

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 25/02/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29073-viene-pertanto-in-rilievo-la-questione-riguardante-la-caducazione-incidenter-tantum-del-contratto-posta-con-gli-ultimi-motivi-degli-appelli-principali>

Autore: Lazzini Sonia

**Viene pertanto in rilievo la questione riguardante la
“caducazione” incidenter tantum del contratto, posta con
gli ultimi motivi degli appelli principali**

C.St. 19.05.2009 n. 3070

Viene pertanto in rilievo la questione riguardante la “caducazione” incidenter tantum del contratto, posta con gli ultimi motivi degli appelli principali.

(Con il recepimento nell’ordinamento giuridico italiano della cd direttiva ricorsi, non sarà più così...il giudice amministrativo diventa “giudice unico”)

sussiste la giurisdizione civile sulla domanda volta ad accertare, con efficacia di giudicato, l’inefficacia del contratto la cui aggiudicazione sia stata annullata dal giudice amministrativo, con conseguente estraneità alla cognizione del giudice amministrativo della domanda di reintegrazione in forma specifica

(poiche’ il contratto non potrà’ piu’ essere stipulato in presenza di un ricorso, non potrà’ nemmeno piu’ succedere che...)

Esclusa per quanto innanzi la reintegrazione in forma specifica, va altresì esclusa la forma per equivalente, non essendo contestato in questa sede l’assunto del TAR secondo cui potrebbe essere risarcita solo la perdita di chance, tuttavia “allegata in termini assolutamente generici”

Sul capo della pronuncia circa la “caducazione” del contratto stipulato.

Il TAR ha accolto la domanda di annullamento del contratto accertandone incidenter tantum la caducazione, ma nella specie detta pronuncia incidentale esorbita dai limiti del sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo poiché finisce per riguardare direttamente la domanda, superando i limiti della risoluzione di una questione incidentale ed investendo un profilo autonomo, meritevole di pronuncia in via principale, nonché producendo propri e relevantissimi effetti giuridici e materiali.

In data 23 giugno 2008 la Controinteressato S.p.A. si è costituita in giudizio, poi con atto notificato i giorni 14, 18, 21 e 28 luglio 2008, depositato il 21 e 19 luglio 2008, ha svolto controdeduzioni ed argomentazioni a sostegno delle riproposte domande avanzate in primo grado, a valere anche come appello incidentale.

Infine, con memorie del 12 e 13 febbraio 2009 le parti hanno insistito nelle rispettive tesi e pretese.

II.- Con atto notificato il 19 ed il 20 giugno 2008 e depositato il 1° luglio seguente anche il Comune di Magenta ha appellato la stessa sentenza ed ha svolto, al riguardo, argomenti sui seguenti punti:

1.- Sull’infondatezza, illogicità, erroneità e difetto di motivazione della sentenza del TAR Lombardia – Milano, n. 1370/2008.

1.1.- (...)

1.4.- Sulla domanda di annullamento del contratto.

Anche in questo giudizio l’Controinteressato S.p.A. si è costituita in data 4 luglio 2008 e con atto notificato i giorni 18, 21 e 28 luglio 2008, depositato il 21 luglio 2008, ha svolto controdeduzioni a valere anche come appello incidentale pure con riguardo ai motivi del proprio gravame assorbiti dal TAR.

Con atto inviato per le notifiche il 16 luglio 2008 e depositato il 17 luglio 2008 la Ricorrente Ristorazione si è costituita in giudizio ed ha proposto appello incidentale, trascrivendo il proprio appello principale.

Con memorie del 12, 13 e 14 febbraio 2009 le parti hanno insistito nelle rispettive tesi e pretese.

III.- All’odierna udienza pubblica entrambi gli appelli sono stati posti in decisione.

Qual è il parere dell’adito giudice amministrativo di appello del Consiglio di Stato?

Detti motivi sono fondati e, di contro, è infondata la tesi dell’appellante incidentale Controinteressato, secondo cui il TAR avrebbe dovuto esaminare in via diretta la stessa questione, né sussistono gli estremi per la rimessione della questione alla Corte di giustizia europea per violazione del principio di

effettività della tutela. A tal proposito è agevole ricordare che con la recente decisione 30 luglio 2008 n. 9 l'Adunanza plenaria - in linea con l'orientamento espresso e ribadito dalle Sezioni unite della Corte di cassazione (cfr. sent. 28 dicembre 2007 n. 27169) ed alle cui ampie argomentazioni può farsi rinvio - ha affermato, in estrema sintesi, che sussiste la giurisdizione civile sulla domanda volta ad accertare, con efficacia di giudicato, l'inefficacia del contratto la cui aggiudicazione sia stata annullata dal giudice amministrativo, con conseguente estraneità alla cognizione del giudice amministrativo della domanda di reintegrazione in forma specifica; e, tenuto conto che la sentenza di annullamento dell'aggiudicazione determina in capo all'amministrazione soccombente l'obbligo di conformarsi alle relative statuizioni e di orientare conseguentemente la sua ulteriore azione, qualora la stessa amministrazione non si conformi puntualmente ai principi contenuti nella sentenza, oppure non constati le conseguenze giuridiche che da essa discendono o, ancora, nel caso di successiva sua inerzia, l'interessato potrà instaurare il giudizio di ottemperanza, solo nel quale il giudice amministrativo, nell'esercizio della sua giurisdizione di merito, ben potrà sindacare in modo pieno, completo e soddisfacente per il ricorrente l'attività posta in essere dall'amministrazione o il suo comportamento omissivo, adottando tutte le misure (direttamente o per il tramite di un commissario) necessarie ed opportune per dare esatta ed integrale esecuzione alla sentenza e per consentire una corretta riedizione del potere amministrativo. Tanto perché il giudice amministrativo può realizzare il contenuto conformativo della sentenza, di per sé riferibile alla fase pubblicistica successiva all'annullamento, ed emanare tutti i provvedimenti idonei ad assicurare al ricorrente vittorioso il bene della vita effettivamente perseguito attraverso il giudizio di legittimità, reintegrandolo pienamente nella situazione concreta che avrebbe dovuto già conseguire qualora l'amministrazione non avesse adottato l'atto di aggiudicazione illegittimo.

D'altro canto, come già evidenziato dalla Sezione in sede cautelare, nel caso in trattazione non vi era spazio per un pronuncia ai sensi dell'art. 8, co. 1, della legge 6 dicembre 1971 n. 1034 - pronuncia peraltro senza efficacia di giudicato, perciò insuscettibile di esecuzione in via di ottemperanza, e con effetti limitati alla controversia principale -, trattandosi di questione principale esulante dalla sfera di cognizione del giudice amministrativo.

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 3070 del 19 maggio 2009, emessa dal Consiglio di Stato



REPUBBLICA ITALIANA

N. 3070/09 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 4882 e 5398 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, (Quinta Sezione)

ANNO 2008

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sui ricorsi in appello:

n. 4882/08 Reg. Gen., proposto da RICCORRENTE RISTORAZIONE s.r.l., in

persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Giustino Ciampoli, Francesco Bellocchio e Diego Vaiano, elettivamente domiciliata presso l'ultimo in Roma, Lungotevere Marzio n. 3;

CONTRO

CONTROINTERESSATO S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'Avv. Maurizio Zoppolato ed elettivamente domiciliata presso il medesimo in Roma, via del Mascherino n. 72;

E NEI CONFRONTI

del COMUNE di MAGENTA, in persona del Sindaco in carica, non costituito in giudizio;

n. 5398/08 Reg. Gen., proposto dal COMUNE di MAGENTA, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli Avv.ti Guido Bardelli e Andrea Manzi, elettivamente domiciliato presso il secondo in Roma, via Confalonieri n. 5;

CONTRO

CONTROINTERESSATO S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'Avv. Maurizio Zoppolato ed elettivamente domiciliata presso il medesimo in Roma, via del Mascherino n. 72;

E NEI CONFRONTI

di RICORRENTE RISTORAZIONE s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Giustino Ciampoli, Francesco Bellocchio e Diego Vaiano, elettivamente domiciliata presso l'ultimo in Roma, Lungotevere Marzio n. 3;

entrambi per la riforma

della sentenza 8 maggio 2008 n. 1370 del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sede di Milano, sezione prima, resa tra le parti.

Visti i ricorsi principali con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti suindicate;

Visti i ricorsi incidentali di Controinteressato S.p.A. e di Ricorrente Ristorazione s.r.l.;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 20 febbraio 2009, relatore il consigliere Angelica Dell'Utri Costagliola, uditi per le parti gli Avv.ti Resta, su delega dell'Avv. Vaiano, Manzi e Caputo, quest'ultimo su delega dell'Avv. Zoppolato;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

F A T T O

I.- Con atto inviato per le notifiche il 13 giugno 2008 e depositato il 16 seguente la Ricorrente Ristorazione s.r.l., aggiudicataria della gara col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa indetta dal Comune di Magenta per l'affidamento per nove anni della "gestione del servizio di ristorazione per gli asili nido e le scuole d'infanzia, scuole primarie, scuole secondarie di primo grado e servizio agli anziani", ha appellato la sentenza 8 maggio 2008 n. 1370 del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sede di Milano, sezione prima, con la quale l'aggiudicazione, i sottostanti verbali ed il disciplinare (nella parte relativa al monte ore) sono stati annullati in accoglimento del ricorso proposto da Controinteressato S.p.A., classificata al secondo posto della graduatoria di gara.

Premesso di aver interesse solo secondario alla riforma della pronuncia con riguardo all'accoglimento del primo motivo di gravame, concernente l'omessa verifica dell'anomalia dell'offerta che, una volta eseguita, potrebbe avere esito favorevole, a sostegno dell'appello ha dedotto:

1.- Erroneità e contraddittorietà della sentenza, apoditticità e carenza della motivazione; omessa pronuncia.

Il TAR, nell'accogliere il secondo motivo, concernente le modalità di attribuzione del punteggio per l'elemento B.2 dell'offerta tecnica "monte ore del personale per la durata del contratto", e pur riconoscendo in linea di principio legittima la scelta di escludere il criterio di attribuzione del punteggio massimo al concorrente che avesse offerto il monte ore più alto, ha ritenuto illegittimo quello adottato dall'Amministrazione (punteggio massimo al concorrente che offra un numero di ore più vicino al valore medio) perché non legato a parametri oggettivi e prevedibili, tali da permettere ai concorrenti di determinarsi nelle loro offerte in modo consapevole e ponderato. Non ha però chiarito come abbia riscontrato tale carenza di oggettività e prevedibilità. Di contro, le offerte, attestatesi tutte intorno al valore medio, comprovano la preventivabilità del dato medio e l'efficacia e logicità di siffatto parametro, il quale intendeva premiare l'offerta di un monte ore più coerente, nella prospettiva di un uso ottimale del personale ai fini della maggior efficienza del servizio e del consequenziale aumento delle risorse destinate alla qualità delle derrate.

Peraltro, come eccepito in primo grado la censura era inammissibile perché relativa a valutazioni dell'amministrazione sottratte al sindacato giurisdizionale, salvo che per manifesta illogicità o contraddittorietà (vizi nella specie insussistenti, tanto che in sentenza non se ne fa menzione anzi si afferma – come detto - che la scelta è in linea di principio legittima), tardiva, avendo la ricorrente deciso di competere senza riserve ed accettando le regole di gara, ed inammissibile per carenza di interesse (sul punto, la sentenza omette ogni pronuncia), giacché anche applicando il parametro propugnato dalla Controinteressato l'esito della gara non muterebbe.

2.- Erroneità e contraddittorietà della sentenza; carenza di motivazione.

Circa il motivo concernente l'elemento qualitativo B.1 "coerenza generale dell'organizzazione del servizio per le attività richieste dal CSO", il TAR ha ritenuto mancante nel disciplinare un'adeguata indicazione dei criteri di valutazione ed illegittima l'attribuzione del punteggio (massimo) all'appellante perché immotivata. Circa il primo punto, non si spiega perché il sottocriterio non fosse sufficiente a guidare la Commissione, nonostante che il disciplinare indicasse le modalità di attribuzione del relativo punteggio (dalle quali è possibile risalire all'*iter* logico seguito dalla commissione), e nel contempo si dà atto della difficoltà di predeterminare criteri in relazione ad un fattore esprimente, nella sostanza, il gradimento dell'amministrazione. Peraltro, la censura era, oltre che infondata, inammissibile per omessa indicazione di indici sintomatici di eccesso di potere che giustificassero l'interesse ad agire della ricorrente, l'intervento giurisdizionale nell'ambito discrezionale delle scelte della stazione appaltante e la soltanto presunta assenza di logicità e motivazione dell'assegnazione del punteggio all'appellante.

3.- Erroneità e contraddittorietà della sentenza e difetto dei presupposti di fatto e di diritto.

In ordine al primo motivo, il TAR ha ritenuto la sussistenza dell'obbligo di verificare l'anomalia dell'offerta ai sensi dell'art. 86, co. 2, del d.lgs. n. 163 del 2006 in quanto, ancorché tale norma sia inapplicabile alle gare riguardanti appalti di servizi, dal rinvio dell'art. 6 del disciplinare alle norme in materia di giustificazioni preventive sarebbe ragionevole inferire la volontà dell'amministrazione di assoggettarsi alla disciplina sull'anomalia nel suo complesso. In tal modo si travisa la portata delle norme espressamente richiamate dal disciplinare, riguardanti esclusivamente l'allegazione di giustificazioni (sicché in tal senso era la volontà

dell'amministrazione) e non anche la determinazione dei criteri per l'individuazione delle offerte anormalmente basse. Né è corretto il riferimento fatto in sentenza agli artt. 1367 e 1368 c.c., poiché non vi era alcuna clausola dubbia, dunque non vi era necessità di ricostruire ulteriori ed inespressi significati attraverso indagini ermeneutiche ed integrative.

4.- Sui motivi di ricorso assorbiti dalla sentenza impugnata.

I restanti due motivi, secondo i quali la commissione avrebbe stabilito sottocriteri dopo l'apertura delle offerte (quarto motivo) ed in violazione dei criteri fissati dal disciplinare (quinto motivo), sono infondati ed erronei. Anche i sottocriteri erano dettagliatamente indicati nel disciplinare e la commissione si è limitata a semplici annotazioni relative all'*iter* logico valutativo seguito nell'attribuzione dei punteggi per taluni elementi, puntualmente aderenti ai criteri predetti. Peraltro, si tratta di contestazioni di merito su scelte valutative, perciò inammissibili anche per carenza di interesse.

5.- Sul capo della pronuncia circa la "caducazione" del contratto stipulato.

Il TAR ha accolto la domanda di annullamento del contratto accertandone *incidenter tantum* la caducazione, ma nella specie detta pronuncia incidentale esorbita dai limiti del sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo poiché finisce per riguardare direttamente la domanda, superando i limiti della risoluzione di una questione incidentale ed investendo un profilo autonomo, meritevole di pronuncia in via principale, nonché producendo propri e relevantissimi effetti giuridici e materiali.

In data 23 giugno 2008 la Controinteressato S.p.A. si è costituita in giudizio, poi con atto notificato i giorni 14, 18, 21 e 28 luglio 2008, depositato il 21 e 19 luglio 1008, ha svolto controdeduzioni ed argomentazioni a sostegno delle riproposte domande avanzate in primo grado, a valere anche come appello incidentale.

Infine, con memorie del 12 e 13 febbraio 2009 le parti hanno insistito nelle rispettive tesi e pretese.

II.- Con atto notificato il 19 ed il 20 giugno 2008 e depositato il 1° luglio seguente anche il Comune di Magenta ha appellato la stessa sentenza ed ha svolto, al riguardo, argomenti sui seguenti punti:

1.- Sull'infondatezza, illogicità, erroneità e difetto di motivazione della sentenza del TAR Lombardia – Milano, n. 1370/2008.

1.1.- Sulla verifica dell'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria.

1.2.- Sull'attribuzione del punteggio relativamente alla voce B.2 dell'offerta tecnica.

1.3.- Sull'omessa specificazione dei criteri di valutazione dell'offerta con riferimento alla voce B.1.

1.4.- Sulla domanda di annullamento del contratto.

Anche in questo giudizio l'Controinteressato S.p.A. si è costituita in data 4 luglio 2008 e con atto notificato i giorni 18, 21 e 28 luglio 2008, depositato il 21 luglio 2008, ha svolto controdeduzioni a valere anche come appello incidentale pure con riguardo ai motivi del proprio gravame assorbiti dal TAR.

Con atto inviato per le notifiche il 16 luglio 2008 e depositato il 17 luglio 2008 la Ricorrente Ristorazione si è costituita in giudizio ed ha proposto appello incidentale, trascrivendo il proprio appello principale.

Con memorie del 12, 13 e 14 febbraio 2009 le parti hanno insistito nelle rispettive tesi e pretese.

III.- All'odierna udienza pubblica entrambi gli appelli sono stati posti in decisione.

DIRITTO

1.- Gli appelli riassunti nella narrativa che precede riguardano la stessa sentenza, sicché devono essere riuniti per essere decisi contestualmente.

2.- Si discute della gara, da aggiudicare col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, indetta dal Comune di Magenta per l'affidamento per nove anni della "gestione del servizio di ristorazione per gli asili nido e le scuole d'infanzia, scuole primarie, scuole secondarie di primo grado e servizio agli anziani". Il relativo disciplinare dispone, per quanto qui rileva, nelle premesse che la procedura sarà esperita "con le modalità di cui al D.Lgs. 163/2006 (relativamente ai servizi previsti nell'allegato IIB e per gli articoli espressamente richiamati nel presente disciplinare); al punto 6 (Busta C) che "l'offerta economica deve essere corredata, ai sensi dell'art. 86 comma 5 e dell'art. 87 comma 2 del D.lgs. 163/2006 (Codice degli Appalti) da una relazione contenente le giustificazioni a supporto dell'offerta economica presentata"; ed al punto 7 (Criterio di aggiudicazione) che i 50 punti riservati agli elementi qualitativi sia ripartiti come segue:

B.1.- Coerenza generale dell'organizzazione del servizio per le attività richieste dal CSO: punti 20;

B.2.- Monte ore del personale per tutta la durata del contratto: punti 5;

B.3.- Organizzazione del servizio durante le fasi di ristrutturazione: punti 5;

B.4.- Quantità e varietà di prodotti a marchio Parco del Ticino: punti 5;

B.5.- ...;

B.8.- Varianti: punti 6.

In quest'ultimo punto 7 è inoltre precisato che per l'elemento B.1 "il punteggio verrà assegnato in base alla chiarezza, la puntualità, l'accuratezza e la coerenza complessiva dell'offerta in relazione all'organizzazione complessiva del servizio per le attività richieste dal CSO"; per l'elemento B.2 "il punteggio (...), nel caso vi siano almeno tre offerte, verrà determinato applicando la seguente formula: $X = \text{punteggio max assegnato al monte ore} \times (1 - |\text{Valore medio} - \text{Valore offerta in esame}| / \text{Valore$

medio); per l'elemento B.3 "sarà valutata la funzionalità del servizio durante le fasi di ristrutturazione; per l'elemento B.4 "sarà valutata la varietà dei prodotti, il periodo e la frequenza di somministrazione. Il punteggio sarà assegnato in maniera direttamente proporzionale"; per l'elemento B.5 "sarà valutato l'organicità del Piano e il minor tempo di percorrenza dal Centro Cottura ai rispettivi plessi scolastici".

Infine, al punto 10 (Fasi della procedura di affidamento), n. 5, è stabilito che "il Presidente, sulla base del punteggio totale conseguito, proporrà aggiudicataria la Ditta che avrà ottenuto il punteggio globale più alto lasciando impregiudicata la possibilità dell'esame della congruità del prezzo stesso", precisandosi che "il verbale col quale viene individuata la ditta aggiudicataria equivale ad aggiudicazione provvisoria".

La gara, a cui hanno partecipato cinque concorrenti, è stata aggiudicata in favore della Ricorrente Ristorazione s.r.l., prima in graduatoria con punti 90,95 (di cui 46,61 per gli elementi qualitativi); al secondo posto si è classificata la Controinteressato S.p.A. con punti 89,394 (di cui 39,55 per gli elementi qualitativi).

3.- Avverso l'aggiudicazione definitiva quest'ultima ha proposto ricorso, articolato in cinque motivi. Con la sentenza appellata sono stati accolti il primo motivo, concernente l'omessa verifica dell'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria (in quanto tale verifica era richiesta tanto dal disciplinare che dall'art. 86 del D.Lgs. n. 163 del 2006, ivi più volte richiamato, nonché preannunciata dalla commissione), il secondo motivo, con cui si censurava la prefissata modalità di valutazione dell'elemento B.2 (in quanto distorsiva della concorrenza, irragionevole ed illogica), ed il terzo motivo con cui si deduceva l'omessa predeterminazione da parte della commissione dei "criteri motivazionali" (come invece sarebbe prescritto dall'art. 83 del menzionato decreto legislativo), specie con riguardo all'elemento B.1, nonché la

conseguente impossibilità di ricostruire l'*iter* logico del punteggio numerico assegnato.

Assorbiti i restanti motivi quarto e quinto, il TAR ha così annullato gli atti di gara, compreso il disciplinare nella parte relativa al monte ore, nonché ha accertato *incidenter tantum* la caducazione del contratto, chiamando l'Amministrazione a "dare seguito alle conseguenti doverose statuizioni", mentre ha respinto la domanda risarcitoria avanzata dalla ricorrente.

4.- Ciò posto, la Sezione ritiene che, come dedotto dalla Ricorrente dal Comune di Magenta con i motivi primo e, rispettivamente, secondo della prima parte (in narrativa sub 1.2) degli appelli principali, la pronuncia sia errata con riguardo al capo in cui è stato annullato *in parte qua* il disciplinare (secondo motivo del ricorso di primo grado).

In particolare il TAR, respinta l'eccezione di inammissibilità della censura per insindacabilità della scelta amministrativa e per tardiva impugnazione della clausola, ha osservato che, nel prevedere l'anzidetta formula, il disciplinare premi con un punteggio maggiore non chi offre maggior numero di ore (così garantendo maggiormente l'efficiente espletamento del servizio), ma chi più si avvicina al valore medio calcolato mediante la combinazione casuale delle offerte dei vari concorrenti, ossia non ancorato a parametri obiettivi e facilmente controllabili, nonché preventivabili al fine di consentire la formulazione di offerte consapevoli e ponderate; sicché, pur giudicando in sé legittima l'adozione di un criterio alternativo all'attribuzione del punteggio massimo al monte ore più alto, nel sistema – definito non oggettivo - utilizzato ha ravvisato irragionevolezza e distorsione della concorrenza. Inoltre, pur dando atto che il concorrente il quale offra un numero di ore sproporzionato in eccesso potrebbe essere in mala fede, ha ritenuto tale inconveniente

ovviabile in via preventiva, con l'istituto della verifica dell'anomalia, e successiva, con il controllo del personale effettivamente utilizzato ed i rimedi civilistici per l'inadempimento contrattuale.

A ciò va opposto che la scelta discrezionale della stazione appaltante di premiare l'offerente un monte ore più vicino al valore medio non appare, nei noti limiti in cui siffatta scelta è sindacabile in sede di legittimità, arbitraria o illogica, poiché indirizzata ad individuare l'efficacia organizzativa dell'impresa con riguardo allo specifico servizio da espletare, ossia la capacità dell'impresa stessa di ottimizzazione dell'utilizzo del personale in relazione alla distribuzione delle risorse disponibili tra le varie voci dell'offerta nel suo complesso al fine di coniugare nel modo più consono la sostenibilità economica dell'offerta stessa con la sua concreta realizzabilità. Né arbitrario ed irragionevole, perché casuale, può ritenersi il porre a base della formula i valori delle offerte presentate, i quali evidentemente rappresentano proprio quanto i concorrenti hanno preventivato nel caso concreto ed alla luce del parametro ben conoscibile dai medesimi, in quanto predeterminato nella *lex specialis* di gara. Che, poi, il pur riconosciuto inconveniente nascente da un'offerta eccessiva fosse in altro modo ovviabile, non toglie validità alla stessa scelta, incidente a monte di un eventuale verifica dell'anomalia e diretta a prevenire inadempimenti contrattuali. Infine, l'assunta non preventivabilità del dato medio è smentita in fatto, posto che ad esso le cinque concorrenti si sono in realtà tutte avvicinate, riportando punteggi che si discostano di poco, collocandosi tra il minimo di 4,65 ed il massimo di 4,92.

Ne consegue che i predetti motivi d'appello devono essere condivisi nel merito, senza che occorra esaminare le riproposte eccezioni di inammissibilità dell'originaria censura accolta dal TAR.

5.- Diversamente, devono essere disattesi i motivi secondo e terzo della prima parte (in narrativa *sub* 1.3) degli appelli principali, concernenti l'accoglimento da parte del TAR del già ricordato terzo motivo del ricorso di primo grado.

Sia quanto all'elemento B.1 (su cui si incentra la pronuncia appellata), sia quanto all'elemento B.4 (oggetto anch'esso della censura originaria), menzionati al precedente paragrafo 2, la Sezione osserva che trattasi effettivamente di elementi qualitativi articolati, i quali, in applicazione dei generalissimi principi dell'attività amministrativa ed indipendentemente dall'applicazione in via diretta alla fattispecie dell'art. 83 del D.Lgs. n. 163 del 2006, abbisognavano indubbiamente di specificazione da parte della commissione al fine di circoscrivere la propria ampia discrezionalità, non essendo all'uopo sufficienti le indicazioni, sopra riportate, fornite nel disciplinare. L'effetto della mancata predeterminazione da parte della commissione stessa dei "criteri motivazionali" è l'incomprensibilità delle ragioni per le quali sono stati espressi i relativi giudizi soltanto numerici, privi cioè di qualsiasi altro elemento.

Invero, sulla questione dell'idoneità del punteggio numerico a supportare sul piano motivazionale le valutazioni delle commissioni di gara, la giurisprudenza del Consiglio di Stato e, in particolare, della Sezione è giunta, pur dopo iniziali oscillazioni, alla soluzione tendente a coniugare efficienza e razionalità nella tutela delle parti, pienamente condivisa dal Collegio, secondo cui il solo punteggio numerico può essere ritenuto sufficiente, in relazione agli elementi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, quando i criteri prefissati siano estremamente dettagliati, di modo che appunto anche il solo punteggio numerico, di cui sono prestabiliti il minimo e il massimo, sia idoneo a dimostrare la logicità e congruità del giudizio tecnico. Altrimenti occorre che, al fine di rendere percepibile

l'iter logico seguito, nei verbali siano esposti, se non diffuse argomentazioni relative al contenuto delle varie voci e punti dell'offerta tecnica ed ai singoli giudizi resi, quanto meno taluni elementi che concorrano ad integrare e chiarire la valenza del punteggio e le ragioni dell'apprezzamento sinteticamente espresso con l'indicazione numerica. E' stato inoltre evidenziato che, ora, il codice dei contratti pubblici affronta in parte detto tema, stabilendo all'art. 83 che la commissione giudicatrice, prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, fissi in via generale i menzionati "criteri motivazionali" ai quali attenersi per attribuire a ciascun criterio e subcriterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando. Al riguardo, è stato affermato come la norma esprima, al tempo stesso, il limite negativo e il potere positivo dell'organo collegiale, nel tentativo di enucleare un delicato punto di equilibrio tra il principio di trasparenza, il quale impone di definire nel bando il peso, anche relativo, attribuito a ciascuno dei criteri di valutazione, e la necessità che, in ogni caso, anche l'attività della commissione sia predefinita nel suo svolgimento. In tale quadro, la formula utilizzata dalla legge sottolinea lo stretto collegamento con la motivazione concreta della valutazione di ciascuna offerta ed il ruolo della commissione, più in linea con gli indirizzi espressi dal giudice comunitario (e, giova aggiungere, dal giudice amministrativo nazionale). E' stato altresì sottolineato come la previsione di una rete fittissima di criteri e modalità di attribuzione dei punteggi, spesso incentrata su formule matematiche, renda più facile il ricorso alla motivazione espressa con dati numerici (cfr., in tal senso, questa Sez. V, 11 maggio 2007 n. 2355, nonché, in generale, 7 novembre 2007 n. 5776, richiamata dallo stesso Comune appellante).

Infine, è evidente l'interesse strumentale della società Controinteressato ad inficiare anche solo sotto il profilo dedotto le valutazioni relative alla propria offerta

ed a quella della controinteressata, sol che si consideri come i punteggi relativi agli elementi B.1 e B.4 - ma pure unicamente B.1, a cui è riservato il punteggio massimo di ben 20 su 50 - siano sufficienti a stravolgere la graduatoria.

6.- In ordine alle valutazioni effettuate dalla commissione conviene ora esaminare i motivi di primo grado assorbiti dal primo giudice, riproposti dall'appellante incidentale Controinteressato ed avversati dall'appellante principale Ricorrente col quarto motivo. Tra detti motivi originari, dirimente è il quarto, inteso a far valere l'avvenuta, surrettizia adozione da parte della commissione, solo dopo l'apertura delle offerte tecniche, di specificazioni dei criteri indicati dalla *lex specialis* della procedura in ordine agli elementi B.3, B.4 e B.8.

Sul principio invocato dalla ricorrente originaria non vi sono dubbi: infatti le specificazioni od integrazioni dei criteri di valutazione indicati dal bando di gara o dalla lettera d'invito possono essere stabilite dalle commissioni giudicatrici soltanto prima della apertura delle buste relative alle offerte (cfr., per tutte, questa Sez. V, 19 settembre 2007 n. 4879). E nella specie non v'è dubbio che, senza che risulti previamente stabilito alcunché, solo in sede di valutazione delle offerte tecniche la commissione ha suddiviso gli elementi B.3, B.4 e B.8, precedentemente ricordati, nei rispettivi sub-elementi "a.- distanza" e "b.- organizz. Centro di Cottura", "Varietà 1 punto" e "Quantità 4 punti", "prodotti bio 3 punti" e "strutture 3 punti", in tal modo evidentemente introducendo una specificazione non prevista nel disciplinare, non già, come pretenderebbe l'appellante principale Gemeaz, formulando mere annotazioni relative all'*iter* logico seguito.

7.- Quanto esposto in ordine alla sussistenza del vizio appena detto, che inficia fin dall'origine le valutazioni della commissione, consente in via logica di assorbire l'ulteriore motivo originario, con cui si contestano le stesse valutazioni, ed i motivi

terzo e primo degli appelli principali, riguardanti la necessità, ritenuta dal TAR, dell'espletamento della fase di verifica dell'anomalia successiva, ovviamente, a quella valutativa.

8.- Viene pertanto in rilievo la questione riguardante la "caducazione" *incidenter tantum* del contratto, posta con gli ultimi motivi degli appelli principali.

Detti motivi sono fondati e, di contro, è infondata la tesi dell'appellante incidentale Controinteressato, secondo cui il TAR avrebbe dovuto esaminare in via diretta la stessa questione, né sussistono gli estremi per la rimessione della questione alla Corte di giustizia europea per violazione del principio di effettività della tutela. A tal proposito è agevole ricordare che con la recente decisione 30 luglio 2008 n. 9 l'Adunanza plenaria - in linea con l'orientamento espresso e ribadito dalle Sezioni unite della Corte di cassazione (cfr. sent. 28 dicembre 2007 n. 27169) ed alle cui ampie argomentazioni può farsi rinvio - ha affermato, in estrema sintesi, che sussiste la giurisdizione civile sulla domanda volta ad accertare, con efficacia di giudicato, l'inefficacia del contratto la cui aggiudicazione sia stata annullata dal giudice amministrativo, con conseguente estraneità alla cognizione del giudice amministrativo della domanda di reintegrazione in forma specifica; e, tenuto conto che la sentenza di annullamento dell'aggiudicazione determina in capo all'amministrazione soccombente l'obbligo di conformarsi alle relative statuizioni e di orientare conseguentemente la sua ulteriore azione, qualora la stessa amministrazione non si conformi puntualmente ai principi contenuti nella sentenza, oppure non constati le conseguenze giuridiche che da essa discendono o, ancora, nel caso di successiva sua inerzia, l'interessato potrà instaurare il giudizio di ottemperanza, solo nel quale il giudice amministrativo, nell'esercizio della sua giurisdizione di merito, ben potrà sindacare in modo pieno, completo e soddisfacente

per il ricorrente l'attività posta in essere dall'amministrazione o il suo comportamento omissivo, adottando tutte le misure (direttamente o per il tramite di un commissario) necessarie ed opportune per dare esatta ed integrale esecuzione alla sentenza e per consentire una corretta riedizione del potere amministrativo. Tanto perché il giudice amministrativo può realizzare il contenuto conformativo della sentenza, di per sé riferibile alla fase pubblicistica successiva all'annullamento, ed emanare tutti i provvedimenti idonei ad assicurare al ricorrente vittorioso il bene della vita effettivamente perseguito attraverso il giudizio di legittimità, reintegrandolo pienamente nella situazione concreta che avrebbe dovuto già conseguire qualora l'amministrazione non avesse adottato l'atto di aggiudicazione illegittimo.

D'altro canto, come già evidenziato dalla Sezione in sede cautelare, nel caso in trattazione non vi era spazio per un pronuncia ai sensi dell'art. 8, co. 1, della legge 6 dicembre 1971 n. 1034 – pronuncia peraltro senza efficacia di giudicato, perciò insuscettibile di esecuzione in via di ottemperanza, e con effetti limitati alla controversia principale -, trattandosi di questione principale esulante dalla sfera di cognizione del giudice amministrativo.

Ne consegue l'ultroneità della statuizione del TAR qui in parola.

8.- L'ultima questione da affrontare concerne il risarcimento del danno richiesto dall'appellante incidentale.

Esclusa per quanto innanzi la reintegrazione in forma specifica, va altresì esclusa la forma per equivalente, non essendo contestato in questa sede l'assunto del TAR secondo cui potrebbe essere risarcita solo la perdita di *chance*, tuttavia "allegata in termini assolutamente generici".

9.- In conclusione, in parziale accoglimento degli appelli principali (restando irrilevante l'appello incidentale di Ricorrente nell'appello del Comune di Magenta,

riproduttivo del rispettivo appello principale), la sentenza appellata va riformata quanto ai capi con i quali è stato annullato *in parte qua* il disciplinare di gara ed è stato ritenuto “caducato” il contratto come “effetto” del pronunciato annullamento dell’aggiudicazione; nel contempo, vanno parzialmente accolti gli appelli incidentali di Controinteressato S.p.A., con riguardo all’ulteriore ragione di annullamento dell’aggiudicazione e dei sottostanti verbali di cui si è discusso al precedente paragrafo 6.

La complessità della controversia ed il recente emergere degli orientamenti giurisprudenziali sopra richiamati giustificano la compensazione tra tutte le parti presenti delle spese di causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, riuniti i ricorsi in epigrafe, accoglie gli appelli principali ed incidentali nelle parti rispettivamente indicate in motivazione e per l’effetto, in riforma parziale della sentenza appellata, accoglie il ricorso di primo grado limitatamente all’annullamento degli atti impugnati con il medesimo ricorso, eccettuato il disciplinare di gara.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 20 febbraio 2009 con l’intervento dei magistrati:

Domenico La Medica	Presidente
G. Paolo Cirillo	Consigliere
Marzio Branca	Consigliere
Aniello Cerreto	Consigliere
Angelica Dell’Utri Costagliola	Consigliere, estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

f.to Angelica Dell'Utri Costagliola

f.to Domenico La Medica

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

19/05/2009

(Art. 55 L. 27/4/1982, n. 186)

p. IL DIRIGENTE

f.to Dott.ssa Livia Patroni Griffi