

Aggiudicazione

## Annullamento dell'aggiudicazione per carenza di motivazione nell'attribuzione dei punteggi

CONSIGLIO DI STATO, sez. VI, 1° ottobre 2004, n. 6457

Pres. Schinaia - Est. Montedoro - Enterprise Digital Architects S.p.a. c. Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, Auselda Aed Group S.p.a., I.B.M. Italia S.p.a.

A seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione di un appalto pubblico per difetto di motivazione nell'attribuzione dei punteggi, laddove la stazione appaltante abbia inteso, come è consentito nella sua discrezionalità, fare applicazione del principio *utile per inutile non vitiatur*, la rinnovazione delle operazioni travolte dal giudicato di annullamento non può risolversi nella mera (ri)verbalizzazione - conforme ai criteri desumibili dal giudicato di annullamento - delle attività a suo tempo svolte, perché altrimenti sarebbe consentito fornire una motivazione postuma, vietata nel processo di annullamento e *a fortiori* in sede di ottemperanza.

Per contro, la commissione ricostituita è tenuta a operare, alla luce del giudicato di annullamento, una nuova valutazione delle offerte pervenute, anche nel caso in cui le buste siano già state aperte e senza che questo possa significare violazione del principio di segretezza, in quanto i condizionamenti di giudizio della commissione sono evitabili mediante l'analiticità della motivazione e la completezza della verbalizzazione, alle quali essa è chiamata nel rinnovare il giudizio.

### 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 T.A.R. 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 un 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 marzo 2002 n. 71, dal MIUR Servizio Automazione Informatica Innovazione Tecnologica, per la fornitura dei servizi afferenti alla gestione e sviluppo del si-

stema 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 Ericsonn) 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 agosto 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. 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 commissio-

ne 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 febbraio 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 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 S.p.a. 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 n. 9948/2003, tutti i motivi di censura proposti in primo grado (illegittimità del metodo utilizzato dalla commissione di gara che ave-

va 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 del 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 aprile 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* (Cons, Stato, VI, 4 dicembre 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 all'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: Cons. Stato, sez. V, 1° ottobre 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 Cons. Stato, sez. VI, 6 maggio 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 se-

gretezza 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 Cons. Stato, sez. IV, n. 4834/2004; Cons. Stato, sez. VI, 11 dicembre 1998, n. 1668, 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 allora 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.

Omissis

## IL COMMENTO

di Leonardo Masi

*Il Consiglio di Stato, in sede di ottemperanza, si è pronunciato in una fattispecie relativa all'esecuzione di una sentenza di annullamento dell'aggiudicazione di una licitazione privata con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per difetto di motivazione nell'attribuzione dei punteggi, attribuzione che la commissione aveva stabilito dover avvenire con la regola della maggioranza dei suoi membri.*

*L'Ente appaltante aveva inteso dare esecuzione alla pronuncia di annullamento disponendo la riconvocazione della commissione, chiamata a (ri)verbalizzare le operazioni a suo tempo compiute, adoperando quegli accorgimenti suggeriti dalla sentenza di accoglimento del ricorso.*

*Il Consiglio di Stato, in accoglimento parziale del ricorso in ottemperanza, ha stabilito che tale soluzione eludeva il giudicato di annullamento.*

*Affermata la possibilità per la stazione appaltante di non rinnovare integralmente la gara e quindi di fare applicazione del principio di conservazione degli atti giuridici legittimamente formati, il Consiglio di Stato ha stabilito che la rinnovazione parziale non può risolversi nella mera (ri)verbalizzazione delle attività a suo tempo svolte, poiché altrimenti sarebbe consentita la formulazione di una motivazione postuma e perché in tal modo sarebbe necessario il ricorso alle non attendibili capacità mnemoniche dei membri, ma è necessario, per contro, procedere ad una nuova valutazione delle*

**offerte pervenute sulla base dei principi desumibili dal giudicato di annullamento.**

Il Consiglio di Stato si è pronunciato in sede di esecuzione di una propria precedente decisione (1), passata in giudicato, attraverso la quale aveva accolto il ricorso proposto avverso i provvedimenti di aggiudicazione e connessi, relativi alla licitazione privata indetta dal Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca per l'affidamento del servizio di gestione e sviluppo del sistema informativo del Dipartimento dell'istruzione.

La società che ha proposto sia il ricorso introduttivo, che quello d'ottemperanza, nella fase di prequalificazione era stata esclusa dalla gara in quanto alla propria offerta tecnica era stato attribuito un punteggio inferiore al minimo prescritto dalla lettera d'invito ai fini dell'ammissione alla valutazione dell'offerta economica.

Dalla lettura della sentenza di annullamento, e di cui è stata chiesta l'esecuzione, si evince che la società ricorrente aveva, in primo luogo, censurato il fatto che la commissione, all'unanimità, avesse preliminarmente deliberato di attribuire i punteggi previsti per gli specifici contenuti delle offerte con il sistema della maggioranza. Inoltre, emergeva dall'esame dei verbali di gara che tale *modus operandi* era stato posto in essere senza tener conto dell'esigenza di consentire a posteriori la ricostruzione dell'*iter* formativo della decisione di maggioranza, attraverso l'indicazione della proposta messa ai voti, della motivazione della stessa, con l'eventuale indicazione del soggetto proponente, verbalizzando eventuali dichiarazioni di voto di dissenso e così via. Per cui, in assenza di tali accorgimenti, l'adozione della regola della maggioranza finiva per risolversi in una valutazione immotivata, non idonea a dare conto delle ragioni dell'operata scelta circa l'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il Consiglio di Stato, con la sentenza in commento, ha accolto la prospettazione ricorrente, avendo cura di precisare che «la natura di collegio perfetto della commissione di gara, impone, quantomeno, che debba indicarsi non l'espressione motivata e palese di tutti i suoi componenti ma, voce per voce, punto per punto, 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 Collegio ha ispirato espressamente la propria decisione, da un lato, al principio, peraltro tipico del funzionamento degli organi collegiali, secondo cui le operazioni delle commissioni delle gare di appalto, soprattutto per quanto riguarda l'attività propriamente valutativa, devono essere svolte dal *plenum* e ad esso imputate, e, dall'altro, all'elaborato giurisprudenziale in materia di attribuzione di punteggi nell'ambito concorsuale, secondo cui laddove i criteri di valutazione non siano stati rigidamente predeterminati, deve essere imposto alle com-

missioni esaminatrici di rendere percepibile l'*iter* logico seguito nell'attribuzione del punteggio stesso (2). Ed in ogni caso, l'obbligo imposto alla commissione giudicatrice di stabilire i criteri di valutazione e quindi di autolimitare la propria attività valutativa non avrebbe ragion d'essere laddove non fosse parimenti imposto l'obbligo di motivare, sia pure in modo sintetico, le modalità di concreta applicazione dei criteri stessi (3).

Ne ha concluso il Consiglio di Stato che la lacunosa verbalizzazione delle operazioni di gara, risultante dagli atti sottoposti al sindacato giurisdizionale, rendeva di impossibile decifrazione l'*iter* logico seguito dalla commissione nell'attribuzione dei punteggi, tanto più considerato l'elevato margine di discrezionalità insito nella valutazione di offerte tecnicamente complesse.

Il Ministero riteneva di dare esecuzione al giudicato amministrativo attraverso l'emanazione di un decreto con il quale veniva ordinata la ricostituzione della commissione con il compito di provvedere alla «nuova e compiuta verbalizzazione delle operazioni a suo tempo svolte, indicando 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».

La società ricorrente ha quindi reagito a tale ipotesi di esecuzione del giudicato di annullamento, rilevando, nell'appropriata sede dell'ottemperanza, che esso si traduceva, in realtà, in una vera e propria elusione del predetto giudicato amministrativo, in quanto l'attività dell'amministrazione si sarebbe risolta in una mera convalida delle operazioni, mentre sulla base del ragionamento seguito dal Consiglio di Stato sarebbe stato necessario o rinnovare la gara o, comunque, operare una nuova valutazione delle offerte, ma certamente non limitarsi a conferire, attraverso la rieverbalizzazione, una nuova veste di legittimità ad un risultato precostituito.

**La sentenza del Consiglio di Stato**

Il Consiglio di Stato ha accolto parzialmente il ricorso per ottemperanza, rilevando come l'attuazione che l'Amministrazione aveva inteso dare al giudicato apparisse senz'altro riduttiva ed elusiva.

Ammissa la possibilità per la stazione appaltante di fare applicazione del principio, sintetizzato dal brocardo *utile per inutile non vitiatur*, di conservazione degli atti giuridici legittimamente formati e non travolti dal giudicato di annullamento, il Collegio muove dalla consi-

**Note:**

(1) Si tratta della sentenza Cons. Stato, sez. VI, 22 marzo 2004, n. 1458.

(2) In questo identico senso Cons. Stato, sez. V, 6 ottobre 2003, n. 5899, in *Foro Amm.*, 2003, 2963; Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2003, n. 67, *ivi*, 190.

(3) Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 30 aprile 2003, n. 2331 citata in motivazione, in *Foro Amm.*, 2003, 1405, 1682 con nota di Ieva.

derazione per cui la rinnovazione non può tradursi nella mera (ri)verbalizzazione delle operazioni a suo tempo compiute, bensì richieda una nuova valutazione delle offerte presentate alla luce dei criteri forniti dalla sentenza di annullamento.

Infatti, la laconicità della verbalizzazione non si risolveva in un vizio di natura meramente formale, bensì si traduceva nell'impossibilità di decifrare l'*iter* logico seguito dalla commissione nell'attribuzione dei punteggi una volta autoattribuitosi il potere di procedervi con la regola della maggioranza, e quindi in carenza di motivazione. Per cui, una volta stabilito, come ha fatto il Consiglio di Stato nella sentenza di annullamento, che la commissione avrebbe dovuto funzionare secondo specifiche modalità al fine di garantire la trasparenza delle valutazioni eseguite, la logica conseguenza è che tali valutazioni avrebbero dovuto essere rinnovate alla luce dei criteri forniti dal giudicato.

Il limitarsi alla mera (ri)verbalizzazione ora per allora, poi, presenterebbe l'inconveniente di doversi necessariamente affidare alle capacità mnemoniche dei membri della commissione, capacità che possono essere inficiate da «circostanze varie ed imponderabili».

Argomenta ancora il Collegio che osterebbe alla mera riverbalizzazione il principio del divieto di motivazione postuma degli atti amministrativi, che se valido in sede di processo di annullamento, *a fortiori* non può ritenersi inoperante nel giudizio di ottemperanza.

Quanto, infine, all'intervenuta apertura delle buste quale potenziale fattore di condizionamento della commissione nelle operazioni da rinnovare, e quindi di turbamento del principio di segretezza, il Collegio afferma che tale rischio risulta prevenibile attraverso l'analiticità della motivazione e la completezza della valutazione.

Ne conclude la sentenza per l'accoglimento parziale del ricorso, nel senso, da un lato, della non necessità di procedere all'indizione di una nuova gara (come aveva chiesto il ricorrente in tesi), e, dall'altro, per l'illegittimità dell'operato del Ministero che aveva disposto la mera riverbalizzazione delle operazioni a suo tempo svolte, essendo per contro necessaria «la rinnovazione del giudizio sulle offerte tecniche».

### Annullamento dell'aggiudicazione e rinnovazione delle operazioni

La prima questione di diritto che emerge dalla decisione in commento, risolta invero speditamente dal Collegio, ma sulla quale è opportuno soffermarsi in via preliminare, riguarda la possibilità per la stazione appaltante, a seguito dell'annullamento giurisdizionale del provvedimento di aggiudicazione, di conservare gli atti compiuti fino all'aggiudicazione stessa, ovvero si trovi obbligata a rinnovare integralmente le operazioni di gara.

Ci si domanda, in altre parole, se, e soprattutto a quali condizioni, debbano prevalere i principi di segretezza delle offerte e di *par condicio* tra i partecipanti, ciò che dovrebbe indurre al *rinnovo* integrale della gara, ov-

vero debbano prevalere i principi di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, e quindi si debba procedere alla *riapertura* della gara (4).

La questione viene comunemente affrontata tenendo conto del principio generale di conservazione degli atti giuridici, che nel diritto amministrativo, è stato affermato, «assume una valenza rafforzata in relazione alle specifiche regole di economicità dell'azione amministrativa e del divieto di aggravio del procedimento» (5). Non può sfuggire che l'applicazione di tale principio, assolutamente condivisibile sotto il profilo sistematico, se calato nella specifica materia delle gare d'appalto pone non pochi spunti problematici, dovendo esso fare i conti con il non trascurabile fatto che, laddove oggetto di annullamento sia il provvedimento di aggiudicazione e, comunque, atti collocabili cronologicamente in momento successivo all'apertura delle buste, la rinnovazione parziale dovrà intervenire quando il contenuto delle offerte è già conosciuto.

L'interrogativo è stato oggetto di un ormai pluriennale *excursus* giurisprudenziale, con decisioni anche contrastanti tra loro ma che, a ben guardare, sono spesso il frutto del caso concreto da cui originano ed appaiono per lo più imposte dall'esigenza di darvi soluzione equilibrata, per evitare situazioni altrimenti difficilmente sostenibili sul piano della logica e dell'equità.

Ovviamente, e per contro, il problema non si pone laddove il giudicato di annullamento investa il bando di gara ovvero la lettera d'invito, nel qual caso l'obbligo di rinnovo integrale è fuori discussione (6).

Nella fattispecie concreta che ha originato la sentenza in commento, la pronuncia di annullamento aveva accolto il ricorso di primo grado «nei limiti di cui in parte motiva». Se si osserva con attenzione, oggetto del ricorso introduttivo era stata l'impugnazione anche della lettera di invito, ma è da ritenersi che il giudicato di annullamento abbia portata limitata al provvedimento di aggiudicazione, potendosi giungere a tale conclusione dando l'unico senso possibile all'inciso del dispositivo

#### Note:

(4) Sulla distinzione tra «rinnovo» e «riapertura» della gara, cfr. *L'Appalto Manuale operativo*, Milano, 2004, parte I, 45.

(5) Cons. Stato, sez. VI, 7 febbraio 2004, n. 422, in *Cons. Stato*, 2004, I, 267; Cons. Stato, sez. VI, 19 dicembre 2000, n. 6838, in *Cons. Stato*, I, 2667; Cons. Stato, sez. V, 3 febbraio 2000, n. 661 in questa *Rivista* 2000, 410 con nota di Daliso.

(6) Salvo il caso, però, della sopravvenuta esecuzione del contratto nel frattempo stipulato, ipotesi in cui il giudicato di annullamento rileverà unicamente ai fini del risarcimento del danno per equivalente: Cons. Stato, Ad. Plen., 29 gennaio 2003, n. 1, in *Foro Amm.*, 2003, 66; T.A.R. Lombardia, Brescia, 27 febbraio 2002, n. 363, in *Foro Amm.*, 2002, 411; Cons. Stato, sez. V, 3 dicembre 2001, n. 6018, in *Giust. Civ.*, 2001, I, 827 con nota di Mari; più articolata la posizione di T.A.R. Lazio, sez. I-bis, 2 luglio 2003, n. 5822, in *TAR*, 2003, I, 3129, la quale afferma che la rinnovazione sarà possibile «se l'appalto non ha già avuto integrale esecuzione, o non sia in fase di esecuzione troppo avanzata, o, infine, non sussistano ragioni di urgenza tali da ritenere eccessivamente oneroso per l'Amministrazione la ripenizione della gara».

«nei limiti di cui in parte motiva»; dalla motivazione risulta infatti in maniera non equivoca che è stato accolto il motivo di ricorso censurante il deficit motivazionale dell'attribuzione dei punteggi da parte della commissione quale emerso dai verbali delle sedute della commissione, mentre vengono fatte salve, in quanto non investite dalla pronuncia d'annullamento, sia la lettera d'invito, che la fase di presentazione delle offerte, quand'anche già note nel loro contenuto alla commissione, ma si tratta di aspetto, quest'ultimo, su cui torneremo di seguito.

Il giudice dell'ottemperanza si era quindi trovato in presenza proprio di una fattispecie concreta di fronte alla quale si prospettava l'alternativa, descritta in precedenza, tra riapertura e rinnovazione della gara.

Tenuto conto di tale contesto fattuale, il Consiglio di Stato, anche richiamando espressamente un proprio precedente (7), ha laconicamente riaffermato il principio che, nella propria discrezionalità, la stazione appaltante può optare, in luogo del rinnovo della gara, per l'applicazione del principio *utile per inutile non vitiatur*, così traslando il problema sul piano della specificazione di quali debbano essere i presupposti al verificarsi dei quali sia consentita la predetta opzione discrezionale.

Sul punto, la sentenza, che come detto, si limita ad affermare il principio, non offre elementi, e all'interprete, per risolvere il quesito, non resta che avventurarsi nei repertori giurisprudenziali alla ricerca di regole di comportamento cui le commissioni debbano attenersi.

Certamente, la (citata in motivazione) sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 1668/1998 rappresenta a pieno titolo la capostipite dell'orientamento che si è spinto di più nel prediligere il principio di conservazione degli atti giuridici, nel senso che esso deve prevalere sempre e comunque nei confronti di quelli di segretezza e *par condicio*.

Per cogliere la natura per certi versi ortodossa per precedente, nel caso della sentenza 1668/1998, addirittura, il Consiglio di Stato aveva consentito nientemeno che la riformulazione dei criteri di assegnazione dei punteggi a buste già aperte e, quindi, ad offerte già conosciute dalla commissione, e ciò sulla base della considerazione per cui «la conoscenza delle offerte rispetto alla riformulazione dei detti criteri, pertanto, provoca una riduzione, solo potenziale, dell'imparzialità inferiore al sicuro nocimento della buona amministrazione che deriverebbe dal porre nel nulla l'intera procedura» (8).

È di palmare evidenza ed è stato osservato che l'applicazione incondizionata di tale regola di soluzione del conflitto tra le due esigenze, per cui la rinnovazione importa un pregiudizio in termini di economicità dell'azione amministrativa mai sacrificabile sull'altare del principio delle segretezza delle offerte, potrebbe condurre a conclusioni aberranti, nel senso che tale secondo principio sarebbe svuotato di significato sostanziale (9).

Sul versante diametralmente opposto, quello cioè della prevalenza del principio di segretezza rispetto a quello di conservazione, è contemporanea alla sentenza

di cui si è appena detto un'altra, stavolta della Quinta Sezione (31 dicembre 1998, n. 1996 (10)), secondo la quale l'intervenuta apertura delle buste preclude sempre e comunque la rinnovazione parziale delle operazioni di gara travolte dal giudicato amministrativo ed impone, per contro, il rifacimento della gara.

Vi è, infine, un orientamento che potremmo definire intermedio e che riscuote successo, il quale opera una fondamentale distinzione tra appalti ad aggiudicazione «automatica» (prezzo più basso) e appalti in cui invece l'aggiudicazione presuppone una valutazione discrezionale della commissione (offerta economicamente più vantaggiosa e appalto concorso), essendo soltanto nel primo caso consentita, a fronte dell'annullamento dell'aggiudicazione, la riapertura della gara sulla base delle offerte pervenute, mentre altrimenti è necessario procedere alla rinnovazione della gara (11).

Tale criterio intermedio si mostra indubbiamente suadente e persuasivo, in quanto sembra operare la giusta contemperazione degli opposti principi, tenendo cioè ben presente la portata dell'esigenza di conservazio-

#### Note:

(7) Cons. Stato, sez. VI, 4 dicembre 1998, n. 1668, in questa *Rivista* 1999, 400 con nota di Locati.

(8) Quindi la sentenza n. 1668/1998 va ben al di là di quella in commento, nella quale ci si poneva in una fase successiva alla formulazione dei criteri, e cioè in quella della valutazione delle offerte, fermi restando i criteri contenuti nella lettera d'invito. È evidente che nell'arco della scansione procedimentale che va dalla lettera d'invito (o bando) al provvedimento di aggiudicazione, sarà tanto più problematico fare applicazione del principio di conservazione quanto più lontano rispetto all'aggiudicazione si pone il momento dell'attività della commissione colpito dalla pronuncia di annullamento (in questo senso la fase di individuazione dei criteri o sottocriteri è ovviamente anteriore alla fase di attribuzione dei punteggi).

Occorre poi rilevare che tale impostazione si scontra con la linea giurisprudenziale ormai marcata, secondo la quale è illegittima la fissazione, da parte della commissione, di sottocriteri a buste aperte: da ultimo Cons. Stato, sez. V, 4 febbraio 2003, n. 533, in *Foro Amm.*, 2003, 570; Cons. Stato, sez. V, 30 ottobre 2002, n. 5966, *ivi* 2002, 2481.

(9) Giustamente Locati, cit., metteva in guardia dalla pericolosità della sentenza Cons. Stato, 1668/1998 per l'estrema apertura di credito concessa alle stazioni appaltanti circa la possibilità di prescindere dalla rinnovazione della gara.

(10) Cons. Stato, sez. V, 31 dicembre 1998, n. 1996, in questa *Rivista* 1999, 606; in termini la precedente Cons. Stato, sez. V, 24 novembre 1997, n. 1372, in *Foro It.*, 1998, III, 630.

(11) Cons. Stato, sez. VI, 7 ottobre 2003, n. 5925, in *Foro Amm.*, 2003, 3041; Cons. Stato, sez. V, 21 gennaio 2002, n. 340, in questa *Rivista* 2002, 84; Cons. Stato, sez. V, 3 febbraio 2000, n. 661, cit. La sentenza n. 5925/2003 afferma, con riferimento all'annullamento dell'esclusione di uno o più partecipanti e quindi dell'aggiudicazione: «Quando esistano apprezzamenti di discrezionalità tecnica o amministrativa con attribuzione di punteggi legati a valutazioni di ordine tecnico (licitazione privata col metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, appalto concorso), l'illegittima esclusione di un concorrente, se accertata dopo il riesame delle offerte, rende necessario il rinnovo dell'intero procedimento di gara a partire dalla stessa fase di presentazione delle offerte; infatti, la riammissione delle imprese originariamente escluse impedirebbe di effettuare una valutazione delle loro offerte rispettando i principi della «par condicio» tra i concorrenti e della necessaria consuetudine del giudizio comparativo, perché la seconda valutazione risulterebbe oggettivamente condizionata dall'intervenuta conoscenza delle precedenti offerte e dall'attribuzione del punteggio».

ne degli atti validamente formati, ma temperandolo alla luce della naturale, e viene da dire umana, possibilità che i membri della commissione risentano della previa conoscenza del contenuto delle offerte con riferimento alle attività da rinnovare, per cui soltanto l'automaticità del criterio di aggiudicazione può sterilizzare tale fisiologico turbamento.

In un panorama siffatto, la sentenza in commento mostra però assoluto disinteresse rispetto alla distinzione in ragione del metodo selettivo, innanzitutto perché afferma la possibilità di provvedere alla riapertura della gara in una licitazione che veniva affidata con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, quindi con criterio ad elevata componente discrezionale. In secondo luogo, perché il potenziale condizionamento dei membri della commissione, come vedremo meglio di seguito, non rappresenta ad avviso del Collegio un elemento dirimente, potendo ovviarsi attraverso l'assolvimento in maniera particolarmente rigorosa dell'obbligo motivazionale. In altre parole, la possibilità di sindacare sempre e comunque le attività rinnovate è la garanzia migliore per il ricorrente vittorioso nel giudizio di annullamento.

Occorre, quindi, annoverare la sentenza in commento nel solco dell'orientamento che predilige il principio di conservazione rispetto a quello di segretezza e *par condicio*.

Tirando le fila del discorso, in questa sede necessariamente sommario, un dato che pare emergere dalla sentenza in commento è una certa qual tendenza a considerare il principio di segretezza delle offerte, con riferimento alla commissione giudicatrice, non un principio intangibile, ma che deve recedere di fronte a quello della conservazione degli atti validamente formati.

Si è detto con riferimento alla commissione perché anche le sentenze più orientate nel senso della predilezione del principio di conservazione degli atti, si sono misurate con ipotesi in cui la fase della rinnovazione avrebbe posto i concorrenti su un piano paritario tra loro, in cui cioè le offerte erano sì conosciute, ma quelle di tutti.

Per cui la *par condicio* non sarebbe stata pregiudicata e si poneva unicamente un problema di segretezza e di potenziali condizionamenti per la commissione, ma si è visto, e lo vedremo meglio di seguito, che il sindacato circa le attività rinnovate può scongiurare tale pericolo.

Del tutto diversi sono i casi, almeno questo pare a chi scrive, in cui dall'applicazione del principio *utile per inutile non vitiatur* a buste aperte possa conseguire un vantaggio oggettivo per un concorrente rispetto agli altri, per cui, con riferimento al singolo concorrente, il principio di segretezza e soprattutto quello di *par condicio* devono continuare a prevalere rispetto a quello di conservazione.

Quindi, ad esempio, non potrà procedersi a riapertura, ma sarà obbligatorio il rinnovo, quando la conseguenza del giudicato di annullamento è che un concor-

rente, la cui esclusione è stata ritenuta illegittima, abbia nel frattempo ritirato la propria documentazione e possa ripresentare la propria offerta quando quelle degli altri concorrenti sono già conosciute (12).

È così, in linea tendenziale, da ritenersi prevalente il principio di conservazione ogni qual volta la riapertura della gara non pregiudichi la *par condicio* dei concorrenti alterando la consistenza delle *chances* di aggiudicazione dell'uno rispetto agli altri, ed è il caso in esame, laddove la sottofase di acquisizione delle offerte pervenute risultava per così dire cristallizzata e si tratta soltanto di (ri)valutarle alla luce dei criteri desumibili dalla sentenza di accoglimento del ricorso.

Ulteriore temperamento della soluzione che privilegia il principio di conservazione e quindi la riapertura della gara può essere individuato nell'altro principio, anch'esso affermato in alcuni arresti giurisprudenziali, della necessaria contestualità del giudizio comparativo delle offerte.

Quindi, se l'annullamento investe una fase della procedura riferita a tutte le offerte, nel senso che l'attività di rivalutazione delle stesse è contestuale, *nulla questio*.

Ma se l'annullamento avviene, ad esempio, per illegittima esclusione di un partecipante, l'offerta del riammesso sarebbe esaminata e valutata in un momento successivo rispetto a quello degli altri, con ciò ledendo il rammentato principio della contestualità dell'esecuzione del giudizio comparativo, nel senso che la valutazione di un'offerta quando tutte le altre sono da tempo note potrebbe creare una non consentita alterazione della *par condicio* (13).

Come si vede, le variabili in punto di fatto assumono, nell'argomento in questione, una portata spesso decisiva, ciò che rende inevitabilmente difficoltosa l'individuazione di regole di comportamento valide sempre e comunque.

Ecco allora che la sentenza in commento, sebbene degna di nota per il superamento ai fini della riapertura della gara a seguito di annullamento del provvedimento di aggiudicazione della distinzione tra appalti ad aggiudicazione automatica e appalti a contenuto discrezionale, non può dirsi idonea a dare un'impronta decisiva al problema ed occorrerà pertanto attendere con curiosità i successivi interventi del giudice amministrativo.

#### Note:

(12) Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 13 ottobre 1986, n. 664, in *Cons. Stato*, 1986, I, 1450; T.A.R. Puglia, Bari, 6 ottobre 1986, n. 700, in *TAR*, 1986, I, 4208.

(13) T.A.R. Lazio, sez. I, 18 marzo 2003, n. 2070, in *TAR*, 2003, I, 525; T.A.R. Campania, sez. II, 4 febbraio 2003, n. 638, in *Foro Amm.*, 2003, 692; T.A.R. Lazio, sez. III, 10 luglio 2002, n. 6237, in *TAR*, 2002, I, 2794; T.A.R. Lazio, sez. II, 26 ottobre 2000, n. 8613, *ivi*, 2000, I, 4796; Cons. Stato, sez. VI, 1° marzo 1996, n. 281, in *Foro Amm.*, 1996, 281. Cfr. però, in senso contrario, T.A.R. Lazio, sez. I, 2 luglio 2003, in 5822, in *Foro Amm.*, 2003, 2278, in cui, a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione per illegittima esclusione di un partecipante, è stata consentita la riapertura della gara al solo fine di valutare l'offerta del soggetto riammesso.



In uno dei precedenti segnalati, si è infatti e correttamente evidenziato di come, in caso di annullamento dell'aggiudicazione e di necessitata scelta tra rinnovo integrale e riapertura della gara, «l'esistenza di un pericolo intollerabile per l'imparzialità dell'azione amministrativa non possa essere postulata a priori, ma debba essere verificata in concreto» (14).

### **Annullamento dell'aggiudicazione per difetto di motivazione: (ri)valutazione delle offerte e non (ri)verbalizzazione delle operazioni compiute**

Venendo ad esaminare il passaggio centrale della sentenza, il Consiglio di Stato si è posto il problema se l'annullamento dell'aggiudicazione (e dei verbali di gara) per difetto di motivazione, in quanto non era evincibile il ragionamento operato dalla commissione nell'attribuzione dei punteggi, dovesse comportare la mera (ri)verbalizzazione delle operazioni a suo tempo compiute o invece obbligasse la commissione ad una nuova valutazione delle offerte.

Il Collegio, come detto, ha optato per questa seconda soluzione, assolutamente condivisibile.

Ora, una compiuta analisi del tema presuppone la presa di posizione sul problema di fondo, dato dalla funzione che si intende attribuire all'attività di verbalizzazione, se cioè di mera certificazione di un fatto storico accaduto, attività che quindi possa considerarsi scissa dal predetto fatto, la cui esistenza prescinde quindi dalla verbalizzazione (15), ovvero la si connota quale strumento di controllo della validità delle operazioni verbalizzate al fine di decifrare l'iter logico seguito dall'organo valutatore, e quindi quale requisito essenziale, per cui in assenza di verbalizzazione, o di sua riconosciuta illegittimità, è il fatto storico stesso e l'atto che lo incorpora ad esserne irrimediabilmente investito in quanto tale (16).

La seconda prospettiva, specie con riferimento alla verbalizzazione delle operazioni delle commissioni di gara per l'affidamento di appalti pubblici, appare preferibile ed è quella su cui si fonda la sentenza in commento.

La conclusione assume ancor più valore alla luce della considerazione sviluppata dal Consiglio di Stato, per cui laddove la commissione deliberi di attribuire i punteggi a maggioranza è necessario al fine di cogliere il ragionamento seguito e quindi consentire ai partecipanti il sindacato di legittimità conoscere le sottofasi propeudetiche all'attribuzione del punteggio, quali la formulazione della proposta di punteggio, il membro proponente, la discussione, l'espressione dei dissensi e così via (17).

Ecco allora che la verbalizzazione delle operazioni acquisisce un valore certamente rafforzato, specie nell'ipotesi di attribuzione di punteggio numerico che si consideri espressione del giudizio della commissione, per cui davvero è difficile cogliere la distinzione tra attività di verbalizzazione e fatto storico valutativo.

Ciò detto, il Collegio introduce l'altro elemento di rilievo nel ragionamento seguito per giustificare la conclusione raggiunta, e cioè che se la pronuncia di annullamento si ritenesse riferita soltanto alla verbalizzazione, e non all'attività valutativa, l'ottemperanza si risolverebbe in una verbalizzazione postuma di fatti storici verificatisi in passato.

Il problema della verbalizzazione postuma è già sorto in giurisprudenza e sembra ormai prevalere, specie alla luce di un recente intervento del Consiglio di Stato, la tesi dell'obbligatoria contestualità della verbalizzazione rispetto allo svolgimento delle operazioni di gara e, quindi, dell'impossibilità di verbalizzare ora per allora (18).

#### **Note:**

(14) T.A.R. Lazio, sez. I, 18 marzo 2003, n. 2070, cit.

(15) Così Cass., sez. II, 5 maggio 1989, in *Riv. Not.*, 1989, 2127 per la quale addirittura le deliberazioni di un consiglio di amministrazione di una società di capitali non verbalizzate ma conosciute da terzi sono a questi opponibili.

(16) Cass., sez. I, 20 giugno 2000, n. 8370, in *Vita Not.*, 2001, 374. Cfr. in particolare T.A.R. Piemonte, sez. II, 10 giugno 2002, n. 1179, in *Foro Amm.*, 2002, 1879 secondo cui: «La deliberazione di un organo collegiale si sostanzia nelle due componenti essenziali della determinazione volitiva dell'organo e della sua verbalizzazione, sicché la mancanza della seconda comporta, di regola, la nullità assoluta della prima, ancorché, come nel caso di specie, non di attività provvedimento vera e propria si tratti, ma di un giudizio tecnico discrezionale, a sua volta basato su attività conoscitiva e valutativa dei progetti presentati dai concorrenti». Ancora, T.A.R. Lazio, sez. I, 6 marzo 1995, n. 389, in *Foro Amm.*, 1995, 1687: «La verbalizzazione in forma scritta dell'attività dell'organo collegiale è requisito sostanziale per la sua esistenza e non è sostituibile con altri mezzi di prova».

(17) Si tratta invero del corollario di un principio già elaborato dalla giurisprudenza con riferimento alle procedure di appalto concorso, secondo cui: «Ai fini di una corretta formazione della volontà collegiale della commissione giudicatrice di un appalto concorso, in sede di valutazioni discrezionali, è necessario che tutti i membri rendano singolarmente il proprio giudizio e che si faccia luogo ad un'analitica verbalizzazione di tali indicazioni»: T.A.R. Lazio, sez. III, 1° febbraio 2001, n. 814, in *TAR*, 2001, I, 773; Cons. Stato, sez. V, 13 marzo 1981, in *Cons. Stato*, 1981, I, 306.

(18) Cons. Stato, sez. V, 10 luglio 2003, n. 4119, in *Cons. Stato*, 2003, I, 1570; Cons. Stato, sez. V, 24 novembre 1997, n. 1372, in *Foro It.*, 1998, III, 630; cfr. anche, tra le più recenti. In senso contrario T.A.R. Piemonte, sez. II, 10 giugno 2002, n. 1179, cit. secondo cui «non è necessario che la verbalizzazione avvenga contestualmente o in momento immediatamente successivo alla conclusione delle operazioni, purché la verità storica dei fatti risulti dal verbale e non da un documento separato al quale il primo si limiti a fare riferimento». Per la posizione intermedia, della non necessaria contestualità, ma comunque della prossimità T.A.R. Lazio, sez. II, 14 maggio 2003, n. 4215, cit.: «È necessario che la verbalizzazione delle operazioni avvenga, anche se non contestualmente alle operazioni stesse, entro un congruo lasso di tempo e che trovi riferimento in ciascuna delle riunioni tenute». Interessante, infine, Cons. Stato, sez. V, 3 gennaio 2002, n. 5, in *Foro Amm.*, 2002, 78, secondo cui: «L'effettiva contestualità del verbale delle operazioni di gara è data dalla redazione del manoscritto, contenente la registrazione dello svolgimento dei lavori, che può essere dattiloscritto e collazionato successivamente per trasferirlo in un atto dotato di maggiore chiarezza e comprensibilità ma sempre riproduttivo di un atto formato nell'immediatezza degli adempimenti».

In questo senso, la sentenza in commento coglie nel segno laddove rileva che la verbalizzazione postuma, da un lato, si risolverebbe in una motivazione successiva non consentita (19), e, dall'altro, dovrebbe presupporre un'operazione mnemonica dei componenti della commissione, chiamati a ricostruire i fatti già accaduti, attività fisiologicamente e per sua natura inattendibile.

Anche sotto tale profilo, quindi, la decisione è apprezzabile, in quanto si contraddistingue per la sentita esigenza di garantire che nelle procedure di gara caratterizzate da elevata componente discrezionale il percorso seguito dalla commissione, che si conclude con l'attribuzione di un punteggio numerico, possa emergere non solo compiutamente, ma anche nella contestualità dello svolgimento delle operazioni, il tutto in ossequio del principio

di trasparenza cui deve ispirarsi, in generale, l'azione amministrativa.

#### Nota:

(19) Cons. Stato, sez. V, 24 novembre 1997, n. 1372, cit.; T.A.R. Molise, 15 novembre 2002, n. 905, in TAR, 2003, I, 348 («Non possono avere alcun valore le operazioni valutarie compiute in una gara per l'aggiudicazione di un contratto pubblico se esse non sono state debitamente verbalizzate, non solo perché oggettivamente inattendibili ma anche perché implicanti un'inammissibile giustificazione postuma»); T.A.R. Sicilia, 22 febbraio 2000, n. 370, *ivi* 2000, I, 2165 («Non è consentita la sanatoria *ex post* delle operazioni di una gara d'appalto pubblica ... in quanto un siffatto accertamento, oltre ad essere del tutto inattendibile, soprattutto quando non trovi un oggettivo riscontro nei verbali di gara, implica un'inammissibile giustificazione postuma di tutte le determinazioni assunte, comprese quelle che di per sé non potrebbero trovare fondamento nelle obiettive risultanze dei verbali»).

## LIBRI

### Codice del processo amministrativo Norme coordinate e annotate con la giurisprudenza

Rosanna De Nicolis

La II edizione del Codice del processo amministrativo è stata aggiornata tenendo conto delle numerose **novità legislative e giurisprudenziali**. Nella parte dedicata ai **riti speciali**, è stato inserito il **nuovo rito speciale ingiuntivo con decreto di pagamento e opposizione al decreto di liquidazione delle spese di istruttoria**. I riti speciali davanti al giudice ordinario sono stati arricchiti con il **processo esecutivo in cui è parte la pubblica amministrazione**. Ampia rilevanza è stata data agli strumenti di soluzione stragiudiziale delle liti: mezzi di **conciliazione** e di **arbitrato**. Il Codice è aggiornato con le **regole in tema di giurisdizione, competenza e rito processuale in materia di giustizia sportiva e con il codice delle comunicazioni elettroniche**, per il quale è stata dettata una regola speciale di giurisdizione e competenza a rito processuale.

Le note giurisprudenziali sono state oggetto di un processo generale di revisione per renderle aderenti alla più recente giurisprudenza. **Ogni articolo del Codice riporta l'articolo e la fonte normativa da cui è tratto con l'utile indicazione delle norme abrogate.**

Ipsoa 2004, II edizione, pagg. 1.600,  
€ 49,00

#### Per informazioni

- Servizio Informazioni Commerciali  
(tel. 02.82476794 - fax 02.82476403)
- Agente Ipsoa di zona  
([www.ipsoa.it/agenzie](http://www.ipsoa.it/agenzie))
- [www.ipsoa.it](http://www.ipsoa.it)

### Codice del processo amministrativo

Norme coordinate e annotate con la giurisprudenza  
II edizione

Rosanna De Nicolis

IPSOA

IPSOA