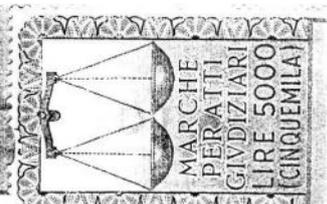
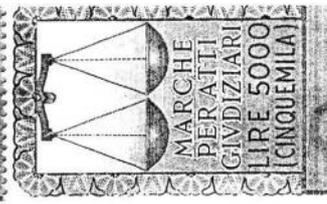
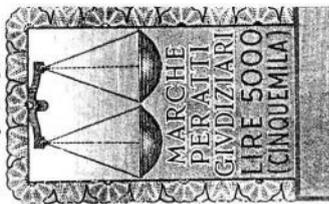


Prof. Avv. PIETRO VIRGA

Via P.pe di Paternò, 74/a - 90146 Palermo

Tel. (091) 34.46.11 - Fax (091) 34.36.01



ON. CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA

IN SEDE GIURISDIZIONALE

Ricorso in appello

della " \*\*\*\*\* COSTRUZIONI" s.r.l., in persona del suo legale rappresentante ed amministratore unico geom. \*\*\*\*\*

\*\*\*\*\* , elettivamente domiciliato in Palermo Via P.pe di Paternò 74/A presso lo studio dell'Avv. Prof. Pietro Virga che la rappresenta e la difende per mandato a margine del presente ricorso

c o n t r o

l'Impresa \*\*\*\*\* , in persona del suo omonimo titolare elettivamente domiciliato in Catania Via V. Emanuele Orlando n. 40 presso lo studio dell'Avv. Giuseppe Cicero

e nei confronti

del Consorzio per l'area di sviluppo industriale della provincia di \*\*\*\*\* , in persona del suo presidente pro tempore domiciliato per la carica per legge presso la Segreteria del T.A.R. di Catania

per l'annullamento (previa sospensione)

della decisione del Tribunale amministrativo regionale della Sicilia - Sez. I di Catania del 9 febbraio 1993 n. 65 con cui è stato accolto il ricorso proposto dalla Impresa \*\*\*\*\* avverso la delibera del Comitato direttivo del Consorzio A.S.I. del 25 novembre 1991 n. 266 e gli atti conseguenziali.

F A T T O

COPIA

*Orlando 40*  
Mi rappresenti e mi difenda l'Avv. Prof. Pietro Virga, nel cui studio in Palermo Via Principe di Paternò 74/A, eleggo domicilio.

Palermo, 26-2-93

\*\*\*\*\*

*Veni lo stampo*  
*Avv. Pietro Virga*

*MAN. 1993/26*  
*OMISSISSIMO*

Con avviso del 29 settembre 1990 n. 39, il Consorzio per l'area di sviluppo industriale della provincia di \*\*\*\*\* indicava una gara di licitazione privata per l'appalto dei lavori di urbanizzazione ed attrezzamento dell'agglomerato industriale di Patti per l'importo a base d'asta di L. 1.728.000.000.

Nella lettera invito del 16 gennaio 1991, venivano espressamente indicati fra i documenti da allegare alla offerta i due seguenti: 1) certificato della cancelleria del tribunale competente sezione società commerciali, di data non anteriore a due mesi da quella fissata per la gara, dalla quale risulti che la società stessa non si trovi in stato di liquidazione, di fallimento, di concordato e di qualsiasi altra situazione equivalente; 2) certificato della cancelleria del tribunale competente sezione fallimentare, in data non anteriore a due mesi da quella fissata per la gara, dal quale risulti che nei confronti della società non siano in corso procedure di cui al precedente punto.

Nella lettera invito veniva altresì precisato che: "Si farà luogo alla esclusione dalla gara nel caso in cui manchi qualcuno dei documenti richiesti". Sempre nella lettera invito, veniva specificato che "l'amministrazione si riserva di disporre con provvedimento motivato, ove ne ricorra la necessità, la riapertura della gara e l'eventuale ripetizione delle operazioni di essa".

In aperta violazione delle prescrizioni della lettera-invito, il raggruppamento di imprese \*\*\*\*\* - \*\*\*\* s.p.a. allegava all'offerta solo il certificato rilasciato dalla cancelleria commerciale del tribunale, omettendo di produrre il certificato della cancelleria fallimentare dello stesso tribunale.

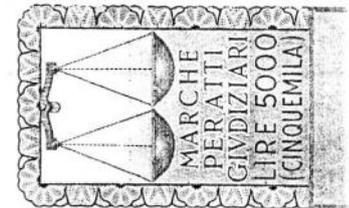
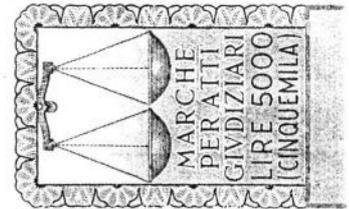
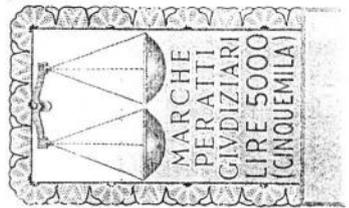
Ciò nonostante, in base alle risultanze della gara svoltasi il 9 febbraio 1991, il raggruppamento \*\*\*\*\* - \*\*\*\* veniva ammesso alla gara e, sulla base della media ottenuta tenendo conto dell'offerta di tale raggruppamento, veniva dichiarata provvisoriamente aggiudicataria la ditta \*\*\*\*\* .

Contro tale aggiudicazione veniva presentata opposizione da parte della ditta appellante.

Su tale opposizione veniva richiesto parere all'Avvocatura dello Stato, ed, avendo quest'ultima declinato l'incarico, al consulente di fiducia del Consorzio, Prof. Nazareno Saitta, il quale ne riconosceva la fondatezza.

Il Consorzio, dopo di avere sospeso ogni determinazione, con nota dell'11 giugno 1991, ha annullato, con delibera del 25 novembre 1991 n. 266, l'aggiudicazione provvisoria a favore della ditta \*\*\*\*\* richiamando, ai fini della motivazione, le considerazioni contenute nel citato parere del Prof. Nazareno Saitta.

Con verbale di riapertura della gara del 13 gennaio 1992, veniva escluso il raggruppamento \*\*\*\*\* - \*\*\*\* e, in



Pietro Vige

base ad una nuovo computo della media delle offerte, veniva pronunciata l'aggiudicazione a favore della ditta \*\*\*\*\* , il quale stipulava il contratto e iniziava i lavori.

Contro la deliberazione di annullamento dell'aggiudicazione provvisoria e contro gli atti consequenziali l'impresa \*\*\*\*\* ha proposto ricorso innanzi al tribunale amministrativo della Sicilia sezione di Catania affidato ai seguenti nove motivi.

1) è stato deciso dal comitato un ricorso sebbene nessuna norma conferisse ad esso tale potere decisorio;

2) non è stato esercitato un potere di autoannullamento, non essendo stata manifestata alcuna volontà in tale senso;

3) nella ipotesi che si trattasse del potere di autotutela, mancavano gli estremi dell'interesse pubblico;

4) è stato violato il principio della continuità della gara, non essendo state invitate le ditte ad assistere alla riapertura dei plichi;

5) è illegittima la riapertura della gara una volta intervenuta l'aggiudicazione;

6) alla rinnovazione delle operazioni non può procedersi allorchè sia stata esaurita la fase di conoscenza delle offerte delle imprese;

7) la ripetizione della gara dopo l'esclusione di un concorrente altera la natura del procedimento, essendo ormai

note tutte le offerte;

8) è stata disattesa l'affermazione del notaio rogante il quale aveva dato atto in verbale che la documentazione del raggruppamento \*\*\*\*\* - \*\*\*\* era regolare;

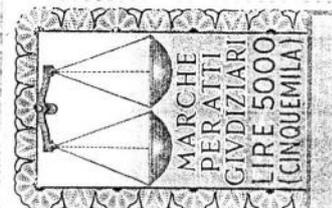
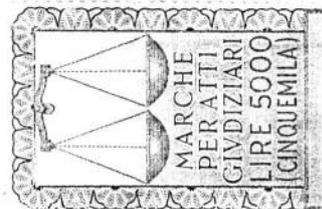
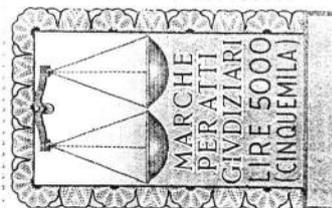
9) il certificato della sola cancelleria commerciale era sufficiente a controllare anche il requisito che avrebbe dovuto essere attestato dalla cancelleria fallimentare.

Si costituiva in giudizio l'impresa appellante, la quale eccepiva la inammissibilità, la irricevibilità e la infondatezza del ricorso e proponeva ricorso incidentale, cautelativo, per l'ipotesi che la clausola contrattuale fosse da interpretarsi secondo quanto affermato dalla difesa dell'impresa \*\*\*\*\* .

Essendo stata accolta dal Tribunale amministrativo di Catania la istanza di sospensione dei provvedimenti impugnati, veniva proposto appello innanzi a cotesto ecc.mo Consiglio di giustizia contro l'ordinanza del Tribunale amministrativo del 6 febbraio 1992 n. 131, tale appello veniva accolto e per l'effetto l'ordinanza di sospensione veniva annullata con la ordinanza di cotesto Ecc.mo Tribunale del 21 marzo 1992 n. 72 con la seguente motivazione:

"considerato che allo stato non sembra che sussistano i presupposti per l'accoglimento della istanza di sospensione dell'efficacia del provvedimento impugnato di primo grado".

Pertanto i lavori venivano iniziati e alla data odierna



*Rebba Viny*

sono eseguiti per più di un terzo.

Con la decisione impugnata, il Tribunale amministrativo di Catania, dopo di avere respinto le eccezioni di rito sollevate dall'amministrazione e dalla società appellante, in ordine all'ammissibilità dell'atto introduttivo del giudizio, ha accolto solo quattro dei motivi dedotti con il ricorso di primo grado e precisamente il secondo (per difetto dei requisiti dell'atto di annullamento), il terzo (per difetto di motivazione) il quinto (per pretesa violazione dell'art. 23 della L. reg. 5/71, non essendo stato proposto reclamo alla Regione) ed il nono (pretesa sufficienza di un solo certificato ai fini della prova della solvibilità dell'impresa). Contro tale decisione viene proposto appello per i seguenti motivi di

#### D I R I T T O

1) Inammissibilità del ricorso di primo grado per non essere stato evocato in giudizio il raggruppamento \*\*\*\*\* - \*\*\*\* della cui ammissione si controverteva:

E' stata impugnata la delibera con la quale l'amministrazione del consorzio, avendo riconosciuto illegittima l'ammissione del raggruppamento \*\*\*\*\* - \*\*\*\*, ha disposto la rinnovazione delle operazioni di gara. Di conseguenza, il ricorso avrebbe dovuto essere notificato al raggruppamento \*\*\*\*\* - \*\*\*\*, della cui ammissione si controverteva.

2) Irricevibilità del ricorso di primo grado per quanto  
attiene alla impugnazione della clausola del bando relativa  
al potere di riesame delle operazioni di gara:

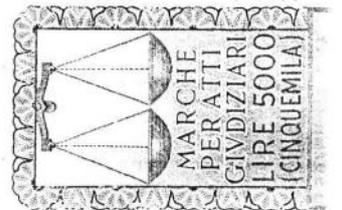
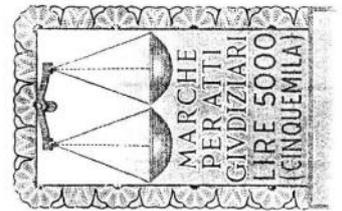
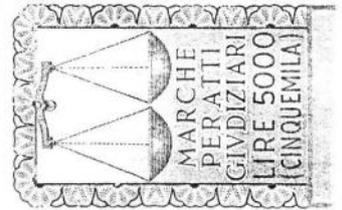
Palese è la irricevibilità della impugnativa della clausola del bando, dal momento che la lettera-invito è pervenuta all'impresa \*\*\*\*\* in data 16 gennaio 1991 ed il ricorso contro detta clausola è stato proposto a distanza di un anno e precisamente il 1 gennaio 1992.

3) Sulla identificazione del potere esercitato da parte del  
Consorzio:

Ha errato la decisione impugnata nel ritenere che il Consorzio abbia esercitato un potere decisorio sol perchè esso ha agito su sollecitazione della impresa \*\*\*\*\* che era stata lesa nei suoi interessi legittimi. Il Consorzio non ha esercitato nessuna potestà decisoria, sibbene ha esercitato il normale controllo che qualsiasi amministrazione deve compiere sulla legittimità delle operazioni della commissione di gara.

In sede di tale controllo, che viene esercitato di ufficio, il Consorzio ha annullato le operazioni di gara, avendo rilevato che illegittimamente era stata ammessa l'impresa \*\*\*\*\* - \*\*\*\* la quale non aveva presentato la prescritta documentazione.

L'amministrazione appaltante ha il diritto ed il dovere di esaminare la legittimità degli atti compiuti dalla



Pietro Viny

commissione di gara e di annullarli, qualora li riconosca illegittimi e ciò indipendentemente dalla proposizione di opposizioni da parte degli interessati.

Nè esiste un obbligo per le imprese di proporre all'Assessorato dei LL. PP. il reclamo di cui all'art. 23 della l. reg. 5/1971. Il "reclamo", che è semplicemente facoltativo non può certo qualificarsi come "ricorso gerarchico" e comunque nella specie non è stato proposto, essendosi l'impresa limitata ad inviare un semplice esposto alla stazione appaltante.

La circostanza che il Consorzio si sia attivato per richiedere pareri legali sulla legittimità delle operazioni concorsuali in seguito alla opposizione presentata da una delle imprese partecipanti non trasforma il potere di controllo sulle operazioni della commissione di gara in potere decisorio su ricorso gerarchico.

4) Sulla motivazione "per relationem" dell'annullamento delle operazioni di gara:

A torto è stato affermato che la delibera con la quale è stata annullata la illegittima ammissione della impresa \*\*\*\*\* - \*\*\*\* ed è stata disposta la riapertura della gara non sarebbe stata motivata. Nella delibera, a sostegno di tale annullamento, stato espressamente richiamato il parere reso dal prof. Nazareno Saitta, le cui argomentazioni sono state pienamente condivise dall'amministrazione.

Si legge infatti nella delibera: "prendere atto del parere reso dal prof. Nazareno Saitta per escludere il raggruppamento d'impresa \*\*\*\*\* - \*\*\*\* s.r.l. e procedere alla nuova aggiudicazione".

La giurisprudenza ha costantemente ammesso che l'obbligo di motivazione è pienamente assolto per relationem allorchè l'amministrazione fa proprio il parere espresso dal proprio consulente, parere che viene a fare parte integrante della deliberazione stessa. "L'amministrazione pone legittimamente a motivazione per relationem di un provvedimento amministrativo il parere favoltato espresso da un avvocato estraneo all'amministrazione medesima (Cons. Stato V sez. 10 ottobre 1991 n. 1216 in C.S. 1991 I, 1485)..

5) Legittimità della riapertura della gara, allorchè venga annullata la illegittima ammissione di una impresa:

Allorchè l'amministrazione in sede di riesame delle operazioni di gara riscontri l'illegittima ammissione ad una impresa che non aveva presentato la prescritta documentazione, non ha affatto l'obbligo di emanare un nuovo bando di gara, ma si deve limitare a riaprire le operazioni espungendo l'impresa che non aveva diritto ad essere ammessa.

Nè con tale comportamento si viola la segretezza e la par condicio dei concorrenti, dato che non si tratta di aprire nuovi plichi che erano rimasti chiusi, bensì al contrario, si tratta di non tenere conto di una offerta che,

se pur conosciuta, non era tuttavia valida.

A seguito dell'entrata in vigore della L. reg. sic. n. 21/1985 non è venuta meno la fase della approvazione degli atti dal momento che la commissione di gara va considerato un organo consultivo interno dell'amministrazione, non abilitato ad esercitare poteri autoritativi verso l'esterno.

Comunque, anche ammesso che il verbale di aggiudicazione provvisoria della commissione di gara sostituisca a tutti gli effetti la delibera del consiglio di amministrazione dell'ente, non può essere negato il potere che compete alla P.A. appaltante di esaminare in via di autotutela la regolarità delle operazioni di gara anche in assenza di reclami tempestivamente proposti dalle imprese partecipanti (Cons. giust. amm. 24 marzo 1988 n. 51).

La clausola che riserva all'amministrazione il potere di disporre la rinnovazione delle operazioni riconosciute irregolari (espressamente previsto nel bando) non fa altro che consacrar espressamente un principio generale costantemente riconosciuto, secondo il quale l'amministrazione ha sempre la facoltà di ritirare gli atti amministrativi illegittimi compiuti dai propri organi interni

La rinnovazione delle operazioni può essere disposta sia nella ipotesi in cui illegittimamente è stata esclusa una impresa che avrebbe avuto diritto di parteciparvi, sia nella ipotesi inversa in cui sia stata ammessa una impresa che non

aveva i requisiti per partecipare alla gara e che era in difetto di uno dei documenti prescritti. La cognizione della percentuale di offerta (dovuta al fatto che la busta era stata aperta) non può infatti costituire ostacolo all'esercizio del potere di annullamento per autotutela delle operazioni illegittime.

Infine è inesatto richiamarsi al principio della continuità(per il quale vedasi da ult. 15 luglio 1992 n. 689 in C.S. 1992 I , 897), perchè nella specie il principio della continuità è stato pienamente rispettato con la continuazione delle operazioni fino alla aggiudicazione provvisoria; solo successivamente alla conclusione, l'amministrazione ha esercitato il potere di annullamento e ha ordinato la rinnovazione delle operazioni, escludendo il raggruppamento  
\*\*\*\*\* - \*\*\*\* .

6) Insufficienza del certificato rilasciato dalla cancelleria commerciale ai fini della dimostrazione della solvibilità dell'impresa:

E' pacifica fra le parti la circostanza che il raggruppamento \*\*\*\*\* - \*\*\*\* aveva ommesso di presentare il certificato rilasciato dalla sezione fallimentare del tribunale di Messina. In conseguenza, non si vede quale sarebbe l'affermazione contenuta nel verbale redatto dal notaio Niutta che dovrebbe impugnarsi di falso.

Sulla necessità della produzione del doppio certificato

(certificato rilasciato dalla cancelleria commerciale e certificato rilasciato dalla cancelleria fallimentare) è ormai pacifica la giurisprudenza sia dei tribunali amministrativi (da ult. Tar Palermo I sez. 5 novembre 1990 n. 875) che di cotesto Ecc.mo Consiglio di giustizia (Cons. giust. amm. 23 giugno 1989 n. 233). In particolare, ha affermato cotesto Ecc.mo Consiglio che "mentre il certificato della cancelleria commerciale appare finalizzato ad acclarare le circostanze di cui alla lettera a) dell'art. 13 della L. 8 agosto 1977 n. 584 in quanto diretto ad attestare che la società partecipante non si trovi in stato di procedure concorsuali e, quindi, a certificare che nessuna declaratoria, in tal senso, risulti intervenuta con carattere, cioè, di definitività nei confronti della società stessa, il certificato della cancelleria fallimentare appare, invece, finalizzato ad acclarare le circostanze di cui alla lettera b) del citato art. 13, in quanto diretto ad attestare che non vi sia in corso, con carattere, cioè, di stretta attualità, alcuno dei predetti procedimenti" (C.G.A. 23 giugno 1989 n. 233).

E' pacifico l'insegnamento secondo il quale i termini per la produzione dei documenti nelle pubbliche gare hanno carattere perentorio e pertanto non possono essere riaperti per disposizione della amministrazione a favore di singole imprese. Nella specie, non si trattava di "regolarizzare" un

documento irregolare ma si trattava di rimediare alla "mancanza" di uno dei documenti richiesti a pena di esclusione.

Sulla istanza di sospensione:

Dalla esecuzione della decisione impugnata deriverebbero danni gravi ed irreparabili non solo per l'impresa ma anche per la pubblica amministrazione perchè dovrebbero essere sospesi i lavori che, in base a regolare contratto stipulato tra le parti, sono stati eseguiti per un terzo.

Non può inoltre sfuggire all'ecc.mo Collegio che già una prima ordinanza di sospensione del Tar di Catania per lo stesso giudizio era stata annullata da parte di cotesto ecc.mo Consiglio.

Per questi motivi

VOLGLIA L'ECC.MO CONSIGLIO AMMINISTRATIVA

preliminarmente sospendere l'impugnata sentenza e, scendendo nel merito, annullarla con il favore delle spese ed onorari di giudizio.

Palermo, 27 febbraio 1993

A.W. Pietro Virgo