

N. 00030/2012REG.PROV.COLL.

N. 00025/2012 REG.RIC.A.P.

N. 00026/2012 REG.RIC.A.P.



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 25 di A.P. del 2012, proposto da: Fidelitas Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Giorgio Orsoni, Bruna Lazzerini, Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2; La Ronda Servizi di Vigilanza Spa, Istituto di Vigilanza Nuova Polnotte Srl, Istituto di Vigilanza Città di Treviglio Srl, rappresentati e difesi dagli avv. Angelo Clarizia, Bruna Lazzerini, Giorgio Orsoni, con domicilio eletto presso Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

***contro***

Sacbo Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Stefano Di Meo, Franco Bertacchi, con domicilio eletto presso Stefano Di Meo in Roma, via G. Pisanelli, 2;

***nei confronti di***

Italpol Vigilanza Milano Srl in proprio e quale Mandataria Costituendo Ati, rappresentato e difeso dagli avv. Giovan Candido Di Gioia, Maurizio Zoppolato, con domicilio eletto presso Giovan Candido Di Gioia in Roma, piazza G. Mazzini,

27; Ati - Sicuritalia Spa in proprio e quale Mandante; Sipro Sicurezza Professionale Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Fabrizio Paoletti, Emanuela Paoletti, con domicilio eletto presso Fabrizio Paoletti in Roma, via G. Bazzoni, 3;

sul ricorso numero di registro generale 26 di A.P. del 2012, proposto da: Fidelitas Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Giorgio Orsoni, Bruna Lazzerini, Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde N.2;

***contro***

Sacbo Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Franco Bertacchi, Stefano Di Meo, con domicilio eletto presso Stefano Di Meo in Roma, via G. Pisanelli, 2;

***nei confronti di***

Sicurezza Professionale Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Fabrizio Paoletti, Emanuela Paoletti, con domicilio eletto presso Fabrizio Paoletti in Roma, via G. Bazzoni, 3; North Est Service Spa (Nes Spa), Rti - Sicuritalia Spa e in Proprio, Civis Centro Italiano di Vigilanza Interna e Stradale Spa; Italpol Vigilanza Milano Srl in proprio e quale Mandataria Costituendo Rti, rappresentato e difeso dagli avv. Giovan Candido Di Gioia, Maurizio Zoppolato, con domicilio eletto presso Giovan Candido Di Gioia in Roma, piazza G. Mazzini, 27;

***per la riforma***

quanto al ricorso n. 25 del 2012:

della sentenza del T.a.r. Lombardia - Sez. Staccata Di Brescia: Sezione Ii n. 01235/2011, resa tra le parti, concernente affidamento servizi di vigilanza e sicurezza aeroporto di Bergamo Orio al Serio

quanto al ricorso n. 26 del 2012:

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Sacbo Spa e di Itapol Vigilanza Milano Srl in proprio e quale Mandataria Costituendo Ati e di Sipro Sicurezza Professionale Srl e di Sacbo Spa e di Sicurezza Professionale Srl e di Itapol Vigilanza Milano Srl in proprio e quale Mandataria Costituendo Rti;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 giugno 2012 il Cons. Anna Leoni e uditi per le parti gli avvocati Clarizia, Lazzerini, Orsoni, Bertacchi, e Di Gioia. Clarizia, Lazzerini, Orsoni, Bertacchi, e Di Gioia.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

1. La Società per l'aeroporto civile di Bergamo- Orio al Serio(Sacbo s.p.a.) indiceva una gara per l'affidamento dei servizi di sicurezza e vigilanza in ambito aeroportuale.

Tra i requisiti di partecipazione era richiesta l'autorizzazione ex art. 137 TULPS (r.d. 18 giugno 1931, n. 773) rilasciata dalla Prefettura di Bergamo(ovvero dalla Prefettura della Provincia ove aveva sede il concorrente se la stessa era rilasciata per l'esercizio dell'attività in più Province, inclusa quella di Bergamo). I concorrenti, inoltre, dovevano rendere una dichiarazione ai sensi del d.P.R. n. 445 del 2000, con cui si obbligavano ad ottenere entro 60 gg. dalla comunicazione dell'aggiudicazione una certificazione rilasciata dall'ENAC, relativa al possesso di tutti i requisiti richiesti dal d.m. n. 85 del 29 gennaio 1999 (Regolamento recante norme di attuazione dell'art. 5 del d.l. 18 gennaio 1992 n. 9, in materia di affidamento in concessione dei servizi di sicurezza) per l'esercizio di attività di vigilanza in aeroporto.

2. Nella seduta del 4 gennaio 2011 veniva escluso dalla gara il costituendo r.t.i. Itapol Vigilanza Milano- Sicuritalia s.p.a., in quanto l'autorizzazione di pubblica sicurezza *ex art. 134 Tulps*, rilasciata alla soc. Sicuritalia, sarebbe stata limitata e non ne sarebbe stata chiesta l'estensione per il servizio oggetto di appalto *ex art. 257-ter r.d. 6 maggio 1940 n. 635 (Regolamento per l'esecuzione del testo unico 18 giugno 1931 n. 773 delle leggi di pubblica sicurezza)*.

La gara veniva, quindi, aggiudicata alla soc. Sipro, mentre al secondo posto si classificava il costituendo r.t.i. avente come rappresentante Fidelitas spa.

3. Ne scaturivano tre contenziosi davanti al TAR Lombardia- Sezione staccata di Brescia: 1) Fidelitas spa proponeva ricorso contro l'aggiudicazione a favore di Sipro srl (n.166/11); 2) Il costituendo r.t.i. Itapol Vigilanza Milano- Securitas impugnava la propria esclusione (n. 168/11), peraltro sospesa in via cautelare dal TAR con ord. N. 211/11, confermata dal Consiglio di Stato, VI Sez., con ord. N. 1412/11; 3) A seguito della riammissione in gara e della riedizione del potere, il costituendo r.t.i. Itapol Vigilanza Milano s.r.l.- Securitas spa veniva dichiarato aggiudicatario: da qui il ricorso proposto da Fidelitas spa contro la riammissione alla gara e l'aggiudicazione a favore del citato r.t.i. (n.435/11).

4. Il TAR ha reso due distinte sentenze: con la prima, n. 1235/11, resa sui ricorsi riuniti nn. 168/11 e 435/11, ha accolto il ric. n. 168/11 e rigettato il ric. n. 435/11, ritenendo da un lato illegittima la esclusione di Itapol e, dall'altro, legittima la sua riammissione in gara e l'aggiudicazione a suo favore. Con la seconda (n. 1297/11) il Tar ha dichiarato in parte improcedibile ed in parte inammissibile il ricorso n. 166/11 proposto da Fidelitas spa contro l'aggiudicazione a favore di Sipro srl, in base al rilievo del difetto di interesse in capo a Fidelitas a contestare la posizione di seconda classificata, una volta giudicata legittima l'aggiudicazione a favore della prima classificata.

5. Entrambe le sentenze sono state appellate dal costituendo r.t.i. rappresentato da Fidelitas spa, con separati appelli, tempestivamente e ritualmente notificati e depositati.

6. La VI Sezione con sentenza parziale n. 2515/12 e contestuale rimessione di questione all'adunanza plenaria, resa sugli appelli riuniti, ha confermato la illegittimità del provvedimento di esclusione di Sicuritalia spa.

Ritiene invece di dover rimettere all'adunanza plenaria la questione sollevata con il terzo motivo di ricorso. In esso viene contestato il secondo capo della sentenza TAR relativo alle modalità di riedizione del potere da parte della stazione appaltante: è stato, infatti, ritenuto corretto l'operato della medesima che, ai sensi dell'art. 82 comma 12 del codice degli appalti, ha riammesso in gara l'esclusa e proceduto alla valutazione della sua offerta, a cura della medesima commissione, dopo che erano già state conosciute e valutate le altre offerte, in omaggio al principio di conservazione degli atti di gara.

La parte appellante lamenta che il Tar nel dare prevalenza a detto principio, ha sacrificato altri principi prioritari quali quelli di trasparenza, imparzialità e *par condicio* e che l'art. 84, comma 12, del codice degli appalti potrebbe trovare applicazione solo nel caso di procedure automatiche.

La VI Sezione, sul punto del rinnovo delle operazioni di gara a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione o dell'esclusione di un concorrente, rileva che non vi è univocità della giurisprudenza.

In particolare, secondo un primo indirizzo, si è ritenuto che la soluzione dipenda dal criterio di aggiudicazione.

Nel caso di criterio del prezzo più basso, dovendo la commissione svolgere solo valutazioni di ordine aritmetico, l'avvenuta conoscenza degli autori delle offerte non impedirebbe di partire dall'ultimo atto annullato anziché rinnovare l'intero procedimento: sarebbe quindi possibile mantenere ferma la fase di presentazione

delle offerte e rinnovare solo la fase di esame comparativo delle offerte (V Sez. nn. 2843/08 e 5372/08).

Invece, nel caso di criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dove la commissione deve compiere valutazioni discrezionali, una volta annullata l'aggiudicazione occorrerebbe rinnovare l'intera procedura a partire dalla fase di presentazione delle offerte medesime (V Sez., nn. 5892/05 e 2612/06; IV Sez. n. 3617/04).

Altra giurisprudenza, con riferimento al diverso caso in cui la gara sia annullata per eccesso di potere e violazione del principio di collegialità a causa di lacune nella motivazione o nella verbalizzazione dei giudizi delle offerte, ha ritenuto che non violerebbe la *par condicio* il rinnovo parziale della gara a buste aperte ed un nuovo apprezzamento da parte della commissione delle offerte, atteso che il principio di segretezza delle offerte non sarebbe inderogabile in senso assoluto, dovendo essere coordinato con altri principi quali l'effettività della tutela giurisdizionale e l'eseguibilità dei giudicati. Il pericolo di condizionamenti del giudizio della commissione sarebbe evitabile mediante l'analiticità della motivazione e la compiutezza della verbalizzazione nonché mediante l'utilizzo dei criteri di massima predeterminati e non travolti dal giudicato (VI Sez. nn. 6457/04 e 683/05; IV Sez. n. 4834/04).

Tale orientamento è stato fatto proprio dalla sentenza appellata, estendendolo al caso, non contemplato dai precedenti, di annullamento dell'esclusione di un concorrente.

7. Connesso con la problematica del rinnovo delle operazioni di gara è quello della possibilità di ricostituzione della precedente commissione ovvero di nomina di una nuova commissione: al riguardo ritiene la Sezione rimettente che non sembra che l'art. 84 comma 12 stabilisca un obbligo assoluto di riconvocazione dell'originaria commissione, ma solo un criterio di massima.

8. Conclusivamente, la Sezione ritiene che, in caso di offerta economicamente più vantaggiosa, non si dovrebbe consentire, ad offerte già valutate e conosciute, che si proceda solo alla valutazione dell'offerta originariamente esclusa, mettendola a confronto con offerte già note. In tal caso, infatti, indipendentemente dal metodo di valutazione dell'offerta tecnica, e dalla sussistenza o meno di vizi nella nuova valutazione, sarebbero minati in radice i principi di trasparenza, imparzialità, *par condicio*.

Il Collegio, in linea di principio ritiene preferibile operare secondo il criterio di aggiudicazione seguito (tesi esposta nel par. 13.3) con riguardo al caso del rinnovo delle operazioni di gara dopo l'annullamento di un provvedimento di esclusione, ma non ritiene del tutto appagante tale opzione laddove impone che detto rinnovo avvenga a partire dalla presentazione delle offerte.

Una mediazione possibile, secondo la Sezione rimettente, potrebbe essere quella secondo cui, a prescindere dal tipo di atto annullato, anche quando le offerte sono state già valutate e conosciute e anche quando il criterio di valutazione è discrezionale, la procedura non venga ripetuta dalla fase di presentazione delle offerte, ma dalla fase di loro valutazione e sempre che il vizio non riguardi il bando di gara o i criteri di valutazione delle offerte predeterminati.

La rinnovazione della sola fase di valutazione delle offerte potrebbe avvenire previa chiusura delle buste contenenti le offerte e con una commissione di gara in diversa composizione.

9. Si è costituita nei ricorsi riuniti la soc. Sipro che non ritiene condivisibile la soluzione suggerita dall'ordinanza di rimessione: insiste, pertanto, affinché venga ritenuta illegittima la rinnovazione della procedura concorsuale attraverso il riesame dell'offerta del concorrente riammesso, a buste aperte.

10. Ha depositato memoria il raggruppamento facente capo a Fidelitas spa, facendo rilevare che la *lex specialis* di gara prevedeva che l'esame delle offerte

tecniche avvenisse mediante il sistema del confronto a coppie (previsto dall'All.B del d.P.R. n. 554 del 1999), nel quale la Commissione giudicatrice, per consolidata giurisprudenza, gode di ampia discrezionalità nell'assegnazione dei punteggi. In tale prospettiva, la rinnovazione parziale avvenuta nella fattispecie avrebbe comportato la violazione dei principi, da garantirsi *ex ante*, di buon andamento, imparzialità, segretezza, contestualità della valutazione delle candidature, sequenza procedimentale della *lex specialis* e giusto procedimento.

11. La soc. Itapol ha a sua volta depositato memoria difensiva facendo rilevare come la decisione sul terzo motivo dell'appello n. 9355/11 non possa prescindere dalla valutazione delle particolari caratteristiche della gara in esame, in cui il disciplinare di gara assegnava alla parte economica la parte maggiore del punteggio (70 su 100) per l'individuazione mediante formula matematica del miglior offerente, mentre per la valutazione dell'offerta tecnica prevedeva un massimo di 30 punti da assegnare col metodo del confronto a coppie di cui all'All. A) del d.P.R. n. 554 del 1999.

Tali caratteristiche della gara farebbero ritenere applicabile il principio giurisprudenziale secondo cui il principio di segretezza non assume un valore di assoluta inderogabilità, essendo necessario che esso venga coordinato con altri fondamentali principi (quali la conservazione, l'efficienza, la buona amministrazione, l'economicità e così via) ordinati a garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale, posta come principio generale cardine dall'art. 1 del d.lgs. n. 104 del 2010.

Quanto alla composizione della Commissione, si fa rilevare, oltre alla chiara disposizione di cui all'art. 84, comma 12, del Codice degli appalti, che la rinnovazione delle operazioni è avvenuta ad opera della stessa commissione che aveva inizialmente estromesso dalla procedura il r.t.i. Itapol, sicchè sarebbe da escludere ogni indebito favore nei suoi confronti.



Con successiva memoria di replica, la soc. Itapol ha eccepito l'inammissibilità delle deduzioni nel giudizio della soc. Sipro, in quanto la stessa, parte necessaria e soccombente in I grado, avrebbe dovuto proporre appello in proprio e non costituirsi nell'appello proposto dalla soc. Fidelitas (con memoria non notificata a controparti).

11. Si è, infine, costituita in giudizio la soc. Sacbo, secondo cui il rinnovo parziale non ha violato i noti principi di segretezza, *par condicio* e trasparenza, essendo indubitabile che la gara è stata aggiudicata per la differenza quantitativa delle offerte economiche dei due concorrenti.

12. I ricorsi sono stati discussi all'udienza del 18 giugno 2012 e trattenuti in decisione.

## DIRITTO

1. Come precisato nella esposizione in fatto, la fattispecie oggetto di giudizio concerne una procedura di gara da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa nella quale, dopo una iniziale esclusione dell'RTI Itapol- Securitalia ed una prima graduatoria stilata dopo l'esame delle offerte tecniche ed economiche di tutti i concorrenti, a seguito della riammissione della soc. Itapol conseguente a giudicato amministrativo, vi è stata una rinnovazione della valutazione della sola offerta di quest'ultima impresa a cura della medesima commissione di gara e ferme restando le offerte tecniche ed economiche già scrutinate delle altre concorrenti.

Al riguardo, con il terzo motivo di appello si deduce che la procedura avrebbe dovuto essere rinnovata integralmente dal momento della presentazione delle offerte tecniche ed economiche, essendo state già conosciute e valutate le offerte delle altre società partecipanti.

2. Ai fini della risoluzione della questione, va preliminarmente ricordato che lo svolgimento delle procedure di gara per l'affidamento di contratti della p.a. è soggetto in via generale, tra l'altro, ai principi di continuità delle operazioni e di contestualità delle valutazioni: ciò allo scopo di assicurare al massimo grado l'obiettività ed omogeneità delle determinazioni della stazione appaltante nel rigoroso rispetto della *par condicio* dei partecipanti.

Va altresì ricordato che relativamente alle procedure incentrate sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, vale altresì il principio di mantenimento dinanzi alla commissione della segretezza delle offerte economiche fino all'esaurimento dell'esame delle offerte tecniche: ciò allo scopo di evitare che la conoscenza del prezzo richiesto possa influenzare i componenti della commissione stessa nella formazione dei giudizi tecnici.

Ma d'altra parte non è senza rilevanza il principio di conservazione degli atti giuridici, che trova notoriamente variegata espressione in ambito civilistico e generale dell'ordinamento negli artt. 1419 e segg. cod. civ., e che è riscontrabile in campo amministrativo nei molteplici condizionamenti e limiti imposti prima dalla giurisprudenza e poi esplicitamente dall'art. 21-*octies* della l. 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni, riguardo all'annullabilità degli stessi provvedimenti illegittimi.

Nel medesimo senso depone, in secondo luogo, il principio di economicità ed efficienza dell'azione amministrativa sancito in via generale dall'art. 1, comma 1, della citata l. 7 agosto 1990 n. 241 e, nella specifica materia della contrattualistica pubblica, dall'art. 2, comma 1, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e che trova in qualche misura significativa rispondenza nella regola di ragionevole speditezza dei procedimenti, contemplata dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

3. E' alla luce di tali presupposti che viene affrontata e risolta in modo contrastante la questione in esame.

Come si è già evidenziato, a proposito delle procedure che si svolgono secondo il criterio del prezzo più basso, la prevalente giurisprudenza è nel senso che l'automaticità della valutazione esclude che la mancata operatività dei principi di continuità e segretezza possa comportare effetti pregiudizievoli in ordine alla obiettività ed omogeneità delle valutazioni compiute (Cons. di Stato, sez. V, 25 settembre 2010, n. 8230; Cons. di Stato, sez. V, 11 aprile 2006, n. 2612; sez. VI, 16 giugno 2005, n. 3174 e numerose sentenze di primo grado).

Viceversa, a proposito delle procedure che si svolgono secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la giurisprudenza prevalente (Cons. di Stato, sez. V, 25 settembre 2010, n. 8230 cit.; Cons. di Stato, sez. V, 11 maggio 2006, n. 2612, cit.; Cons. di Stato, sez. IV, 10 giugno 2004, n. 3731; v. anche la giurisprudenza dei tribunali amministrativi regionali) ma non unanime (v. infatti per l'indirizzo contrario Cons. di Stato, sez. V, 12 giugno 2007, n. 3136; Cons. di Stato, sez. V, 8 marzo 2006, n. 1194; Cons. di Stato, sez. VI, 11 dicembre 1998, n. 1668) è nel senso della necessità della rinnovazione della gara a partire dalla ripresentazione delle offerte. L'alto tasso di discrezionalità che caratterizza tale tipo di procedura postula, secondo il predetto orientamento, che, in particolare, il descritto principio di segretezza venga comunque rispettato e, quindi, recuperato attraverso appunto la ripresentazione delle offerte, onde evitare il rischio di parzialità in favore dell'uno o dell'altro dei concorrenti.

4. L'adunanza plenaria ritiene, invece, che anche relativamente a tali procedure il rinnovo degli atti debba limitarsi alla sola valutazione dell'offerta illegittimamente pretermessa, da effettuarsi ad opera della medesima commissione preposta alla gara.

4.1. A tale conclusione, peraltro, si perviene non in base ad una valutazione di prevalenza dell'uno o l'altro dei principi ricordati, valutazione che non si sottrae comunque ad una certa opinabilità, bensì alla stregua dei principi di fondo, espressione del “*giusto processo*”, nella giustizia amministrativa.

Difatti, impongono tale soluzione, da una parte la rilevanza determinante della situazione soggettiva azionata, rilevanza insita nel carattere soggettivo del giudizio amministrativo, ribadito con forza dalla sentenza dell'adunanza plenaria n. 4/2011 (relativa al rapporto fra ricorrente principale e ricorso incidentale), dall'altra, il principio di effettività della relativa tutela.

Invero, 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 il giudicato favorevole 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.

4.2. Con tale forte posizione giuridica non appare comparabile il mero rischio della lesione di altri interessi vuoi pubblici vuoi di terzi, pure rilevanti nel giudizio amministrativo.

Ciò vale in particolare per la prospettata alterazione della *par condicio* dei concorrenti.

Invero, detta valutazione interviene allorchè i giudizi sulle altre offerte sono ormai del tutto definiti. Essa si inserisce, perciò, in un quadro complessivo nel quale

emergono con completezza, unitamente ai criteri di valutazione stabiliti dalla *lex specialis* ed alle ulteriori specificazioni eventualmente determinate dalla commissione (nei limiti consentiti dall'art. 83 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 cit.), anche le linee concretamente seguite da quest'ultima nella loro applicazione. Opera in tal modo, una fitta rete di riferimenti che, da un lato, consentono di assicurare l'omogeneità della valutazione postuma da parte della stazione appaltante della offerta illegittimamente pretermessa e d'altro lato, in caso di impugnazione, rendono particolarmente stringente il sindacato giurisdizionale di legittimità circa l'effettivo rispetto di tale omogeneità di giudizio e quindi, in definitiva, della *par condicio* del soggetto precedentemente escluso rispetto agli altri concorrenti già valutati.

D'altro canto la 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. Non per nulla presumibilmente anche per evitare tale pericolo, nell'ordinario svolgimento delle procedure vige la disposizione dell'art. 13 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, secondo cui è fatto divieto di accesso alle offerte fino all'approvazione dell'aggiudicazione.

5. Quanto infine alla soluzione “*mediana*” suggerita dalla pronuncia di remissione, secondo cui la rinnovazione degli atti potrebbe consistere nella mera chiusura delle buste con le originarie offerte e nel loro successivo esame da parte di una commissione di gara in diversa composizione, l’Adunanza non ritiene di potervi aderire.

Una tale soluzione urta anzitutto contro il disposto dell’art. 84, comma 12, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 per il quale, come è noto, per il rinnovo delle procedure di gara “...è *riconvocata la medesima commissione*”.

Detta soluzione, inoltre, non appare neppure idonea a porre rimedio al venir meno della segretezza delle offerte, atteso che il contenuto essenziale di queste e financo le relative valutazioni sono ormai resi noti nella ricordata fase di pubblicizzazione prescritta dalle norme regolamentari e riportati poi in verbale, onde per tale via essi sarebbero o potrebbero essere agevolmente conosciuti dalla nuova commissione.

6. In conclusione, in base alle esposte considerazioni, l’adunanza plenaria afferma il seguente principio di diritto:

*“Nella gara per l’affidamento di contratti pubblici l’interesse fatto valere dal ricorrente che impugna la sua esclusione è volto a concorrere per l’aggiudicazione nella stessa gara; pertanto, anche nel caso dell’offerta economicamente più vantaggiosa, in presenza del giudicato di annullamento dell’esclusione stessa sopravvenuto alla formazione della graduatoria, il rinnovo degli atti deve consistere nella sola valutazione dell’offerta illegittimamente pretermessa, da effettuarsi ad opera della medesima commissione preposta alla procedura”.*

7. Viene, pertanto, respinto il terzo motivo di appello qui esaminato, con rinvio alla Sezione remittente per la decisione sulle residue questioni controverse fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (adunanza plenaria), parzialmente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge il terzo motivo di ricorso.

Rinvia alla Sezione remittente per la decisione sulle residue questioni controverse fra le parti

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 giugno 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Coraggio, Presidente del Consiglio di Stato

Giorgio Giovannini, Presidente aggiunto del Consiglio di Stato

Gaetano Trotta, Presidente di sezione

Pier Giorgio Lignani, Presidente di sezione

Stefano Baccarini, Presidente di sezione

Alessandro Botto, Consigliere

Rosanna De Nictolis, Consigliere

Marzio Branca, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Anna Leoni, Consigliere, Estensore

Maurizio Meschino, Consigliere

Raffaele Greco, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

**IL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DI STATO**

**L'ESTENSORE**

**IL SEGRETARIO**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/07/2012

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

Il Dirigente della Sezione