

Legittimo il rinnovo integrale della procedura e non invece una nuova attribuzione dei punteggi tecnici all'offerta formulata dalla controinteressata

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Nei procedimenti di gara d'appalto come quello in esame in cui l'aggiudicazione non avvenga con criteri automatici ma sia l'esito di valutazioni tecnico-discrezionali, opera sempre il principio generale secondo cui l'esame degli elementi valutativi delle offerte tecniche deve essere effettuato prima dell'apertura delle offerte economiche, al fine di evitare che la conoscenza degli elementi economico-finanziari possa in qualche modo condizionare l'attribuzione dei punteggi relativi alla qualità tecnica dei progetti offerti.

In ogni caso, ciò che qui conta, la decisione emessa dal T.A.R. all'esito del giudizio di merito non è connotata da alcun margine di ambiguità e non poteva quindi essere portata correttamente ad esecuzione che attraverso il rinnovo integrale della procedura e non mediante una nuova attribuzione dei punteggi tecnici all'offerta formulata da CONTROINTERESSATA..

Nè infine rileva il fatto che la statuizione di cui sopra sia contenuta nelle motivazioni e non nel dispositivo, che alle motivazioni peraltro espressamente rinvia: infatti, al fine di conformarsi a una sentenza di annullamento e darle piena esecuzione, l'Amministrazione deve rispettare non soltanto il dispositivo della sentenza, ma anche la motivazione a monte dello stesso, che ne costituisce il necessario presupposto, in quanto essa è indispensabile per determinare il senso esatto del dispositivo.

in linea con la consolidata giurisprudenza, che se il giudice amministrativo ha sospeso in sede cautelare gli effetti di un provvedimento e l'Amministrazione si è adeguata con un atto consequenziale al contenuto dell'ordinanza cautelare, non è configurabile l'improcedibilità del ricorso originario per sopravvenuta

carezza d'interesse o la cessazione della materia del contendere atteso che l'adozione non spontanea dell'atto consequenziale d'esecuzione dell'ordinanza sospensiva non implica revoca del precedente provvedimento sospeso e ha una rilevanza provvisoria.

Quindi l'interesse ad agire del ricorrente non viene meno per il solo fatto che la Pubblica amministrazione intimata, a seguito della concessione di un provvedimento cautelare al ricorrente, abbia modificato l'atto impugnato in senso conforme alla domanda giudiziale, atteso che in questo caso l'efficacia del nuovo provvedimento è subordinata all'esito del giudizio di merito, in ragione della natura strumentale della misura cautelare diretta ad assicurare al ricorrente l'utilità cui ha diritto solo fino all'emanazione della sentenza.

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 56 del 19 gennaio 2011 pronunciata dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia-na

N. 56/11 Reg.Sent.

N. 137 Reg.Ric.

ANNO 2010

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in sede giurisdizionale ha pronunciato la
seguinte

S E N T E N Z A

sul ricorso in appello n. 137/2010 proposto da***

c o n t r o***

e nei confronti di***

per l'annullamento

della sentenza del T.A.R. per la Sicilia - Sezione staccata di Catania (sez. III) - n. 105 del 26 gennaio 2010.

Visto il ricorso di cui in epigrafe, notificato il 4 febbraio 2010 e depositato l'11 febbraio 2010;

Visto l'atto di costituzione e appello incidentale dell'Impresa appellata;

Visto l'appello incidentale dell'Amministrazione;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore il Consigliere *****;

Uditi alla pubblica udienza del 23 settembre 2010 l'avv. *****, su delega dell'avv. *****, per l'appellante, l'avv. ***** per l'impresa appellata e l'***** per la A.S.P. di Messina;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

F A T T O

Con deliberazione n. 1867 del 2008 la Azienda U.S.L. di Messina ha bandito una pubblica gara per l'affidamento - in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa - del servizio antincendio e di gestione dell'elisuperficie presso il presidio ospedaliero di Milazzo (lotto n. 1 dell'appalto).

Valutate le offerte tecniche ed economiche la Commissione di gara ha assegnato il migliore punteggio (82/100) ad Ricorrente in favore della quale è stata quindi disposta la aggiudicazione provvisoria.

La CONTROINTERESSATA. - seconda classificata con punti 81,52/100 - ha chiesto all'Amministrazione di

annullare in autotutela l'aggiudicazione, rilevando che la Commissione era incorsa in un errore materiale: infatti sommando correttamente i punteggi parziali, il totale assegnato al Gruppo risultava di 84,127.

L'Amministrazione ha però respinto l'istanza e confermato il punteggio di cui sopra, rilevando che per quanto riguarda CONTROINTERESSATA. l'errore non era stato compiuto in fase di somma dei punteggi parziali, bensì nell'attribuzione per errore materiale di 10 punti anziché come dovuto 7 per il sottocriterio relativo alla manutenzione.

La CONTROINTERESSATA. ha quindi impugnato gli atti di gara avanti al T.A.R. Catania il quale con la sentenza n. 815 del 2009 ha accolto il ricorso annullando gli atti impugnati.

Pertanto con deliberazione n. 1973 del 2009 l'Azienda ha annullato l'intera procedura, riservandosi di indire una nuova gara.

Avverso questa deliberazione la CONTROINTERESSATA. ha proposto un ricorso per l'ottemperanza accolto dal T.A.R. con la sentenza in epigrafe indicata, nella quale si statuisce che la corretta esecuzione della sentenza di cognizione comportava il rinnovo della sola fase inerente l'attribuzione dei punteggi alla offerta già presentata dalla Ditta partecipante.

La sentenza è stata impugnata in via principale dalla Ricorrente, la quale ne ha chiesto l'integrale riforma previa sospensione dell'esecutività ai sensi dell'art. 33 della legge n. 1034 del 1971.

A sostegno dell'impugnazione la appellante ha dedotto un motivo d'appello, volto a dimostrare la necessità dell'integrale rinnovo della procedura.

La sentenza è stata poi impugnata in via incidentale anche dalla soccombente Amministrazione, la quale ne ha chiesto l'integrale riforma sulla base di considerazioni analoghe a quelle svolte nell'appello principale.

Ha spiegato appello incidentale anche la ricorrente vittoriosa in primo grado, rilevando che il T.A.R. avrebbe dovuto dichiarare cessata la materia del contendere (o improcedibile il ricorso di essa CONTROINTERESSATA.) in quanto nelle more del giudizio l'Amministrazione aveva aggiudicato in via definitiva l'appalto proprio alla CONTROINTERESSATA..

Con ordinanza n. 395 del 2010 questo Consiglio ha accolto l'istanza cautelare sospendendo l'esecutività della sentenza gravata.

Le parti hanno presentato memorie, insistendo nelle già rappresentate conclusioni.

All'udienza del 23 settembre 2010 l'appello è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

L'appello principale di Ricorrente e quello incidentale dell'Amministrazione sanitaria sono fondati e vanno perciò accolti, mentre l'appello incidentale della CONTROINTERESSATA. non è fondato e va respinto.

Per esigenze logiche va esaminato in via prioritaria l'appello incidentale mediante il quale CONTROINTERESSATA. rileva che l'Amministrazione sanitaria - prima della pubblicazione della sentenza di ottemperanza - aveva già disposto in suo favore l'aggiudicazione definitiva: trattandosi di

provvedimento adottato all'esito di una nuova istruttoria e non impugnato dalla controinteressata, esso ha determinato secondo CONTROINTERESSATA. la cessazione della materia del contendere già in primo grado e per conseguenza l'improcedibilità degli appelli ex adverso proposti.

L'appello incidentale non è fondato e l'eccezione va pertanto disattesa. Come chiarito nelle premesse, a seguito della sentenza n. 815 del 2009 resa dal T.A.R. Catania nel giudizio di cognizione l'Azienda ha annullato l'intera gara con deliberazione n. 1973 del 2009.

Avverso questo provvedimento CONTROINTERESSATA. ha proposto al T.A.R. il ricorso per ottemperanza R.G. n. 2009 del 2009, chiedendone in via incidentale la sospensione.

L'istanza cautelare è stata accolta dal T.A.R. con l'ordinanza n. 1284 del 2009, nella quale si rileva che dalla sentenza n. 815 derivava per l'Amministrazione solo l'obbligo di rideterminare il punteggio tecnico assegnato alla CONTROINTERESSATA. e non quello di rinnovare la gara.

A seguito di questa ordinanza l'Amministrazione con delibera n. 1 del 2010 ha rideterminato il punteggio di CONTROINTERESSATA. e le ha aggiudicato il lotto n. 1 dell'appalto.

Al riguardo osserva il Collegio, in linea con la consolidata giurisprudenza, che se il giudice amministrativo ha sospeso in sede cautelare gli effetti di un provvedimento e l'Amministrazione si è adeguata con un atto consequenziale al contenuto dell'ordinanza cautelare, non è configurabile l'improcedibilità del ricorso originario per sopravvenuta carenza d'interesse o la cessazione della materia del contendere atteso che l'adozione non spontanea dell'atto consequenziale d'esecuzione dell'ordinanza sospensiva non implica revoca del precedente provvedimento sospeso e ha una rilevanza provvisoria.

Quindi l'interesse ad agire del ricorrente non viene meno per il solo fatto che la Pubblica amministrazione

intimata, a seguito della concessione di un provvedimento cautelare al ricorrente, abbia modificato l'atto impugnato in senso conforme alla domanda giudiziale, atteso che in questo caso l'efficacia del nuovo provvedimento è subordinata all'esito del giudizio di merito, in ragione della natura strumentale della misura cautelare diretta ad assicurare al ricorrente l'utilità cui ha diritto solo fino all'emanazione della sentenza.

Ciò premesso, la deliberazione n. 1 del 2010, come risulta evidente dalle sue premesse nonché dal dispositivo, è stata adottata per esigenze doverosamente esecutive (cfr. art. 21 comma settimo legge n. 1034/1971) del comando cautelare e con riserva di revisione all'esito della sentenza definitiva.

Non si tratta quindi, come sostenuto da CONTROINTERESSATA., di un atto di autotutela col quale l'Amministrazione ha revocato autonomamente la propria precedente delibera senza attendere l'esito del giudizio ma di un provvedimento a portata interinale di per sé insuscettibile di pregiudicare l'esito della controversia e che quindi non necessitava di autonoma impugnazione.

L'appello incidentale della CONTROINTERESSATA. va quindi respinto.

Sono invece fondati, come si è anticipato, i motivi d'appello mediante i quali la Ricorrente e l'Azienda Sanitaria Provinciale di Messina deducono che le misure esecutive individuate dalla sentenza qui gravata eccedono il contenuto decisorio della sentenza di cognizione.

Questa, come ricordato in narrativa, ha annullato gli atti impugnati da CONTROINTERESSATA. facendo espressamente salvi in motivazione "gli ulteriori provvedimenti della Amministrazione tesi al rifacimento dell'in-tera procedura di gara".

In fatto, la decisione del T.A.R. si rapporta adeguatamente all'evolversi del procedimento sostanziale.

Questo aveva già registrato una prima e non soddisfacente revisione da parte dell'Amministrazione del punteggio originariamente assegnato a CONTROINTERESSATA., ed è questo punteggio "rivisto" che la sentenza di cognizione ha in primis annullato: di talchè l'ordine di una rinnovazione parziale avrebbe comportato abbastanza irragionevolmente l'adozione di un terzo giudizio da parte della Commissione sul medesimo oggetto.

In diritto, quella statuizione costituisce portato del criterio giurisprudenziale assolutamente maggioritario che fa prevalere - nella rinnovazione delle procedure di gara a seguito di annullamento giurisdizionale della pregressa aggiudicazione - il principio di segretezza su quello di conservazione degli atti (utile per inutile ...) di cui all'art. 159 cod. proc. civ..

Infatti, nei procedimenti di gara d'appalto come quello in esame in cui l'aggiudicazione non avvenga con criteri automatici ma sia l'esito di valutazioni tecnico-discrezionali, opera sempre il principio generale secondo cui l'esame degli elementi valutativi delle offerte tecniche deve essere effettuato prima dell'apertura delle offerte economiche, al fine di evitare che la conoscenza degli elementi economico-finanziari possa in qualche modo condizionare l'attribuzione dei punteggi relativi alla qualità tecnica dei progetti offerti.

In ogni caso, ciò che qui conta, la decisione emessa dal T.A.R. all'esito del giudizio di merito non è connotata da alcun margine di ambiguità e non poteva quindi essere portata correttamente ad esecuzione che attraverso il rinnovo integrale della procedura e non mediante una nuova attribuzione dei punteggi tecnici all'offerta formulata da CONTROINTERESSATA..

Nè infine rileva il fatto che la statuizione di cui sopra sia contenuta nelle motivazioni e non nel dispositivo, che alle motivazioni peraltro espressamente rinvia: infatti, al fine di conformarsi a una sentenza di annullamento e darle piena esecuzione, l'Amministrazione deve rispettare non soltanto il dispositivo della sentenza, ma anche la motivazione a monte dello stesso, che ne costituisce il necessario presupposto, in quanto essa è indispensabile per determinare il senso esatto del dispositivo.

In conclusione l'appello di Ricorrente e quello incidentale dell'Azienda vanno accolti.

Ritiene altresì il Collegio che ogni altro motivo od eccezione di rito e di merito possa essere assorbito in quanto ininfluenza ed irrilevante ai fini della presente decisione.

Le spese del giudizio possono essere compensate, avuto riguardo alla peculiarità della vicenda amministrativa.

P. Q. M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando, accoglie l'appello principale di Ricorrente s.r.l e l'appello incidentale della A.S.P. di Messina, riforma integralmente la sentenza impugnata e respinge il ricorso introduttivo.

Respinge l'appello incidentale di CONTROINTERESSATA. Controinteressata.

Compensa tra le parti spese e onorari del giudizio.

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

Così deciso in Palermo il 23 settembre 2010 dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in sede giurisdizionale, in camera di consiglio, con l'intervento dei signori: *****
Presidente, *****
estensore, *****

componenti.

F.to *****
*****, Presidente

F.to *****
*****, Estensore

Depositata in Segreteria

il 19 gennaio 2011

<https://www.diritto.it/legittimo-il-rinnovo-integrale-della-procedura-e-non-invece-una-nuova-attribuzione-d-ei-punteggi-tecnici-all-offerta-formulata-dalla-controinteressata/>