

N. 01785/2011 REG.PROV.COLL.  
N. 00683/2011 REG.RIC.  
N. 01474/2011 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 683 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Gen Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Vincenzo Mula, e con domicilio eletto in Palermo, via Napoli n. 84, presso lo studio dell'avv. Linda Spoto;

*contro*

Il Comune di Niscemi, in persona del Sindaco *pro tempore*, non costituito in giudizio;

*nei confronti di*

Società Itaca S.c.a.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Raimondo Alaimo, e con domicilio eletto in Palermo, piazza Marina n. 19, presso lo studio dell'avv. Michele Roccella;

sul ricorso numero di registro generale 1474 del 2011, proposto da:

Società Itaca S.c.a.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Raimondo Alaimo, e con domicilio eletto in

Palermo, piazza Marina n. 19, presso lo studio dell'avv. Michele Roccella;

*contro*

il Comune di Niscemi, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso, sia congiuntamente che disgiuntamente, dagli avv.ti Daniela Rita Sollima e Roberto Salerno, e con domicilio eletto in Palermo, via Marchese di Villabianca n. 4, presso lo studio dell'avv. Christian Conti;

*nei confronti di*

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

*per l'annullamento*

*quanto al ricorso introduttivo n. 683 del 2011:*

- della Determinazione n. 14 Gare ed Espr. del 21/02/2011 - Reg. Gen. 150 del 23/02/2011 di aggiudicazione definitiva della procedura aperta per l'affidamento dei "LAVORI DI MANUTENZIONE STRAORDINARIA STRADE URBANE ED EXTRAURBANE E PAVIMENTAZIONE TRATTO DI COLLEGAMENTO TRA VIA FIRENZE E VIA MILANO", pari ad € 264.663,60, conosciuto in data 03/03/2011, con cui il Comune di Niscemi comunicava di provvedere all'aggiudicazione definitiva della fornitura in oggetto, in favore della SOCIETÀ' COOPERATIVA A R. L. ITACA, e di ogni ulteriore atto connesso, conseguente e/o consequenziale o comunque lesivo degli interessi della ricorrente, anche se non conosciuto;

- nonché

per l'aggiudicazione della gara alla ditta Gen Costruzioni s.r.l.;

*quanto al "ricorso per motivi aggiunti" proposto dalla Società Itaca S.c.a.r.l.:*

- della determinazione del Comune di Niscemi, Ufficio Ripartizione Sviluppo Economico e Turismo – Servizio Gare ed Espropriazioni, n. 488/Reg. Gen. E n. 38/Gare Espropriazioni del 19/23 maggio 2011, non notificata, comunicata il 24.05.2011, con cui è stata disposta la revoca in

autotutela della determinazione di aggiudicazione definitiva n. 150 del 23.02.2011, di affidamento della gara su menzionata alla Società Itaca S.c.a.r.l., nonché la valutazione di anomalia dell'offerta presentata dalla ditta Gen Costruzioni s.r.l.;

- della determinazione del Comune di Niscemi, Ufficio Ripartizione Sviluppo Economico e Turismo – Servizio Gare ed Espropriazioni, n. 488/Reg. Gen. E n. 38/Gare Espropriazioni n. 515 Reg. Gen. e 40 Gare ed Espropriazioni, del 25 gennaio (recte: maggio) 2011, non notificata e non comunicata, con cui è stata rettificata la determinazione di revoca dell'aggiudicazione definitiva n. 488 del 23.05.2011, nella parte in cui non è stata menzionata l'avvenuta trasmissione delle controdeduzioni da parte della Società Itaca S.c.a.r.l., e che le stesse sono state integralmente rigettate;
- della nota del Comune di Niscemi, Prot. Gen. n. 0008445 e Prot. Gare ed Espropriazioni n. 115 del 04.05.2011, avente ad oggetto la comunicazione di avvio del procedimento di revoca dell'aggiudicazione definitiva della procedura aperta su citata;
- nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente ivi compreso l'eventuale ordine di servizio di ripresa dei lavori;

*quanto al ricorso n. 1474 del 2011:*

- della determinazione del Comune di Niscemi, Ufficio Ripartizione Sviluppo Economico e Turismo – Servizio Gare ed Espropriazioni, n. 591 Reg. Gen. e n. 48/Gare Espropriazioni del 13-14 giugno 2011, non notificata, comunicata via fax in data 16 giugno 2011, con cui è stata disposta l'aggiudicazione definitiva in favore della Gen Costruzioni s.r.l. della procedura aperta per l'affidamento dei “lavori di manutenzione straordinaria strade urbane ed extraurbane e pavimentazione tratto di collegamento tra via Firenze e via Milano”;
- nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente;

Visto il ricorso R.G. n. 683/2011, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della controinteressata Itaca S.c.a.r.l.,  
con le relative deduzioni difensive;

Preso atto che il Comune di Niscemi non si è costituito in giudizio;

Vista la documentazione prodotta dalla controinteressata in data  
11.04.2011;

Vista la memoria depositata dalla ricorrente in data 15.04.2011;

Vista l'ordinanza cautelare n. 315/2011;

Visto il "ricorso per motivi aggiunti" ritualmente notificato e depositato  
dalla controinteressata;

Viste le memorie prodotte dalle parti costituite in vista della pubblica  
udienza;

Visto il ricorso R.G. 1474/2011, con i relativi allegati;

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

Preso atto che la controinteressata Gen Costruzioni s.r.l. non si è costituita  
in giudizio;

Vista la nota depositata dalla ricorrente in data 25.07.2011;

Visti gli atti tutti di causa;

Visti gli artt. 119 e 120 c.p.a.;

Designato relatore il Referendario Maria Cappellano;

Uditi alla pubblica udienza del 7 ottobre 2011, quanto al ricorso n.  
683/2011, i difensori della ricorrente e della controinteressata; quanto al  
ricorso n. 1474/2011, il difensore della ricorrente, come da verbale di  
udienza;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

#### FATTO

A.-Con ricorso R.G. n. 683/2011, ritualmente notificato e depositato, la  
Gen Costruzioni s.r.l. ha impugnato la Determinazione n. 150 del  
23.02.2011 di aggiudicazione definitiva disposta dal Comune di Niscemi

nella procedura aperta per l'affidamento dei “*lavori di manutenzione straordinaria strade urbane ed extraurbane e pavimentazione tratto di collegamento tra via Firenze e via Milano*” (importo pari ad € 264.663,60), deducendo il seguente, articolato motivo:

-Violazione e falsa applicazione dell'art. 14 del bando di gara; violazione e falsa applicazione dell'art. 122, comma 9, del D. Lgs. n. 163/2006; errore sui presupposti e carenza di istruttoria; difetto di motivazione.

La ricorrente contesta l'applicazione, da parte della stazione appaltante, del meccanismo di esclusione automatica dalla gara, asseritamente applicato in violazione dell'art. 122, comma 9, del d. lgs. n. 163/2006, per carenza, quantomeno, di un'espressa previsione nel bando di gara.

Chiede, quindi, l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione definitiva, in quanto adottato sulla base di un'errata applicazione del meccanismo di esclusione automatica dalla gara delle offerte aventi un ribasso percentuale superiore alla soglia stabilita; con conseguente aggiudicazione in suo favore, avendo offerto il prezzo più basso o, in subordine, la valutazione di congruità dell'offerta con eventuale aggiudicazione in caso di esito positivo.

– Si è costituita in giudizio la controinteressata Itaca S.c.a.r.l., depositando documentazione ed eccependo in rito l'irricevibilità del ricorso, per asserita violazione del combinato disposto degli artt. 120, comma 5, c.p.a. e 21 *bis* della l. n. 109/1994 nel testo applicabile in Sicilia; nel merito, ha sostenuto l'infondatezza del ricorso, non essendo dubbio, dalla lettura della legge di gara nel suo complesso, che la P.a. avesse esercitato la facoltà prevista dall'art. 122, comma 9, del d. lgs. n. 163/2006.

– Il Comune di Niscemi non si è costituito in giudizio.

– Con memoria depositata in data 15.04.2011 la ricorrente ha replicato sia all'eccezione di irricevibilità del ricorso, sia alle deduzioni sul merito della controversia.

– Con ordinanza n. 315 del 19.04.2011 è stata accolta la domanda cautelare, per ritenuta sussistenza del requisito del *fumus boni iuris*, con relativa fissazione della data dell'udienza di discussione nel merito, ai sensi del citato art. 119, comma 3, c.p.a..

– Con ricorso, qualificato come “*ricorso per motivi aggiunti?*”, la controinteressata ha impugnato il provvedimento, *medio tempore* adottato, di revoca (*recte*: annullamento) in autotutela dell'aggiudicazione definitiva disposta dal Comune di Niscemi in suo favore, muovendo a detto provvedimento la censura di *Eccesso di potere; difetto di presupposto e di motivazione; sviamento; imparzialità; illogicità*, sostenendo che l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio sarebbe avvenuto senza alcuna urgenza di provvedere in tal senso; mancherebbe una valutazione dell'interesse pubblico, e dei contrapposti interessi delle parti; inoltre, la revoca dell'aggiudicazione sarebbe stata adottata senza la preliminare valutazione delle controdeduzioni presentate dall'impresa.

Con il medesimo ricorso la Itaca s.c.a.r.l. propone anche la domanda di risarcimento dei danni in forma specifica, chiedendo l'aggiudicazione dell'appalto e, in subordine, per equivalente, da valutarsi in relazione alla mancata percezione dell'utile.

– Con memoria depositata il 17.06.2011 la Itaca s.c.a.r.l. ha insistito sull'eccezione di irricevibilità del ricorso introduttivo proposto dalla Gen Costruzioni s.r.l..

– Con memoria depositata il 27.06.2011, quest'ultima ha replicato sia all'eccezione di irricevibilità del ricorso, sia al contenuto del gravame aggiuntivo proposto dalla controinteressata, rendendo nota l'intervenuta aggiudicazione definitiva in suo favore, con determinazione n. 591 del 14.06.2011; concludendo, quindi, per la declaratoria di cessata materia del contendere e, quanto alla controinteressata, per una carenza di interesse a proporre i motivi aggiunti.

– Alla camera di consiglio del 1° luglio 2011 - fissata per la trattazione dell'istanza cautelare proposta dalla controinteressata con il “ricorso per motivi aggiunti” - la causa è stata rinviata al merito, presenti i difensori delle parti costituite.

– Alla pubblica udienza del 12 luglio 2011 la trattazione nel merito del ricorso R.G. n. 683/2011 è stata rinviata alla pubblica udienza del 23 settembre 2011, in considerazione di atti sopravvenuti posti in essere dalla stazione appaltante; quindi, è stata fissata d'ufficio l'udienza di discussione del merito per il 7 ottobre 2011.

B. – Con ricorso R.G. n. 1474/2011 la Itaca s.c.a.r.l. ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione definitiva disposta dal Comune di Niscemi in favore della Gen Costruzioni s.r.l., deducendo eccesso di potere, difetto di presupposto e di motivazione, sviamento, imparzialità, illogicità, nullità derivata: il provvedimento di aggiudicazione definitiva sarebbe affetto da illegittimità derivata, in virtù dell'invalidità dei presupposti provvedimenti (n. 488/2011 e n. 515/2011) di revoca dell'aggiudicazione definitiva originariamente disposta in favore dell'odierna ricorrente; riproponendo, sostanzialmente, le medesime doglianze articolate, nel connesso ricorso n. 683/2011, avverso i presupposti provvedimenti n. 488/2011 e n. 515/2011.

L'atto impugnato (determinazione n. 591/2011) sarebbe anche autonomamente viziato per difetto di motivazione.

- La controinteressata, pur ritualmente intimata, non si è costituita in giudizio.

- Per resistere al ricorso, si è costituito in giudizio il Comune di Niscemi, il quale ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse in capo alla Itaca s.c.a.r.l.; nel merito, ne ha sostenuto l'infondatezza.

– All'adunanza camerale del 27 luglio 2011 l'esame della domanda

incidentale di sospensione contenuta nel ricorso R.G. n. 1474/2011 è stato rinviato al merito, per rinuncia del difensore di parte ricorrente alla trattazione dell'istanza cautelare.

C. – Alla pubblica udienza del 7 ottobre 2011, le cause chiamate congiuntamente, sono state poste in decisione, previa discussione, quanto al ricorso n. 683/2011, sulla eccezione di irricevibilità del gravame.

#### DIRITTO

A. – Viene all'esame del Collegio la controversia, relativa alla procedura aperta per l'affidamento dei “*lavori di manutenzione straordinaria strade urbane ed extraurbane e pavimentazione tratto di collegamento tra via Firenze e via Milano*” (importo pari ad € 264.663,60), caratterizzata da numerosi passaggi procedurali e dal compimento di atti, da parte del Comune di Niscemi, sostanzialmente soddisfattivi per la Gen Costruzioni s.r.l (ricorrente del ricorso n. 683/2011), la quale ha conseguito l'*utilitas* cui aspirava (aggiudicazione definitiva).

Stante la evidente connessione soggettiva ed oggettiva sussistente tra i ricorsi R.G. n. 683/2011 e n. 1474/2011, ne va preliminarmente disposta la riunione.

Quindi, attesa la presenza, nel novero degli atti impugnati, di un provvedimento soddisfattivo per una parte, si ritiene necessario ricostruire i passaggi salienti della controversia, anche al fine di chiarire l'iter, che sarà seguito nell'esame dei ricorsi connessi.

B. – Con determinazione n. 14 del 21.02.2011 (rubricata anche al n. reg. gen. 150 del 23/02/2011) il Comune di Niscemi aveva aggiudicato in via definitiva in favore della Itaca s.c.a.r.l. l'appalto di lavori appena indicato: detto provvedimento è stato impugnato dalla Gen Costruzioni s.r.l. con il ricorso n. 683/2011, deducendo l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione stante l'asserita erronea applicazione, da parte dell'Amministrazione, del meccanismo di esclusione automatica per



anomalia dell'offerta.

Questa Sezione, in sede di esame dell'istanza cautelare presentata in seno al medesimo ricorso, ha ritenuto sussistere profili di fondatezza del ricorso, avuto riguardo proprio all'impossibilità che a tale modalità di esclusione l'Amministrazione potesse ricorrere in difetto di un'espressa previsione, in tal senso, nel bando, affermando che *“il meccanismo di esclusione automatica delle offerte è stato applicato in assenza di una delle condizioni – espressa previsione nel bando - prevista dall'art. 122, co. 9, d. lgs. n. 163/2006 e s.m.i. (richiamato dall'art. 21, co. 1, della l. n. 109/94, nel testo applicabile in Sicilia, come modificato dall'art. 3 della l.r. n. 16/2010)”* (ord. n. 315/2011).

Con la medesima ordinanza cautelare, è stata fissata per il giorno 12 luglio 2011 l'udienza di discussione nel merito del ricorso n. 683/2011.

L'Amministrazione, preso atto dell'esito del giudizio cautelare, ha proceduto, nelle more della trattazione del merito, alla revoca dell'aggiudicazione definitiva in favore della Itaca s.c.a.r.l., con contestuale richiesta di giustificazioni alla Gen Costruzioni s.r.l. in ordine all'anomalia dell'offerta; provvedimento di revoca, impugnato dalla Itaca con un "ricorso per motivi aggiunti" innestato nel giudizio incoato dalla Gen Costruzioni s.r.l..

Quindi, con il separato ricorso n. 1474/2011 la Itaca ha impugnato l'aggiudicazione definitiva disposta dal Comune di Niscemi in favore della Gen Costruzioni s.r.l. (con determinazione n. 591/2011).

C. – Così delineati i contorni della vicenda, va chiarito se sussistano i presupposti per una eventuale declaratoria di cessazione della materia del contendere nei confronti della Gen Costruzioni s.r.l.; o se, viceversa, il ricorso principale debba essere comunque scrutinato; il che potrebbe incidere, quanto alla persistenza dell'interesse, sullo scrutinio degli altri gravami proposti dalla controinteressata (ricorrente principale nel ricorso numero di R.G. 1474/2011).

Invero, qualora si ritenessero non sussistenti i presupposti per la cessata materia del contendere, l'esame del ricorso principale si presenterebbe come prioritario rispetto ad ogni altro scrutinio; qualora si ritenesse, invece, che detto gravame sia divenuto improcedibile, allora assumerebbe carattere prioritario l'esame del ricorso avverso la revoca dell'aggiudicazione definitiva inizialmente disposta in favore della controinteressata Itaca; il quale, se ritenuto fondato, finirebbe per travolgere anche il provvedimento, successivo, di aggiudicazione dell'appalto in favore della ricorrente Gen.

C.1. – Preliminarmente il Collegio ritiene, peraltro, necessario pronunciarsi espressamente sull'eccezione di irricevibilità del ricorso n. 683/2011, rispetto al verbale di aggiudicazione in asserita applicazione dell'art. 21 *bis* della l. n. 109/1994 nel testo reso applicabile in Sicilia.

Detta eccezione va respinta, atteso che il citato art. 21 *bis* è stato sostituito dall'art. 4 della l.r. n. 16/2010, con eliminazione del meccanismo della definitività del verbale di gara (richiamato dall'impresa controinteressata).

Questa Sezione ha già rilevato, in particolare, che il nuovo sistema è connotato da numerose fasi endoprocedimentali, che conducono al provvedimento di aggiudicazione definitiva (*recte*: di approvazione dell'aggiudicazione provvisoria), unico atto di approvazione che rende, appunto, l'aggiudicazione provvisoria "definitiva" (cfr. art. 21 *bis*, comma 4, ultima parte); di talché grazie a tale dato normativo, unitamente a quanto previsto dall'art. 120, comma 5, cod. proc. amm., si è definitivamente stabilito che il termine per impugnare gli atti relativi alle procedure di affidamento dei pubblici appalti decorre dalla comunicazione dell'aggiudicazione definitiva o, comunque, dalla conoscenza di detto atto ((cfr. T.a.r. Sicilia, Palermo, III, sentenza breve 23 giugno 2011, n. 1153, confermata dal C.g.a. con ordinanza 794 del 07.09.2011)).

Tanto è sufficiente per respingere l'eccezione di irricevibilità del ricorso n. 683/2011, e può procedersi alla valutazione della sussistenza dei

presupposti per una eventuale declaratoria di cessazione della materia del contendere, quanto al ricorso n. 683/2011.

C.2. – Secondo l'insegnamento dell'Adunanza Plenaria n. 3/2003, l'atto amministrativo va interpretato in base al suo effettivo contenuto dispositivo (e non già per la sola qualificazione che gli sia stata eventualmente conferita); il che impone di ravvisare, in caso di esercizio dello ius poenitendi in pendenza di un ricorso giurisdizionale, un'autonoma (ri)valutazione in tutti i casi in cui le nuove operazioni compiute non si atteggiino come mera esecuzione del *decisum* giurisdizionale, ma rivelino oggettivamente l'avvenuta esplicazione di un'opera valutativa del tutto indipendente dalla precedente.

Nel caso in specie, l'ordinanza cautelare emessa da questa Sezione sul ricorso R.G. n. 683/2011 si è limitata a fissare l'udienza per la discussione del merito, senza operare alcun *remand* all'Amministrazione e, quindi, senza imporre alla predetta l'adempimento di alcun dovere.

Pertanto, l'attività posta in essere dal Comune di Niscemi, senza alcun vincolo di contenuto – se non per l'interpretazione fornita dal Collegio in ordine alla normativa regionale applicata – presenta un contenuto liberamente determinato, e non qualificabile come di natura puramente esecutiva del *decisum* cautelare; il che risulta, del resto, confermato anche dal tenore della memoria difensiva prodotta dalla resistente amministrazione comunale nel connesso ricorso R.G. n. 1474/2011.

Vi sarebbero, pertanto, i presupposti per una declaratoria di cessazione della materia del contendere, quanto al ricorso introduttivo (R.G. n. 683/2011) proposto dalla Gen Costruzioni s.r.l.; ma, atteso che il provvedimento di aggiudicazione definitiva in favore della predetta, impugnato con il connesso ricorso R.G. n. 1474/2011, si basa sul presupposto provvedimento di revoca dell'aggiudicazione definitiva alla Itaca sc.a.r.l., e di avvio della valutazione di anomalia dell'offerta della Gen

Costruzioni s.r.l., del pari impugnato dalla Itaca s.c.a.r.l. con il “ricorso per motivi aggiunti” in seno al ricorso R.G. n. 683/2011, è tale gravame “aggiuntivo” che deve essere prioritariamente scrutinato, in quanto il suo eventuale accoglimento comporterebbe la caducazione dell’atto di revoca posto in essere a carico della Itaca s.c.a.r.l. e del conseguente provvedimento di aggiudicazione definitiva disposta in favore della Gen Costruzioni s.r.l., con riespansione degli effetti dell’originaria aggiudicazione definitiva in favore della Itaca (impugnata con il ricorso n. 683/2011 dalla Gen Costruzioni s.r.l.).

Il che imporrebbe, di conseguenza, al Collegio di esaminare quest’ultimo ricorso.

C.3. – Va, quindi, vagliato il ricorso, promosso dalla Itaca s.c.a.r.l. in seno al giudizio R.G. n. 683/2011, avverso il provvedimento n. 488/2011 di revoca dell’aggiudicazione definitiva inizialmente disposta in suo favore (come rettificato con determinazione n. 515/2011).

Detto ricorso va riqualificato come gravame, che la parte avrebbe dovuto proporre in maniera autonoma e rispetto al quale, pertanto, la ricorrente dovrà assolvere, se non ancora adempiuto, all’obbligo del pagamento del contributo unificato.

Nel merito, detto ricorso è infondato.

Va premesso che la Itaca s.c.a.r.l., nel contestare il provvedimento di revoca dell’aggiudicazione originariamente disposta in suo favore, aggredisce il provvedimento solo sotto il profilo formale, e non anche sul dato sostanziale inerente alla legittimità o meno dell’esclusione automatica delle offerte anomale in difetto di un’espressa previsione del bando ai sensi dell’art 122 comma 9 del d. lgs. n. 163 del 2006 (richiamato dalla l.r. n. 16/2010).

Va, in particolare, rilevato che la scelta dell’Amministrazione comunale di procedere alla revoca (*recte*: annullamento) del provvedimento impugnato

con il ricorso n. 683/2011 ha costituito espressione del principio di buon andamento della P.A., atteso che l'ordinanza cautelare n. 315/2011 aveva ritenuto sussistere un vizio nell'operato della stazione appaltante, superando implicitamente anche le eccezioni in rito (irricevibilità del ricorso) sollevate dalla Itaca s.c.a.r.l..

Quindi, sul motivo sostanziale della revoca - insussistenza, nel bando, della previsione sull'esclusione automatica delle offerte anomale - la Itaca, nel ricorso cd. "aggiuntivo", non ha dedotto alcunché.

Quanto ai vizi formali articolati avverso il provvedimento di revoca (come rettificato) – nullità; difetto di motivazione; eccesso di potere - gli stessi non meritano accoglimento.

Non è, invero, invocabile, nel caso di specie, l'art. 21 *septies* della l. n. 241/1990, il quale indica i casi tassativi di nullità, tra i quali non è inquadrabile la fattispecie odierna.

Quanto all'assenza di presupposti di urgenza, va considerato, in primo luogo, come l'esercizio del potere di annullamento, con adozione del provvedimento di secondo grado, non contempli, tra i presupposti, quello dell'urgenza: tale elemento, più volte richiamato dalla controinteressata nel gravame cd. aggiuntivo, non si aggancia ad alcun parametro normativo; in secondo luogo, che la rilevata sussistenza di profili di illegittimità della procedura di esclusione automatica ha sostanzialmente imposto alla stazione appaltante la rimozione del provvedimento illegittimo.

Per quanto appena esposto, va parimenti respinta la dedotta mancata valutazione dei contrapposti interessi delle parti, stante anche il brevissimo lasso di tempo intercorso tra il provvedimento di aggiudicazione e quello di avvio del procedimento di revoca (*recte*: annullamento); il che implica anche la reiezione della censura sul difetto di motivazione, pure articolata con il gravame aggiuntivo.

Su tale ultima censura - mancanza di motivazione in seno al provvedimento

di annullamento – va considerato, invero, che la stazione appaltante ha fatto esplicito richiamo al contenuto dell'ordinanza cautelare n. 315/2011 emessa da questa Sezione sul ricorso R.G. n. 683/2011, con evidente condivisione della ricostruzione ermeneutica nella stessa sinteticamente riportata.

Detta opzione interpretativa è stata seguita in una fattispecie identica, in cui questa Sezione ha accolto identica doglianza, rispetto a quella contenuta nel ricorso n. 683/2011 (cfr. T.a.r. Sicilia, Palermo, III, sentenza breve 23 giugno 2011, n. 1153, confermata dal C.g.a. con ordinanza 794 del 07.09.2011).

Quanto alla mancata valutazione delle controdeduzioni presentate dalla ricorrente Itaca s.c.a.r.l. a seguito della ricezione dell'avvio del procedimento di revoca dell'aggiudicazione, va rilevato che, per costante orientamento della giurisprudenza, l'obbligo, da parte della P.A., di esame ai sensi dell'art. 10, co. 1, lett. b), della legge n. 241/1990 delle memorie procedurali presentate dal privato non impone un'analitica confutazione in merito ad ogni argomento utilizzato dalle parti stesse, essendo sufficiente un iter motivazionale che renda nella sostanza percepibile la ragione del mancato adeguamento dell'azione amministrativa alle deduzioni difensive del privato stesso.

Nel caso in specie, nel ribadire quanto rilevato in ordine alla sostanziale motivazione posta alla base del provvedimento di autotutela – pervenire alla corretta applicazione dell'art. 21 della l. n. 109/1994 e, quindi, alla corretta individuazione del migliore offerente – va evidenziato che la P.a. ha rigettato dette deduzioni con il provvedimento di rettifica n. 515/2011; di contro, la società non ha dimostrato quale ulteriore apporto avrebbero dato con dette controdeduzioni, pretendendo, invece, che l'amministrazione si facesse carico di valutare il contenuto della memoria depositata nel giudizio n. 683/2011 (in cui la P.a. non è neppure costituita), e di vagliare profili in rito, rimessi all'esclusiva valutazione di questo Collegio; nonché di avallare

un'interpretazione giuridicamente errata della normativa regionale e della legge di gara nel suo complesso, che la P.a. precedente ha chiaramente, e correttamente, rivisto nell'appropriata sede dell'autotutela.

Quanto alla dedotta contraddittorietà del contestato provvedimento di autotutela, rispetto a quanto affermato dalla Stazione Appaltante nella nota n. 52 del 10.02.2011 (all. n. 5 al ricorso n. 683/2011) di rigetto del reclamo promosso dalla Gen Costruzioni s.r.l., va rilevato che, in generale, la contraddittorietà va apprezzata ponendo a raffronto provvedimenti amministrativi finali, dotati di autonoma lesività, laddove la nota menzionata è stata adottata dal Capo Ripartizione, ma nella qualità di Presidente della Commissione e, quindi, di un organo straordinario, le cui determinazioni sono destinate ad essere approvate dall'organo amministrativo competente.

Non sussiste, pertanto, alcuna contraddittorietà tra gli atti del procedimento, potendo rinvenirsi tale figura sintomatica dell'eccesso di potere solo allorquando sussista fra più atti successivi un contrasto inconciliabile, tale da far dubitare su quale sia l'effettiva volontà dell'amministrazione; evenienza, che, per le diverse funzioni svolte rispettivamente dal Presidente della Commissione e dal Capo Ripartizione competente per l'approvazione, nel caso di specie, non può essere neppure ipotizzata.

Peraltro, la decisione della P.a. – a differenza della nota resa dal Presidente del seggio di gara - è in linea con una corretta esegesi delle norme e della legge di gara; di talché, anche sotto tale profilo, la citata nota n. 52/2011 - che, peraltro, in quanto atto endoprocedimentale, non assurge a precedente determinazione della P.A. - non potrebbe, in ogni caso, porsi come parametro per la verifica della legittimità dell'operato del seggio di gara.

Quanto, infine, all'asserita mancata valutazione dell'interesse pubblico, ritiene il Collegio che del tutto correttamente il Comune di Niscemi –

rilevata l'illegittima individuazione dell'aggiudicatario - abbia proceduto all'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione disposta in favore della Itaca, al fine di pervenire ad individuare il legittimo contraente in osservanza del principio costituzionale di buon andamento, che impegna la pubblica Amministrazione ad adottare atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire (cfr. Cons. di Stato, IV, 22 ottobre 2004, n. 6931); e nell'ottica dell'interesse pubblico, *in re ipsa* nelle gare pubbliche, all'acquisizione dell'offerta più vantaggiosa per l'amministrazione.

C.4. – La rilevata infondatezza del “ricorso per motivi aggiunti” promosso dalla Itaca s.c.a.r.l. avverso la revoca dell'aggiudicazione implica la reiezione anche del connesso ricorso R.G. n. 1474/2011, avendo parte ricorrente denunciato avverso l'aggiudicazione definitiva, per un verso, il vizio dell'invalidità derivata, riproponendo in sostanza le medesime doglianze già esposte con il “ricorso per motivi aggiunti”, tutte respinte; per altro verso, l'autonomo vizio di difetto di motivazione, palesemente infondato per tutto quanto sopra esposto in ordine al provvedimento presupposto.

Va peraltro rilevato, *ad colorandum* che detto ricorso si presenta anche improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse, atteso che, una volta ritenuto legittimo il primo provvedimento impugnato (revoca dell'aggiudicazione disposta originariamente), la Itaca s.c.a.r.l. non potrebbe conseguire alcuna utilità dall'annullamento dell'aggiudicazione definitiva disposta in favore della Gen Costruzioni s.r.l. e, in particolare, non potrebbe in ogni caso conseguire l'*utilitas* sperata (aggiudicazione).

C.5. – Dalla reiezione dei gravami proposti dalla Itaca s.c.a.r.l. deriva:

- la reiezione della domanda risarcitoria avanzata dalla predetta;
- l'improcedibilità del ricorso n. 683/2011 promosso dalla Gen Costruzioni s.r.l., per cessazione della materia del contendere, avendo quest'ultima conseguito il bene della vita, cui aspirava (aggiudicazione definitiva).

D. – Per tutto quanto sopra esposto, vanno adottate le seguenti statuizioni



sui ricorsi riuniti R.G. n. 683/2011 e R.G. n. 1474/2011:

1) in ordine al ricorso R.G. n. 683/2011, va dichiarata la cessazione della materia del contendere sulla domanda di annullamento del Determinazione n. 14 Gare ed Espr. del 21/02/2011 - Reg. Gen. 150 del 23/02/2011 del Comune di Niscemi, atteso che detto provvedimento è stato revocato in autotutela con le determinazioni del Comune di Niscemi n. 488/Reg. Gen. (n. 38/Gare Espropriazioni) del 19/23 maggio 2011 e n. 515 Reg. Gen. (n.40 Gare ed Espropriazioni), del 25 gennaio (recte: maggio) 2011; mentre va rigettato il “ricorso per motivi aggiunti” proposto dalla Itaca s.c.a.r.l. avverso le determinazioni n. 488/2011 e n. 515/2011 appena menzionate;

2) quanto al ricorso R.G. n. 1474/2011, lo stesso va rigettato, con reiezione anche della domanda di risarcimento dei danni;

3) quanto alle spese di giudizio, le quali seguono la soccombenza ai sensi dell'art. 26 c.p.a., vanno adottate le seguenti statuizioni:

3.1) in ordine al ricorso R.G. n. 683/2011 – nel quale in fase cautelare le spese sono state dichiarate irripetibili – stante la declaratoria di cessata materia del contendere vanno condannati, in favore della Gen Costruzioni s.r.l., sia la Itaca s.c.a.r.l., sia il Comune di Niscemi, il quale, sebbene abbia tempestivamente fatto corretto esercizio del potere di autotutela, ha respinto il reclamo ex art. 243 bis d. lgs. n. 163/2006 proposto dalla Gen Costruzioni s.r.l.;

3.2) in ordine al ricorso R.G. n. 1474/2011, va condannata la Itaca s.c.a.r.l., in favore del Comune di Niscemi; mentre nulla è da statuirsi in favore della Gen Costruzioni s.r.l., non costituita in tale giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione Terza, definitivamente pronunciando sui ricorsi R.G. n. 683/2011 e R.G. n. 1474/2011, previa riunione degli stessi:

1) in ordine al ricorso R.G. n. 683/2011, dichiara la cessazione della

materia del contendere sulla domanda di annullamento del Determinazione n. 14 Gare ed Espr. del 21/02/2011 - Reg. Gen. 150 del 23/02/2011 del Comune di Niscemi; rigetta il ricorso proposto dalla Itaca s.c.a.r.l. avverso le determinazioni del Comune di Niscemi n. 488/Reg. Gen. (n. 38/Gare Espropriazioni) del 19/23 maggio 2011 e n. 515 Reg. Gen. (n.40 Gare ed Espropriazioni) del 25 gennaio (*recte*: maggio) 2011;

2) quanto al ricorso R.G. n. 1474/2011, lo rigetta, con conseguente reiezione della domanda di risarcimento dei danni;

3) quanto alle spese dei giudizi riuniti:

3.1) in ordine al ricorso R.G. n. 683/2011, condanna la Itaca s.c.a.r.l. e il Comune di Niscemi al pagamento delle spese di giudizio, che liquida in favore della Gen Costruzioni s.r.l., quantificandole in € 1.500,00 (euro millecinquecento/00), oltre oneri accessori come per legge, a carico del Comune di Niscemi; in € 2.500,00 (euro duemilacinquecento/00), oltre oneri accessori come per legge, a carico della Itaca s.c.a.r.l.;

3.2) in ordine al ricorso R.G. n. 1474/2011, condanna la Itaca s.r.l., al pagamento delle spese di giudizio, che liquida, in favore del Comune di Niscemi, in complessivi € 2.500,00 (euro duemilacinquecento/00), oltre oneri accessori come per legge; nulla spese nei riguardi della Gen Costruzioni s.r.l..

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 7 ottobre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Nicolo' Monteleone, Presidente

Federica Cabrini, Consigliere

Maria Cappellano, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/10/2011

IL SEGRETARIO

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