

Il generale principio di conservazione degli atti giuridici, per cui, nelle ipotesi in cui l'azione amministrativa si articola in diversi segmenti procedimentali, ciascuno connotato dall'emanazione di veri e propri provvedimenti (come, nel caso di specie, le esclusioni nel corso delle procedure di evidenza pubblica), il vincolo derivante dalla statuizione di annullamento (o di sospensione in via cautelare) consiste nella riedizione della sola fase procedurale colpita dal dictum di illegittimità, fatto, comunque salvo il potere di annullamento d'ufficio dell'intera procedura e quindi nella ripetizione delle operazioni di gara affette dal vizio riscontrato in sede giudiziaria – pare ulteriormente corroborato dal disposto di cui all'art. 84, comma 12, del recente D. Lgs. N. 163/2006, recante il Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

In tema di applicazione del codice dei contratti, merita di segnalare il seguente pensiero espresso dal Tar Campania, Napoli con la sentenza numero 6099 del 13 giugno 2007:

< La più recente giurisprudenza del Giudice di appello ha, infatti, oggi sostenuto che, in sede di rinnovazione degli atti di gara, è ammessa la possibilità di rinnovazione parziale dei giudizi "a buste aperte" tutte le volte in cui, ad esempio, le offerte siano "cristallizzate", per essere stata esclusa un'offerta già presentata e senza violazione quindi del principio di contestualità delle offerte, e tutte le volte in cui la graduatoria possa essere riformulata senza rinnovare i criteri di attribuzione dei punteggi (Cons. St., sez IV, 24 febbraio 2005, n. 683). Il principio di segretezza - si è, inoltre, anche precisato - non assume, infatti, un valore di assoluta inderogabilità in alcuni casi, in quanto tale principio deve essere coordinato con altri principi, di rilevanza costituzionale come la giustiziabilità delle posizioni giuridiche e l'eseguibilità dei giudicati amministrativi (art. 24 della Costituzione), ordinati a garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale; per cui si è sostenuto che, quando le offerte sono ormai cristallizzate, ben è possibile apprezzarle nuovamente senza violare la par condicio, che è il valore protetto dalla segretezza delle offerte (così Cons. St., sez. VI, 1° ottobre 2004, n. 6457).

La norma di cui all'articolo 84 comma 12 del decreto legislativo 163/2006 s.m.i., dà soluzione alla questione della ricostituzione della commissione di gara quando occorre rinnovare il giudizio a seguito di annullamento dell'aggiudicazione o dell'esclusione di taluno dei concorrenti. In luogo della pur prospettata ipotesi di procedere ad una nuova commissione, si stabilisce che tali evenienze, pur a fronte dell'esigenza di segretezza delle offerte, è riconvocata la medesima commissione nella originaria composizione, sicché da tale previsione, ancorché non direttamente riferibile alla presente controversia, emergano elementi che ulteriormente rafforzano le conclusioni sopra formulate.>

A cura di Sonia LAzzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania - Sezione Ottava, composta dai signori

Evasio Speranza                      Presidente

Luigi Domenico Nappi              Componente

Carlo Buonauro                      Componente relatore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 5798/2006 proposto da:

DITTA ALFA S.R.L.

rappresentati e difesi da: DELLA CORTE SALVATORE con domicilio eletto in NAPOLI VIA VENETO, 288/A presso DELLA CORTE SALVATORE

contro

MINISTERO BENI ATTIVITA'  
e nei confronti di

\* SALVATORE IMPRESA DI COSTRUZIONE S.R.L. rappresentato e difeso da:VITALE DOMENICO con domicilio eletto in NAPOLI VIA DEI MILLE,13 presso la sua sede

e nei confronti di \*\* S.R.L. rappresentato e difeso da:VITALE DOMENICO

con domicilio eletto in NAPOLI VIA DEI MILLE,13 presso la sua sede;

per l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione,

con il ricorso iniziale

del verbale dell'11.9.06 recante l'esclusione della ricorrente Ati dalla gara di appalto per l'affidamento dei lavori di restauro conservativo e valorizzazione parco archeologico Villa romana di Vedio Pollione, Grotta Seiano isolotto della Gaiola-verbale,  
del provvedimento di aggiudicazione provvisorio;  
di tutti gli atti preordinati e connessi;  
con il primo ricorso recante motivi aggiunti:

del decreto del Soprintendente n. 126 del 29.9.06 con cui viene disposta l'aggiudicazione definitiva, in favore dell'Ati \* Salvatore Impresa di Costruzioni s.r.l./\*\* s.r.l.;  
dei verbali della Commissione di gara del 6.6.06, 13.7.06, 4.9.06, 11.9.06 e 15.0.06, nella parte in cui risultano lesivi della posizione della ricorrente ATI;  
di tutti gli atti preordinati e connessi;  
con il secondo ricorso recante motivi aggiunti:

del verbale della decima seduta di gara del 29.1.07 con cui è stata nuovamente disposta l'aggiudicazione dell'appalto in favore della controinteressata Ati \*;  
dei verbali della Commissione di gara del 12.1.07, 22.01.07 e 26.1.07, con cui è stata disposta, dapprima, la riammissione sic et simpliciter della ricorrente alla procedura di gara e conseguentemente valutata l'offerta tecnica ed economica prodotta;  
di tutti gli atti preordinati e connessi, ivi compresi tutti i verbali di gara – e segnatamente quello del 4.9.06., nonché l'eventuale nuovo provvedimento di aggiudicazione definitiva ed il relativo contratto di appalto, ove eventualmente stipulato;  
Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore il Referendario Carlo Buonauro ed udito alla Udienza Pubblica del 14.05.2007 i difensori delle parti come da verbale,

Considerato in fatto e ritenuto in diritto quanto segue:

In fatto

Con il ricorso iniziale e quello recante i primi motivi aggiunti, parte ricorrente, premesso che l'odierna parte resistente aveva bandito una procedura aperta per l'affidamento dei lavori, escludendo la propria offerta per contestate irrivalenze documentali e aggiudicando legittimamente la stessa all'Ati, agisce per l'annullamento degli atti in epigrafe indicate in quanto viziati da violazione di legge ed eccesso di potere. A seguito dell'ordinanza della Sesta Sezione del Consiglio di Stato n. 6139/06 del 21 novembre 2006, la Stazione Appaltante ha proceduto alla riammissione in gara dell'Ati ricorrente, procedendo alla comparazione di tutte le offerte pervenute ed alla redazione della nuova graduatoria finale, con aggiudicazione provvisoria in favore della medesima Ati \*-\*\*. Tali ulteriori atti venivano impugnati con ricorso recante i secondi motivi aggiunti..

Si costituivano l'amministrazione resistente e le società componenti la controinteressata associazione temporanea di imprese, deducendo l'inammissibilità, l'improcedibilità e l'infondatezza del gravame.

Alla pubblica udienza del 14 maggio 2007 la causa veniva trattenuta in decisione

In diritto

Il ricorso è infondato e va respinto per le ragioni che seguono, di tal che può prescindere dalle eccezioni in rito formulate dall'amministrazione resistente.

Seguendo un più corretto ordine logico va esaminata la censura dedotta con il primo motivo del secondo ricorso per motivi aggiunti (volto all'annullamento del verbale della decima seduta di gara del 29.1.07 con cui è stata nuovamente disposta l'aggiudicazione dell'appalto in favore della controinteressata Ati \*) con la quale l'istante, nel dedurre le censure di violazione dell'art. 97 Cost. e dei principi di segretezza delle offerte e della par condicio, si è lamentata nella sostanza del fatto che l'Amministrazione, in esecuzione della predetta ordinanza cautelare, avrebbe dovuto rinnovare l'intero procedimento di gara, dal momento che la Commissione di gara, quando aveva proceduto alla valutazione ampiamente discrezionale dell'offerta tecnica della ricorrente, già conosceva l'offerta economica delle altre partecipanti.

Tale doglianza, ad avviso del Collegio, non sembra fondata.

Prescindendo, invero, dal rilievo che nella predetta ordinanza, il giudice di secondo grado, sul presupposto della sussistenza di adeguato *fumus boni juris*, ha accolto l'appello ai sensi dell'art. 23 bis L. 1034/1971, rimettendo la causa al Tribunale per la fissazione dell'udienza di merito, senza precisare se l'accoglimento dell'istanza cautelare comportasse l'integrale ripetizione della gara ovvero l'obbligo per la Stazione appaltante di valutare l'offerta presentata dalla ricorrente, con la conseguente nuova aggiudicazione della gara alla migliore offerente (di tal che non può trovare accoglimento l'ulteriore, autonoma censura volta ad evidenziare profili di violazione e falsa applicazione dell'ordinanza de qua), va ricordato che secondo un tradizionale orientamento giurisprudenziale si era ritenuto che in caso di annullamento in sede giurisdizionale dell'esclusione di un concorrente da una gara, l'operare congiunto dei principi di segretezza delle offerte nei procedimenti di aggiudicazione e del principio di conservazione dell'atto amministrativo faceva sì che la rinnovazione della gara conseguente alla riammissione del concorrente illegittimamente escluso avrebbe dovuto retroagire in modo diverso a seconda del criterio previsto per l'aggiudicazione: così, nel caso di aggiudicazione in base a criteri oggettivi e vincolati, sarebbe sufficiente rinnovare la fase di valutazione delle offerte, mentre nel caso di aggiudicazione basata su apprezzamenti discrezionali (come nelle ipotesi, come quella in esame, di aggiudicazione con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa) sarebbe necessario rinnovare l'intero procedimento di gara, a partire dalla stessa fase della presentazione delle offerte (così Cons. St., sez. IV, 7 giugno 2004 n. 3617).

Tale orientamento è stato però di recente parzialmente superato.

La più recente giurisprudenza del Giudice di appello ha, infatti, oggi sostenuto che, in sede di rinnovazione degli atti di gara, è ammessa la possibilità di rinnovazione parziale dei giudizi "a buste aperte" tutte le volte in cui, ad esempio, le offerte siano "cristallizzate", per essere stata esclusa un'offerta già presentata e senza violazione quindi del principio di contestualità delle offerte, e tutte le volte in cui la graduatoria possa essere riformulata senza rinnovare i criteri di attribuzione dei punteggi (Cons. St., sez IV, 24 febbraio 2005, n. 683). Il principio di segretezza - si è, inoltre, anche precisato - non assume, infatti, un valore di assoluta inderogabilità in alcuni casi, in quanto tale principio deve essere coordinato con altri principi, di rilevanza costituzionale come la giustiziabilità delle posizioni giuridiche e l'eseguibilità dei giudicati amministrativi (art. 24 della Costituzione), ordinati a garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale; per cui si è sostenuto che, quando le offerte sono ormai cristallizzate, ben è possibile apprezzarle nuovamente senza violare la par condicio, che è il valore protetto dalla segretezza delle offerte (così Cons. St., sez. VI, 1° ottobre 2004, n. 6457).

Del resto tale soluzione – già solidamente sorretta dal generale principio di conservazione degli atti giuridici, per cui, nelle ipotesi in cui l'azione amministrativa si articola in diversi segmenti procedurali, ciascuno connotato dall'emanazione di veri e propri provvedimenti (come, nel caso di specie, le esclusioni nel corso delle procedure di evidenza pubblica), il vincolo derivante dalla statuizione di annullamento (o di sospensione in via cautelare) consiste nella riedizione della sola fase procedurale colpita dal dictum di illegittimità, fatto, comunque salvo il potere di annullamento d'ufficio dell'intera procedura e quindi nella ripetizione delle operazioni di gara affette dal vizio riscontrato in sede giudiziaria – pare ulteriormente corroborato dal disposto di cui all'art. 84, comma 12, del recente D. Lgs. N. 163/2006, recante il Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture; tale norma, nel recepire parzialmente un suggerimento espresso dal parere del Consiglio di Stato sullo schema del codice (nel quale si prospettava l'alternativa della riconvocazione della commissione nella stessa od in diversa composizione), dà soluzione alla questione della ricostituzione della commissione di gara quando occorre rinnovare il giudizio a seguito di annullamento dell'aggiudicazione o dell'esclusione di taluno dei concorrenti. In luogo della pur prospettata ipotesi di procedere ad una nuova commissione, si stabilisce che tali evenienze, pur a

fronte dell'esigenza di segretezza delle offerte, è riconvocata la medesima commissione nella originaria composizione, sicché da tale previsione, ancorché non direttamente riferibile alla presente controversia, emergano elementi che ulteriormente rafforzano le conclusioni sopra formulate.

Con riferimento a quanto sopra esposto deve osservarsi che nella specie non solo le offerte erano ormai cristallizzate al momento della proposizione del primo ricorso, ma che, per un verso e sul piano procedimentale-processuale, nessuna tempestiva e specifica contestazione risulta proposta avverso la nota 11 gennaio 2007 prot. n. 786 di comunicazione all'Ati odiernamente ricorrente della riammissione in gara della propria offerta; e, per altro verso e sul piano sostanziale, gli stessi criteri di attribuzione dei punteggi, sia pur ampiamente discrezionali, erano stati sufficientemente dettagliati in sede di lex specialis e correttamente precisati in sede di gara, per cui la Commissione di gara ben avrebbe potuto esaminare l'offerta della ricorrente, quando già conosceva l'offerta economica delle altre due partecipanti.

Ed, invero, con ciò palesandosi altresì l'infondatezza del secondo motivo di gravame, l'operato valutativo della Commissione si è svolto nel quadro dei puntuali ed articolati criteri e punteggi definiti in sede di bando di gara, circoscrivendo (con particolare riferimento alle voci della qualità dell'offerta tecnica, del costo di manutenzione e del tempo di esecuzione) il proprio apporto alla specificazione dei parametri motivazionali di attribuzione dei prefissati punteggi, di tal che non risulta prospettabile alcuna – né potenziale né concreta in ragione dello specifico e non contestato esito delle operazioni valutative - violazione dei principi che presidono il corretto articolarsi delle procedure concorsuali.

Il mancato accoglimento delle censure di cui al secondo ricorso per motivi aggiunti avverso l'atto con cui è stata nuovamente disposta l'aggiudicazione dell'appalto in favore della controinteressata Ati \* rende improcedibili, per difetto di interesse, i gravami ad esso precedenti (aventi ad oggetto il provvedimento di esclusione e la prima vicenda di aggiudicazione), atteso che in ogni caso da essi non conseguirebbe alcun effetto utile in capo alla ricorrente per effetto della perdurante poeriorità della posizione della società controinteressata

Da tali motivi consegue il rigetto del ricorso.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Sezione VIII, respinge il ricorso in epigrafe.

Compensa le spese.

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

Così deciso in Napoli, nella camera di consiglio del 14 maggio 2007.

Evasio Speranza - Presidente

Carlo Buonauro - Componente est.