “i plichi contenenti l’offerta e la documentazione pena l’esclusione dalla gara devono pervenire, a mezzo raccomandata del servizio postale, ovvero mediante agenzia di recapito debitamente autorizzata, entro il termine perentorio ed all’indirizzo di cui al bando di gara; è altresì facoltà dei concorrenti la consegna a mano dei plichi, dalle ore 9,00 alle ore 13,00 dei 3 giorni lavorativi *precedenti al termine perentorio previsto al punto 7 del bando di gara*, all’ufficio protocollo della stazione appaltante sito in p.zza Bellacera che ne rilascerà apposita ricevuta”.

Il bando di gara risulta del tutto chiaro, i due distinti termini previsti rispondono alla logica di garantire la segretezza nella presentazione delle offerte, come peraltro rilevato da parte controinteressata, di guisa che nessun profilo di irragionevolezza può essere ravvisato in disposizioni di tal natura. Quanto al tenore letterale, la legge di gara è immune da antinomie, il significato da attribuire alle clausole nella stessa contenute, è, infatti, quello fatto proprio delle parole utilizzate e derivante dall’interpretazione sistematica delle stesse, costituendo onere dei partecipanti alle procedure considerare, al fine di trarne il compiuto senso normativo, nella loro integralità e sistematicità gli atti indittivi.

E’ principio giurisprudenziale consolidato che la regola del pari trattamento prevale su quella della massima partecipazione, quest’ultima invocata dalla parte ricorrente, ogniqualvolta la lettera della normativa di gara rechi un contenuto che, secondo le ordinarie capacità di comprensione di un testo, quand’anche da calibrarsi sulla professionalità media dei soggetti partecipanti alle procedure di evidenza pubblica, si presenti inequivoco nei suoi risvolti prescrittivi. Ancora più

semplicemente può affermarsi che prevale sempre l'autovincolo quando la norma di gara da applicare sia chiaramente enunciata e il significato della stessa risulti confermato dai primari nessi logici di collegamento con le altre disposizioni degli atti che regolano la procedura; diversamente il principio di massima partecipazione interviene, soltanto in via sussidiaria, qualora l'amministrazione sia venuta meno al suo obbligo di «parlare chiaramente».

Nel caso di specie l'asserito contrasto tra bando e disciplinare, come detto, non sussiste in ragione del rinvio che il disciplinare contiene verso il bando quanto al termine ultimo di presentazione dell'offerta a mano. E poiché l'offerta della ricorrente, come sopra specificato, va ritenuta presentata a mano, l'acquisizione al protocollo del Comune in un momento successivo a quello stabilito dal disciplinare imponeva l'espulsione dell'a.t.i. ricorrente dalla procedura.

5. Dalle superiori considerazioni discende l'infondatezza del ricorso introduttivo e dei correlati motivi aggiunti.

6. Conclusivamente il ricorso principale con i motivi aggiunti va rigettato mentre il ricorso incidentale, anch'esso unitamente ai relativi motivi aggiunti, va dichiarato improcedibile.

7. Le spese della presente fase del giudizio possono essere compensate nei confronti della parte controinteressata avuto riguardo agli specifici profili della controversia nonché all'andamento complessivo della vicenda processuale, mentre nulla va statuito nei confronti del Comune di Comitini stante la mancata costituzione dello stesso in giudizio.

8. Va disposta la trasmissione della presente sentenza alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Agrigento le valutazioni di competenza relative alla fase preliminare di presentazione delle offerte, già oggetto di informativa da parte del Comune.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sezione terza, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, così statuisce:

- rigetta il ricorso principale;
- dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Compensa le spese della fase di merito tra le parti costituite; nulla per le spese nei confronti del Comune di Comitini.

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

Dispone la trasmissione, a cura della Segreteria della Sezione, della presente sentenza alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Agrigento.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 1 luglio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Adamo, Presidente

Federica Cabrini, Consigliere

Giuseppe La Greca, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/07/2011

IL SEGRETARIO

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