

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria  
(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1006 del 2012, proposto da: Mc Ristorazione Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Ettore Notti, con domicilio eletto presso Giuseppe Spadafora in Catanzaro, via XX Settembre, 63;

contro

Comune di Francavilla Marittima, rappresentato e difeso dall'avv. Mario Mascaro, con domicilio eletto presso Paola Garofalo in Catanzaro, via A. Turco, 71;

nei confronti di

Argano Soc. Coop. Arl;

per l'annullamento

- della nota prot. n. 4622 del 05/10/2012 della stazione appaltante in cui da atto della determinazione n. 92 del 03/10/2012, pure essa impugnata, di aggiudicazione definitiva dell'appalto servizio di refezione scolastica anni 2012/2013 e 2013/2014 alla controinteressata che doveva essere esclusa;
- dei verbali di gara per asta pubblica del 28/09/2012 e del giorno 01/10/2012 in cui è stata dapprima ammessa e non esclusa e poi dichiarata aggiudicataria provvisoria la controinteressata;
- nonché della determinazione n. 81 del 29/08/2012, del bando, del capitolato e di ogni atto presupposto connesso e consequenziale, comunque lesivo degli interessi della ricorrente, limitatamente alla parte interessata dal presente ricorso;
- del provvedimento di aggiudicazione definitiva di cui alla determinazione 92 del 03/10/2012, dell'eventuale contratto stipulato, e di tutti gli atti esecutivi inerenti l'espletamento dei lavori (verbale di consegna di urgenza);

nonchè per la condanna dell'amministrazione, ex art. 34, comma 1, lett. b) e c) del c.p.a., alla declaratoria del diritto all'aggiudicazione dei lavori, ovvero in subordine per la condanna al risarcimento dei danni in dipendenza dei provvedimenti impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Francavilla Marittima;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 gennaio 2013 il dott. Emiliano Raganella e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

Esponde la ricorrente che, con determinazione 81 del 28.9.2012, il responsabile del servizio del Comune di Francavilla Marittima, indiceva la gara per l'appalto del servizio di refezione scolastica per il biennio 2015/2013 e 2013/2014 a ditta esterna con procedura ad evidenza pubblica ex art. 55 d.lgs. 163 del 2006, con il criterio del prezzo più basso ex artt. 81 e 82. Prezzo a base d'asta euro 3,50 con importo presuntivo di euro 81.000 iva esclusa. Con la medesima determinazione erano approvati capitolato speciale e bando di gara.

Entro i termini previsti dal bando pervenivano due sole offerte valide.

Con determinazione 92 del 3.10.2012 la gara veniva aggiudicata alla controinteressata Argano soc. coop. a r.

Avverso l'aggiudicazione definitiva nonché avverso i verbali di gara del 28.9.2012 e del 1.10.2012, insorgeva la ricorrente chiedendone l'annullamento previa sospensiva.

Si costituiva in giudizio l'amministrazione resistente chiedendo la reiezione del ricorso.

Alla camera di consiglio del 20 novembre 2012 veniva accolta la domanda incidentale di sospensione.

All'udienza pubblica dell'11 gennaio 2013 la causa veniva trattenuta in decisione.

Con il primo motivo di ricorso la ricorrente lamenta la violazione dell'art. 38 codice appalti in quanto, pur risultando documentalmente dalla visura CCIM, che la Coop. Argano è retta da un consiglio di amministrazione composto da tre membri, la dichiarazione è stata resa solo dal rappresentante legale, sig. Alessandro Leonetti.

Il motivo è infondato e deve essere respinto.

A seguito delle eccezioni sollevate sul punto dalla ricorrente, in data 28.9.2012, le operazioni di espletamento della gara venivano sospese al fine di valutare meglio gli stessi rilievi.

La commissione di gara acquisiva la dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà dell'1.10.2012 con cui il sig. Leonetti attestava espressamente che secondo le previsioni statuarie della cooperativa arl è l'unico amministratore munito di potere di rappresentanza, alla data di pubblicazione del bando del 29/8/2012.

Il Collegio osserva che l'art. 38 d.lgs.163/2006 fa riferimento agli amministratori che esercitano il potere di rappresentanza legale anche vicaria, allorché lo statuto della persona giuridica abiliti tali soggetti a sostituire in qualsiasi atto il titolare primario della funzione (Cons. Stato, V, 23 giugno 2010, n. 3972).

E' l'atto costitutivo o lo statuto, ai sensi dell'art. 2521 c.c., ad individuare l'amministratore munito di rappresentanza legale.

Ne consegue che i poteri di rappresentanza rilevanti ai fini della dichiarazione ex art. 38, vanno ricercati nello statuto della persona giuridica.

D'altronde la stessa visura CCIAA che la ricorrente assume come decisiva nella individuazione dei titolari del potere di gestione, non reca alcuna indicazione specifica al riguardo, in quanto il sig. Cerchiara viene indicato genericamente come rappresentante dell'impresa e il sig. Lofrano quale consigliere.

D'altra parte, come di recente precisato dal Consiglio di Stato, poiché l'art. 38 è norma che limita la partecipazione alle gare e la libertà di iniziative economiche, essendo prescrittiva dei requisiti di partecipazione, non può darsene una lettura estensiva o analogica, sì da estenderla a situazioni soggettive in essa non contemplate e, comunque, estranee alla ratio della norma che, citando gli amministratori muniti di potere di rappresentanza, si riferisce ai soggetti aventi poteri decisionali e determinanti delle scelte imprenditoriali e che, pertanto, qualificano la vita della persona giuridica e non già ai soggetti che vengano delegati al compimento di singoli atti (Cons. Stato n.3944/2012).

In conclusione il soggetto su cui gravava l'onere di rendere la dichiarazione ex art. 38 era il sig. Leonetti, unico rappresentante legale della controinteressata.

Il motivo, dunque, deve essere respinto.

II. Con il secondo motivo di ricorso, la società ricorrente lamenta la mancata esclusione dalla gara dell'aggiudicataria che nell'offerta non ha specificato gli oneri per la sicurezza.

Tal circostanza non è contestata dall'amministrazione resistente che si difende osservando che la controinteressata, in perfetta buona fede, nel predisporre la sua offerta, si è attenuta alle prescrizioni del bando di gara che non conteneva alcuna previsione sull'argomento. Infatti, l'art. 18 della lex specialis ha richiesto, ai partecipanti, la sola dichiarazione sostitutiva: "di aver valutato e tenuto in debita considerazione" i costi occorrenti, nell'espletamento del servizio, per rispettare la normativa in materia di sicurezza ed igiene del lavoro.

Il motivo di ricorso è fondato.

Le disposizioni che prescrivono l'indicazione degli oneri di sicurezza nelle gare di appalto (art. 86, comma 3-bis, e l'art. 87, comma 4, del d. lgs. n. 163 del 2006; l'art. 26, comma 6, del d. lgs. n. 81 del 9 aprile 2008) sono norme di ordine pubblico in quanto poste a presidio di diritti fondamentali dei lavoratori.

In questa prospettiva si colloca anche il c.d. decreto sviluppo (d.l. n. 70/2011), il quale, con l'introduzione del comma 3-bis dell'art. 81 d.lgs. n. 163/06, ha chiarito, in chiave rafforzativa, la necessità di indicare gli oneri per la sicurezza, specificando che l'offerta migliore è determinata, tra l'altro, al netto di tale voce.

Ne consegue, secondo una giurisprudenza cui il Collegio aderisce, l'obbligatorietà della specifica indicazione degli oneri di sicurezza nella predisposizione delle offerte, a prescindere dalla circostanza che la lex specialis rechi alcuna indicazione al riguardo, che trova applicazione anche negli appalti di servizi (Cons. Stato, sez. V, 29 febbraio 2012, n.1172; Cons. Stato, sez. III, 03-10-2011 n.5421).

III. La ricorrente ha formulato anche domanda di declaratoria dell'aggiudicazione della gara ed, in via subordinata, di risarcimento dei danni per equivalente.

Nell'offerta del 20.09.2012, al pari della controinteressata, la stessa ricorrente non ha provveduto ad indicare ed a specificare i costi relativi alla sicurezza.

La domanda deve essere rigettata, dunque, in quanto la ricorrente non ha i requisiti per ottenere l'aggiudicazione della gara.

L'accoglimento parziale dei motivi di ricorso giustifica la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati.

Rigetta la domanda di risarcimento del danno.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 11 gennaio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Massimo Luciano Calveri, Presidente

Concetta Anastasi, Consigliere

Emiliano Raganella, Referendario, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/01/2013