**N. 01613/2012 REG.PROV.COLL.**

**N. 01926/2011 REG.RIC.**

****

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1926 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da Apulia s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Sante Nardelli e Giovanni Vittorio Nardelli, con domicilio eletto in Bari, piazza Umberto I°, 62;

*contro*

Comune di Poggiorsini, rappresentato e difeso dall’avv. Gerardo Pedota, con domicilio eletto presso l’avv. Vito Aurelio Pappalepore in Bari, via Pizzoli, 8;

*nei confronti di*

C.C.C. Cantieri Costruzioni Cemento s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Aldo Loiodice e Ignazio Lagrotta, con domicilio eletto in Bari, via Nicolai, 29;

*per l’annullamento,*

*previa sospensione dell’efficacia,*

- della determinazione n. 144 del 7.10.2011 con cui il Comune di Poggiorsini ha provveduto ad aggiudicare definitivamente ed affidare i lavori di “consolidamento dissesti idrogeologici centro urbano versante Sud e zona Fontana Latrigna” alla C.C.C. Cantieri Costruzioni Cemento s.p.a.;

- del provvedimento prot. n. 2884 del 7.10.2011, con cui è stata comunicata l’aggiudicazione definitiva alla C.C.C. Cantieri Costruzioni Cemento s.p.a.;

- nonché di ogni altro atto ad essi presupposto, consequenziale e/o connesso, ancorché non conosciuto, ivi compresi i verbali di gara e gli altri atti specificamente indicati in ricorso;

per l’annullamento e per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto ove stipulato ed eventualmente a stipularsi;

nonché per il risarcimento del danno in forma specifica mercé aggiudicazione della gara di appalto in favore della ricorrente e condanna alla consequenziale stipulazione del contratto;

quanto al ricorso per motivi aggiunti depositato in data 30 maggio 2012, per l’annullamento e la declaratoria di inefficacia

- del contratto rep. n. 609 del 9.5.2012 stipulato per l’affidamento dei lavori con l’impresa C.C.C. Cantieri Costruzioni Cemento s.p.a.;

- nonché di ogni altro atto ad esso presupposto, consequenziale e/o connesso, ancorché non conosciuto;

nonché per il risarcimento del danno in forma specifica mercé aggiudicazione della gara di appalto in favore dell’odierna ricorrente e condanna alla consequenziale stipulazione del contratto;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Poggiorsini e di C.C.C. Cantieri Costruzioni Cemento s.p.a.;

Visto il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata C.C.C. Cantieri Costruzioni Cemento s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il dott. Francesco Cocomile e uditi nell’udienza pubblica del giorno 27 giugno 2012 per le parti i difensori avv.ti Giovanni Vittorio Nardelli, Gerardo Pedota e Ignazio Lagrotta;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

Con bando di gara C.I.G. 0551602C5B del 15 ottobre 2010 ed annesso disciplinare di gara e progetto esecutivo costituito tra l’altro dalla relazione generale, capitolato speciale d’appalto e quadro economico, il Comune di Poggiorsini ha indetto una procedura aperta per l’appalto pubblico di esecuzione lavori per il “consolidamento dissesti idrogeologici centro urbano versante Sud e zona Fontana Latrigna” nel Comune di Poggiorsini.

A tale procedura partecipavano sia l’odierna ricorrente Apulia s.r.l. sia la controinteressata C.C.C. Cantieri Costruzioni Cemento s.p.a.

Nella seduta pubblica del 9 agosto 2011, la Commissione giudicatrice procedeva all’apertura delle buste contenenti le offerte economiche e le offerte tempo e stilava una graduatoria provvisoria che vedeva la società C.C.C. collocata al primo posto con punti 81,848/100 e la Apulia collocata al secondo posto con punti 81,207/100.

Con determinazione n. 144 del 7.10.2011 il Comune di Poggiorsini aggiudicava definitivamente ed affidava i lavori di “consolidamento dissesti idrogeologici centro urbano versante Sud e zona Fontana Latrigna” alla C.C.C. Cantieri Costruzioni Cemento s.p.a.

La Apulia s.r.l. impugna in questa sede con il ricorso introduttivo l’aggiudicazione definitiva di cui alla citata determinazione n. 144/2011.

Chiede, altresì, la declaratoria di inefficacia del contratto ove stipulato ed il risarcimento del danno in forma specifica attraverso l’aggiudicazione in proprio favore della gara.

Evidenzia che l’aggiudicazione definitiva in favore della controinteressata C.C.C. è illegittima poiché la stessa andava esclusa dalla gara.

Deduce, a tal fine, censure così sinteticamente riassumibili:

1) violazione e falsa applicazione della normativa di gara (bando art. III.2.1 e disciplinare di gara ed allegati 1, 2, 3 e 4), nonché dell’art. 38 dlgs 12 aprile 2006, n. 163: l’impresa C.C.C. non avrebbe menzionato, tra i soggetti muniti di potere di rappresentanza, i sigg. Fontanella Paolo e Basso Luigi nella qualità di componenti del Consiglio di Amministrazione, essendosi limitata ad indicare esclusivamente il sig. Francalanci Giorgio quale Presidente del CdA; la controinteressata avrebbe omesso di depositare, unitamente alla domanda di partecipazione alla gara, le dichiarazioni - con riferimento ai citati sigg. Fontanella e Basso - di assenza delle cause di esclusione di cui all’art. 38 dlgs n. 163/2006; i sigg. Fontanella e Basso rientrerebbero nel novero dei soggetti amministratori muniti di poteri di rappresentanza sui quali incombono gli obblighi dichiarativi *ex* art. 38 dlgs n. 163/2006; dalla lettura dell’art. 24 dello statuto della società C.C.C. emergerebbe che all’organo amministrativo (*i.e.* Consiglio di Amministrazione) sarebbero attribuiti i più ampi poteri per l’amministrazione ordinaria e straordinaria; nella seduta del 3 luglio 2008 il CdA della società C.C.C. avrebbe conferito al Presidente la rappresentanza e la firma sociale per i soli atti di amministrazione ordinaria; conseguentemente, l’attività di straordinaria amministrazione sarebbe riservata al Consiglio di Amministrazione ed ai singoli consiglieri (tra cui i sigg. Fontanella e Basso) che, conseguentemente, sarebbero obbligati a rilasciare le dichiarazioni *ex* art. 38 dlgs n. 163/2006;

2) violazione e falsa applicazione degli artt. 82 e 83 dlgs n. 163/2006; violazione e falsa applicazione dell’art. 86 dlgs n. 163/2006 ed in particolare del comma 3 *ter*; violazione e falsa applicazione del bando di gara, del disciplinare di gara e del progetto esecutivo posto a base di gara (quadro economico, relazione generale, capitolato speciale di appalto); violazione e falsa applicazione dell’art. 131, comma 3 dlgs n. 163/2006: la controinteressata C.C.C. non avrebbe offerto gli oneri della sicurezza diretti per €. 24.501,01, limitandosi ad offrire gli oneri specifici per €. 70.000,00; il prezzo complessivo offerto dalla C.C.C. ammonterebbe ad €. 1.627.864,21 di cui €. 70.000,00 quali oneri per la sicurezza; la società controinteressata, nel formulare la propria offerta economica, avrebbe omesso di indicare gli ulteriori oneri per la sicurezza (non soggetti al ribasso) per un ammontare di €. 24.501,01; in base alla *lex specialis* di gara gli oneri e gli importi complessivi per la sicurezza sarebbero pari ad €. 94.501,01 di cui €. 70.000,00 per oneri specifici ed €. 24.501,01 per oneri diretti; la C.C.C. avrebbe formulato la propria offerta economica, confondendo i costi diretti della sicurezza (da non assoggettare al ribasso) con l’importo dei lavori (da assoggettare a ribasso) nonostante la normativa di gara (*i.e.* art. 2 del capitolato speciale di appalto) avesse provveduto ad una loro separata individuazione; l’inosservanza della prescrizione primaria che impone l’indicazione preventiva dei costi di sicurezza implicherebbe la sanzione dell’esclusione rendendo l’offerta incompleta; l’omessa indicazione, da parte della controinteressata C.C.C., dei costi/oneri diretti per la sicurezza (€. 24.501,01) non rappresenterebbe un’omissione meramente formale in quanto essi, oltre ad essere posti a presidio della tutela della salute dei lavoratori, acquisterebbero rilevanza decisiva anche in punto di tutela della concorrenza; l’impresa aggiudicataria avrebbe violato i principi generali in materia di evidenza pubblica secondo cui gli oneri per la sicurezza non possono essere pretermessi ovvero assoggettati a ribasso, nonché la normativa di gara che imponeva di tenere indenni da qualsiasi operazione matematica o tecnica gli oneri della sicurezza non soggetti a ribasso e richiedeva che i medesimi venissero indicati nel prezzo complessivo offerto per l’aggiudicazione dell’appalto; in conclusione, la controinteressata sarebbe dovuta essere esclusa dalla gara per aver formulato un’offerta economica in cui la componente degli oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso è stata erroneamente quantificata nella misura di €. 70.000,00 e non già nel più esatto importo di €. 94.501,01.

Con ricorso per motivi aggiunti la Apulia s.r.l. impugna il contratto rep. n. 609 del 9.5.2012 stipulato dal Comune di Poggiorsini con la controinteressata C.C.C., deducendo censure di illegittimità derivata.

Si costituivano l’Amministrazione comunale e la controinteressata C.C.C. Cantieri Costruzioni Cemento s.p.a., resistendo al gravame.

La controinteressata C.C.C. Cantieri Costruzioni Cemento s.p.a. ha notificato ricorso incidentale, con cui deduce la carenza, in capo alla ricorrente principale Apulia s.r.l. (in possesso della sola classifica II della categoria OG13), dei requisiti di partecipazione richiesti dal bando (punto II.2.1) con riferimento alla categoria OG13 - classifica III (scorporabile non subappaltabile), con la conseguenza che la stessa avrebbe dovuto essere esclusa.

Le parti hanno svolto difese in vista della pubblica udienza del 27 giugno 2012, nella quale la causa è passata in decisione.

Ciò premesso in punto di fatto, ritiene questo Collegio che il ricorso principale, integrato da motivi aggiunti, sia manifestamente infondato.

Data la manifesta infondatezza del ricorso principale, integrato da motivi aggiunti, è possibile procedere all’esame prioritario dello stesso, pur a fronte della proposizione del ricorso incidentale avente contenuto “paralizzante” (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4).

Va, infatti, rimarcato con riferimento al primo motivo del ricorso introduttivo, che i componenti del Consiglio di Amministrazione della controinteressata C.C.C. Cantieri Costruzioni Cemento s.p.a. privi del potere di rappresentanza non sono tenuti agli obblighi dichiarativi di cui all’art. 38 dlgs n. 163/2006, essendo a ciò obbligato unicamente il Presidente del CdA (cfr. T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 15 novembre 2011, n. 1711).

Inoltre, il verbale del Consiglio di Amministrazione della controinteressata del 3 luglio 2008 (cfr. pag. 3), diversamente da quanto sostenuto da parte ricorrente, attribuisce al Presidente del CdA della C.C.C. tutti i poteri e le facoltà occorrenti per rappresentare la società nelle gare d’appalto. Il che conferma ulteriormente che solo questi era tenuto agli obblighi dichiarativi di cui all’art. 38 dlgs n. 163/2006.

Quanto alla seconda doglianza, risulta dagli atti di causa che la controinteressata ha formulato un’offerta economica in cui la componente degli oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso era stata correttamente quantificata nella misura di €. 70.000,00.

A tal riguardo, deve essere evidenziato che le previsioni del bando prevalgono, in caso di contrasto, su tutti gli altri atti della procedura di gara (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 29 agosto 2006, n. 5035).

Il punto II.2.1 del bando prescrive inequivocabilmente che gli oneri per la sicurezza (non soggetti a ribasso) ammontano all’importo di €. 70.000,00 IVA esclusa (non già €. 94.501,01 pari ad €. 24.501,01 per “oneri sicurezza a carico impresa” + €. 70.000,00 per “oneri sicurezza specifici”, importo di €. 94.501,01 desumibile dalla relazione generale al progetto esecutivo e dall’art. 2 del capitolato speciale d’appalto).

Peraltro, ai sensi dell’art. 131, comma 3 dlgs n. 163/2006 gli oneri per la sicurezza vanno evidenziati nei bandi di gara e non sono soggetti a ribasso d’asta.

In ogni caso, la ricorrente principale Apulia s.r.l. ha omesso di impugnare *in parte qua* il bando di gara (e cioè nella parte in cui quantifica al citato punto II.2.1 in €. 70.000,00 anziché €. 94.501,01 gli oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso d’asta).

Dunque, il bando di gara poteva e doveva legittimamente (alla stregua del disposto di cui all’art. 131 dlgs n. 163/2006) prevedere unicamente gli oneri per la sicurezza di cui al PSC (Piano di Sicurezza e Coordinamento: in tal caso €. 70.000,00), come appunto avvenuto nel caso di specie.

Gli ulteriori oneri per la sicurezza potevano essere legittimamente quantificati in sede di progetto esecutivo.

Dalle considerazioni espresse in precedenza discende la reiezione del ricorso introduttivo, integrato da motivi aggiunti, e la declaratoria di improcedibilità per sopravvenuto difetto di interesse del ricorso incidentale proposto dalla controinteressata C.C.C. Cantieri Costruzioni Cemento s.p.a.

Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sede di Bari, Sez. I, definitivamente pronunciando sul ricorso come in epigrafe proposto, integrato da motivi aggiunti, così provvede:

1) respinge il ricorso introduttivo, integrato da motivi aggiunti;

2) dichiara improcedibile il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata C.C.C. Cantieri Costruzioni Cemento s.p.a.

Condanna la ricorrente principale Apulia s.r.l. al pagamento delle spese di giudizio in favore del Comune di Poggiorsini, liquidate in complessivi €. 4.000,00, oltre accessori come per legge.

Condanna la ricorrente principale Apulia s.r.l. al pagamento delle spese di giudizio in favore della controinteressata C.C.C. Cantieri Costruzioni Cemento s.p.a., liquidate in complessivi €. 4.000,00, oltre accessori come per legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’Autorità amministrativa.

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 27 giugno 2012 con l’intervento dei magistrati:

Corrado Allegretta, Presidente

Savio Picone, Primo Referendario

Francesco Cocomile, Referendario, Estensore

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  |  |  |
|  |  |  |
| **L'ESTENSORE** |  | **IL PRESIDENTE** |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/08/2012

IL SEGRETARIO

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