

**REPUBBLICA ITALIANA**

**Sent. n. 432/2004**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Ric. n. 1463/2003**

**IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO PER LA SARDEGNA**

**SEZIONE PRIMA**

ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

sul ricorso n° 1463/03 proposto da Aquater - Società per la Geologia, l'Idrologia e gli Interventi sul Suolo s.p.a, in persona del suo Presidente, in proprio e quale mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con la Francesco Cancellu s.r.l. e la Comest s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Domenico Arlini ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Giovanni Dore, in Cagliari, via Alghero n°35;

contro

Comune di Olbia, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Emanuela Traina dell'Ufficio legale dell'ente, ed elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv. Luisa Armandi, in Cagliari, via Cugia n°14;

e nei confronti di

Galva s.p.a., in persona dell'Amministratore Delegato, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giuseppe Cignitti e Licinio Mastino ed elettivamente domiciliata presso lo studio del secondo in Cagliari, corso Vittorio Emanuele n°86;

per l'annullamento

degli atti di aggiudicazione, provvisoria e definitiva, di approvazione, nonché del contratto, relativi all'appalto bandito dal Comune di Olbia per la costruzione di un "impianto per il trattamento delle acque reflue del centro urbano di Olbia e loro utilizzo per l'irrigazione";

degli atti e verbali della Commissione giudicatrice;

del decreto 6/5/2003 n°22738 con cui il Sindaco ha nominato il Segretario Generale del Comune, Presidente della suddetta Commissione;

del decreto 13/5/2003 n°23749 con cui l'anzidetto Segretario ha nominato gli altri membri della Commissione di Gara;

di ogni altro atto concernente la formazione della Commissione suddetta, nonché, ove occorra, del regolamento comunale per la disciplina dei contratti;

e per la condanna

dell'amministrazione intimata al risarcimento dei danni.

Visto il ricorso con i relativi allegati.

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'amministrazione intimata e della controinteressata.

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

Visti gli atti tutti della causa.

Udita alla pubblica udienza del 18/2/2004 la relazione del consigliere Alessandro Maggio e uditi altresì l'avv. D. Arlini per la parte ricorrente e l'avv. E. Traina per l'amministrazione resistente, nonché l'avv. G. Cignitti per il controinteressata.

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

## FATTO

Il Comune di Olbia ha indetto un'asta pubblica - da aggiudicare col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa - per la costruzione di un impianto per il trattamento delle acque reflue del proprio centro urbano e per il loro utilizzo per l'irrigazione.

Alla gara ha partecipato l'Aquater - Società per la Geologia, l'Idrologia e gli Interventi sul Suolo - s.p.a, in costituenda associazione temporanea di imprese con la Francesco Cancellu s.r.l. e la Comest s.r.l., classificandosi al secondo posto dietro la Galva s.p.a., dichiarata aggiudicataria.

Ritenendo provvedimento di aggiudicazione, atti del relativo procedimento meglio indicati in epigrafe e contratto, illegittimi, l'Aquater, in proprio e quale mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con le società Cancellu e Comest, li ha impugnati, chiedendone l'annullamento e domandando, altresì, il risarcimento dei danni.

Questi i motivi di gravame.

1.1) Con riguardo all'elemento di valutazione "valore tecnico" dell'opera - sub criteri "... miglioramento dell'inserimento ambientale dell'impianto di depurazione esistente ..." e "... miglioramento dell'inserimento ambientale del nuovo depuratore" - la Commissione, nello specificare quali sarebbero stati i principali elementi di giudizio, ha, in realtà, introdotto nuovi sub criteri di valutazione, così violando il bando.

1.2 A prescindere da quanto sopra rilevato, i nuovi criteri di valutazione posti dalla Commissione sono illegittimi per illogicità e carenza di motivazione.

Ed invero, si premiano le maggiori capacità della stazione di sollevamento senza spiegare perché si ritiene inadeguata quella del progetto guida e l'effettiva utilità di una capacità di sollevamento superiore. Tutto ciò prescindendo dalle condizioni di effettivo esercizio dell'impianto e senza compiere al riguardo un'adeguata istruttoria.

1.3 Per effetto dei sub criteri introdotti dalla Commissione, la Galva s.p.a. ha beneficiato di punteggi più elevati di quelli conseguiti dalla ricorrente. Il giudizio espresso dal suddetto organo tecnico è, però, illegittimo perché emesso in violazione della par condicio fra concorrenti. Ciò emerge dal fatto che, in contrasto con la norma di cui all'art. 21, 7° comma, della L. 11/2/1994 n°109, il Presidente della Commissione è stato nominato prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte.

2.1) In ordine all'elemento "costo di gestione", la Commissione ha stabilito che il relativo punteggio sarebbe stato assegnato previa verifica della sua coerenza in relazione a quanto esposto nel progetto guida, precisando che la verifica negativa avrebbe comportato l'attribuzione di zero punti.

L'anzidetto organo ha, però, illegittimamente omissso di precisare in base a quali criteri sarebbe stata accertata la detta coerenza.

2.2 La riferita omissione ha consentito alla Commissione di rilevare, nell'analisi dei costi fornita dal costituendo raggruppamento capeggiato dalla ricorrente, una sottostima delle spese. In realtà l'offerta dell'istante non è sottostimata, in quanto si caratterizza per una elevata semplificazione

delle varie componenti dell'impianto, circostanza questa non considerata nel valutare il progetto.

3) La Commissione ha, erroneamente, ritenuto che il costituendo raggruppamento con Aquater abbia proposto un tempo di esecuzione superiore a 488 giorni. Così facendo ha assegnato, con riguardo a tale elemento di valutazione, un punteggio inferiore a quello effettivamente spettante.

4) Le operazioni di gara hanno impegnato 42 sedute. Quelle comprese tra la terza e la trentottesima, dedicate all'esame dei vari progetti, la trentanovesima, invece, destinata, previo confronto comparativo, all'attribuzione dei punteggi.

Siffatto modo di procedere:

a) viola l'art. 91, 3° comma, del D.P.R. 21/12/1999 n°544, in quanto i punteggi si sarebbero dovuti assegnare volta per volta al termine dell'analisi e della valutazione di ciascuna singola offerta tecnica;

b) contrasta col principio di continuità della gara che garantisce meglio la par condicio;

c) è inficiato da eccesso di potere, tenuto conto che l'attribuzione immediata del punteggio costituisce il sistema di valutazione tendenzialmente più oggettivo e garantistico, senza contare che il metodo del confronto comparativo implica l'elaborazione di un ulteriore criterio di valutazione e la negazione della oggettività dei criteri prestabiliti.

5) La stazione appaltante non ha valutato la certificazione di qualità (UNI EN ISO 9001) di cui è dotata la ricorrente, così violando l'art. 8, comma 11 quater lett. b) della L. 11/2/1994 n°109 e succ. mod., il quale, pur

riguardando l'appalto concorso, è applicabile anche al pubblico incanto da aggiudicare col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

6) Il Sindaco (con decreto 6/5/2003 n°22738) ha nominato Presidente della Commissione di gara il Segretario generale del Comune. Tuttavia, fra le funzioni di quest'ultimo, non rientra quella in questione, che invece spetta al Dirigente del Settore.

Il provvedimento di nomina viola, pertanto, gli artt. 21, 5°comma, della citata L. n°109/1994 e 55, 4°comma dello Statuto comunale in relazione agli artt. 97 e 107 del D. Lgs. 18/8/2000 n°267 ed al principio di buon andamento ed è inoltre inficiato da incompetenza ed eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà.

Le dedotte illegittimità si trasmettono, se del caso, al regolamento comunale per la disciplina dei contratti.

7) Il Presidente della Commissione giudicatrice è stato nominato dal Sindaco, organo privo di competenza in materia.

Anche la presente censura investe, ove occorra, il regolamento per la disciplina dei contratti.

8) Ai sensi degli artt. 21, 7°comma della L. n°109/1994 e 92 del D.P.R. n°554/1999, la nomina della commissione deve avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte. Nella specie, invece, il Presidente della Commissione è stato nominato quando il termine per presentare le offerte era ancora aperto.

9) Gli ulteriori membri della Commissione sono stati nominati dal Segretario generale (prov. 13/5/2003 n°23749), il quale, però, è privo del potere di effettuare tali nomine.

10) Al termine dei lavori la Commissione ha rimesso gli atti al Dirigente del Settore.

Così facendo è stata obliterata la funzione del responsabile del procedimento ed è mancata ogni funzione di verifica e controllo, atteso che il suddetto Dirigente era anche componente della Commissione.

11) In occasione della prima seduta la Commissione ha aperto le buste contenenti la documentazione amministrativa ed ha genericamente verbalizzato, per ciascuno dei partecipanti, la sussistenza dei requisiti di ammissione alla gara.

La mancanza di più specifiche indicazioni, circa la presenza dei requisiti richiesti per la partecipazione alla gara, non consente, peraltro, agli interessati di verificare l'effettiva sussistenza degli stessi.

Ciò ha un rilievo specifico con riferimento all'aggiudicataria, in relazione alla quale la Commissione, constatata la presenza in unica busta sia degli elaborati tecnici che della documentazione amministrativa, ha elencato analiticamente i primi senza nulla precisare in ordine ai secondi.

Con atto notificato in data 5/12/2003 la Aquater ha proposto motivi aggiunti.

Queste le nuove censure.

12) L'aggiudicataria ha prodotto un'attestazione di qualificazione per l'esecuzione dei lavori in appalto con scadenza (8 agosto 2003) in data anteriore a quella in cui è avvenuta l'aggiudicazione (12 settembre 2003), per cui doveva essere esclusa dalla gara.

La sua ammissione alla selezione, viola, quindi, la norma di cui all'art. 8, 1° e 3° comma, della L. n°109/1994, in relazione all'art. 15 del

D.P.R. 25/1/2000 n°34, nonché il bando di gara ai punti 6 e 7 ed è inoltre inficiata da eccesso di potere per illogicità, difetto di istruttoria e carenza di motivazione.

13) La controinteressata ha dichiarato di voler ricorrere al subappalto, ma dalla dichiarazione non è possibile rilevare quali lavori e in che quantità siano da subappaltare. Anche per questa ragione la controinteressata doveva essere esclusa dalla gara.

Risultano, pertanto, violati gli artt. 141 del D.P.R. n°554/1999 e 18, 3°comma, della L. 19/3/1990 n°55.

14) La Galva ha presentato cauzione provvisoria insufficiente e, quindi non avrebbe potuto partecipare alla procedura concorsuale.

Si è, infatti, avvalsa della facoltà prevista dal punto n° 2, b, 4°cpv. del bando, di fornire cauzione in misura dimezzata. Tuttavia non aveva titolo per godere del beneficio, spettando quest'ultimo solo ai concorrenti in possesso della certificazione di qualità, mentre la certificazione prodotta dall'impresa è scaduta l'8 agosto 2003 e quindi non copriva l'intero periodo di centottanta giorni dalla presentazione dell'offerta. La cauzione doveva essere intera, quantomeno per il periodo compreso nei suddetti centottanta giorni, successivo alla scadenza della certificazione di qualità.

15) Il Dirigente del Settore Tecnico ha approvato gli atti di gara pur avendo fatto parte della Commissione giudicatrice.

Si è verificata, pertanto, una inammissibile commistione tra funzioni dell'organo di amministrazione attiva e funzioni dell'organo tecnico con pregiudizio del principio di terzietà.



16) Al fine di esprimere il giudizio sull'elemento di valutazione "costo di gestione" la stazione appaltante ha acquisito un parere dall'Università degli Studi di Lecce.

Benché ciò non sia in astratto precluso, in concreto il modo di procedere risulta viziato.

Infatti:

a) il parere, ricevuto alcuni giorni dopo la formale approvazione dell'aggiudicazione, ma prima che questa riportasse il visto di regolarità contabile, è stato richiesto prima della conclusione delle operazioni di gara, circostanza questa che ha comportato la divulgazione all'esterno di atti del procedimento, che, invece, non potevano essere utilizzati per consentire a terzi di esprimere pareri;

b) al di là delle apparenze, il parere in questione è stato ricevuto prima dell'atto di approvazione delle operazioni di gara, in una fase in cui queste ultime dovevano restare riservate;

c) solo alla Commissione è demandato il compito, da svolgere in sede di gara, di compiere valutazioni sul contenuto delle offerte, mentre, ammesso che in sede di controllo fosse emersa l'esigenza di approfondimenti, questa avrebbe dovuto trovare spazio nella determinazione 12/9/2003 n°467 di approvazione degli atti di gara, che, invece, sul punto tace.

17.1) La stazione appaltante ha deciso di scegliere i componenti della Commissione fra tecnici ed esperti interni all'ente. Così facendo ha omesso di attingere in maniera diversificata da tutte le categorie

professionali, in contrasto con quanto prescritto dall'art. 21, commi 5° e 6° della L. n°109/1994 e 92 del D.P.R. n°554/1999.

17.2) La decisione di limitare la scelta dei componenti fra i dipendenti dell'ente si mostra ulteriormente viziata in quanto:

a) la funzione del sorteggio viene ad essere di fatto obliterata, mentre il limitato numero di soggetti sorteggiabili avrebbe dovuto indurre l'amministrazione ad attingere da categorie esterne;

b) tutti i componenti della Commissione sono stati individuati prima della gara, atteso che la decisione di effettuare la scelta tra un numero ristrettissimo di soggetti (tre) ha di fatto vanificato il sorteggio.

17.3) Il Dirigente del Settore Tecnico, in quanto in "posizione di staff al Sindaco" non avrebbe potuto assumere le funzioni di componente della commissione, né, dopo aver svolto tali funzioni, avrebbe, poi, potuto approvare gli atti di gara.

Si sono costituite in giudizio tanto l'amministrazione intimata quanto la controinteressata, le quali si sono opposte, sia nel rito che nel merito, all'accoglimento del ricorso.

Alla pubblica udienza del 18/2/2004 la causa, su richiesta delle parti, è stata posta in decisione.

## **DIRITTO**

In via pregiudiziale vanno affrontate le questioni di rito sollevate sia dall'amministrazione intimata che dalla controinteressata.

Deducono, in primo luogo, queste ultime, che il ricorso sarebbe tardivo.

L'eccezione è palesemente infondata.

In punto di diritto, occorre premettere che in base ad un consolidato orientamento giurisprudenziale, incombe su chi eccepisce la tardività del ricorso l'onere di dare rigorosa prova della data in cui il ricorrente ha avuto piena conoscenza dell'atto lesivo, salvo che elementi certi, in ordine al momento dell'intervenuta conoscenza, non emergano dalle dichiarazioni dello stesso ricorrente o dagli atti di causa (cfr., fra le tante, Cons. Stato, VI Sez., 22/10/2002 n°5813, V Sez., 7/3/2001 n°1339 e 29/4/1991 n°706).

Nel caso di specie, la controinteressata afferma che la ricorrente avrebbe appreso della disposta aggiudicazione in data 11/9/2003, quando in seduta pubblica, letta la graduatoria finale, la Commissione di gara ha proclamato aggiudicataria la medesima controinteressata.

Senonché, l'eventuale conoscenza dell'aggiudicazione provvisoria, quale, nella fattispecie, è quella decretata l'11 settembre 2003, non è idonea a far decorrere il termine per impugnare, occorrendo all'uopo che intervenga l'aggiudicazione definitiva, nel caso concreto disposta con determinazione n°467 del successivo giorno 12 (cfr. Cons. Stato V Sez., 29/9/2003 n°5509).

Al di là di ciò, giova, comunque, rilevare che dal verbale n°42, relativo alla seduta del 11/9/2003, non risulta che alla stessa abbia partecipato un rappresentante della Aquater. Nel detto verbale si legge, infatti, "alla seduta che è pubblica assistono i rappresentanti di alcune delle imprese concorrenti", senza che sia specificato quali. Il tutto, peraltro, non considerando che, in ogni caso, sino al 15 settembre, avrebbe operato la sospensione feriale di cui alla L. 7/10/1969 n° 742.

L'amministrazione fa, invece, decorrere la piena conoscenza del provvedimento lesivo dal 16/9/2003, data in cui la nota prot. n°650

parimenti datata, con cui la stazione appaltante ha comunicato l'esito della gara, è stata trasmessa via fax alla ricorrente.

A dar credito alla tesi del Comune l'eccezione sarebbe sicuramente infondata, in quanto il ricorso, notificato a mezzo posta, risulta spedito il 14/11/2003 e quindi entro il termine decadenziale. Infatti, il combinato disposto degli artt. 149 Cod. proc. civ. e 4, comma 3, L. 20/11/1982 n° 890 è stato recentemente dichiarato incostituzionale nella parte in cui prevede che la notificazione di un atto a mezzo posta si perfezioni, anche nei riguardi del notificante, dalla data di consegna del plico al destinatario anziché dalla data di spedizione (cfr. Corte Cost. 26/11/2002 n°477).

Sul punto la difesa del Comune osserva che il principio espresso nella menzionata pronuncia del giudice delle leggi non sarebbe applicabile alla fattispecie, per avere la ricorrente presentato il ricorso per la notifica, il 14/11/2003, ossia l'ultimo giorno utile. Circostanza questa in contrasto con la ratio della sentenza, che, si afferma, risponde all'esigenza di "non far ricadere sul notificante che abbia diligentemente compiuto tutte le formalità rientranti nella sua sfera di disponibilità il rischio del ritardo derivante dal disservizio postale e della P.A. in genere che è invece del tutto estraneo al proprio controllo".

La tesi prospettata dall'amministrazione non può essere condivisa.

Dalle motivazioni della citata sentenza si ricava con sufficiente chiarezza che "gli effetti della notificazione a mezzo posta devono ... essere ricollegati - per quanto riguarda il notificante - al solo compimento delle formalità a lui direttamente imposte dalla legge, ossia alla consegna dell'atto da notificare all'ufficiale giudiziario, essendo la successiva attività di

quest'ultimo e dei suoi ausiliari (quale appunto l'agente postale) sottratta in toto al controllo ed alla sfera di disponibilità del notificante medesimo". E per l'effettuazione degli adempimenti a lui riservati il notificante ha a disposizione tutto il termine concessogli dalla legge, non escluso l'ultimo giorno del termine stesso.

Nel caso di specie, comunque, facendo partire il termine per impugnare dal 16/9/2003, l'ultimo giorno utile per la notifica verrebbe a cadere il 15 novembre e non il giorno precedente come sostiene l'ente.

A prescindere da quanto sopra esposto, deve, in ogni caso, rilevarsi che la menzionata nota prot. n°650/2003 non appare nemmeno dotata di tutti gli elementi che la prevalente giurisprudenza considera essenziali perché possa formarsi la piena conoscenza del provvedimento: autorità emanante, data, contenuto dispositivo ed effetti lesivi (cfr., fra le tante, Cons. Stato, V Sez., 6/10/2003 n°5873, altra giurisprudenza ritiene, invece, necessario, ai fini della decorrenza del termine per impugnare, che la conoscenza si estenda al supporto motivazionale dell'atto, così Cons. Stato, V Sez., 11/7/2002 n°3909 e 3/3/2001 n°1231).

In definitiva, il ricorso deve ritenersi tempestivamente proposto.

Eccepiscono, ancora, le controparti che l'Aquater, la quale ha agito sia quale mandataria di un costituendo raggruppamento temporaneo di imprese, sia in proprio, difetterebbe, per un verso di legittimazione a ricorrere, e per altro verso di interesse ad agire.

Sarebbe priva di legittimazione, con riguardo all'azione proposta in veste di mandataria, stante la mancanza di mandato da parte delle imprese del costituendo raggruppamento.

Mancherebbe, invece, di interesse, con riferimento all'impugnazione proposta in proprio, essendo l'istante priva, da sola, dei requisiti minimi necessari per la partecipazione alla gara, cosicché l'eventuale accoglimento non potrebbe giovarle.

Nemmeno tali eccezioni colgono nel segno.

Come testé precisato, la ricorrente ha agito oltre che quale mandataria del costituendo raggruppamento, anche in proprio.

Ora, in base ad un orientamento giurisprudenziale che il Collegio condivide, in materia di contratti ad evidenza pubblica, ciascuna delle partecipanti di un raggruppamento temporaneo di imprese – tanto se questo sia già costituito al momento di presentazione dell'offerta, tanto se questo debba costituirsi all'esito dell'aggiudicazione – è investita di una propria ed autonoma legittimazione attiva (intesa come titolarità in astratto della situazione soggettiva di cui chiede tutela) in ordine alla impugnazione degli atti del procedimento di gara (cfr. Cons. Stato, V Sez., 25/2/2003 n°1012, IV Sez., 23/1/2002 n°397 nonché C. Si., 12/4/2001 n°192).

L'interesse a ricorrere è poi, sicuramente, sussistente ancorché l'impresa non abbia, da sola, i requisiti per partecipare alla selezione.

L'eventuale accoglimento del ricorso eliminerebbe, infatti, l'impugnata aggiudicazione in favore della controinteressata, travolgendo, a seconda dei vizi accertati, in tutto o in parte, il procedimento.

Nel primo caso verrebbe soddisfatto l'interesse strumentale dell'impresa alla ripetizione della gara, con possibilità di partecipare al rinnovato procedimento, eventualmente in forma associata.

Nel secondo caso, il procedimento, riprendendo dal punto in cui si è verificata l'illegittimità sanzionata dal giudice, rimetterebbe la ricorrente nella medesima posizione in cui si trovava prima dell'emanazione della determinazione viziata, consentendo l'eventuale aggiudicazione in favore del costituendo raggruppamento di cui la medesima è partecipe.

Occorre, a questo punto, dar conto di un orientamento del giudice di appello, invocato dall'amministrazione resistente, il quale nega che la singola impresa che ha proposto offerta congiuntamente ad altri soggetti con l'intenzione di associarsi una volta conseguita l'aggiudicazione, vanti un interesse ad agire individuale (cfr. Cons. Stato 17/7/2001 n°3950).

Orbene l'autorevole precedente, per un verso non appare significativo con riguardo al caso concreto, per altro verso non convince.

Sotto il primo profilo si osserva che la fattispecie affrontata dal Consiglio di Stato è disomogenea rispetto a quella di cui qui si controverte.

In quel caso costituiva, infatti, oggetto di impugnazione un provvedimento di esclusione dal procedimento concorsuale, e si negava interesse alla singola impresa ricorrente, sul presupposto che "un'ipotetica riammissione alla gara non avrebbe potuto riguardare le aspiranti che non avevano impugnato il provvedimento", essendo questo divenuto definitivo nei loro confronti.

Nell'ipotesi ora in esame tale preclusione invece, non si porrebbe, posto che tutte le imprese del costituendo raggruppamento sono state ammesse alla selezione e ciò che si contesta è solo il risultato finale della gara.

Sotto il secondo profilo, il Collegio ritiene di poter obiettare, al riferito orientamento giurisprudenziale emerso in secondo grado, che nel caso di offerta proposta, come nella specie, congiuntamente da più imprese intenzionate ad associarsi nell'eventualità di un positivo esito della gara, si crea fra le stesse una situazione di contitolarità, che consente l'estensione alle altre degli effetti favorevoli degli atti compiuti da uno sola di esse, secondo una regola rinvenibile in materia di obbligazioni solidali (si veda ad es. l'art. 1308, 2° comma, cod. civ.). Qui la regola opera indipendentemente dalla natura (unico rapporto o pluralità di rapporti collegati) che si attribuisca a tale categoria di obbligazioni. A fortiori, quindi, la stessa disciplina deve ritenersi applicabile all'ipotesi in cui più soggetti sono contitolari di un unico rapporto.

L'ipotetico annullamento dell'aggiudicazione giova, pertanto, anche alle imprese che, pur avendo sottoscritto l'offerta congiuntamente con la ricorrente, non hanno proposto ricorso.

Superate le questioni di rito, il ricorso può essere esaminato nel merito, partendo dal profilo impugnatorio.

Aderendo a specifica richiesta della ricorrente (memoria depositata in data 22/12/2003, pag. 3) vanno, prioritariamente, affrontate le prime tre censure dedotte con i motivi aggiunti, dal cui accoglimento deriverebbe l'aggiudicazione in favore del costituendo raggruppamento tra l'odierna istante e le imprese Francesco Cancellu s.r.l. e Comest s.r.l..

Con la prima di esse (dodicesimo motivo) l'Aquater lamenta che la Galva doveva essere esclusa dalla gara per aver presentato un'attestazione di



qualificazione con scadenza in data anteriore (8 agosto 2003) a quella in cui è intervenuta l'aggiudicazione (12 settembre 2003).

La doglianza è infondata.

E' incontestato come la controinteressata avesse, tra l'altro, prodotto, per l'ammissione alla gara, una attestazione di qualificazione ex art. 2, 1° comma, lett. p) del D.P.R. 25/1/2000 n°34, in corso di validità all'atto della scadenza del termine (12/5/2003) per presentare offerta. E ciò deve ritenersi sufficiente ai fini della legittima partecipazione al procedimento concorsuale, sia perché nessuna norma, nemmeno del bando, dispone diversamente, sia, soprattutto, perché una volta presentata l'offerta con la relativa documentazione, le ulteriori fasi del procedimento di gara, sino all'aggiudicazione, son sottratte alla disponibilità dell'impresa e sono di durata imprevedibile.

La tesi prospettata dalla ricorrente, d'altronde, imporrebbe ai concorrenti di effettuare una continua attività di verifica della validità della documentazione presentata con l'offerta, e la necessità di sostituire quella di volta in volta scaduta, con evidenti inconvenienti per il corretto e sollecito svolgimento delle operazioni di gara.

Pertanto, contrariamente a quanto l'odierna istante ritiene, non occorre che l'attestazione di qualificazione, valida al momento in cui è presentata, conservi efficacia sino alla conclusione del procedimento, fatta salva, naturalmente, la necessità che l'aggiudicataria si munisca di idonea attestazione, in corso di validità, al momento della stipula del contratto.

Nel caso di specie, tra l'altro, la Galva, come emerge dalla documentazione depositata dall'amministrazione resistente (produzioni del

16/12/2003), ha acquisito, in data 1/8/2003 una nuova attestazione con scadenza al 18/6/2004.

Con la seconda censura (tredicesimo motivo) si sostiene che l'aggiudicataria doveva essere esclusa dalla gara per aver espresso genericamente il proprio intendimento di voler ricorrere al subappalto.

Anche tale mezzo di gravame è infondato.

Al riguardo è sufficiente rilevare che l'irregolare dichiarazione dell'impresa che, pur affermando di volersi avvalere della facoltà di subappaltare di cui all'art. 18 della L. 19/3/1990 n° 55 e successive modifiche e integrazioni, non abbia indicato quali opere intenda subappaltare, come previsto dal comma 3 dell'art. 18 medesimo, non può implicare l'esclusione dalla gara, quanto, invece, l'invalidità di tale dichiarazione con conseguente impossibilità per l'impresa, ove aggiudicataria, di avvalersi del subappalto e il conseguente obbligo della stessa di portare a termine in proprio tutti i lavori appaltati (cfr. T.A.R. Puglia - Lecce 14/1/2003 n°36, T.A.R. Lombardia - Brescia 29/11/1999 n°1082, T.A.R. Umbria 2/9/1999 n°746).

Con la terza lagnanza (quattordicesimo motivo) la ricorrente sostiene, infine, che la controinteressata doveva essere esclusa dalla gara per aver presentato cauzione provvisoria insufficiente. L'impresa si è, infatti, avvalsa della facoltà di fornire cauzione dimezzata in quanto in possesso di certificazione di sistema di qualità. Senonché la certificazione presentata in gara aveva una validità inferiore a quella richiesta per la cauzione (almeno 180 giorni dalla presentazione dell'offerta), per cui, si afferma, sarebbero mancati i presupposti per l'operatività del beneficio.

Nemmeno questa doglianza merita accoglimento.

Ai sensi dell'art. 30, comma 1, della L. 11/2/1994 n°109 e succ. mod., "l'offerta da presentare per l'affidamento dell'esecuzione dei lavori pubblici è corredata da una cauzione pari al 2 per cento dell'importo dei lavori ...".

L'art 8, comma 11 – quater, della stessa legge, prevede, poi, che "le imprese alle quali venga rilasciata da organismi accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000, la certificazione di sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000, ovvero la dichiarazione della presenza di elementi significativi e tra loro correlati di tale sistema, usufruiscono dei seguenti benefici:

a) la cauzione e la garanzia fidejussoria previste, rispettivamente, dal comma 1 e dal comma 2 dell'articolo 30 della presente legge, sono ridotte, per le imprese certificate, del 50 per cento ...".

Orbene, alla luce delle trascritte norme ed in mancanza di contrarie disposizioni, deve ritenersi sufficiente, affinché l'impresa possa fruire del menzionato beneficio (che nella fattispecie trova eco nel bando di gara al punto 2, lett. b, 4°cpv.) che la certificazione di sistema di qualità addotta, sia in corso di validità al momento di presentazione dell'offerta.

Esaurito l'esame delle censure potenzialmente idonee a determinare l'aggiudicazione dell'appalto in favore della ricorrente, può passarsi alla trattazione di quelle il cui eventuale accoglimento travolgerebbe l'intero procedimento concorsuale.

Fra queste, merita accoglimento quella dedotta col settimo motivo dell'atto introduttivo del giudizio, con la quale l'odierna istante denuncia la

nomina del Presidente della Commissione giudicatrice da parte di organo (il Sindaco) incompetente.

Com'è noto il vigente sistema di ripartizione delle competenze tra organi politici ed organi burocratici degli enti pubblici, si ispira al principio per cui ai primi spettano i poteri di indirizzo e controllo politico-amministrativo, mentre ai secondi compete la gestione amministrativa, finanziaria e tecnica.

Alla luce di tale principio, l'art. 107, 2° comma, del D. Lgs. 18/8/2000 n°267, (testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali) assegna "ai dirigenti tutti i compiti, compresa l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, non ricompresi espressamente dalla legge o dallo statuto tra le funzioni di indirizzo e controllo politico-amministrativo degli organi di governo dell'ente o non rientranti tra le funzioni del segretario o del direttore generale, di cui rispettivamente agli articoli 97 e 108". Compiti indicati a titolo esemplificativo nel successivo 3° comma del medesimo articolo:

- a) la presidenza delle commissioni di gara e di concorso;
- b) la responsabilità delle procedure d'appalto e di concorso;
- c) la stipulazione dei contratti;
- d) gli atti di gestione finanziaria, ivi compresa l'assunzione di impegni di spesa;
- e) gli atti di amministrazione e gestione del personale;
- f) i provvedimenti di autorizzazione, concessione o analoghi, il cui rilascio presupponga accertamenti e valutazioni, anche di natura discrezionale, nel rispetto di criteri predeterminati dalla legge, dai

regolamenti, da atti generali di indirizzo, ivi comprese le autorizzazioni e le concessioni edilizie;

g) tutti i provvedimenti di sospensione dei lavori, abbattimento e riduzione in pristino di competenza comunale, nonché i poteri di vigilanza edilizia e di irrogazione delle sanzioni amministrative previsti dalla vigente legislazione statale e regionale in materia di prevenzione e repressione dell'abusivismo edilizio e paesaggistico-ambientale;

h) le attestazioni, certificazioni, comunicazioni, diffide, verbali, autenticazioni, legalizzazioni ed ogni altro atto costituente manifestazione di giudizio e di conoscenza;

i) gli atti ad essi attribuiti dallo statuto e dai regolamenti o, in base a questi, delegati dal sindaco”.

Significativamente, poi, il 4° e 5° comma dello stesso articolo stabiliscono, rispettivamente, che “le attribuzioni dei dirigenti, in applicazione del principio di cui all'articolo 1, comma 4, possono essere derogate soltanto espressamente e ad opera di specifiche disposizioni legislative” (4° comma) e che “a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente testo unico, le disposizioni che conferiscono agli organi di cui al Capo I Titolo III l'adozione di atti di gestione e di atti o provvedimenti amministrativi, si intendono nel senso che la relativa competenza spetta ai dirigenti, salvo quanto previsto dall'articolo 50, comma 3, e dall'articolo 54” (5° comma).

Nel caso di specie, il Presidente della Commissione di gara (nella persona del Segretario generale del Comune) è stato nominato con decreto 6/5/2003 n° 22738 adottato dal Sindaco, organo indiscutibilmente

incompetente, alla stregua delle trascritte disposizioni normative, ad emanare l'atto di che trattasi.

La difesa dell'amministrazione resistente invoca, a fondamento del potere esercitato dal Sindaco con l'avversata nomina, la norma di cui all'art. 97 del citato testo unico, la quale, al comma 4 lett. d), stabilisce che il Segretario comunale "esercita ogni altra funzione attribuitagli dallo statuto o dai regolamenti, o conferitagli dal sindaco ...".

La detta disposizione non appare, peraltro, correttamente richiamata.

Essa, infatti, si limita a prevedere che il Sindaco possa, in termini generali, attribuire al Segretario funzioni ulteriori, rispetto a quelle specificamente assegnategli dalla legge, dallo statuto o dai regolamenti.

La norma fa, però, riferimento ad una funzione sindacale di tipo organizzatorio, e non incide derogatoriamente sul normale ordine delle competenze, che assegna al dirigente il compito di emanare gli atti inerenti alla gestione amministrativa.

Pertanto, il concreto provvedimento di nomina ad una ben individuata Commissione, dovrà, pur sempre, provenire dal Dirigente responsabile del pertinente settore, ovvero, in caso di sua assenza, dal legittimo sostituto.

Sostiene, ancora, la resistente amministrazione che l'intervento del Sindaco, nella fattispecie, troverebbe giustificazione, per un verso nell'esigenza di evitare che il Segretario generale, contemporaneamente Direttore generale, e quindi organo di vertice dell'ente, fosse nominato da un dirigente di rango inferiore, e per altro verso in quella di impedire che il medesimo dovesse provvedere da sé alla propria nomina.

Nemmeno queste argomentazioni appaiono convincenti.

Come sopra specificato, la competenza ad adottare gli atti di gestione, spetta, di volta in volta, al dirigente (o al suo legittimo sostituto) preposto al settore interessato, il quale, in relazione alla medesima branca amministrativa, rappresenta l'organo apicale dell'ente.

Nessuna norma o principio preclude, poi, al Dirigente, cui compete la responsabilità delle procedure d'appalto, di nominare se stesso - o anche un funzionario di livello superiore -Presidente di una Commissione di gara.

Il ricorso, sotto il profilo impugnatorio, va, quindi, accolto, con assorbimento delle ulteriori censure prospettate.

La domanda risarcitoria va, invece, respinta.

In base alla regola generale racchiusa nell'art. 2697 cod. civ. (operante, in questa parte, anche nel processo amministrativo), il danneggiato ha l'onere di provare tutti gli elementi costitutivi (entità del danno, nesso di causalità, colpa) del fatto illecito addebitato alla pubblica amministrazione (cfr. da ultimo, Cons. Stato 19/11/2003 n°7473).

Nel caso di specie la ricorrente si è semplicemente limitata ad allegare di aver subito danni dal comportamento dell'amministrazione, ma ha omesso di provarne sia l'effettiva sussistenza, sia l'entità.

Quanto alla colpa, non solo l'istante non ha fornito alcuna prova dell'esistenza di siffatto elemento soggettivo, ma non ne ha nemmeno adombrato l'esistenza.

La domanda è dunque del tutto generica ed indimostrata.

Le spese seguono la parziale soccombenza e sono liquidate come in dispositivo nei confronti dell'amministrazione intimata, mentre possono essere compensate nei riguardi della controinteressata.

P.Q.M.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO PER LA SARDEGNA

SEZIONE PRIMA

Accoglie la domanda impugnatoria proposta col ricorso in epigrafe e, per l'effetto annulla l'impugnata aggiudicazione.

Rigetta la domanda risarcitoria proposta col medesimo ricorso.

Condanna l'amministrazione intimata al pagamento di parte delle spese processuali in favore della ricorrente, liquidandole forfettariamente in complessivi € 3.500/00 (tremilacinquecento) oltre I.V.A. e C.P.A. nella misura di legge. Compensa le suddette spese nei confronti della controinteressata.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Cagliari, in Camera di Consiglio, il 18/2/2004 dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna con l'intervento dei Signori:

Paolo Turco,	Presidente;
Manfredo Atzeni,	Consigliere;
Alessandro Maggio,	Consigliere – estensore.

Depositata in segreteria oggi: 23/03/2004



Il Segretario generale f.f.