

Deve escludersi che l'esecuzione delle opere oggetto di gara possa, dal soggetto designato dall'aggiudicatario, essere affidata, puramente e semplicemente, a detto soggetto terzo, in quanto, a ben vedere, si verserebbe di fatto, in tal caso, in un'ipotesi di subappalto che non solo dovrebbe essere autorizzato dall'amministrazione, ma che, soprattutto, dovrebbe rispondere ai requisiti di legge e, in particolare, a quelli di cui all'art. 18 della legge 19 marzo 1990, n. 55 (ora, art. 118 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163),

Il Consiglio di Stato con la decisione numero del 22 giugno 2007 merita di essere segnalato per il seguente passaggio in essa contenuto:

< È da ritenere, infatti, che l'indicazione di una sub-affidataria dei lavori vitiatur sed non vitiatur, nel senso che la stessa non è da ritenere ammissibile, ma che ciò che rileva è che, da parte del Consorzio concorrente, avvenga l'indicazione dell'impresa chiamata alla specifica esecuzione dei lavori stessi; e, nella specie, tale designazione è, comunque, regolarmente intervenuta, essendo stata indicata la società cooperativa.; con la conseguenza che l'ulteriore designazione da questa operata è da ritenere non conforme a legge; ma ciò non impedisce, di per sé, l'effettuazione dei lavori a mezzo dell'impresa consortile da ultimo detta, quale impresa direttamente designata dal Consorzio concorrente alla gara e aggiudicatario della stessa o, nel caso in cui questa fosse risultata materialmente non in grado di eseguirli, la possibilità, per il Consorzio aggiudicatario medesimo, di indicare, quale esecutore, un'ulteriore propria consorziata, conformemente a quanto sopra già ricordato circa il fatto che l'autonoma soggettività del consorzio consente anche, a quest'ultimo, di designare una nuova cooperativa come esecutrice ove, per motivi sopravvenuti, la prima designata non sia in condizione di svolgere compiutamente la prestazione.

Con la conseguenza che l'intervenuta – nella specie - esecuzione dei lavori deve, comunque, far ritenere che le chances per l'appellante di vedersi affidare, anche solo in via di astratta e virtuale ipotesi, i lavori di cui si tratta quale seconda classificata sarebbero state, comunque, molto esigue, in quanto il Consorzio aggiudicatario avrebbe potuto pur sempre pretendere, dal soggetto da esso designato, che i lavori fossero da esso direttamente realizzati, ovvero avrebbe potuto affidarli ad altra società cooperativa associata ed in grado di eseguirli materialmente>

A cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

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

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 3987/2006 proposto dalla società DITTA ALFA s.r.l. - IMPRESA COSTRUZIONI – in proprio e quale mandataria in ATI con la società \*\*\*

contro

l'UNIVERSITÀ degli STUDI di CAGLIARI, in persona del legale rappresentante p.t., costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dall'AVVOCATURA GENERALE dello STATO presso i cui Uffici domicilia ex lege in Roma, via dei Portoghesi 12,

e nei confronti

di CONSORZIO BETA - , della società CONSORZIO BETA BIS - CONSORZIO BETA TER di CARBONIA Soc. Coop. a r.l. e della società BETA QUATER di \*\*\* PIERPAOLO & C. s.n.c., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pt., non costituitisi in giudizio,

per la riforma

della sentenza del TAR della Sardegna, Sezione I, n. 319 del 17 marzo 2006;

visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Amministrazione appellata;

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

visti gli atti tutti della causa;

alla pubblica udienza del 20 Marzo 2007, relatore il Consigliere Cons. Paolo Buonvino;

uditi, l'avv. Federico TITOMANLIO per l'appellante e l'avv. dello Stato CESARONI per l'Università appellata;

visto il dispositivo n. 129 del 21 marzo 2007.

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

## FATTO e DIRITTO

1) – Con la sentenza appellata il TAR ha respinto il ricorso proposto dall'A.T.I. odierna appellante per l'annullamento:

- della nota prot. n. 11397 del 6 settembre 2005, con la quale l'Università intimata ha comunicato all'A.T.I. stessa che non era risultata aggiudicataria dell'appalto concorso di cui avanti;

- del provvedimento sulla base del quale era stata effettuata la comunicazione n. 11397;

- dell'atto con il quale l'organo deliberante dell'Università ha fatto propri i risultati dell'attività della Commissione giudicatrice;

- dell'atto con il quale l'organo deliberante dell'Università ha disposto l'aggiudicazione definitiva al Consorzio CONSORZIO BETA;

- dell'atto di ammissione alla gara del CONSORZIO BETA e delle imprese designate;

- dell'attività preliminare compiuta dalla Commissione giudicatrice prima dell'esame delle offerte;

- dei verbali della Commissione di gara;

- della graduatoria pubblicata sul sito <http://esia.unica.it/appalti>;

- del bando di gara e della lettera di invito;

- di tutti gli atti preparatori e presupposti, compresa la delibera di contrattare e di approvazione del bando;

- di tutti gli atti connessi, compresa l'eventuale decisione di stipulare il contratto;

- dello stesso contratto eventualmente stipulato e del provvedimento di approvazione dello stesso;

- nonché, con i motivi aggiunti, della delibera del Consiglio di Amministrazione dell'Università degli Studi di Cagliari n. 47/05 C in data 7 ottobre 2005.

Preliminarmente il TAR ha osservato che la ricorrente non aveva riproposto espressamente tutte le censure avanzate con i motivi aggiunti per cui, poiché l'intervento dell'aggiudicazione definitiva rendeva improcedibile il ricorso avverso quella provvisoria, poteva essere posto in dubbio se tutti i motivi originariamente proposti rientrassero ancora nella materia del contendere; i primi giudici superavano, peraltro, la questione in considerazione dell'infondatezza del ricorso nel merito.

In particolare, ha ritenuto, il TAR, che la mancata previsione di una cabina elettrica da parte della controinteressata (che ha previsto la collocazione delle necessarie apparecchiature elettriche in una cabina già esistente) non fosse inibita dalla *lex specialis* della gara.

Il TAR ha, poi, ritenuto anche l'infondatezza delle ulteriori argomentazioni, con le quali la ricorrente aveva contestato la mancata prefissione, da parte della commissione aggiudicatrice, dei criteri per l'attribuzione dei punteggi ed il difetto di motivazione; la commissione, infatti, ad avviso del Tribunale sardo, sarebbe stata tenuta a fissare autonomi parametri di valutazione solo quando quelli stabiliti dal bando non fossero stati sufficientemente precisi; nel caso di specie, poi, la riconosciuta unicità del progetto del controinteressato rendeva evidente anche il presupposto della valutazione attribuitagli.

Il TAR ha, poi, rigettato la censura volta a contestare il fatto che, nonostante l'elevatissimo ribasso (51%) proposto dall'aggiudicataria, non di meno la Commissione valutatrice non abbia ritenuto di sottoporre l'offerta alla verifica dell'anomalia, in quanto tale scelta appariva giustificata dalla particolarità del progetto, che consentiva un notevole risparmio di spesa.

I primi giudici hanno, quindi, respinto le successive censure nei termini che seguono:

- alcune voci dell'elenco prezzi sarebbero state descritte in modo sintetico: la censura è stata disattesa in quanto non spiegava perché la descrizione delle voci in questione non avrebbe consentito la corretta valutazione dell'offerta;

- nel computo metrico estimativo dell'aggiudicataria sarebbero mancate la fornitura e la posa in opera degli intonaci e delle pitture murali: al riguardo era da condividere la spiegazione offerta dalla controinteressata di aver previsto l'utilizzo di pareti mobili prefabbricate, che evidentemente non necessitavano di intonaci e pitture, e tale affermazione non è contestata;

- la superficie del controsoffitto sarebbe stata sottostimata: anche tale censura è stata ritenuta priva di fondatezza perché, al riguardo, era rimasta priva di contestazione l'affermazione della resistente secondo la quale il controsoffitto era richiesto solo negli anditi;

- il piano della sicurezza non sarebbe stato firmato da un professionista abilitato: il TAR ha respinto il motivo avendo ritenuto che la sottoscrizione era apposta sulla copertina e costituiva adeguata assunzione di responsabilità;

- alcuni aspetti del progetto dell'aggiudicataria non avrebbero consentito di ottenere il certificato di prevenzione incendi: anche in questo caso il TAR ha rilevato come fosse rimasta priva di contestazione l'affermazione dell'aggiudicataria secondo la quale il progetto era conforme al capitolato ed al progetto di massima, per cui eventuali manchevolezze erano essere ricondotte a questi ultimi.

Il TAR ha, infine, ritenuto infondata anche la censura con la quale la ricorrente aveva sostenuto che i lavori sarebbero stati eseguiti un' da impresa non qualificata a norma di legge (il Consorzio controinteressato, infatti, non avrebbe eseguito direttamente i lavori, che avrebbero dovuto essere affidati ad un altro Consorzio ad esso associato; e quest'ultimo avrebbe indicato, a sua volta, in una sua associata, la cooperativa che avrebbe dovuto eseguire in concreto i lavori).

2) – Per l'appellante la sentenza sarebbe erronea in quanto, contrariamente a quanto ritenuto dai primi giudici:

- la lex specialis relativa all'appalto concorso di cui si tratta avrebbe comportato la necessaria esclusione dalla gara del Consorzio aggiudicatario, il quale, nel proprio progetto, anziché progettare la realizzazione di un nuovo manufatto (la cabina elettrica espressamente prevista dal Capitolato Prestazionale), si sarebbe limitata a fornire un impianto elettrico MT, tramite una cabina di trasformazione già esistente; sarebbe spettato, invero, alla stazione appaltante dire che il manufatto preesistente avrebbe potuto essere utilizzato in luogo della realizzazione di una apposita cabina elettrica; ciò non avendo previsto la disciplina di gara, l'aggiudicataria ne avrebbe dovuto essere logicamente e doverosamente esclusa; né spettava alla deducente esprimere giudizio alcuno sulla bontà o meno della scelta tecnica operata dalla controinteressata e illegittimamente avallata dall'amministrazione;

- il TAR avrebbe errato anche nel ritenere che i criteri valutativi utilizzati dalla commissione sarebbero stati sufficienti a consentire una corretta e comprensibile attribuzione dei punteggi, laddove, invece, i criteri offerti dal bando, attesa la loro latitudine e la mancata definizione di appositi sottocriteri, avrebbero portato all'assegnazione di punteggi non intelligibili, in quanto neppure accompagnati da apposita, specifica motivazione;

- contrariamente, poi, all'assunto dei primi giudici, la Commissione valutatrice, attesa l'abnormità del ribasso offerto dalla controinteressata (51%), non avrebbe potuto non sottoporre la relativa offerta alla verifica dell'anomalia;

- i primi giudici avrebbero errato, infine, anche nel disattendere la censura che si appuntava avverso la designazione dell'impresa esecutrice dei lavori, in quanto priva dei necessari requisiti di partecipazione, all'uopo non apparendo condivisibili gli apprezzamenti operati al riguardo.

Resiste l'università appellata, che insiste per il rigetto dell'appello e la conferma della sentenza impugnata.

L'appello è fondato per le ragioni che vanno a indicarsi.

3) – Al riguardo, ritiene la Sezione che sia priva di consistenza la prima delle censure formulate con il presente gravame.

Il Capitolato Prestazionale collocava la realizzazione di una cabina elettrica non tra le opere murarie, bensì tra gli impianti elettrici; la stessa, quindi, ben avrebbe potuto essere realizzata, come previsto dal Consorzio aggiudicatario, in un locale preesistente, a condizione, naturalmente, che questo si prestasse a tale specifica funzione per ciò che attiene agli impianti elettrici e tecnologici presenti, alla funzionalità dei locali e al rispetto delle norme tecniche e di sicurezza previste per la realizzazione di impianti siffatti; ciò che rileva, infatti, ai fini di cui si tratta, è la funzionalità dell'impianto elettrico, non la realizzazione delle relative opere murarie, non necessarie (né espressamente previste dalla lex specialis di gara) laddove, come nella specie, preesistevano manufatti edilizi che consentivano la valida realizzazione in essi, nel pieno rispetto delle norme tecniche e di sicurezza, dell'impianto in parola.

Per l'effetto, dovendosi escludere che la realizzazione della cabina elettrica quale autonoma opera muraria fosse prevista a pena di esclusione, deve ritenersi che correttamente la stessa appellata non sia stata esclusa, per tale motivo, dalla gara, avendo presentato, del resto, un progetto ritenuto non solo conforme alle prescrizioni di gara, ma anche più economico.

4) – Può ora passarsi, in ordine logico, all'esame della censura con la quale l'appellante deduce l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui ha ritenuto che non ricorressero i presupposti per l'esclusione dalla gara del Consorzio poi risultato aggiudicatario.

La censura è stata svolta, in primo grado, in sede di ricorso introduttivo, in forma dubitativa la ricorrente non essendo in possesso, all'epoca della proposizione del gravame, di elementi documentali sufficienti.

Ha, in quella sede, rilevato che nessuno dei due soggetti chiamati da CONSORZIO BETA ad eseguire i lavori sarebbe stato consorziato in detto Consorzio; solo uno di essi (la BETA QUATER) sarebbe stato, poi, in possesso di qualifica SOA ("ma sembrerebbe incaricata di compiere attività diverse").

Donde, sotto il primo profilo, l'esigenza di escludere dalla gara il Consorzio poi risultato aggiudicatario per violazione dell'art. 13, comma 4, della legge n. 109/1994 (in quanto i soggetti designati per l'esecuzione dei lavori non sarebbero stati consorziati in CONSORZIO BETA, sicché questo non avrebbe potuto essere ammesso a presentare offerta).

Inoltre, una delle due imprese designate sarebbe stata priva di SOA o di iscrizione all'Albo regionale, donde la violazione del disposto di cui all'art. 8, comma 1, della legge n. 109/1994, del DPR n. 34 del 2000 e della legge regionale sarda, che prescrivono che l'esecutore dei lavori sia un soggetto idoneo e, quindi, munito di SOA o di iscrizione all'Albo regionale.

Non potendo - secondo l'originaria ricorrente - la qualificazione ad eseguire i lavori essere verificata in capo al Consorzio (la qualificazione del quale sarebbe valsa solo ai fini della partecipazione alla gara), questo avrebbe dovuto essere escluso.

Tali censure sono state riprese e meglio puntualizzate in sede di motivi aggiunti di primo grado, svolti a seguito della produzione documentale da parte dell'Amministrazione.

È stato osservato, in particolare, dall'originaria ricorrente, che CONSORZIO BETA non avrebbe designato una cooperativa esecutrice dei lavori, ma avrebbe indicato un consorzio di cooperative; soggetto, questo, privo di alcuna qualificazione per eseguire lavori pubblici (e ciò conformemente

alla sua natura consortile che, in quanto basata su causa mutualistica, non lo legittimerebbe, per statuto, ad organizzare i fattori produttivi in funzione dell'esecuzione dei lavori).

E tanto questo sarebbe vero che il soggetto designato da CONSORZIO BETA – il Consorzio CONSORZIO BETA TER – ha dovuto, a sua volta, designare, quale esecutrice dei lavori, un'impresa terza (l'associata BETA QUATER); sicché né CONSORZIO BETA, né il CONSORZIO BETA TER sarebbero stati in grado, in quanto consorzi, di eseguire i lavori.

E quel che più rilevarebbe sarebbe il fatto che la società BETA QUATER, chiamata ad eseguirli, neppure sarebbe risultata associata al Consorzio aggiudicatario, donde l'illegittimità delle operazioni concorsuali e della conseguente aggiudicazione della gara, dal momento che il CONSORZIO BETA avrebbe dovuto essere da questa escluso non avendo individuato una propria consorziata quale esecutrice dei lavori.

Né il rapporto tra CONSORZIO BETA e BETA QUATER potrebbe essere rivisto alla stregua di un rapporto di subappalto, di questo non ricorrendo, nella specie, i necessari presupposti di legge.

Infine, l'Università avrebbe illegittimamente accettato come esecutore dei lavori un soggetto, BETA QUATER, privo dei necessari requisiti di qualificazione.

5) - Al riguardo, i primi giudici hanno ritenuto che l'art. 10, comma 1, lett. b), della legge 11 febbraio 1994, n. 109, ammette i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro, costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422, e successive modificazioni (categoria alla quale appartiene il controinteressato Consorzio aggiudicatario della gara) alle procedure di affidamento dei lavori pubblici; il successivo art. 11 della medesima legge n. 109 del 1994 ammette i consorzi di cui al richiamato art. 10, lett. b), a dimostrare i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria cumulativamente in capo ai medesimi, ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate; l'art. 13, disciplinando la partecipazione alle gare in questione di associazioni temporanee di imprese e di consorzi di cui all'art. 10, lett. d) ed e), impone alla capogruppo o mandataria, nonché agli altri partecipanti, di dotarsi dei requisiti di qualificazione, accertati ed attestati ai sensi dell'art. 8, implicitamente escludendo da tale obbligo i consorzi di cui alle lettera b) dell'art. 10; per cui, in conclusione, nonostante la modifica del richiamato art. 11, di cui all'art. 9, ventunesimo comma, della legge 18 novembre 1998, n. 415, i consorzi di cui all'art. 10, lett. b) (nonché lett. c) dimostrano la propria capacità tecnica mediante la qualificazione dell'intero consorzio, fermo restando che le imprese consorziate, se chiamate all'esecuzione dei lavori, devono dimostrare la propria legittimazione morale, mentre si avvalgono della qualificazione del consorzio per dimostrare la propria capacità tecnica (in termini sono richiamante, dal TAR, le decisioni del C.G.A.R.S. 20 settembre 2002, n. 569; 17 luglio 2000, n. 342; C. di St., Sezione V, 29 novembre 2004, n. 7765; Sezione VI, 15 maggio 2003, n. 2646).

6) – Ritiene la Sezione che tali conclusioni non possano essere condivise tenuto conto delle peculiarità della presente fattispecie.

Il Collegio prende le mosse, invero, dai propri precedenti in materia e, in particolare, dalla decisione n. 2183 del 2003, in cui è stato osservato, tra l'altro, che il consorzio fra società di cooperative di produzione e di lavoro costituito a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422, può partecipare alla procedura di gara utilizzando i requisiti suoi propri e, nel novero di questi, facendo valere i mezzi nella disponibilità delle cooperative che costituiscono, ai fini che qui rilevano, articolazioni organiche del soggetto collettivo, ossia suoi interna corporis; e che il rapporto organico che lega le cooperative consorziate, ivi compresa quella incaricata dell'esecuzione dei lavori, in sostanza non dissimile, mutatis mutandis, da quello che avvince i singoli soci ad una società, è tale

che l'attività compiuta dalle consorziate è imputata organicamente al consorzio, come unico ed autonomo centro di imputazione e di riferimento di interessi, e che, per conseguenza, diversamente da quanto accade in tema di associazioni temporanee e di consorzi stabili, la responsabilità per inadempimento degli obblighi contrattuali nei confronti della p.a. si appunta esclusivamente in capo al consorzio senza estendersi, in via solidale, alla cooperativa incaricata dell'esecuzione; e che, inoltre, l'autonoma soggettività del consorzio consente anche la possibilità di designare una nuova cooperativa come esecutrice ove, per motivi sopravvenuti, la prima designata non sia in condizione di svolgere compiutamente la prestazione.

D'altronde, ha pure rilevato la Sezione nella decisione ora detta, una diversa opzione ermeneutica che, in assenza di qualsiasi referente normativo in tale direzione, richiedesse il possesso dei requisiti speciali da parte delle singole imprese deputate all'esecuzione concreta dell'appalto per conto del consorzio, si porrebbe in chiara distonia con la ratio che sorregge la costituzione di detti consorzi e che spiega il favore del legislatore, alla luce dell'incentivazione della mutualità, dato dall'esigenza di consentire, grazie alla sommatoria dei requisiti posseduti della singole imprese, la partecipazione a procedure di gara di cooperative che, isolatamente considerate, non sono in possesso dei requisiti richiesti o, comunque, non appaiono munite di effettive chances competitive.

7) – Sennonché, la fattispecie qui in esame è caratterizzata dal fatto che il Consorzio risultato aggiudicatario – che ha partecipato nella qualità di “impresa singola” – ha, conformemente a quanto indicato nella propria offerta, assegnato l'esecuzione delle opere ad un altro soggetto giuridico ad esso associato e, precisamente, al “CONSORZIO BETA BIS – CIS – Carbonia Società Cooperativa a r.l.” (di cui neppure risulta, in atti, se si tratti o meno di società cooperativa di produzione e lavoro).

Il soggetto così designato, peraltro, non si è fatto carico della diretta esecuzione dei lavori stessi, ma li ha affidati, a sua volta, ad una società in nome collettivo, in esso associata, priva, di per sé, dei requisiti di qualificazione tecnica prescritti ai fini della partecipazione alla gara e, in particolare, delle previste categorie di iscrizione (iscrizione che, almeno stando agli atti del giudizio, non risulta posseduta neppure dalla predetta CONSORZIO BETA TER Soc. Coop. a r.l, designata dall'aggiudicatario CONSORZIO BETA, il quale ultimo ne era, invece, dotato).

In particolare, il Consorzio aggiudicatario della gara, con delibera del Consiglio d'Amministrazione del 6 luglio 2005, ha assegnato – secondo quanto precisato nella propria offerta – l'esecuzione dei lavori al ripetuto CONSORZIO BETA BIS – CONSORZIO BETA TER Carbonia Soc. Coop. a r.l. (che non ha direttamente partecipato alla gara).

Quest'ultima società cooperativa, peraltro, come risulta dalla nota 30 novembre 2004 diretta all'Università di Cagliari e da questa prodotta in giudizio, aveva dichiarato di concorrere alla gara di cui si tratta per l'associata BETA QUATER di \*\*\*\* Pier Paolo s.n.c., anziché assumere in proprio l'esecuzione dei lavori quale società cooperativa associata nel Consorzio CONSORZIO BETA, direttamente designata da quest'ultimo a fornire le relative prestazioni; la stessa cooperativa CONSORZIO BETA TER ha comunicato, poi, al Consorzio aggiudicatario CONSORZIO BETA che, in data 25 luglio 2005, il proprio Consiglio d'Amministrazione aveva deliberato l'affidamento dei lavori stessi alla predetta BETA QUATER s.n.c. (impresa non cooperativa, socia della medesima società cooperativa “CONSORZIO BETA BIS – CONSORZIO BETA TER Carbonia Soc. Coop. a r.l.”; ma in relazione alla natura societaria della BETA QUATER s.n.c. non sono state mosse specifiche contestazioni).

Per l'effetto, i lavori relativi all'appalto di cui si tratta sono stati affidati non direttamente ad un'impresa cooperativa consorziata nel consorzio di cooperative di produzione e lavoro risultato aggiudicatario e da questo designata (impresa cooperativa che, in base alle norme eccezionali anzidette, tenuto anche conto della succitata elaborazione giurisprudenziale in materia, poteva fruire dei requisiti tecnici di qualificazione posseduti dallo stesso Consorzio aggiudicatario), bensì, in prima battuta, ad una seconda società cooperativa, associata al predetto Consorzio aggiudicatario (e, cioè, la società cooperativa "CONSORZIO BETA BIS – CONSORZIO BETA TER Carbonia Soc. Coop. a r.l."), e, quindi, per designazione da parte di quest'ultima, ad un'ulteriore impresa in questa associata, con una sorta di sub-affidamento che il legislatore non ha previsto né disciplinato.

È vero, infatti, che in base all'art. 10 della legge n. 109/1994 (applicabile al momento di svolgimento della gara), tra i soggetti ammessi alle gare sono ricompresi (comma 1, lett. b) i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422, e successive modificazioni, e i consorzi tra imprese artigiane di cui alla legge 8 agosto 1985, n. 443, sulla base delle disposizioni di cui agli articoli 8 e 9 della presente legge"; e che, ai sensi del successivo art. 11, "i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei lavori ai soggetti di cui all'articolo 10, comma 1, lettere b) e c), devono essere posseduti e comprovati dagli stessi secondo quanto previsto dal decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 10 gennaio 1991, n. 55, o dal regolamento di cui all'articolo 8, comma 2, della presente legge, salvo che per i requisiti relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, che sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate"; e, infine, che l'art. 13 della stessa legge, al comma 4, prevede che "i consorzi di cui all'articolo 10, comma 1, lettere b) e c), sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre; a questi ultimi è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara".

Ma con tali previsioni normative, peraltro, di carattere speciale e di stretta interpretazione (in quanto volte a salvaguardare una specifica categoria di imprese consortili cui il legislatore ha ritenuto di accordare eccezionalmente una particolare tutela legata, come detto, alla incentivazione della mutualità) si è inteso assegnare rilievo funzionale solo al rapporto organico che lega il Consorzio concorrente alla gara (quando concorra, come nella specie, quale "impresa singola") alle imprese o altri consorzi in esso direttamente consorziati e che ne costituiscono, come detto, una sorta di interna corporis (sicché l'attività compiuta dai soggetti consorziati è imputata organicamente al Consorzio concorrente, come unico ed autonomo centro di imputazione e di riferimento di interessi); ma non anche al rapporto, di secondo grado, che finirebbe per collegare il Consorzio aggiudicatario ad un soggetto terzo (ancorché preventivamente designato, in sede di gara, dalla società chiamata ad eseguire i lavori dal Consorzio concorrente, poi risultato aggiudicatario), che con il primo ha solo un rapporto mediato dall'azione di un altro soggetto (che, tra l'altro, come si ripete, neppure risulta dotato, nella specie, almeno stando a quanto emerge dagli atti versati in giudizio, delle prescritte categorie d'iscrizione), associato a quello risultato aggiudicatario.

In tal modo il Consorzio aggiudicatario finirebbe per avvalersi, invero, dell'attività svolta da un soggetto terzo rispetto al medesimo e non da esso direttamente designato come esecutore dei lavori.

Di fatto, la potestà assegnata dal legislatore al Consorzio concorrente di designare, sulla base di un ordinario rapporto di fiducia, l'impresa - ad esso consorzata - quale materiale esecutrice delle opere verrebbe a trasferirsi sul soggetto a tal fine designato dal Consorzio concorrente; ciò che il legislatore non ha inteso consentire allorché, con il citato art. 13, comma 4, della legge n. 109/1994, ha eccezionalmente previsto che i Consorzi di cui si tratta indichino, nell'offerta, per quali loro consorziati essi concorrano e non ha, invece, esteso anche ai soggetti (eventualmente costituiti in

forma consortile) così designati di indicare, a loro volta, a cascata, i propri consorziati chiamati ad eseguire i lavori stessi.

E ciò non senza considerare – nel silenzio della legge - i possibili dubbi in merito all'applicabilità o meno, nei confronti del soggetto designato, in via mediata, quale materiale esecutore dei lavori da parte dell'impresa o consorzio indicato dal Consorzio aggiudicatario, del divieto contenuto nella seconda parte del citato art. 13, comma 4, della ripetuta "legge quadro".

Trattandosi, inoltre, di situazione eccezionale, non direttamente disciplinata dal legislatore, la stessa amministrazione, nel silenzio della norma, verrebbe a trovarsi in una situazione di obiettiva incertezza in merito all'esercizio delle proprie potestà operative nei confronti del soggetto beneficiario dell'affidamento di secondo grado di cui si tratta e, in particolare, in ordine alla verifica di sussistenza o meno, in capo ad essa impresa sub-designata, di tutti i requisiti di legge che legittimano l'applicabilità della disciplina speciale e di favore di cui si è detto.

Questa consente, in definitiva, al Consorzio concorrente ed aggiudicatario di avvalersi delle prestazioni di un'impresa cooperativa in esso associata e specificamente designata in sede di gara; e, in tal caso, l'impresa indicata può eseguire i lavori pur essendo priva, per le ragioni dianzi indicate, dei requisiti di qualificazione tecnica (dove l'infondatezza delle censure volte a contestare il fatto che i lavori possano essere eseguiti da soggetti designati dal Consorzio aggiudicatario privi dei requisiti stessi); ma non anche, a quest'ultima, di avvalersi di un'ulteriore impresa – a sua volta, in essa associata - altrimenti potendosi innescare un meccanismo di designazioni a catena destinato a beneficiare non (secondo la ratio legis) il Consorzio concorrente e le imprese cooperative in esso associate, ma, in ipotesi (come nel caso di specie) anche soggetti terzi, non concorrenti direttamente alla gara, né in questa puntualmente designati, secundum legem, dal concorrente risultato aggiudicatario, quali materiali esecutori dei lavori.

Deve, pertanto, escludersi che l'esecuzione delle opere oggetto di gara possa, dal soggetto designato dall'aggiudicatario, essere affidata, puramente e semplicemente, a detto soggetto terzo, in quanto, a ben vedere, si verserebbe di fatto, in tal caso, in un'ipotesi di subappalto che non solo dovrebbe essere autorizzato dall'amministrazione, ma che, soprattutto, dovrebbe rispondere ai requisiti di legge e, in particolare, a quelli di cui all'art. 18 della legge 19 marzo 1990, n. 55 (ora, art. 118 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), e alle relative formalità; ciò che nella specie non si è verificato, in quanto, tra l'altro, BETA QUATER – in contrasto con il disposto di cui ai commi 1 e 2 della norma ora detta – è stata chiamata a realizzare le opere nella loro interezza e non nel limite massimo del 30% in detta norma prescritto; né, nel caso in esame, sussistono i requisiti per l'avvalimento di cui agli articoli 47, 48 e 54 della direttiva 2004/18 CE.

Da quanto precede consegue l'accoglimento della censura in esame per ciò che attiene alla illegittima indicazione, da parte del soggetto indicato dal Consorzio aggiudicatario quale esecutore dei lavori, dell'affidatario materiale dei lavori stessi.

8) - Si tratta, peraltro, a questo punto di verificare se tale sub-designazione, già presente nell'offerta del Consorzio aggiudicatario, sia tale da comportare o meno la necessaria esclusione dello stesso dalla gara.

Ritiene la Sezione che tale eventualità - contrariamente all'assunto dell'appellante - sia da escludere.

È da ritenere, infatti, che l'indicazione di una sub-affidataria dei lavori vitiatur sed non vitiatur, nel senso che la stessa non è da ritenere ammissibile, ma che ciò che rileva è che, da parte del

Consorzio concorrente, avvenga l'indicazione dell'impresa chiamata alla specifica esecuzione dei lavori stessi; e, nella specie, tale designazione è, comunque, regolarmente intervenuta, essendo stata indicata la società cooperativa Consorzio Costruttori Sardi CONSORZIO BETA TER di Carbonia s.c.a r.l.; con la conseguenza che l'ulteriore designazione da questa operata è da ritenere non conforme a legge; ma ciò non impedisce, di per sé, l'effettuazione dei lavori a mezzo dell'impresa consortile da ultimo detta, quale impresa direttamente designata dal Consorzio concorrente alla gara e aggiudicatario della stessa o, nel caso in cui questa fosse risultata materialmente non in grado di eseguirli, la possibilità, per il Consorzio aggiudicatario medesimo, di indicare, quale esecutore, un'ulteriore propria consorziata, conformemente a quanto sopra già ricordato circa il fatto che l'autonoma soggettività del consorzio consente anche, a quest'ultimo, di designare una nuova cooperativa come esecutrice ove, per motivi sopravvenuti, la prima designata non sia in condizione di svolgere compiutamente la prestazione.

Con la conseguenza che l'intervenuta – nella specie - esecuzione dei lavori deve, comunque, far ritenere che le chances per l'appellante di vedersi affidare, anche solo in via di astratta e virtuale ipotesi, i lavori di cui si tratta quale seconda classificata sarebbero state, comunque, molto esigue, in quanto il Consorzio aggiudicatario avrebbe potuto pur sempre pretendere, dal soggetto da esso designato, che i lavori fossero da esso direttamente realizzati, ovvero avrebbe potuto affidarli ad altra società cooperativa associata ed in grado di eseguirli materialmente.

Tali chances, è dato ritenere, non avrebbero potuto, comunque, assumere, sotto il profilo probabilistico, consistenza maggiore di quelle correlabili all'annullamento delle operazioni valutative per le ragioni che si andranno a precisare nel prosieguo della trattazione (con la conseguenza che la liquidazione del richiesto risarcimento del danno in favore della deducente può essere direttamente correlata, come ora si dirà, all'annullamento delle operazioni stesse).

9) – Al riguardo, appare, invero, da condividere il secondo motivo dell'appello, con il quale viene dedotta l'erroneità della sentenza impugnata laddove ha rigettato le censure di primo grado (terzo motivo dell'originario ricorso) volte a contestare le modalità di assegnazione dei punteggi da parte della commissione valutatrice.

Il bando di gara e il Capitolato Prestazionale prevedevano espressamente che la valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa sarebbe stata effettuata attraverso l'applicazione del metodo aggregativo-compensatore di cui all'allegato B) al D.P.R. n. 554/1999.

Tale disciplina è del seguente tenore:

Metodo aggregativo-compensatore

L'offerta economicamente più vantaggiosa è effettuata con la seguente formula:

$$C(a) = n \sum W_i V(a)_i$$

dove: C(a) = indice di valutazione dell'offerta (a);

n=numero totale dei requisiti;

W<sub>i</sub>=peso o punteggio attribuito al requisito (i);

V(a)<sub>i</sub> = coefficiente della prestazione dell'offerta (a) rispetto al requisito (i) variabile tra zero ed uno;

n= sommatoria.

I coefficienti  $V(a)_i$  sono determinati

a) per quanto riguarda gli elementi di valutazione di natura qualitativa quali il valore tecnico ed estetico delle opere progettate, le modalità di gestione attraverso: la media dei coefficienti, variabili tra zero ed uno, calcolati dai singoli commissari mediante il «confronto a coppie», seguendo, a loro scelta, le linee guida di cui all'allegato A, oppure il criterio fondato sul calcolo dell'autovettore principale della matrice dei suddetti confronti a coppie;

ovvero:

la media dei coefficienti, variabili tra zero ed uno, attribuiti discrezionalmente dai singoli commissari;

ovvero:

un metodo di determinazione dei coefficienti, variabili tra zero ed uno, adottato autonomamente dalla commissione prima dell'apertura dei plichi".

Ebbene, dai verbali di gara emerge solo che la Commissione, in sede di esame dei progetti-offerta, dopo avere preso in esame ciascuno di essi e dopo averne operato una accurata rappresentazione con l'indicazione delle rispettive principali caratteristiche di funzionalità e portata, si è limitata ad attribuire alle concorrenti dei punteggi variabili tra 12 e 17,50, senza, peraltro, in alcun modo specificare quale criterio tra quelli anzidetti avrebbe in concreto utilizzato e quali specifici elementi delle offerte avrebbe tenuto in puntuale considerazione; né fattori di chiarimento possono ricollegarsi alle modalità di attribuzione dei punteggi, dal momento che la Commissione stessa si è limitata ad assegnare, ad ogni offerta, un semplice punteggio unitario, senza tenere conto né di singoli elementi oggetto di valutazione, né chiarendo le ragioni poste a specifico supporto dei punteggi che i commissari avrebbero singolarmente espresso in rapporto ad essi.

È stata effettuata, in altre parole, un'operazione essenzialmente descrittiva dei contenuti delle offerte, ma priva di ogni valido ragguaglio a puntuali criteri valutativi di riferimento, così come imposto, invece, dalla disciplina normativa dianzi richiamata.

Le considerazioni che precedono inducono, quindi, a ritenere illegittimi lo svolgimento e l'esito della gara, con il conseguente annullamento della disposta aggiudicazione.

L'accoglimento di tale censura porta, poi, ad assorbire quella relativa al mancato esame dell'asserita anomalia dell'offerta, trattandosi di una fase che si pone, comunque, a valle dei giudizi valutativi ora detti.

10) – Alla fondatezza della censura ora esaminata ed al conseguente annullamento – in accoglimento dell'originario ricorso – delle operazioni valutative (non rinnovabili, nella specie, in una situazione in cui le offerte sono, ormai, conosciute in tutti i loro contenuti) si ricollega, poi, il diritto dell'ATI appellante al risarcimento per equivalente (i lavori risultando, ormai, ultimati), il vizio sopra rilevato implicando una manifesta colpa da parte dell'amministrazione, ravvisabile nella mancata preventiva determinazione – in contrasto con la specifica disciplina di gara e con quella normativa dianzi indicata e richiamata nella stessa *lex specialis* – di idonei criteri di apprezzamento dei contenuti delle offerte e nella correlata formulazione di giudizi valutativi inidonei.

Sussiste anche il prescritto nesso di causalità, in quanto la corretta condotta da parte dell'amministrazione ben avrebbe potuto condurre, in astratta ipotesi, ad un risultato favorevole all'odierna appellante.

Poiché, peraltro, l'accoglimento della censura in questione investe tutti i partecipanti alla gara, ne consegue che il risarcimento richiesto con il ricorso di primo grado va determinato nei limiti della perdita di chances.

Dal momento che cinque erano i concorrenti in gara, ne consegue che la deducente ha diritto a vedersi rifondere un importo pari 10% del valore dell'offerta da essa formulata, diviso per cinque; e poiché tale offerta era pari ad € 1.990.000 e il 10% è pari a circa € 199.000, ciò che spetta all'appellante è la quinta parte di tale ultimo importo (con i soli interessi nella misura legale dal momento della domanda).

Quanto ad altri oneri e spese, specie di progettazione, qui fatti valere, gli stessi (normalmente non rimborsabili in caso di mancata aggiudicazione della gara e rientranti nel normale rischio di impresa) debbono ritenersi soddisfatti attraverso la liquidazione del danno anzidetta; in ogni caso, non potrebbero essere riconosciuti come spettanti in quanto neppure sufficientemente documentati.

Al riguardo, l'appellante ha prodotto un nota del 17 febbraio 2004 dell'ing. Paolo Farris, una dell'ing. Marco Murru del 18 febbraio 2004, nonché due ordini di fornitura in data 26 maggio 2004; trattandosi di documentazione tutta in data antecedente rispetto alla data di pubblicazione del bando di gara, che è del 22 luglio del 2004 (inviato all'Ufficio Pubblicazioni delle Comunità Europee in data 22 luglio 2004), nonché della lettera d'invito del 7 settembre 2004, la stessa non può essere riferita con certezza alla gara di cui si tratta, in quanto temporalmente antecedente allo stesso atto indittivo ed alla definizione della concreta *lex specialis* della stessa ed, in particolare, del Capitolato Prestazionale richiamato nel bando e nella lettera d'invito medesimi.

Quanto alle prodotte fatture dell'ing. Farris n. 27 in data 24 novembre 2004 e n. 29 del 9 dicembre 2004, le stesse attengono, genericamente:

- la prima, a “progetto esecutivo relativo al fabbricato presso la Cittadella Universitaria in Monserrato: adeguamento alla normativa di sicurezza ed antincendio; progetto impianto antincendio” etc.;

- la seconda a “progetto esecutivo relativo al fabbricato presso la Cittadella Universitaria in Monserrato: impianto condizionamento”.

In tal caso, l'assoluta genericità dei dati offerti (“fabbricato presso la Cittadella Universitaria in Monserrato”) non consente di ricondurre con certezza le somme indicate in dette fatture al progetto di cui si tratta.

Circa le richieste “spese generali”, le stesse sono rapportate, dall'appellante, direttamente agli oneri di progettazione anzidetti e, quindi, non possono, per le stesse ragioni dianzi indicate, essere ritenute spettanti.

Quanto all'asserito pregiudizio patito dalle “imprese associate” (in realtà, una sola, la COS. TEC 2f) “per non aver potuto maturare i requisiti che sarebbero entrati nel loro patrimonio aziendale per effetto dell'esecuzione del contratto”, si tratta di pretesa patrimoniale strettamente quanto direttamente inerente l'impresa asseritamente danneggiata, che, quindi, avrebbe dovuto avanzare

apposita domanda in prima persona, proponendo anch'essa l'originario ricorso e l'appello, non potendo valere, ai peculiari fini di cui si tratta, la circostanza che essa è mandante nell'ATI costituita con l'odierna appellante.

11) – Per tali motivi va accolto l'appello in epigrafe e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata ed in accoglimento del ricorso di primo grado, vanno annullati gli atti impugnati e va condannata l'amministrazione appellata al risarcimento del danno nei termini di cui in motivazione.

Le spese del doppio grado posso essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, accoglie l'appello e, per l'effetto, in accoglimento del ricorso di primo grado, annulla gli atti impugnati e condanna l'amministrazione appellata al risarcimento del danno nei termini di cui in motivazione.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 20 marzo 2007 con l'intervento dei sigg.ri:

CLAUDIO VARRONE – Presidente

PAOLO BUONVINO – Consigliere est.

LUCIANO BARRA CARACCILO – Consigliere

DOMENICO CAFINI - Consigliere

ROBERTO CHIEPPA – Consigliere

Presidente

CLAUDIO VARRONE

Consigliere      Segretario

PAOLO BUONVINO      MARIA RITA OLIVA

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il...22/06/2007

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

Il Direttore della Sezione

MARIA RITA OLIVA

CONSIGLIO DI STATO

In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addì.....copia conforme alla presente è stata trasmessa

al Ministero.....

a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria

N.R.G. 3987/2006

FF