**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 3630 del 2009, proposto da:
Convertino s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall’avv. Pietro Quinto, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

***contro***

Siret s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall’avv. Vito Aurelio Pappalepore, con domicilio eletto presso Antonia De Angelis in Roma, via Portuense, 104; Consorzio Sisri di Brindisi, in persona del legale rappresentante*pro tempore*, rappresentato e difeso dall’avv. Giacomo Valla, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - SEZ. STACCATA DI LECCE: SEZIONE III n. 00492/2009, resa tra le parti, concernente appalto lavori di ampliamento pubblica illuminazione zona industriale brindisi

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 19 febbraio 2013 il Cons. Roberto Giovagnoli e uditi per le parti gli avvocati Quinto, Pappalepore e L’Abbate per delega di Valla.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società Convertino s.r.l. ha impugnato la sentenza del T.a.r. Puglia, sede distaccata di Lecce, sezione III, 23 marzo 2009, n. 492, che ha accolto il ricorso ed i motivi aggiunti proposti in primo grado dalla società Siret s.r.l. avverso il provvedimento di aggiudicazione in favore della stessa società Convertino della gara indetta dal Consorzio SISRI di Brindisi per i lavori di completamento ed ampliamento della pubblica illuminazione a servizio del bacino logistico portuale ed industriale Costa Morena.

2. Nel giudizio di primo grado, la società Siret, seconda classificata, ha lamentato, fra l’altro, il difetto di motivazione nell’attribuzione del punteggio da parte della Commissione.

3. In sede cautelare, il T.a.r. ha ritenuto fondato tale motivo ed ha disposto la sospensione degli atti impugnati.

4. In esecuzione dell’ordinanza cautelare del T.a.r., il Consorzio ha riconvocato la Commissione di gara per la rinnovazione della procedura di attribuzione del punteggio ai concorrenti.

4. All’esito della rinnovazione della procedura, nel corso della quale la commissione ha motivato i giudizi di preferenza accordati a ciascun concorrente, sono stati confermati gli esiti della gara.

5. Le modalità attraverso le quali il Consorzio ha dato esecuzione al provvedimento cautelare del T.a.r. sono state nuovamente constatate con motivi aggiunti dalla Siret.

6. Con la sentenza oggi appellata, il T.a.r., pur ammettendo la possibilità di procedere alla rinnovazione delle operazioni di gara in esecuzione di una pronuncia cautelare del giudice, ha, tuttavia, censurato l’operato della stazione appaltante, ritenendo ancora insufficiente e contraddittoria la motivazione espressa in sede di valutazione delle offerte tecniche. Il T.a.r. ha, di conseguenza, annullato l’aggiudicazione, dichiarato la caducazione del contratto nel frattempo stipulato e disposto, a titolo di reintegrazione in forma specifica, la rinnovazione della gara.

7. Per ottenere la riforma di tale sentenza hanno proposto impugnazione sia la società Convertino s.r.l. (che ha presentato appello principale), sia il Consorzio per l’aera di sviluppo industriale di Brindisi (che ha presentato appello incidentale autonomo).

8. Si è costituita in giudizio, per resistere agli appelli, la società Siret s.r.l., la quale, a sua volta, ha proposto appello incidentale avverso la sentenza del T.a.r. Puglia nella parte in cui: a) ha respinto il motivo di primo grado relativo all’impossibilità di procedere alla rinnovazione delle operazioni valutative ad offerte riconosciute; b) ha rigettato la domanda di risarcimento del danno per equivalente; c) ha disposto la compensazione delle spese di causa, ivi comprese quelle relative al contributo unificato.

9. Con ordinanza cautelare 19 maggio 2009, n. 3630, questa Sezione, in accoglimento dell’istanza cautelare presentata dalla Convertino s.r.l., ha sospeso l’efficacia esecutiva della sentenza sulla base della seguente motivazione: “Ritenuto che l’appello è assistito da *fumus boni iuris* e da *periculum in mora*, atteso che in sede di rinnovazione del giudizio la commissione ha motivato in maniera congrua in ordine alla valutazione delle offerte tecniche”

10. Alla pubblica udienza del 19 febbraio 2013, la causa è stata trattenuta per la decisione nel merito.

11. In primo luogo, deve essere esaminato, rivestendo priorità logica, il motivo di appello incidentale proposto dalla società Siret diretto a contestare la possibilità di procedere ad una parziale rinnovazione delle operazioni di gara, in un momento in cui erano già note le offerte tecniche ed economiche presentate dai concorrenti.

Il motivo non ha pregio.

Occorre, infatti, evidenziare che, anche nelle gare da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, il principio di segretezza delle offerte non ha valore assoluto, ma va necessariamente contemperato con altri principi, quali, in particolare, quelli dell’effettività della tutela giurisdizionale e del “giusto processo”, e con la rilevanza determinante, insita nel carattere “soggettivo” del giudizio amministrativo, che assume la situazione soggettiva azionata.

Come ha recentemente evidenziato l’Adunanza Plenaria con la sentenza 26 luglio 2012, n. 30 (sia pure con riferimento ad una fattispecie diversa da quella ora esaminata), non vi è dubbio che la pretesa fatta valere dal ricorrente sia quella di concorrere nella gara cui ha chiesto di partecipare per ottenere la relativa aggiudicazione; ed è altrettanto evidente che tale pretesa non può che essere soddisfatta dalla valutazione della sua originaria offerta in comparazione con le altre coevamente presentate.

Affermare dunque che, viceversa, dopo una pronuncia giurisdizionale favorevole (anche in sede cautelare) debba aprirsi una fase di presentazione di nuove offerte sia da parte sua sia da parte degli altri concorrenti, significa mutare l’interesse finale riconosciutogli in sede giurisdizionale in un evanescente interesse strumentale (così l’adunanza plenaria citata) alla partecipazione ad una gara sostanzialmente nuova. Il che non appare all'evidenza aderente al reale portata della pronuncia da lui ottenuta.

D’altro canto – afferma ancora la citata sentenza dell’Adunanza Plenaria n. 30 del 2012 – anche la soluzione favorevole alla riapertura della fase di presentazione delle offerte comporta essa stessa un’alterazione del canone della concorrenza, perché le nuove proposte sarebbero formulate da concorrenti che sono a conoscenza o che possono aver conosciuto almeno nei tratti essenziali le originarie offerte degli altri partecipanti alla gara, giusta i meccanismi di pubblicizzazione previsti, ora, dall'art. 120 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 e, in passato, dall'art. 91 del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 e sui quali si è esercitata copiosa giurisprudenza. Sussiste quindi in tale situazione il ben fondato rischio che le nuove proposte siano il frutto non di scelte di carattere meramente imprenditoriale, come le regole del mercato vogliono, ma anche di raffronti con le altre precedenti offerte e che, pertanto, siano volte all’ottenimento dell'aggiudicazione anche a scapito del loro complessivo equilibrio economico.

Nel caso di specie, peraltro, tali conclusioni valgono a maggior ragione in considerazione del fatto che la contestata “rinnovazione” si è risolta non in una nuova valutazione delle offerte già conosciute, ma, in maniera molto più limitata, nella semplice integrazione dell’originaria motivazione, dopo che il T.a.r., in sede cautelare, l’aveva appunto ritenuta insufficiente. La Commissione non ha, quindi, modificato le precedenti valutazioni (ad offerte conosciute), ma ha semplicemente integrato la motivazione di valutazioni e punteggi già espressi e formulati. Ha, in sostanza, soltanto ampliato la motivazione dei propri punteggi, al fine di dare esecuzione all’ordinanza cautelare del T.a.r. Deve escludersi che questa forma di integrazione “postuma” della motivazione (avvenuta senza modificare i punteggi già espressi) sia di per sé in contrasto con il principio di segretezza e di *par condicio*, specie se tali principi vengono applicati alla luce dei principi di effettività della tutela giurisdizionale e del giusto processo.

12. Si può a questo punto passare ad esaminare i motivi dell’appello principale proposto dalla società Convertino e dell’appello incidentale autonomo propsoto da Siret, volti a censurare la sentenza del T.a.r. nella parte in cui ha ritenuto insufficiente anche la nuova motivazione espressa dalla Commissione in conseguenza dell’ordinanza cautelare.

Come questa Sezione ha già rilevato in sede cautelare, gli appelli sono fondati, in quanto in sede di rinnovazione del giudizio la commissione ha motivato in maniera congrua in ordine alla valutazione delle offerte tecniche.

La commissione, infatti, per ciascun criterio e sub-criterio previsto nel bando e per ciascun concorrente, ha provveduto ad evidenziare gli elementi meritevoli di positivo apprezzamento, rispettando l’ordine decrescente di priorità fissato dal bando, alla cui osservanza si è fatto esplicito riferimento.

In particolare, con riferimento al primo criterio (quello rispetto al quale la commissione ha individuato le maggiori differenze tra le offerte, attribuendo alla Società Convertino punti 16 e alla società Siret punti 8), il divario è stato motivato alla stregua delle seguenti considerazioni:

con riferimento al primo sub-crierio (quello più importante in considerazione dell’ordine decrescente di priorità tra sub criteri stabilito dalla *lex specialis*), in considerazione del fatto che l’offerta Convertino ha proposto, in aggiunta a quella dell’offerta Siret: i) la tele gestione di tutti gli impianti (mentre la Siret ha offerto la telegestione parziale degli impianti; ii) gli adeguamenti gratuiti alla mutata situazione impiantisitica sopravvenuta successivamente alla redazione del progetto (che Siret non ha offerto);

con riferimento al secondo sub criterio in relazione al fatto che l’offerta Convertino prevede, in aggiunta a quanto offerto dalla Siret, la manutenzione gratuita dell’impianto per un periodo di ben 4 anni, più un ulteriore anno in cui viene offerta gratuitamente la sola manodopera.

Non può rilevare in senso contrario la circostanza che la commissione abbia riconfermato (sia pure, appunto, con motivazione più ampia) i punteggi precedentemente attribuiti, in quanto il vizio riscontrato dall’ordinanza cautelare del T.a.r. ed emendato dalla commissione consisteva nella mancanza di motivazione, non nella erroneità o illegittimità dei punteggi attribuiti. Il fatto, quindi, che in sede di rinnovazione del giudizio, i punteggi siano stati mantenuti inalterati oltre a non essere di per sé causa di illegittimità non ha neanche valore sintomatico di un presunto eccesso di potere.

13. Alla luce delle considerazioni che precedono, quindi, meritano accoglimento l’appello principale e l’appello incidentale autonomo proposti rispettivamente dalla società Convertino s.r.l. e dal Consorzio SISRI di Brindisi. Deve, invece, essere respinto l’appello incidentale proposto dalla società Siret s.r.l.. Per l’effetto, in riforma della sentenza appellata, deve essere respinto il ricorso proposto in primo grado avverso l’aggiudicazione disposta a favore della società Convertino s.r.l.

Le spese del doppio grado seguono la soccombenza e sono liquidati in complessivi € 8.000 per ciascuna parte, oltre gli accessori di legge.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando, accoglie l’appello principale proposto da Convertino s.r.l. e l’appello incidentale autonomo proposto da Consorzio SISRI di Brindisi. Respinge l’appello incidentale proposto da Siret s.r.l.

Condanna la società Siret s.r.l. al pagamento. a favore della Convertino s.r.l. e del Consorzio Sisri di Brindisi. delle spese del doppio grado di giudizio. che liquida, per ciascuna parte, in complessivi € 8.000, oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 febbraio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere, Estensore

Claudio Contessa, Consigliere

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

Roberta Vigotti, Consigliere

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  |  |  |
|  |  |  |
| **L'ESTENSORE** |  | **IL PRESIDENTE** |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/04/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)