

Consiglio di Stato, Sez. VI, 19 giugno 2009, n.4147

IL CONSIGLIO DI STATO IN SEDE GIURISDIZIONALE, SESTA SEZIONE
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: D. S.P.A. IN P. E IN Q. DI ASSOCIATA ATI, ATI - D.C.C. S.P.A. IN P., ATI - C.S. S.P.A. IN P., rappresentati e difesi dagli Avv. A.L., G.F. e S.N. con domicilio eletto in Roma;

contro

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI B., rappresentata e difesa dall'Avv. L.V. con domicilio eletto in Roma;

G. S.P.A. IN PR. E Q.LE MAND. ATI, non costituitasi;

e nei confronti di

CONSORZIO R., rappresentato e difeso dall'Avv. G.M. con domicilio eletto in Roma;

CONSORZIO C. - G. S.P.A., rappresentato e difeso dall'Avv. N.M., con domicilio eletto in Roma;

C.N. S.R.L., rappresentato e difeso dall'Avv. A.C. con domicilio eletto in Roma;

per la riforma

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

2) n. 8887/2008, da: C.N. S.R.L. IN Q. MANDATARIA ATI, ATI - C. S.R.L. IN P., ATI - M.S. S.P.A. IN P., rappresentato e difeso dall'Avv. A.C. con domicilio eletto in Roma;

contro

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI B., rappresentata e difesa dall'Avv. L.V. con domicilio eletto in Roma;

CONSORZIO R., rappresentato e difeso dall'Avv. G.M. con domicilio eletto in Roma;

CONSORZIO C. - G. S.P.A., rappresentato e difeso dall'Avv. N.M., con domicilio eletto in Roma;

D. S.P.A. IN P. E IN Q. DI ASSOCIATA ATI, ATI - D.C.C. S.P.A. IN P., ATI - C.S. S.P.A. IN P., rappresentati e difesi dagli Avv. A.L., G.F. e S.N. con domicilio eletto in Roma;

per la riforma

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

3) n. 9441/2008, da: C.N. S.R.L. IN Q. MANDATARIA ATI, ATI - C. S.R.L. IN P., ATI - M.S. S.P.A. IN P., rappresentato e difeso dall'Avv. A.C. con domicilio eletto in Roma;

contro

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI B., rappresentata e difesa dall'Avv. L.V. con domicilio eletto in Roma;

CONSORZIO R., rappresentato e difeso dall'Avv. G.M. con domicilio eletto in Roma;

CONSORZIO C. - G. S.P.A., rappresentato e difeso dall'Avv. N.M., con domicilio eletto in Roma;

D. S.P.A. IN P. E IN Q. DI ASSOCIATA ATI, ATI - D.C.C. S.P.A. IN P., ATI - C.S. S.P.A. IN P., rappresentati e difesi dagli Avv. A.L., G.F. e S.N. con domicilio eletto in Roma;

per la riforma

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

4) n. 9442/2008, da: C.N. S.R.L. IN Q. MANDATARIA ATI, ATI - C. S.R.L. IN P., ATI - M.S. S.P.A. IN P., rappresentato e difeso dall'Avv. A.C. con domicilio eletto in Roma;

contro

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI B., rappresentata e difesa dall'Avv. L.V. con domicilio eletto in Roma;

CONSORZIO R., rappresentato e difeso dall'Avv. G.M. con domicilio eletto in Roma;

CONSORZIO C. - G. S.P.A., rappresentato e difeso dall'Avv. N.M., con domicilio eletto in Roma;

D. S.P.A. IN P. E IN Q. DI ASSOCIATA ATI, ATI - D.C.C. S.P.A. IN P., ATI - C.S. S.P.A. IN P., rappresentati e difesi dagli Avv. A.L., G.F. e S.N. con domicilio eletto in Roma;

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 intimiate;

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.N., l'Avv.to V., l'Avv.to M., l'Avv.to M. e l'Avv.to C.;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

F A T T O E D I R I T T O

1. Con bando di gara del 2 marzo 2007 l'Università degli studi di B. indiceva un appalto - concorso per la ristrutturazione dell'edificio della ex sede della Manifattura dei tabacchi in B., 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 Consorzio R. della gara in questione.

Tale provvedimento veniva impugnato davanti al Tar per la Puglia con autonomi ricorsi da tutti gli altri tre concorrenti: Ati D., Ati C. e Ati Consorzio C.

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 D. (in via principale nel ric. R.G. 340/08 e in via incidentale negli altri giudizi) avverso la partecipazione alla gara dell'Ati C.

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 D. 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 Consorzio R. e l'Ati Consorzio C. hanno proposto autonomi ricorsi in appello incidentali.

Con tre ricorsi in appello (n. 8887/08, n. 9441/08 e n. 9442/08) l'Ati C. 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 Consorzio R., l'Ati Consorzio C. e l'Ati D. hanno proposto autonomi ricorsi in appello incidentali.

Nel giudizio n. 8887/08 anche l'Università degli studi di B. 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 C. 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 C. 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 C., anche quando erano state formulate in via incidentale in relazione al ricorso principale presentato da altro raggruppamento (Ati Consorzio C.).

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 D. avverso l'ammissione alla gara dell'Ati C., 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 Consorzio C. e, quindi, non contro la ricorrente principale, in quanto anche in quel giudizio la contestazione, ritualmente notificata all'Ati C., 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 Consorzio R. e dall'Università degli studi di B. 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 Consorzio R. 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 C., partendo da quello inerente la statuizione del Tar di accoglimento del ricorso dell'Ati D..

Il giudice di primo grado ha dapprima ritenuto l'ammissibilità delle contestazioni mosse dall'Ati D. (quarta classificata) relativa alla mancata esclusione dell'Ati C. (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 D. ha contestato la mancata esclusione della costituenda A.T.I. C. 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. C., 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 C. contesta tale statuizione, sia sotto il profilo dell'assenza di interesse dell'Ati D. alla censura e del mancato esame delle contestazioni mosse dall'Ati C., 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 tioff 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 Cingoli 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 C..

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 C.

Deve, quindi, ritenersi che l'Ati C. 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 C. 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 D., il Tar ne ha incidentalmente affermato la fondatezza.

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

8. L'Ati C. 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 C. e devono a questo punto essere esaminate le censure, proposte in appello dall'Ati D. e dell'Ati Consorzio C. 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. C. 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 D. che l'Ati Consorzio C. 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 D. rileva che l'esame di tali censure poteva condurre ad una decisione pienamente satisfattiva con l'aggiudicazione della gara in suo favore.

L'Ati Consorzio C. 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.

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 Consorzio R. 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 D. 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 D. e dall'Ati Consorzio C., 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 D., dall'Ati Consorzio R. e dall'Ati Consorzio C. 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 D. 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 D., 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 C., confermata definitivamente in questa sede.

Da ciò deriva che, ferma restando l'esclusione dell'Ati C., 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 D., dall'Ati Consorzio R. e dall'Ati Consorzio C., inerenti l'attribuzione dei punteggi.

11. In conclusione, devono essere respinti i ricorsi in appello principale proposti dall'ATI C.; dichiarati improcedibili l'appello principale e gli appelli incidentali proposti dall'ATI D.; in parte respinti e in parte dichiarati improcedibili gli appelli incidentali proposti dal Consorzio R.; dichiarati improcedibili gli appelli incidentali proposti dall'ATI Consorzio C. e deve, infine, essere

respinto l'appello incidentale proposto dall'Università degli studi di B.

L'esito sostanziale del giudizio è la conferma dell'esclusione dell'Ati C. 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 D.

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.

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 C.;

dichiara improcedibili l'appello principale e gli appelli incidentali proposti dall'ATI D.;

in parte respinge e in parte dichiara improcedibili gli appelli incidentali proposti dal Consorzio R.;

dichiara improcedibili gli appelli incidentali proposti dall'ATI Consorzio C.;

respinge l'appello incidentale proposto dall'Università degli studi di B.

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