

Consiglio di Stato, Sez. VI, 1/10/2004 n. 6457  
Sulla rinnovazione delle operazioni di gara.

Nel caso in cui venga annullata una gara per illegittima valutazione delle offerte, l'amministrazione può scegliere per l'indizione di nuova gara o per la rinnovazione parziale delle attività pregresse. Va rilevato, però, che se l'amministrazione decide per la rinnovazione, limitare l'operato della commissione, in sede di rinnovazione degli atti di gara, ad una verbalizzazione delle operazioni a suo tempo svolte, significa ridurre l'effetto di annullamento degli atti di gara alla mera necessità di fornire, per quanto possibile, una prova dello svolgimento dei fatti, prova che tuttavia sarebbe legata alla evenienza fattuale di una esatta memoria dei commissari di gara.

La rinnovazione delle operazioni di gara, pertanto, non può poi mai risolversi in una inammissibile motivazione postuma (come sarebbe se fosse imposto alla commissione di esprimersi ora per allora) con il che risulta evidente che detta rinnovazione deve risolversi in un nuovo esercizio del medesimo potere che, male esercitato una prima volta, è esitato nell'annullamento.

Materia: appalti / gara

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

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

DECISIONE

sul ricorso in ottemperanza proposto da ENTERPRISE DIGITAL ARCHITECTS S.P.A. (già Enterprise Ericsson ) rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Cardarelli ed elettivamente domiciliata in Roma vicolo Orbitelli n. 31;

contro

MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, DELL'UNIVERSITA' E DELLA RICERCA rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato e domiciliato per legge in Roma via dei Portoghesi n. 12;

e nei confronti di

AUSELDA AED GROUP SPA, EDS ELECTRONIC DATA SYSTEM ITALIA SPA rappresentate e difese dagli avvocati A. Clarizia, B.G. Carbone e M. Zoppolato con domicilio eletto in Roma via Principessa Clotilde n. 2, presso lo studio Clarizia;

nonché

I.B.M. ITALIA SPA in proprio e quale capogruppo RTI, RTI FINSIEL CONSULENZA ED APPLICAZIONI INFORMATICHE SPA, RTI ENGINEERING INGEGNERIA INFORMATICA SPA, RTI METROPOLIS, RTI SOCIETÀ PER LE VALORIZZAZIONI E DIVERSIFICAZIONI PATRIMONIALI, PIRELLI & C. REAL ESTATE FACILITY MANAGEMENT SPA, rappresentate e difese dagli avv.ti F. Lattanzi, F. Satta, G.F. Ferrari, M. Sanino, M. Annesi ed elettivamente domiciliati in Roma alla via P.L. Da Palestrina n. 47, presso lo studio dell'avv. F. Satta;

COMMISSIONE DI GARA PER L'AGGIUDICAZIONE DEL SISTEMA INFORMATIVO MIUR, ENEL IT. SPA, EDS ELECTRONIC DATA SYSTEM SPA, ACCENTURE SPA, non costituite;

per l'esecuzione del giudicato

formatosi sulla sentenza del Consiglio di Stato VI Sezione - n. 1458 del 2004;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di AUSELDA AED GROUP SPA, EDS ELECTRONIC DATA SYSTEM ITALIA SPA, I.B.M. ITALIA SPA in proprio e quale capogruppo RTI, MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, DELL'UNIVERSITA' E DELLA RICERCA, PIRELLI & C. REAL ESTATE FACILITY MANAGEMENT SPA, RTI ENGINEERING INGEGNERIA INFORMATICA SPA, RTI FINSIEL CONSULENZA ED APPLICAZIONI INFORMATICHE SPA, RTI METROPOLIS, RTI SOCIETÀ PER LE VALORIZZAZIONI E DIVERSIFICAZIONI PATRIMONIALI;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Alla camera di consiglio del 30 luglio 2004 relatore il Consigliere Giancarlo Montedoro.

Uditi, altresì, per le parti l'avv. Cardarelli, l'avv. Carbone, l'avv. Clarizia, l'avv. Zoppolato, l'avv. Satta, l'avv. Ferrari, l'avv. Lattanzi, l'avv. Sanino e l'avv. dello Stato Nunziata;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

### FATTO e DIRITTO

Con sentenza della Sezione VI n. 1458 del 2004 del 27 gennaio 2004, depositata in data 22 marzo 2004, notificata in data 25 marzo 2004, non impugnata, il Consiglio di Stato, respingendo l'appello incidentale proposto da IBM, ha accolto l'appello principale r.g. n. 9948/2003 della Enterprise Digital Architects, riformando l'impugnata sentenza del Tar del Lazio, Sez. III bis, n. 7684/2003.

La sentenza indicata è passata in giudicato ed è comunque esecutiva.

In via pregiudiziale va affermata la competenza del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 37 ult. comma della legge sui Tar in quanto si tratta di dare esecuzione ad una sentenza del Consiglio di Stato di riforma del decisum di primo grado.

Occorre per lumeggiare la fattispecie premettere alcuni brevi cenni in fatto.

L'impresa che attualmente ricorre per l'esecuzione del giudicato ha partecipato alla procedura ristretta indetta con bando pubblicato sul supplemento alla Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee del 19 marzo 2002, n. S55 e sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana del 25/3/2002 n. 71, dal MIUR - Servizio Automazione Informatica Innovazione Tecnologica, per la fornitura dei servizi afferenti alla gestione e sviluppo del sistema informativo del Dipartimento dell'Istruzione del Ministero, ivi compreso il servizio di organizzazione e gestione del comprensorio di Villa Lucidi, di importo complessivo pari ad euro 339.789.715,00 da aggiudicarsi a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 23, comma 1, lett. b) del d.lgs. n. 157/1995.

A seguito della fase di prequalificazione EDA (allora ancora Enterprise Ericsson) è stata invitata a presentare offerta con lettera di invito del 23 maggio 2002.

Detta lettera di invito prevedeva, al punto 3.7 che sarebbero state ammesse alla valutazione economica solo le offerte che avessero riportato una valutazione tecnica di almeno 35 punti su cinquanta.

Inoltre la medesima lettera di invito conteneva l'indicazione dei parametri per la valutazione delle offerte, secondo la ripartizione generale di 50 punti per il prezzo complessivo (attribuiti in base a specifico algoritmo) e di 50 punti da attribuire al progetto tecnico.

La commissione di gara, nominata con decreto del 7/8/2002, con l'incarico di procedere all'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa tra quelle pervenute nei termini fissati dall'amministrazione, tenuto conto dei criteri e dei parametri indicati al punto 3.7. della dell'invito di partecipazione alla gara, ha svolto l'attività valutativa nel periodo intercorso tra il 9 settembre 2002 e l'8 febbraio 2003.

A seguito delle operazioni di valutazione la commissione attribuiva ad Enterprise Ericsson il punteggio tecnico complessivo di 33,00 inferiore alla soglia di ammissibilità prevista dal punto 3,7 della lettera di invito.

Il risultato di tale operazione valutativa, veniva comunicato nella seduta pubblica dell'8 febbraio 2003; nonostante l'affermata insufficienza del punteggio tecnico conseguito la busta contenente l'offerta economica presentata da Enterprise Ericsson veniva comunque aperta.

Il provvedimento definitivo della procedura di gara del 13 /2/2003 (oggetto dell'impugnazione in primo grado) ha provveduto all'aggiudicazione a favore del RTI con mandataria IBM.

A seguito dell'esercizio del diritto di accesso la ricorrente verificava il contenuto e le modalità delle operazioni svolte dalla Commissione di Gara, che hanno condotto alla non valutazione dell'offerta economica presentata.

Il riscontro di tali operazioni valutative, secondo l'impresa ricorrente, evidenziava evidenti e gravi motivi di illegittimità.

Con il ricorso in primo grado, Enterprise ha impugnato:

1) il verbale n. 19, redatto in data 8 febbraio 2003, della Commissione Giudicatrice, recante il provvedimento di non ammissione alla valutazione dell'offerta economica;

2) il provvedimento prot. n. 655 del 13 febbraio 2003, con il quale il Direttore Generale del Ministero dell'Istruzione, Università e Ricerca, ha aggiudicato la procedura ristretta per i servizi di sviluppo e gestione del Sistema Informativo del Ministero dell'Istruzione, Università e Ricerca e di organizzazione e gestione del comprensorio di Villa Lucidi, al RTI tra I.B.M. Italia, Finsiel s.p.a., Engineering ingegneria informatica s.p.a., Metropolis s.p.a., Pirelli Real Estate (ex Cam Energia e Servizi s.r.l.); ogni altro atto presupposto, preparatorio, connesso , incidentale e consequenziale a quelli impugnati sub 1) e 2 ) con particolare riferimento alla lettera di invito del 23 maggio 2002 a firma del Direttore Generale del MIUR ed ai verbali di gara redatti tra il 9 settembre 2001 e l'8 febbraio del 2003 dalla commissione giudicatrice.

Si sono costituiti in giudizio l'amministrazione intimata ed il RTI IBM, dispiegando motivi di ricorso incidentale; si è anche costituita in giudizio la società EDS spa. membro di un altro raggruppamento partecipante alla medesima procedura di gara.

Si deve infatti precisare che il provvedimento di aggiudicazione della procedura di gara era stato altresì fatto oggetto di impugnazione da parte della EDS s.p.a. e dalla Auselda s.p.a., quali membri di altro RTI partecipante, con separato ricorso innanzi al Tar del Lazio.

Il ricorso di EDS ed Auselda veniva accolto dal Tar del Lazio con sentenza del 6 ottobre 2003 n. 9098, il ricorso di Enterprise veniva respinto con sentenza n. 7684/2003.

Enterprise riproponeva con l'appello nr. 9948/2003, tutti i motivi di censura proposti in primo grado (illegittimità del metodo utilizzato dalla commissione di gara che aveva attribuito i punteggi a maggioranza, senza indicare le modalità concrete attraverso le quali essa era pervenuta alla definizione del punteggio, illegittimità del modus procedendi della commissione nella definizione della griglia di valutazione, nella richiesta di documentazione integrativa dell'offerta, illegittimità della lettera d'invito per contrasto con le disposizioni comunitarie in materia di appalti pubblici relative alla necessità di separare i criteri di selezione da quelli di aggiudicazione, illegittimità del provvedimento definitivo di aggiudicazione per incompetenza).

Enterprise precisa che il ricorso era chiaramente volto al recupero della chance di aggiudicazione mediante indizione di un nuovo procedimento di gara, in quanto la rinnovazione delle operazioni era resa impossibile dalla piena conoscibilità dell'offerta anche in ordine al suo contenuto economico.

Si sono costituite nel giudizio di appello IBM, che ha formulato con appello incidentale i medesimi motivi di ricorso incidentale proposti in primo grado e l'amministrazione appellata.

Il Consiglio di Stato con la sentenza di cui si chiede l'esecuzione, ha respinto l'appello incidentale, proposto da RTI IBM , ed ha accolto l'appello principale di Enterprise, con annullamento degli atti impugnati, salvi gli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione.

L'accoglimento dell'appello proposto da Enterprise è basato unicamente sul motivo di ricorso inerente le modalità di attribuzione del punteggio definite dalla commissione di gara.

Parallelamente il Consiglio di Stato ha respinto con sentenza n. 1459/2004, resa in pari data, (27 gennaio 2004 depositata il 22 marzo 2004) rispetto a quella della quale si chiede l'esecuzione nel presente giudizio, il ricorso del RTI IBM avverso la decisione del Tar dal Lazio che lo escludeva dalla procedura di gara. Detta sentenza è stata peraltro impugnata da IBM presso la Suprema Corte di Cassazione.

La sentenza n. 1458/2004 è stata notificata all'amministrazione in data 25 marzo 2004, ed è pertanto divenuta cosa giudicata.

Con comunicazione del 6 aprile 2004 prot. n. 1304, il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca ha reso noto di aver avviato l'istruttoria relativa all'emanazione del provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione della gara indicata e degli altri atti necessari all'esecuzione delle sentenze sopra richiamate, autovincolandosi al termine di sessanta giorni per l'emanazione del provvedimento finale, ed assegnando un termine a tutte le parti dei pregressi giudizi per la presentazione di apposite memorie e deduzioni.

Con successivo atto Enterprise intimava all'amministrazione di provvedere a dare esecuzione alla sentenza passata in giudicato in termini soddisfattivi per Enterprise, senza in particolare svolgere attività meramente confermativa di provvedimenti radicalmente annullati per effetto delle definitive statuizioni giurisdizionali.

A seguito dell'accesso agli atti e provvedimenti adottati per dare esecuzione alla sentenza n. 1458/2003 Enterprise dichiarava di essere venuta a conoscenza di un parere dell'Avvocatura Generale dello Stato, dal quale emergeva in modo chiaro che, all'esecuzione della sentenza potrà provvedersi, per il principio di conservazione degli atti legittimamente emessi, con la riconvocazione della commissione la quale "dovrà procedere alla nuova, compiuta verbalizzazione delle operazioni a suo tempo svolte."

Il Ministero convocava una prima volta la commissione con lettera del 16/4/2004, e, in seguito, a causa delle perplessità sollevate dai membri circa le modalità di convocazione della commissione (organo straordinario cessato nelle proprie funzioni), circa la proposizione da parte del Ministero di un controricorso adesivo a quello già inoltrato dal RTI IBM avverso la sentenza n. 1459/2004, e circa le modalità attraverso le quali l'amministrazione intendesse tenere indenni ed esonerati la commissione ed i suoi singoli componenti da qualsivoglia pretesa risarcitoria, il Ministero si determinava alla ricostituzione della commissione di gara con decreto del 14 maggio 2004 n. 1795 del Direttore Generale per i sistemi informativi.

Detto decreto ha ordinato la ricostituzione della commissione con il compito di provvedere "alla nuova e compiuta verbalizzazione delle operazioni a suo tempo svolte, indicando per i casi in cui la votazione sia avvenuta a maggioranza la proposta motivata di attribuzione dei punteggi messa ai voti, il soggetto che avanza la proposta nonché eventualmente (non necessariamente) l'esistenza di riserve o dichiarazioni di dissenso o proposte alternative dei commissari rimasti in minoranza".

Il ricorso sostiene che gli atti posti in essere siano palesemente elusivi della sentenza n. 1458/2004 del Consiglio di Stato sicché si chiede che il giudizio di ottemperanza assicuri l'obbligo di attenersi esattamente all'accertamento contenuto nella sentenza da eseguire, senza pregiudizio di altri profili di illegittimità derivanti dalle violazioni di disposizioni imperative.

Il ricorso sostiene che la sentenza da ottemperare non si è limitata a censurare l'omessa o parziale verbalizzazione dei punteggi attribuiti a maggioranza dalla commissione, ma ha ritenuto che la laconicità della verbalizzazione amputa sostanzialmente la possibilità di controllo e sindacato giurisdizionale, oltre a delineare un metodo in sostanza contrastante con l'esigenza di rispetto del canone di piena partecipazione che comunque connota il collegio perfetto ed illumina il modus operandi della commissione anche quando essa decide di procedere a maggioranza.

In sostanza la laconicità della motivazione inciderebbe da una parte sulla possibilità del controllo giurisdizionale, mentre dall'altra parte, genererebbe un contrasto fra un siffatto metodo ed il canone della collegialità.

Il difetto di motivazione sarebbe un sintomo dell'eccesso di potere, il criterio decisionale a maggioranza, legittimo in astratto non sarebbe stato applicato in maniera corretta, e non avrebbe garantito la piena partecipazione al giudizio di alcuni membri del collegio.

L'attività svolta dall'amministrazione si tradurrebbe in una mera convalida, preclusa nel caso di annullamento giurisdizionale di provvedimento.

La rinnovazione, secondo il ricorrente in ottemperanza, non può che consistere in una nuova valutazione, con un nuovo esercizio del medesimo potere riconosciuto dall'amministrazione alla commissione di gara ricostituita, senza l'obbligo di tener fermo un risultato precostituito.

Il ricorso conclude inoltre per l'inattuabilità della rinnovazione parziale, atteso che la piena conoscenza delle offerte economiche e tecniche di EDS ed EDA imporrebbe la necessità di indizione di una nuova gara, a pena di violare il principio di segretezza delle offerte.

Il ricorso è fondato per quanto di ragione.

In primo luogo va rilevato che l'intervento, nelle more del giudizio, del provvedimento di aggiudicazione ad EDS non esclude l'ammissibilità del ricorso in ottemperanza, trattandosi di atto finale del procedimento di rinnovazione della gara che è meramente consequenziale rispetto alle attività di rinnovazione prospettate come elusive nel ricorso.

Ne consegue che l'aggiudicazione è atto valutabile anch'esso nell'ambito della portata logica dei motivi di ricorso in ottemperanza quale contegno elusivo, dovendosi poi lasciare al merito la questione dei limiti nei quali l'azione dell'amministrazione non è risultata conforme al giudicato (non si verte, nella specie, nell'ambito di questioni non riconducibili alla portata giuridica e fattuale del giudicato, affidate allo scrutinio in giurisdizione di legittimità Cds IV 23 novembre 2003 n. 7778).

Il Collegio osserva che la attuazione che l'amministrazione ha inteso dare al giudicato appare senz'altro riduttiva ed elusiva.

Ferma la scelta discrezionale per l'amministrazione relativa all'indizione di nuova gara o alla rinnovazione parziale delle attività pregresse, scelta che l'amministrazione ha legittimamente operato nel senso di fare prevalere il principio utile per inutile non vitiatur (Cds VI 4/12/1998 n. 1668), va rilevato che limitare l'operato della commissione, in sede di rinnovazione degli atti di gara, ad una verbalizzazione delle operazioni a suo tempo svolte, significa ridurre l'effetto di annullamento degli atti di gara alla mera necessità di fornire, per quanto possibile, una prova dello svolgimento dei fatti, prova che tuttavia sarebbe legata alla evenienza fattuale di una esatta memoria dei commissari di gara.

Tutto ciò appare incongruo e soprattutto, per quel che interessa, non in linea con le affermazioni del giudicato che sottolinea che la laconicità della verbalizzazione delinea "un metodo in sostanza contrastante con l'esigenza di rispetto del canone di piena partecipazione che comunque connota il collegio perfetto ed illumina il modus operandi della commissione anche quando essa decide di procedere a maggioranza."

In sostanza le lacune nella verbalizzazione e nella motivazione sono assunte, in sentenza, a sintomo di eccesso di potere e di mancato rispetto del principio di collegialità.

La rinnovazione delle operazioni di gara non può poi mai risolversi in una inammissibile motivazione postuma (come sarebbe se fosse imposto alla commissione di esprimersi ora per allora, per giunta basandosi solo sulla circostanza della ricostruzione mnemonica dei fatti che può essere inficiata da circostanze varie ed imponderabili) con il che risulta evidente che detta rinnovazione deve risolversi in un nuovo esercizio del medesimo potere che, male esercitato una prima volta, è esitato nell'annullamento.

La motivazione postuma (resa ora per allora) è inammissibile nel corso del processo di impugnazione e quindi, a fortiori, non può essere un modo di eseguire un giudicato di annullamento per difetto di motivazione che sia sintomo di sviamento dell'azione amministrativa (sull'inammissibilità della motivazione postuma nel giudizio di legittimità: C. Stato, sez. V, 01-10-2001, n. 5187 secondo cui l'atto amministrativo, oggetto di impugnazione, non può essere integrato con motivazione postuma nel corso del giudizio, con la conseguenza che va esaminato alla stregua delle sole ragioni poste a suo sostegno e in esso esplicitate; sul concetto di motivazione postuma C. Stato, sez. VI, 06-05-2002, n. 2400 secondo cui l'integrazione postuma della motivazione si ha quando il provvedimento amministrativo viene prima adottato e poi motivato, non quando il provvedimento adottato con una determinata motivazione viene comunicato al destinatario in forma sintetica e poi conosciuto all'atto della produzione in giudizio).

Quanto poi all'impossibilità di rinnovare parzialmente la gara a buste aperte va rilevato che il principio di segretezza non assume, in vicende come questa in esame, un valore di assoluta inderogabilità, in quanto è necessario che esso sia coordinato con altri principi, di rilevanza costituzionale come la giustiziabilità delle posizioni giuridiche e l'eseguibilità dei giudicati amministrativi (art. 24 Cost.), ordinati a garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale.

In particolare occorre rilevare che le offerte sono ormai cristallizzate, per cui, non potendo mutare, ben è possibile apprezzarle nuovamente senza violare la par condicio che è il valore protetto dalla segretezza delle offerte medesime.

I condizionamenti del giudizio della commissione sono evitabili mediante l'analiticità della motivazione e la completezza della verbalizzazione alle quali essa è chiamata nel rinnovare il giudizio (in senso analogo CdS IV, n. 4834/2004; CdS VI 11/12/1998 n. 1668 C. Stato, sez. VI, 11-12-1998, n. 1668 secondo cui a seguito dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione di una gara mediante appalto-concorso per mancata formulazione dei criteri di massima in base ai quali procedere alla valutazione delle offerte, l'amministrazione non sempre deve rinnovare la gara ab initio, giacché talora prevale il principio della conservazione delle attività legittimamente espletate).

Inoltre ulteriore garanzia di imparzialità è desumibile dall'esistenza di criteri di massima predeterminati che non sono stati travolti dal giudicato.

Ne consegue l'accoglimento parziale del ricorso in ottemperanza.

Le spese del giudizio possono essere compensate in presenza di giusti motivi, attesa la novità e la complessità delle questioni.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, accoglie il ricorso in ottemperanza indicato in epigrafe e pertanto ordina all'amministrazione di dare esecuzione alla sentenza n. 1458/2004 mediante la rinnovazione del giudizio sulle offerte tecniche di EDS ed Enterprise, nei sensi indicati in parte motiva.

Compensa integralmente le spese del giudizio.

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

Così deciso in Roma, il 30 luglio 2004 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Sez.VI -, riunito in Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Mario Egidio SCHINAIA	Presidente
Giuseppe ROMEO	Consigliere
Francesco D'OTTAVI	Consigliere
Lanfranco BALUCANI	Consigliere
Giancarlo MONTEDORO	Consigliere Est.

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il 1 ottobre 2004

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

Il Direttore della Sezione

( da [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it) )