

La rinnovazione della gara è avvenuta (correttamente) a partire dalla valutazione dell'offerta tecnica e ciò ha determinato l'improcedibilità delle relative censure proposte in appello.

una procedura negoziale, caratterizzata da profili di atipicità, derivanti dall'infruttuoso esito delle precedenti gare, in cui l'impugnato provvedimento di aggiudicazione assumeva in effetti la valenza (lesiva) di atto interruttivo del procedimento per le altre imprese.

la prevalente giurisprudenza ritiene ammissibile l'impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria come facoltà, e non quindi onere, per i concorrenti di una procedura di gara, che possono anche optare per la diversa soluzione di impugnare la successiva aggiudicazione definitiva. L'esclusione di un concorrente determinava la necessità di ricalcolare i punteggi attribuiti a tutte le imprese con conseguente interesse di queste ultime, a prescindere dalla posizione in graduatoria, di far valere il proprio interesse alla rinnovazione delle operazioni di gara.

L'Ati ricorrente ha contestato l'ammissibilità del ricorso di primo grado anche sotto l'ulteriore profilo della asserita carenza di interesse derivante dall'inutilità, tanto nella prospettiva demolitoria quanto in quella risarcitoria, di una pronuncia di annullamento che, rimuovendo l'aggiudicazione, determinerebbe la perdita del finanziamento regionale e il venir meno della gara.: cosa ne pensa il Consiglio di Stato?

Il giudice di primo grado nella parte motiva delle decisioni ha affermato che "le operazioni di gara sono illegittime e devono essere annullate nella parte in cui non si è proceduto all'esclusione dalla gara della costituenda A.T.I. controinteressata. subito dopo l'apertura della busta "A". Di qui consegue la necessità della ripetizione delle operazioni di gara con le restanti tre concorrenti a partire da questo stadio della procedura" e nella parte dispositiva ha poi disposto "la rinnovazione delle operazioni concorsuali tra le concorrenti rimaste in gara, a partire dalla Fase 3 indicata nella lettera di invito del 29 novembre e successiva integrazione del 30 novembre 2007 e, precisamente, dall'esame del contenuto della busta B – offerta economica – tempo";_ le due ati ricorrenti, lamentano la contraddittorietà della pronuncia, con cui il Tar non ha esaminato le censure attinenti all'offerta tecnica, dichiarandole in parte inammissibili, perché attinenti a profili di discrezionalità tecnica e in parte improcedibili, perché attinenti a fase della gara da rinnovare.: una ricorrente ritiene che l'esame di tali censure poteva condurre ad una decisione pienamente soddisfacente con l'aggiudicazione della gara in suo favore._l'altra ati rappresenta che il Tar o esaminava nel merito le censure relative all'offerta tecnica, o in alternativa disponeva la ripetizione delle operazioni di gara comprese quelle relative all'attribuzione dei punteggi per l'offerta tecnica e non a partire dall'esame della busta B, come stabilito del dispositivo: su questo aspetto qual è il parere del Supremo giudice amministrativo?.

Anche questa censura è priva di fondamento._Pur senza dover approfondire la questione dell'effettiva perdita del finanziamento regionale e degli eventuali effetti derivanti sulla realizzabilità dell'intervento, è sufficiente osservare che si tratta di elementi fattuali esterni alla procedura, che in alcun modo possono incidere, e tanto più limitare, l'esercizio della tutela giurisdizionale da parte dei concorrenti alle gare di appalto.-Come correttamente rilevato dal Tar, l'interesse pubblico a non perdere il finanziamento deve necessariamente considerarsi recessivo rispetto all'interesse pubblico al corretto svolgimento della gara; altrimenti, in ogni ipotesi di gara svolta a ridosso della scadenza di termini per il finanziamento dell'opera, l'esito della stessa risulterebbe non contestabile in sede giurisdizionale e ciò ovviamente non è compatibile con il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale._

Entrambe le censure di appello devono essere dichiarate improcedibili per sopravvenuto difetto di interesse, derivante da fatti successivi alla pubblicazione delle impugnate sentenze._Infatti, in data 6 ottobre 2008 la Commissione giudicatrice si è riunita per dare esecuzione alle sentenze del Tar e non si

è limitata a procedere alla rinnovazione delle operazioni di gara a partire dall'esame del contenuto della busta B – offerta economica – tempo, come disposto nel dispositivo delle sentenze, ma ha ritenuto “in ossequio ai principi di logica e ragionevolezza che devono caratterizzare un procedimento amministrativo anche se, come nel caso di specie, esperito in esecuzione di un provvedimento giurisdizionale ... di procedere alla rinnovazione della valutazione delle voci: parcheggio interrato; impianti; durabilità; anni di manutenzione; tempo offerto; offerta economica”; tale rinnovazione delle fasi di gara ha condotto nuovamente ad individuare l'Ati come aggiudicataria, benché sulla base di una riformulazione dei punteggi, derivante dall'esclusione di un concorrente.:_n sostanza, la Commissione ha compreso che l'unica possibilità di dare ragionevole esecuzione alle sentenze del Tar era quella di rinnovare anche valutazione e attribuzione dei punteggi relativi all'offerta tecnica e ha così riattribuito tali punteggi, indicando anche gli elementi in base a cui tali punteggi venivano assegnati (numero dei parcheggi, kwh offerti, ecc.)._In questo modo le censure proposte dalle appellanti perdono di interesse, in quanto l'effetto conformativo, cui tali motivi tendono (rinnovazione delle operazioni di gara da un momento antecedente a quello stabilito dal Tar nel dispositivo) è già stato ottenuto in sede amministrativa per libera scelta dell'amministrazione, con la conseguenza che alcun ulteriore beneficio potrebbe derivare dall'accoglimento dei motivi._Il fatto che nella riattribuzione dei punteggi non si sia tenuto conto di alcune contestazioni mosse dalle appellanti non toglie che, seppur ribadendo, alcuni giudizi, la Commissione abbia novato i precedenti atti con la rinnovazione della fase della gara._Del resto, il successivo sviluppo della procedura conferma il dato dell'ormai avvenuta sostituzione della originaria valutazione dell'offerta tecnica.-Benché su stimolo di una ordinanza cautelare del Tar, la Commissione ha rivalutato nuovamente gli elementi dell'offerta tecnica, inerenti le energie alternative e i sistemi di garanzia, riconoscendo la sussistenza di precedenti errori di valutazione e riattribuendo il punteggio per tali voci con approvazione di una nuova graduatoria, in cui l'Ati è stata classificata al primo posto_ **E' significativo rilevare che anche in questo caso l'obbligo derivante dalla ordinanza cautelare del Tar consisteva solamente nel dovere di esaminare la contestazione relativa alle suddette voci e che all'esito di tale riesame la Commissione ha autonomamente rilevato la sussistenza di errori e la necessità di riformulare la graduatoria della gara._E' anche rilevante il fatto che la Commissione di gara, benché ormai consapevole del contenuto di tutte le altre censure inerenti l'attribuzione dei punteggi, abbia confermato in larga parte il precedente giudizio, dimostrando implicitamente di non ravvisare elementi per condividere tali contestazioni._** Esula dall'oggetto del presente giudizio la valutazione della rinnovata fase di attribuzione dei punteggi e di riformulazione della graduatoria, che ha condotto da ultimo alla proposta di aggiudicazione in favore dell'Ati _Allo stato, questo è l'esito della gara, che può essere formalizzato dall'Università in esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali di merito e cautelari, ferma restando l'eventuale sopravvenienza di nuove e diverse pronunce del giudice nell'ambito degli ulteriori giudizi, proposti in relazione a tale rinnovazione della gara.

Si legga anche

Importante differenza fra l'aggiudicazione provvisoria e quella definitiva che necessita sempre di autonoma impugnazione

L'aggiudicazione definitiva, non è atto meramente confermativo o esecutivo, ma provvedimento che, anche quando recepisce integralmente i risultati dell'aggiudicazione provvisoria, comporta, comunque, una nuova ed autonoma valutazione rispetto alla stessa, pur facendo parte della medesima sequenza procedimentale

Merita di conoscere il pensiero espresso dal Consiglio di Stato con la decisione numero 484 del 6 febbraio 2007 in tema di differenze tra l'importanza dell'aggiudicazione definitiva rispetto a quella provvisoria e di quale dei due provvedimenti deve essere impugnato e perché

Il primo pensiero espresso dal Supremo Giudice Amministrativo è qui di seguito riportato:

<l'aggiudicazione provvisoria di un appalto o di un servizio pubblico ha natura di atto endoprocedimentale, inidoneo a produrre la definitiva lesione dell'interesse della ditta che non è risultata vincitrice, lesione, appunto, che si verifica soltanto con l'aggiudicazione definitiva>

questo significa che prima di adire il giudice, bisogna comunque attendere l'atto di aggiudicazione definitiva?

Ma viene da chiedersi: quali sono allora i giusti ricorsi da proporre?

La risposta è la seguente:

è ammissibile il ricorso volto all'annullamento dell'aggiudicazione definitiva anche se non era stata precedentemente impugnata l'aggiudicazione provvisoria

mentre

il soggetto che, pur non essendovi tenuto, abbia impugnato immediatamente e in via autonoma il provvedimento di aggiudicazione provvisoria di un contratto della P.A., ha l'onere di impugnare, in un secondo momento, anche l'aggiudicazione definitiva, pena l'improcedibilità del primo ricorso

nella sentenza emarginata vengono riportati alcuni riferimenti ad altre decisioni.

Vediamole

Consiglio di Stato, sez. VI, sent. n. 6128 del 16 novembre 2000, sulla tutela giurisdizionale avverso l'aggiudicazione provvisoria e definitiva nei pubblici appalti:

Deve ritenersi, in relazione all'aggiudicazione provvisoria, che:

- 1) è atto preparatorio e non conclusivo del procedimento, in relazione al quale non vi è alcun onere, a pena di decadenza, di immediata impugnazione
- 2) l'impugnazione della stessa può essere differita al momento in cui si ricorre contro l'aggiudicazione definitiva, per cui il dies a quo per ricorrere contro l'aggiudicazione provvisoria decorre dalla piena conoscenza di quella definitiva
- 3) in sede di impugnazione dell'aggiudicazione definitiva potranno farsi valere anche i vizi propri di quella provvisoria;
- 4) è comunque in facoltà della parte non aggiudicataria impugnare immediatamente l'aggiudicazione provvisoria, che è autonomamente lesiva, in quanto le inibisce l'ulteriore partecipazione al procedimento;
- 5) rispetto all'aggiudicazione provvisoria, quella definitiva non è atto meramente confermativo o esecutivo, ma atto che, anche quando recepisce in toto i risultati dell'aggiudicazione provvisoria, comporta comunque una autonoma valutazione; ne consegue che l'aggiudicazione definitiva necessita sempre di autonoma impugnazione, anche se è già stata impugnata quella provvisoria;

6) se la aggiudicazione provvisoria viene impugnata immediatamente e autonomamente, la parte ha perciò l'onere di impugnare anche, in un secondo momento, l'aggiudicazione definitiva, pena l'improcedibilità del primo ricorso

Cons. Stato, Sez. V, 17 aprile 2003, n. 2074:

l'aggiudicazione provvisoria della gara di appalto di opera pubblica ha natura di atto endoprocedimentale, idoneo a produrre la definitiva lesione dell'interesse della ditta che non è risultata vincitrice (a divenire tale), lesione che si verifica, appunto, soltanto con l'aggiudicazione definitiva

Tuttalpiù una autonoma lesione vi può essere nel senso che l'aggiudicazione provvisoria inibisce all'impresa non aggiudicataria l'ulteriore partecipazione al procedimento

In ogni caso quest'ultima ha non l'onere ma la mera facoltà di impugnare immediatamente l'aggiudicazione provvisoria.

L'aggiudicazione definitiva, da parte sua, non è atto meramente confermativo o esecutivo, ma atto che, anche quando recepisce in toto i risultati dell'aggiudicazione provvisoria, comporta comunque una nuova ed autonoma valutazione rispetto alla stessa, pur facendo parte della medesima sequenza procedimentale.

Ne consegue che l'aggiudicazione definitiva necessita sempre di autonoma impugnazione (anche avvalendosi dell'istituto dei motivi aggiunti in corso di causa, proponibili, ai sensi della legge n. 205 del 2000, avverso atti diversi da quello originariamente gravato, soluzione da preferirsi per evidenti ragioni di economia processuale), anche se è già stata impugnata quella provvisoria.

Se l'aggiudicazione provvisoria è stata impugnata immediatamente e autonomamente, la parte ha perciò l'onere di impugnare, in un secondo momento, pure l'aggiudicazione definitiva sopravvenuta, la quale non rappresenta conseguenza inevitabile della prima, pena, si badi bene, l'improcedibilità del primo ricorso

§§§§§§§§§§§§§§§§§§§§§§§§§§§§§§§§§§§§

Revoca dell'aggiudicazione purchè adeguatamente motivata

Non può non rilevarsi che, secondo un indirizzo giurisprudenziale consolidato, benché nei contratti della Pubblica Amministrazione l'aggiudicazione, in quanto atto conclusivo del procedimento di scelta del contraente, segna di norma il momento dell'incontro della volontà della pubblica amministrazione di concludere il contratto e della volontà del provato manifestata con l'offerta ritenuta migliore (con la conseguenza che da tale momento sorge il diritto soggettivo dell'aggiudicatario nei confronti della stessa pubblica amministrazione), non è precluso all'amministrazione stessa di procedere, con atto successivo, purché adeguatamente motivato con richiamo ad un preciso e concreto interesse pubblico, alla revoca d'ufficio ovvero all'annullamento dell'aggiudicazione: in caso di aggiudicazione definitiva sussiste in capo all'Amministrazione l'obbligo di inviare la comunicazione di avvio del procedimento di autotutela

In tema di annullamento di un'aggiudicazione a seguito di un errore dell'amministrazione per aver trovato la documentazione di un'impresa partecipante ad una gara in quella destinata ad altra procedura, Il Consiglio di Stato con la decisione numero 6456 del 31 ottobre 2006 ci insegna che:

<Detta potestà di annullamento in autotutela si fonda sul principio costituzionale di buon andamento che, com'è noto, impegna la pubblica amministrazione ad adottare atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire>

sulla natura dell'aggiudicazione provvisoria e sulla necessità in caso invece di aggiudicazione definitiva di avvertire l'aggiudicatario dell'eventuale annullamento, appare inoltre importante sapere che:

<E' stato altresì precisato che l'aggiudicazione provvisoria ha natura di atto endprocedimentale, inserendosi nell'ambito della procedura di scelta del contraente come momento necessario, ma non decisivo, atteso che la definitiva individuazione del contraente risulta consacrata soltanto con la aggiudicazione definitiva, **con la conseguenza che, allorquando l'amministrazione intende esercitare il proprio potere di autotutela rispetto all'aggiudicazione provvisoria non è tenuta a dare comunicazione dell'avvio del relativo procedimento, versandosi ancora nell'unico procedimento iniziato con l'istanza di partecipazione alla gara**, vantando l'aggiudicatario provvisorio una mera aspettativa alla conclusione del procedimento; per contro, **in presenza di un provvedimento di aggiudicazione definitivo l'esercizio del potere di autotutela deve essere necessariamente preceduto, a pena di illegittimità, dalla comunicazione di avvio del procedimento**, dovendo darsi modo all'aggiudicatario definitivo, titolare di una posizione giuridica evidentemente qualificata, di poter interloquire con l'amministrazione, rappresentando fatti e prospettando osservazioni e valutazioni finalizzate alla migliore individuazione dell'interesse pubblico, concreto ed attuale, alla cui unica cura deve indirizzata la potestà pubblica>

ma nella fattispecie sottoposta al Supremo Giudice amministrativo, vi è un ulteriore aspetto molto importante:

poiché l'appalto risulta del tutto eseguito:

<Al riguardo la Sezione ricorda che una volta intervenuto l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione ai fini dell'ammissibilità dell'azione di risarcimento del danno deve valutarsi la sussistenza dell'elemento psicologico quanto meno della colpa, in quanto la responsabilità patrimoniale della pubblica amministrazione conseguente all'annullamento di provvedimenti illegittimi deve essere inserita nel sistema delineato dall'articolo 2043 C.C. (C.d.S., sez. IV, 29 settembre 2005, n. 5204): tuttavia, deve anche precisarsi, che al fine dell'accertamento dell'elemento soggettivo non deve farsi riferimento all'atteggiamento dell'agente, dovendo piuttosto farsi riferimento al funzionamento complessivo dell'apparato pubblico, al fine da verificare se, in concreto, tale funzionamento sia stato tale coerente con le regole di legalità, imparzialità e buon andamento che devono presiedere, ai sensi dell'articolo 97 della Costituzione, all'esercizio della funzione amministrativa>
allora

<Orbene, nel caso di specie, indipendentemente da eventuali specifiche responsabilità personali di determinati funzionari o agenti, non è revocabile in dubbio che la confusione che ha determinato la omessa valutazione della offerta della società appellante è stato senza dubbio causato da un comportamento ascrivibile alle violazioni elementari dell'obbligo di minima diligenza (e dunque della imparzialità e del buon andamento), così che sussiste l'elemento psicologico della colpa (c.d. di apparato).

L'azione risarcitoria, quindi, è sicuramente ammissibile ed anche fondata, atteso che, come è poi emerso dall'effetto esame della offerta della società appellante., essa era anche quella economicamente più vantaggiosa (avendo offerto il massimo ribasso).>

In tema di quantificazione del danno:

<La Sezione ritiene di dover condividere quell'indirizzo giurisprudenziale secondo cui in caso di annullamento dell'aggiudicazione di un appalto già esaurito, il lucro cessante, ovvero sia l'utile economico che sarebbe derivato dall'esecuzione dell'appalto in caso di aggiudicazione non avvenuta per

< L'art. 13 della legge n. 109/94, vigente al momento dello svolgimento della procedura, consente la presentazione di offerte da parte di associazioni temporanee di concorrenti, i quali, prima della presentazione dell'offerta, abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, qualificato capogruppo, il quale esprime l'offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti (comma 5) e vieta qualsiasi modificazione alla composizione delle associazioni temporanee rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta (comma 5-bis, oggi riprodotto nell'art. 37, comma 9, del D. Lgs. n. 163/2006).

L'art. 93, comma 2, del d.P.R. n. 554/99 stabilisce che in caso di licitazione privata, di appalto concorso o di trattativa privata, l'impresa invitata individualmente ha la facoltà di presentare offerta o di trattare per sé o quale capogruppo di imprese riunite.

Da tali disposizioni emerge come il legislatore abbia inteso favorire il fenomeno del raggruppamento di imprese e individuare la presentazione dell'offerta come momento della procedura, da cui scatta il divieto di modificabilità soggettiva della composizione dei partecipanti.>

Ma ancor più importante è sapere che:

< Tutte le citate disposizioni fanno riferimento all'offerta, che è cosa diversa dalla richiesta di invito, senza ricollegare in alcun modo il principio di immodificabilità soggettiva alla fase della prequalificazione in caso di procedura ristretta.

In presenza di disposizioni espresse che non consentono la modifica della composizione dei partecipanti dopo l'offerta e in assenza di analogo divieto per la fase della prequalificazione, deve escludersi che si possa pervenire in via pretoria ad un divieto, non sancito dal legislatore.>

Ma non solo

< E', quindi, irrilevante il richiamo al parere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 7 febbraio 2003, n. AS251, ove si sottolinea il rischio che il modello del raggruppamento possa evolvere a strumento di collaborazione restrittivo della concorrenza, attuale o potenziale, in quanto detto parere è finalizzato a suggerire alle stazioni appaltanti, "pur nel silenzio della legge", di "limitare la possibilità di associarsi in RTI da parte di due o più imprese, che singolarmente sarebbero in grado di soddisfare i requisiti finanziari e tecnici per poter partecipare alla gara".>

Inoltre in tema di obbligo di ricorrere all'aggiudicazione provvisoria, merita segnalare il seguente pensiero espresso dai giudici di Palazzo Spada:

<il concorrente non aggiudicatario ha la facoltà, ma non l'onere, di impugnare l'aggiudicazione provvisoria, ben potendo optare per la diversa soluzione di impugnare la successiva aggiudicazione definitiva; l'aggiudicazione provvisoria non è, infatti, l'atto conclusivo del procedimento, bensì atto preparatorio che produce solo effetti prodromici e, di conseguenza, non vi è un onere di immediata impugnazione della stessa>

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 4147 del 19 giugno 2009 emessa dal Consiglio di Stato



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sui ricorsi riuniti in appello nn. 8865/2008, 8887/2008, 9441/2008, 9442/2008

proposti rispettivamente:

1) n. 8865/2008, da: ALFA S.P.A. IN P. E IN Q. DI ASSOCIATA ATI , ATI - DE ALFADUE COSTRUZIONI S.P.A. IN P., ATI - ALFATRE SERVIZI S.P.A. IN P., rappresentati e difesi dagli Avv. Alberto Linguiti, Gianfrancesco Fidone e Salvatore Napolitano con domicilio eletto in Roma viale G. Mazzini n. 55, presso lo studio del primo;

contro

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI BARI, rappresentata e difesa dall'Avv. Luigi Volpe con domicilio eletto in Roma via Cosseria n.2, presso il dott. Alfredo Placidi;

BETA S.P.A. IN PR. E Q.LE MAND. ATI CON LA, non costituitasi;

e nei confronti di

DELTA, rappresentato e difeso dall'Avv. Giuseppe Macchione con domicilio eletto in Roma via Cosseria n.2, presso il dott. Alfredo Placidi;

CONSORZIO COOPERATIVE COSTRUZIONI - BETA S.P.A., rappresentato e difeso dall'Avv. Nino Matassa con domicilio eletto in Roma via Cosseria n.2, presso il dott. Alfredo Placidi;

GAMMA NICOLA E FIGLIO S.R.L., rappresentato e difeso dall'Avv. Angelo Clarizia con domicilio eletto in Roma via Principessa Clotilde n. 2;

N.4147/09

Reg.Dec.

*N.8865-8887-
9441-9442 Reg.Ric.*

ANNO 2008

Disp.vo 216/2009

per la riforma

della sentenza del TAR Puglia sede di Bari Sezione I n.2250/2008;

2) n. 8887/2008, da: GAMMA NICOLA & FIGLIO SRL IN P. E IN Q. MANDATARIA ATI, ATI - GAMMADUE S.R.L. IN P., ATI -GAMMATRE SALVATORE S.P.A. IN P., rappresentati e difesi dall'Avv. Angela Clarizia con domicilio eletto in Roma via Principessa Clotilde n. 2;

contro

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI BARI, rappresentata e difesa dall'Avv. Luigi Volpe con domicilio eletto in Roma via Cosseria n. 2, presso il dott. Alfredo Placidi;

DELTA, rappresentato e difeso dall'Avv. Giuseppe Macchione con domicilio eletto in Roma via Cosseria n. 2, presso il dott. Alfredo Placidi;

CONSORZIO COOP. COSTRUZIONI IN P. E IN Q. MANDATARIA ATI, ATI - BETA S.P.A. IN P., rappresentati e difesi dall'Avv. NINO MATASSA con domicilio eletto in Roma via Cosseria n. 2, presso il dott. Alfredo Placidi;

ALFA S.P.A. IN P. E IN Q. DI MANDATARIA ATI, ATI - DE ALFADUE S.P.A. IN P., ATI - ALFATRE SERVIZI S.P.A. IN P., rappresentati e difesi dagli Avv. Alberto Linguiti, Gianfrancesco Fidone e Salvatore Napolitano con domicilio eletto in Roma viale G. Mazzini n. 55, presso lo studio del primo;

per la riforma

della sentenza del TAR Puglia sede di Bari Sezione I n.2252/2008;

3) n. 9441/2008, da: GAMMA NICOLA & FIGLIO S.R.L. IN P. E Q. MANDAT. COSTIT. ATI, ATI - GAMMADUE S.R.L. IN P., ATI - SALVATORE GAMMATRE S.P.A., rappresentati e difesi dall'Avv. Angela Clarizia con domicilio eletto in Roma via Principessa Clotilde n. 2;

contro

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI BARI, rappresentata e difesa dall'Avv. Luigi Volpe con domicilio eletto in Roma via Cosseria n. 2, presso il dott. Alfredo Placidi;

DELTA, rappresentato e difeso dall'Avv. Giuseppe Macchione con domicilio eletto in Roma via Cosseria n. 2, presso il dott. Alfredo Placidi;

CONSORZIO COOPERATIVE COSTRUZIONI IN P. E Q. MANDAT. ATI, ATI - BETA S.P.A. IN P., rappresentati e difesi dall'Avv. Nino Matassa con domicilio eletto in Roma via Cosseria n. 2, presso il dott. Alfredo Placidi;

ALFA S.P.A. IN P. E Q. MANDAT. CAPOG. COSTITUENDA ATI, ATI - DE ALFADUE S.P.A. IN P., ATI - ALFATRE SERVIZI S.P.A. IN P., rappresentati e difesi dagli Avv. Alberto Linguiti, Gianfrancesco Fidone e Salvatore Napolitano con domicilio eletto in Roma viale G. Mazzini n. 55, presso lo studio del primo;

per la riforma

della sentenza del TAR Puglia sede di Bari Sezione I n.2251/2008;

4) n. 9442/2008, da: GAMMA NICOLA & FIGLIO S.R.L. IN P. E Q. MANDAT. COSTIT. ATI, ATI - GAMMADUE S.R.L. E IN P., ATI - SALVATORE GAMMATRE S.P.A., rappresentati e difesi dall'Avv. Angelo Clarizia con domicilio eletto in Roma via Principessa Clotilde n. 2;

contro

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI BARI, rappresentata e difesa dall'Avv. Luigi Volpe con domicilio eletto in Roma via Cosseria n. 2, presso il dott. Alfredo Placidi;

e nei confronti di

DELTA, CONSORZIO COOPERATIVE COSTRUZIONI IN P. E Q. MANDAT. ATI, ATI - BETA S.P.A. E IN P., non costituitisi;

ALFA S.P.A. IN P. E Q. MANDAT. CAPOG. COSTITUENDA ATI, ATI - DE ALFADUE E IN P., ATI - COFATECH SERVIZI S.P.A. E IN P., rappresentati e difesi dagli Avv. Alberto Linguiti, Gianfrancesco Fidone e Salvatore Napolitano con domicilio eletto in Roma viale G. Mazzini n. 55 presso lo studio del primo;

per la riforma

della sentenza del TAR Puglia sede di Bari Sezione I n.2250/2008;

Visti gli atti di appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti intime;

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

Visti gli atti tutti delle cause;

Alla pubblica udienza del 17-3-2009 relatore il Consigliere Roberto Chieppa.

Uditi l'Avv.to S. Napolitano, l'Avv.to Volpe, l'Avv.to Macchione, l'Avv.to Matassa e l'Avv.to Clarizia;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO E DIRITTO

1. Con bando di gara del 2 marzo 2007 l'Università degli studi di Bari indiceva un appalto - concorso per la ristrutturazione dell'edificio della ex sede della Manifattura dei tabacchi in Bari, inviando, a tal fine, lettera di invito del 19 giugno 2007.

La gara non veniva aggiudicata poiché le quattro concorrenti ammesse avevano presentato progetti non conformi ai requisiti minimi inderogabili stabiliti dal capitolato speciale prestazionale e viziati alcuni anche sotto il profilo formale.

A quel punto, a causa dell'urgenza di concludere la gara entro il 31 dicembre 2007 per non perdere il finanziamento regionale, l'Amministrazione, con verbale del 21 novembre 2007, indiceva una procedura negoziata ai sensi dell'art. 57, comma 2, lett. c), del d. lgs. 163/2006, senza previa pubblicazione del bando, decidendo di invitare soltanto le quattro imprese "le cui offerte non è stato possibile prendere in considerazione", richiedendo loro di sottoscrivere previamente l'impegno che, "in caso di aggiudicazione, l'aggiudicataria provvederà ad adeguare, entro e non oltre trenta giorni dalla data di aggiudicazione, il proprio progetto ai requisiti tecnici minimi inderogabili previsti dal capitolato speciale prestazionale".

Conseguentemente, con lettera di invito del 29 novembre 2007, precisata con ulteriore nota del 30 novembre, l'Università invitava le quattro concorrenti suddette precisando che: a) la procedura restava disciplinata da tutte le prescrizioni del bando di gara e del capitolato speciale prestazionale, anche se non ritrascritte; b) la commissione giudicatrice si doveva avvalere dei progetti già presentati in sede di appalto – concorso; c) l'aggiudicazione doveva avvenire con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa mediante attribuzione dei punteggi ivi specificati; d) i concorrenti dovevano presentare un ulteriore plico contenente una busta "A" (documentazione, tra cui la dichiarazione con cui il concorrente "si impegna, qualora risulti aggiudicatario, ad adeguare tutti gli elaborati ai requisiti tecnici minimi previsti dal capitolato speciale prestazionale, entro e non oltre 30 giorni dalla data di aggiudicazione, con riferimento sia alle difformità che saranno rilevate dalla commissione, sia quelle che, eventualmente, dovessero essere ulteriormente rilevate dalla stazione appaltante dopo l'aggiudicazione"), una busta "B" (offerta economica), una busta "C" (giustificazioni a corredo dell'offerta economica).

Con nota del 28 dicembre 2007 l'Università di Bari comunicava l'intervenuta aggiudicazione a favore dell'Ati DELTA (Ati CRPA) della gara in questione.

Tale provvedimento veniva impugnato davanti al Tar per la Puglia con autonomi ricorsi da tutti gli altri tre concorrenti: Ati ALFA, Ati GAMMA e Ati Consorzio Cooperative Costruzioni (Ati CCC).

In tutti i giudizi i concorrenti proponevano ricorsi incidentali, contestando sotto diversi profili la partecipazione alla gara dei vari ricorrenti e l'attribuzione dei punteggi da parte della Commissione.

Tali giudizi non venivano riuniti e venivano decisi dal Tar per la Puglia con tre sentenze di analogo contenuto, con cui erano accolte le censure proposte dall'Ati ALFA (in via principale nel ric. R.G. 340/08 e in via incidentale negli altri giudizi) avverso la partecipazione alla gara dell'Ati GAMMA.

Le contestazioni mosse dalle altre concorrenti venivano dichiarate improcedibili e nella parte dispositiva delle sentenze il giudice di primo grado disponeva “la rinnovazione delle operazioni concorsuali tra le concorrenti rimaste in gara, a partire dalla Fase 3 indicata nella lettera di invito del 29 novembre e successiva integrazione del 30 novembre 2007 e, precisamente, dall’esame del contenuto della busta B – offerta economica – tempo”.

Con ricorso in appello n. 8865/08 l’Ati ALFA ha impugnato la sentenza del Tar n. 2250/08, contestandone l’effettiva satisfattività per le proprie pretese e nell’ambito di quel giudizio l’Ati CRPA e l’Ati CCC hanno proposto autonomi ricorsi in appello incidentali.

Con tre ricorsi in appello (n. 8887/08, n. 9441/08 e n. 9442/08) l’Ati GAMMA ha impugnato le sentenze del Tar n. 2250/08, n. 2251/08 e n. 2252/08.

Con riferimento ai giudizi relativi a tali ultime due sentenze l’Ati CRPA, l’Ati CCC e l’Ati ALFA hanno proposto autonomi ricorsi in appello incidentali.

Nel giudizio n. 8887/08 anche l’Università degli studi di Bari ha proposto ricorso in appello incidentale.

Tutte le parti hanno prodotto ampie memorie e controdeducevano rispetto alle reciproche contestazioni, proposte in via principale e in via incidentale.

All’odierna udienza le cause sono state trattenute in decisione.

2. Preliminarmente deve essere disposta la riunione dei quattro giudizi, in quanto, benché proposti avverso tre distinte sentenze, attengono ad una unica procedura di gara con contestazioni “incrociate” e connesse.

Anzi l’Ati GAMMA ha contestato la mancata riunione dei ricorsi in primo grado e, al riguardo, si rileva che ciò non ha determinato alcuna lesione del contraddittorio e che ogni profilo relativo all’ordine di esame delle questioni può, come in realtà avvenuto, essere fatto valere in sede di appello, atteso l’effetto devolutivo dello stesso.

3. L'Ati GAMMA ha anche contestato l'ordine di esame dei ricorsi principali e incidentali, seguito dal Tar, rilevando come il giudice di primo grado abbia sempre esaminato per prime le contestazioni mosse avverso la partecipazione alla gara dell'Ati GAMMA, anche quando erano state formulate in via incidentale in relazione al ricorso principale presentato da altro raggruppamento (Ati CCC).

Tale profilo è stato ripreso anche dalle altre appellante, con riferimento alla necessità di esaminare prima i propri rispettivi motivi di ricorso.

La censura è priva di fondamento.

E' stato appena evidenziato come la decisione del Tar di non riunire i ricorsi sia legittima e non ha determinato alcuna violazione delle garanzie processuali.

L'ordine di esame dei ricorsi (principale e incidentale) e delle varie censure non può dipendere dalla scelta di procedere o meno alla riunione dei ricorsi, che – sotto questo profilo – deve risultare neutra.

Di conseguenza, avendo il Tar esaminato in via prioritaria le censure proposte dall'Ati ALFA avverso l'ammissione alla gara dell'Ati GAMMA, risulta irrilevante che tali censure siano state proposte in via principale (nel giudizio n. 340/08 Tar Puglia) o in via incidentale (negli altri giudizi).

Né una lesione del contraddittorio può derivare dal fatto che la censura era stata proposta in via incidentale anche nel giudizio promosso dall'ATI CCC e, quindi, non contro la ricorrente principale, in quanto anche in quel giudizio la contestazione, ritualmente notificata all'Ati GAMMA, assumeva carattere pregiudiziale rispetto alle altre questioni.

Del resto, l'ordine di esame dei ricorsi è stato stabilito dal Tar in modo conforme al principio, poi affermato dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato, secondo cui il giudice amministrativo si può ispirare alle esigenze di economia processuale per determinare l'ordine di trattazione del ricorso principale e di quello incidentale, giungendo a determinare una soccombenza

che di per sé comunque si produrrebbe (sia pure in base a una diversa *ratio decidendi*) anche invertendo l'ordine di trattazione delle questioni (e che, dunque, si basa su statuizioni rispettose del principio della parità delle parti). La fondatezza dei motivi del ricorso incidentale conduce all'improcedibilità del ricorso principale oppure l'infondatezza dei motivi di quello principale conduce all'improcedibilità del ricorso incidentale (Cons. Stato, Ad. Plen., 10 novembre 2008 n. 11).

Profilo diverso è costituito dalla verifica dell'effettiva sopravvenienza della carenza di interesse in ordine a tutte le censure proposte dalle controparti e tale aspetto, che ha costituito oggetto di motivi di appello, verrà successivamente esaminato con riferimento alle singole contestazioni.

Va anche chiarito che il Tar ha correttamente distinto la procedura di appalto – concorso che ha avuto esito negativo e la procedura negoziata in contestazione, rilevando – altrettanto correttamente – che tutti i “vizi” afferenti i progetti, già rilevati nella precedente procedura, che avevano determinato l'esclusione di tutti i partecipanti, non possono assumere più rilievo invalidante e restano assolutamente neutrali nella procedura in corso dal momento che è previsto espressamente l'obbligo di “adeguamento” mediante esplicita assunzione di impegno in tal senso da parte dei concorrenti.

4. In sede di appello assumono carattere pregiudiziale le censure proposte (in via incidentale) dall'ATI CRPA e dall'Università degli studi di Bari ed attinenti all'inammissibilità del ricorso di primo grado.

Sotto un primo profilo comune ad entrambe le citate appellanti incidentali, avrebbe errato il Tar nel respingere l'eccezione di inammissibilità del ricorso, poiché proposto contro l'aggiudicazione provvisoria e quindi contro un atto non conclusivo della procedura di gara.

Il motivo è infondato.

Il giudice di primo grado ha ritenuto l'immediata lesività (ed impugnabilità) del provvedimento del 28 dicembre 2007, qualificando lo stesso come aggiudicazione definitiva, in quanto idonea ad estromettere in modo irreversibile gli altri competitori dal confronto su un aspetto essenziale della gara, l'adeguamento del progetto alle prescrizioni, e a ridurre l'ipotesi del "ripescaggio" del secondo classificato ad una eventualità quanto mai remota.

Tale argomentazione deve essere condivisa, in quanto si era in presenza di una procedura negoziale, caratterizzata da profili di atipicità, derivanti dall'infruttuoso esito delle precedenti gare, in cui l'impugnato provvedimento di aggiudicazione assumeva in effetti la valenza (lesiva) di atto interruttivo del procedimento per le altre imprese.

Tuttavia, per escludere l'inammissibilità del ricorso di primo grado non serve neanche addentrarsi nella questione dell'esatta qualificazione dell'atto impugnato, tenuto conto che la prevalente giurisprudenza ritiene ammissibile l'impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria come facoltà, e non quindi onere, per i concorrenti di una procedura di gara, che possono anche optare per la diversa soluzione di impugnare la successiva aggiudicazione definitiva (cfr., fra tutte, Cons. Stato, IV, n. 6456/06; V, n. 484/07; VI, n. 7802/04; n. 588/08).

Di conseguenza, dalla eventuale qualificazione dell'atto impugnato come aggiudicazione provvisoria non deriva alcun effetto preclusivo in ordine alla sussistenza dell'interesse al ricorso, che è comunque ammissibile.

5. L'Ati CRPA ha contestato l'ammissibilità del ricorso di primo grado anche sotto l'ulteriore profilo della asserita carenza di interesse derivante dall'inutilità, tanto nella prospettiva demolitoria quanto in quella risarcitoria, di una pronuncia di annullamento che, rimuovendo l'aggiudicazione, determinerebbe la perdita del finanziamento regionale e il venir meno della gara.

Anche questa censura è priva di fondamento.

Pur senza dover approfondire la questione dell'effettiva perdita del finanziamento regionale e degli eventuali effetti derivanti sulla realizzabilità dell'intervento, è sufficiente osservare che si

tratta di elementi fattuali esterni alla procedura, che in alcun modo possono incidere, e tanto più limitare, l'esercizio della tutela giurisdizionale da parte dei concorrenti alle gare di appalto.

Come correttamente rilevato dal Tar, l'interesse pubblico a non perdere il finanziamento deve necessariamente considerarsi recessivo rispetto all'interesse pubblico al corretto svolgimento della gara; altrimenti, in ogni ipotesi di gara svolta a ridosso della scadenza di termini per il finanziamento dell'opera, l'esito della stessa risulterebbe non contestabile in sede giurisdizionale e ciò ovviamente non è compatibile con il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale.

6. Devono a questo punto essere esaminati i motivi, proposti nei tre ricorsi in appello principale dall'Ati GAMMA, partendo da quello inerente la statuizione del Tar di accoglimento del ricorso dell'Ati ALFA.

Il giudice di primo grado ha dapprima ritenuto l'ammissibilità delle contestazioni mosse dall'Ati ALFA (quarta classificata) relativa alla mancata esclusione dell'Ati GAMMA (terza classificata), rilevando che l'esclusione di una concorrente comporta, necessariamente, la riconsiderazione di tutti gli elementi delle singole offerte e il ricalcolo di tutte le medie con conseguente interesse a tale rinnovazione degli atti, sussistente anche a prescindere dall'originaria posizione in graduatoria.

Il Tar ha poi ritenuto fondato il motivo, con cui l'Ati ALFA ha contestato la mancata esclusione della costituenda A.T.I. GAMMA per una difformità afferente la documentazione contenuta nella busta "A" che andava aperta nella Fase 3 della gara.

In particolare, era avvenuto che al momento dell'apertura della busta "A" contenuta nel plico della costituenda A.T.I. GAMMA, la Commissione aveva verificato che la dichiarazione di cui al punto 2 pag. 3 della lettera di invito conteneva un unico importo pari a € 71.328.204,85 con riferimento sia alla durabilità dei materiali, sia agli anni di manutenzione gratuita; tale ultimo importo non consentiva alla commissione di attribuire alle imprese concorrenti il relativo punteggio, attraverso l'applicazione delle formule previste a pag. 46 e 47 del capitolato speciale prestazionale".

A fronte di tale rilievo la commissione aveva deciso di soprassedere e attendere l'apertura della busta "B" al fine di avvalersi del computo metrico estimativo (operazione che poi ha, in effetti, eseguito) per operare le distinzioni non effettuate dalla concorrente nell'apposita dichiarazione.

Il Tar ha ritenuto che tale operazione effettuata dalla Commissione non fosse legittima, in quanto la carente indicazione degli elementi nella busta A era sanzionata con l'esclusione dalla gara con clausola, che non lasciava alla Commissione alcuna possibilità di valutazione discrezionale circa la rilevanza dell'inadempimento o la possibilità di sanarlo avvalendosi di atti ulteriori.

L'Ati GAMMA contesta tale statuizione, sia sotto il profilo dell'assenza di interesse dell'Ati ALFA alla censura e del mancato esame delle contestazioni mosse dall'Ati GAMMA, sia nel merito evidenziando di essersi attenuta nel compilare la busta A alle previsioni contenute nella lettera di invito, che in alcun modo richiedeva di indicare separatamente i due elementi.

La sanzione dell'esclusione dalla gara non sarebbe inoltre riferita alla mancata indicazione dei due elementi, che invece andavano inseriti attraverso il solo risultato della formula matematica, senza rendere noti i risultati parziali dell'offerta.

La censura, proposta dall'appellante, è priva di fondamento.

Innanzitutto, nella gara in questione l'esclusione di un concorrente determinava la necessità di ricalcolare i punteggi attribuiti a tutte le imprese con conseguente interesse di queste ultime, a prescindere dalla posizione in graduatoria, di far valere il proprio interesse alla rinnovazione delle operazioni di gara.

Passando al merito della censura, si rileva che a pag. 3 della lettera di invito del 29 novembre 2007, al punto 2) riguardante il contenuto della busta "A", è specificato che: "Per quanto attiene la durabilità dei materiali e gli anni di manutenzione gratuita, offerti ai sensi del punto 1.5. dell'art. 8.2. del capitolato speciale prestazionale, dichiarazione indicante esclusivamente, a pena di esclusione, il risultato Σ impi x ti off evitando di rendere noti anche importi parziali dell'offerta".

La finalità di tale indicazione emergeva chiaramente dalla lettura dell'art. 8.2 del capitolato speciale, che – al punto 1.5 (sistema delle garanzie) – prevedeva un sistema di attribuzione dei punteggi distinto per l'elemento della “durabilità dei materiali” e per quello degli “anni di manutenzione gratuita”, fondato su precise formule matematiche.

E' pacifico che l'attribuzione dei punteggi per l'offerta tecnica relativi alla busta A dovesse precedere l'apertura della busta B e che la indicazione effettuata dall'Ati GAMMA non consentisse l'attribuzione del punteggio, tanto che la Commissione ha dovuto attendere l'apertura della busta B.

La clausola contenuta nella lettera di invito, letta unitamente al riportato punto del capitolato speciale, conduceva chiaramente a ritenere necessaria l'indicazione di dettaglio delle due voci in questione (due distinti importi), e non il risultato complessivo erroneamente espresso dall'Ati GAMMA.

Tale indicazione distinta consentiva l'attribuzione dei punteggi da effettuare sulla base della sola busta A e in alcun modo era idonea ad anticipare il contenuto dell'offerta economica; anzi, era la modalità di procedere al rinvio dell'attribuzione dei punteggi all'esito dell'apertura della busta B ad essere potenzialmente idonea a far conoscere il contenuto dell'offerta economica prima della completa attribuzione dei punteggi per l'offerta tecnica.

La clausola di esclusione era chiaramente diretta a colpire (con l'esclusione appunto) dichiarazioni assenti o difformi da quelle richieste, come nel caso dell'Ati GAMMA.

Deve, quindi, ritenersi che l'Ati GAMMA dovesse essere esclusa dalla gara a causa di tale erronea indicazione inserita nella busta A.

7. Essendo stata confermata la necessità dell'esclusione dell'Ati GAMMA dalla gara, quest'ultima non ha interesse a contestare le impugnate sentenze nella parte in cui, pur dichiarando improcedibili le censure proposte con motivi aggiunti dall'Ati ALFA, il Tar ne ha incidentalmente affermato la fondatezza.

Trattandosi di ulteriori profili di esclusione dell'Ati GAMMA, la questione non assume più rilievo e deve essere confermata l'improcedibilità della censura, già pronunciata dal Tar.

8. L'Ati GAMMA contesta anche il mancato esame del proprio ricorso incidentale con riferimento alle censure della violazione dell'art. 90, comma 5, del d.P.R. n. 554/99 e della violazione degli artt. 82 del D. Lgs. n. 163/2006 e dell'art. 90 del d. P.R. n. 554/99.

Anche tali censure sono infondate, in quanto :

- la dichiarazione prevista dall'art. 90, comma 5, del d.P.R. n. 554/99 non riguarda né la procedura negoziata (caratterizzata nel caso di specie dall'assenza di un progetto esecutivo), né il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa e non era comunque prevista dalla *lex specialis* della gara, non potendo quindi la sua asserita assenza condurre all'esclusione dei concorrenti;

- la violazione dell'asserito obbligo di includere nella busta B la lista delle lavorazioni, riferita peraltro alla sola terza classificata, non sussiste perché si tratta di onere non richiesto nella lettera di invito, con cui è stato chiesto di inserire nella busta B solo l'offerta economica, il cronoprogramma e il computo metrico estimativo, facendo salvi tutti gli adempimenti già svolti nella precedente e infruttuosa procedura.

9. Le considerazioni svolte in precedenza conducono a confermare la statuizione del Tar, relativa alla necessità di escludere l'Ati GAMMA e devono a questo punto essere esaminate le censure, proposte in appello dall'Ati ALFA e dell'Ati CCC con riguardo alla fase di gara da cui la Commissione doveva ripartire all'esito della pronuncia di annullamento.

Il giudice di primo grado nella parte motiva delle decisioni ha affermato che "le operazioni di gara sono illegittime e devono essere annullate nella parte in cui non si è proceduto all'esclusione dalla gara della costituenda A.T.I. GAMMA Nicola e Figlio s.r.l. subito dopo l'apertura della busta "A". Di qui consegue la necessità della ripetizione delle operazioni di gara con le restanti tre concorrenti a partire da questo stadio della procedura" e nella parte dispositiva ha poi disposto "la

rinnovazione delle operazioni concorsuali tra le concorrenti rimaste in gara, a partire dalla Fase 3 indicata nella lettera di invito del 29 novembre e successiva integrazione del 30 novembre 2007 e, precisamente, dall'esame del contenuto della busta B – offerta economica – tempo”;

Sia l'Ati ALFA che l'Ati CCC lamentano la contraddittorietà della pronuncia, con cui il Tar non ha esaminato le censure attinenti all'offerta tecnica, dichiarandole in parte inammissibili, perché attinenti a profili di discrezionalità tecnica e in parte improcedibili, perché attinenti a fase della gara da rinnovare.

L'Ati ALFA rileva che l'esame di tali censure poteva condurre ad una decisione pienamente soddisfattiva con l'aggiudicazione della gara in suo favore.

L'Ati CCC rappresenta che il Tar o esaminava nel merito le censure relative all'offerta tecnica, o in alternativa disponeva la ripetizione delle operazioni di gara comprese quelle relative all'attribuzione dei punteggi per l'offerta tecnica e non a partire dall'esame della busta B, come stabilito dal dispositivo.

Entrambe le censure di appello devono essere dichiarate improcedibili per sopravvenuto difetto di interesse, derivante da fatti successivi alla pubblicazione delle impugnate sentenze.

Infatti, in data 6 ottobre 2008 la Commissione giudicatrice si è riunita per dare esecuzione alle sentenze del Tar e non si è limitata a procedere alla rinnovazione delle operazioni di gara a partire dall'esame del contenuto della busta B – offerta economica – tempo, come disposto nel dispositivo delle sentenze, ma ha ritenuto “in ossequio ai principi di logica e ragionevolezza che devono caratterizzare un procedimento amministrativo anche se, come nel caso di specie, esperito in esecuzione di un provvedimento giurisdizionale ... di procedere alla rinnovazione della valutazione delle voci: parcheggio interrato; impianti; durabilità; anni di manutenzione; tempo offerto; offerta economica”; tale rinnovazione delle fasi di gara ha condotto nuovamente ad individuare l'Ati CRPA come aggiudicataria, benché sulla base di una riformulazione dei punteggi, derivante dall'esclusione di un concorrente.

In sostanza, la Commissione ha compreso che l'unica possibilità di dare ragionevole esecuzione alle sentenze del Tar era quella di rinnovare anche valutazione e attribuzione dei punteggi relativi all'offerta tecnica e ha così riattribuito tali punteggi, indicando anche gli elementi in base a cui tali punteggi venivano assegnati (numero dei parcheggi, kwh offerti, ecc.).

In questo modo le censure proposte dalle appellanti perdono di interesse, in quanto l'effetto conformativo, cui tali motivi tendono (rinnovazione delle operazioni di gara da un momento antecedente a quello stabilito dal Tar nel dispositivo) è già stato ottenuto in sede amministrativa per libera scelta dell'amministrazione, con la conseguenza che alcun ulteriore beneficio potrebbe derivare dall'accoglimento dei motivi.

Il fatto che nella riattribuzione dei punteggi non si sia tenuto conto di alcune contestazioni mosse dalle appellanti non toglie che, seppur ribadendo, alcuni giudizi, la Commissione abbia novato i precedenti atti con la rinnovazione della fase della gara.

Del resto, il successivo sviluppo della procedura conferma il dato dell'ormai avvenuta sostituzione della originaria valutazione dell'offerta tecnica.

Benché su stimolo di una ordinanza cautelare del Tar, la Commissione ha rivalutato nuovamente gli elementi dell'offerta tecnica, inerenti le energie alternative e i sistemi di garanzia, riconoscendo la sussistenza di precedenti errori di valutazione e riattribuendo il punteggio per tali voci con approvazione di una nuova graduatoria, in cui l'Ati ALFA è stata classificata al primo posto (verbale dell'11 febbraio 2009).

E' significativo rilevare che anche in questo caso l'obbligo derivante dalla ordinanza cautelare del Tar consisteva solamente nel dovere di esaminare la contestazione relativa alle suddette voci e che all'esito di tale riesame la Commissione ha autonomamente rilevato la sussistenza di errori e la necessità di riformulare la graduatoria della gara.

E' anche rilevante il fatto che la Commissione di gara, benché ormai consapevole del contenuto di tutte le altre censure inerenti l'attribuzione dei punteggi, abbia confermato in larga

parte il precedente giudizio, dimostrando implicitamente di non ravvisare elementi per condividere tali contestazioni.

10. Tali circostanze rendono evidente non solo la carenza di interesse delle censure, proposte dall'Ati ALFA e dall'Ati CCC, relative alle fasi di gara da rinnovare, ma determinano la sopravvenuta carenza di interesse di tutti i motivi proposti dalle diverse parti appellanti, inerenti la attribuzione dei punteggi.

Tali censure sono state riproposte in appello dall'Ati ALFA, dall'Ati CRPA e dall'Ati CCC ed attengono ad una valutazione da parte della Commissione ormai superata da ben due rinnovazioni delle operazioni.

Pur emergendo come il Tar abbia errato nel dichiarare inammissibili le censure proposte dall'Ati ALFA avverso gli atti di esercizio della c.d. discrezionalità tecnica, che invece non sfuggono ad un effettivo sindacato giurisdizionale, la carenza di interesse è manifesta proprio per l'Ati ALFA, che risulta ora come prima in graduatoria.

Anche volendo considerare che tale nuovo esito della procedura, comunicato formalmente ai concorrenti in data 18 febbraio 2009, non è stato ancora definitivamente approvato dal Cda dell'Università, è sufficiente rilevare che la sopravvenuta carenza di interesse all'esame delle originarie censure relative all'attribuzione dei punteggi, già derivava dalla rinnovazione delle operazioni, effettuata il 16 ottobre 2008 e approvata dal Cda dell'Università in data 28 ottobre 2008.

Né si può dire che si tratta di valutazioni effettuate con riserva dell'esito dei giudizi, in quanto almeno quella dell'ottobre del 2008 costituisce esecuzione di una statuizione del Tar, derivante dall'esclusione dell'Ati GAMMA, confermata definitivamente in questa sede.

Da ciò deriva che, ferma restando l'esclusione dell'Ati GAMMA, ogni contestazione relativa ai punteggi dovrà essere svolta in relazione ai nuovi provvedimenti adottati dall'Università, altrimenti sarebbe qui arduo l'esame di questioni, inerenti valutazioni ormai superate, di cui sarebbe

difficile comprendere la rilevanza ai fini d una graduatoria finale, che è ormai diversa da quella espressa all'esito delle valutazioni, che costituiscono l'oggetto del presente giudizio.

Devono, pertanto, essere dichiarate improcedibili tutte le censure, proposte (in via principale o incidentale) dall'Ati ALFA, dall'Ati CRPA e dall'Ati CCC, inerenti l'attribuzione dei punteggi.

11. In conclusione, devono essere respinti i ricorsi in appello principale proposti dall'ATI GAMMA; dichiarati improcedibili l'appello principale e gli appelli incidentali proposti dall'ATI ALFA; in parte respinti e in parte dichiarati improcedibili gli appelli incidentali proposti dal DELTA; dichiarati improcedibili gli appelli incidentali proposti dall'ATI C.C.C. e deve, infine, essere respinto l'appello incidentale proposto dall'Università degli studi di Bari.

L'esito sostanziale del giudizio è la conferma dell'esclusione dell'Ati GAMMA dalla procedura e della necessità di rinnovare (come già avvenuto) le operazioni di gara; la rinnovazione della gara è avvenuta (correttamente) a partire dalla valutazione dell'offerta tecnica e ciò ha determinato l'improcedibilità delle relative censure proposte in appello.

Esula dall'oggetto del presente giudizio la valutazione della rinnovata fase di attribuzione dei punteggi e di riformulazione della graduatoria, che ha condotto da ultimo alla proposta di aggiudicazione in favore dell'Ati ALFA.

Allo stato, questo è l'esito della gara, che può essere formalizzato dall'Università in esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali di merito e cautelari, ferma restando l'eventuale sopravvenienza di nuove e diverse pronuncie del giudice nell'ambito degli ulteriori giudizi, proposti in relazione a tale rinnovazione della gara.

12. Tenuto conto della complessità della controversia, ricorrono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese di entrambi i gradi del giudizio.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, previa riunione dei ricorsi indicati in epigrafe, respinge i ricorsi in appello principale proposti dall'ATI GAMMA;

dichiara improcedibili l'appello principale e gli appelli incidentali proposti dall'ATI ALFA;
in parte respinge e in parte dichiara improcedibili gli appelli incidentali proposti dal
DELTA;

dichiara improcedibili gli appelli incidentali proposti dall'ATI C.C.C.;
respinge l'appello incidentale proposto dall'Università degli studi di Bari.
Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, il 17-3-2009 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Sez.VI -,
riunito in Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Giuseppe Barbagallo	Presidente
Luciano Barra Caracciolo	Consigliere
Roberto Chieppa	Consigliere Est.
Roberto Garofoli	Consigliere
Roberto Giovagnoli	Consigliere

Presidente

Consigliere

Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
Il 19/06/2009
(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)
Il Direttore della Sezione
MARIA RITA OLIVA

CONSIGLIO DI STATO
In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addì.....copia conforme alla presente è stata trasmessa
al Ministero.....

a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria