

N. 01485/2011 REG.PROV.COLL.
N. 00135/2011 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 135 del 2011, proposto da:
C.D.M. s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e
difeso dall'avv. Francesco Delfino, con domicilio eletto in Salerno, via
Manzo n. 38, presso l'avv. Pietro Lisi;

contro

Comune di Salerno, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e
difeso dall'avv. Antonio Brancaccio, con domicilio eletto in Salerno,
largo Dogana Regia n. 15;

nei confronti di

ESA Costruzioni Generali s.p.a., in persona del legale rappresentante
p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Antonio Bifulco, con domicilio
eletto in Salerno, c.so Garibaldi n. 206, presso l'avv. Fiore Boccia;

per l'annullamento

della determina n.6008 del 22.12.2008, di aggiudicazione definitiva alla ESA Costruzioni Generali s.p.a. dei lavori di “affidamento di posa in opera, pavimentazione e rivestimenti, fornitura e posa in opera di impianti e finiture per piazza della Libertà”, dei verbali di gara dal n.1 al n.11

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Salerno e di ESA Costruzioni Generali s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 luglio 2011 il dott. Ezio Fedullo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Considerato preliminarmente che, ai sensi dell'art. 120, comma 10, d.lgs n. 104/2010 (codice del processo amministrativo), nelle materie cui inerisce la presente controversia “la sentenza è redatta, ordinariamente, nelle forme di cui all'art. 74” (concernente le “sentenze in forma semplificata”);

Ritenuta l'infondatezza della censura con la quale la parte ricorrente, classificatasi in seconda posizione nella graduatoria scaturita dal procedimento di gara avente ad oggetto l'affidamento dei lavori di “posa in opera, pavimentazione e rivestimenti, fornitura e posa in opera di impianti e finiture per piazza della Libertà”, deduce che la società aggiudicataria è stata illegittimamente ammessa alla selezione,

avendo omesso di indicare, in violazione della *lex specialis* (disciplinare di gara), il nominativo del sig. Enrico Esposito, componente del Consiglio di Amministrazione con delega alle attività di marketing e promozione, tra “gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza e/o altri soggetti con poteri gestionali e decisionali quali procuratori, institori ecc.” ed avendo altresì il suddetto omesso di fornire la prescritta dichiarazione *ex art. 38* del codice dei contratti pubblici;

Richiamato preliminarmente, sul punto, l'indirizzo interpretativo dominante, a mente del quale, al fine di delimitare l'area operativa dell'obbligo di rendere la dichiarazione circa l'insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38 del codice dei contratti pubblici, occorre avere riguardo alla posizione sostanzialmente rivestita dal soggetto nell'ambito dell'assetto organizzativo aziendale piuttosto che alla qualifica formale dallo stesso posseduta (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 20 ottobre 2010, n. 7578), e ritenuto che il suddetto criterio interpretativo debba valere non solo nel senso di estendere, ricorrendone le condizioni, l'applicazione dell'onere dichiarativo *de quo* a soggetti diversi da quelli (gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza) cui la citata disposizione direttamente si rivolge (ad esempio, ai procuratori *ad negotia*), ma anche nel senso (inverso) di delimitarne l'applicazione con riferimento ai soggetti che siano formalmente titolari della qualifica contemplata dal legislatore;

Evidenziato in proposito che il sig. Enrico Esposito, in quanto

delegato dal Consiglio di Amministrazione (cfr. verbale del 12.10.2009) alle “attività di marketing e promozione”, riveste formalmente, pur con esclusivo riferimento all’ambito delle attribuzioni conferite con la delega, la qualifica di amministratore munito di poteri di rappresentanza necessaria (e, in linea generale ed astratta, sufficiente) per radicare in capo allo stesso il citato obbligo dichiarativo: ciò sulla scorta dell’art. 38, comma 2, dello statuto della società controinteressata, il quale prevede che “la rappresentanza spetta ai consiglieri muniti di delega del consiglio” (*ex* art. 36, comma 1, dello statuto medesimo);

Richiamati tuttavia gli indici interpretativi elaborati dalla giurisprudenza al fine di concretizzare il carattere “sostanziale” dei poteri (decisionali e rappresentativi) conferiti, quale presupposto per farne discendere l’obbligo dichiarativo di cui si discute, all’uopo precisandosi:

- che i suddetti poteri devono essere “consistenti” (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 9 marzo 2010, n. 1373);
- che i soggetti interessati devono essere “titolari di ampi e generali poteri di amministrazione” (cfr. T.A.R. Liguria, Sez. II, 11 luglio 2008, n. 1485);
- che i poteri di gestione e rappresentanza devono estendersi “all’intera amministrazione aziendale” (cfr. T.A.R. Umbria, Sez. I, 21 gennaio 2010, n. 26);
- che il predetto obbligo dichiarativo non riguarda i soggetti “titolari

di poteri circoscritti, che incontrano un preciso limite nelle strategie aziendali compiute a monte dagli organi effettivamente dotati di poteri decisionali, e che siano privi di poteri decisionali in ordine alla partecipazione alla gara ed alla formulazione dell'offerta" (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 15 ottobre 2009, n. 4802);

Rilevato che i requisiti suindicati non sono riscontrabili con riguardo alla posizione del sig. Enrico Esposito, i cui poteri di amministrazione e rappresentanza - come si è detto - sono circoscritti ai settori del marketing e della promozione, atteso che:

- i menzionati poteri non presentano alcuna attinenza con l'attività contrattuale posta in essere (nel caso in esame e su di un piano generale) dalla società aggiudicataria con la pubblica amministrazione, presupponendo essa lo svolgimento di specifici procedimenti selettivi sui quali le attività di marketing e promozione poste in essere per conto dell'impresa non esercitano alcuna significativa influenza;
- i medesimi poteri non hanno rilievo consistente né significativo, concernendo ambiti operativi estrinseci rispetto alla vera e propria attività operativa aziendale ed alle relative scelte strategiche;

Ritenuto che alla conclusione negativa, quanto alla riferibilità al sig. Enrico Esposito del predetto obbligo dichiarativo, debba *a fortiori* pervenirsi ai fini applicativi della formula della *lex specialis* incentrata sul riferimento (accanto agli "amministratori muniti di poteri di rappresentanza") agli "altri soggetti con poteri gestionali e decisionali quali procuratori, institori ecc.";

Vista l'ulteriore censura, con la quale viene dedotta la violazione, imputabile all'impresa aggiudicataria, dell'art. 87, comma 3, del codice dei contratti pubblici, ai sensi del quale "non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge", avendo essa applicato per la manodopera, in sede di giustificazione dell'anomalia dell'offerta, nelle analisi dei prezzi relative a tutte le opere di natura civile individuate con gli NP da 001b a 034, i seguenti prezzi elementari netti:

- operaio specializzato € 26,81/ora
- operaio qualificato € 25,03/ora
- operaio comune € 22,68/ora

laddove le tabelle ANCE in vigore nella Provincia di Salerno dal 1°.4.2010 indicano, relativamente al costo della manodopera, i seguenti valori minimi:

- operaio specializzato € 27,41/ora
- operaio qualificato € 25,55/ora
- operaio comune € 23,12/ora;

Vista l'ulteriore e parallela censura, con la quale viene dedotto che la medesima società aggiudicataria, nelle analisi dei prezzi relative a tutte le opere impiantistiche indicate con gli NP da 008 a NP 025 e da L.02.10.16 a L.02.40.10, ha applicato per la manodopera i seguenti prezzi elementari netti:

- installatore di 5° categoria: € 14,94/ora

- installatore di 4° categoria: € 14,04/ora
- installatore di 3° categoria: € 13,59/ora
- installatore di 2° categoria: € 12,67/ora

laddove le tabelle ASSISTAL in vigore dal 1°1.2010, relativamente al costo della manodopera nel Settore Installazione Impianti, prevedono i seguenti valori minimi:

- installatore di 5° categoria: € 24,72/ora
- installatore di 4° categoria: € 23,10/ora
- installatore di 3° categoria: € 22,10/ora
- installatore di 2° categoria: € 19,93/ora;

Ritenuto che le richiamate doglianze non siano meritevoli di accoglimento, non ravvisandosi i presupposti applicativi della disposizione la cui violazione viene imputata alla parte controinteressata, dal momento che le tabelle elaborate dall'ANCE e dall'ASSISTAL, in quanto promananti da associazioni rappresentative delle imprese del settore, non sono identificabili come “fonti autorizzate dalla legge” a prescrivere i “trattamenti salariali minimi inderogabili”;

Considerato inoltre che, come dedotto dalla difesa comunale (anche sulla scorta delle note tecniche a firma del Dirigente del Settore depositate il 15.2.2011) e dal difensore dell'impresa controinteressata, in assenza di controdeduzioni sul punto della parte ricorrente, l'impresa aggiudicataria non ha reso giustificazioni relativamente al costo della manodopera impegnata nella realizzazione delle “opere di

natura civile” e delle “opere impiantistiche”, avendo essa replicato i prezzi indicati dal progettista in sede di stima dell’importo dei lavori posto a base d’asta;

Evidenziato altresì che, relativamente alle predette opere, la corrispondenza dei prezzi orari della manodopera indicati dall’impresa aggiudicataria a quelli della Tabella dei Prezzi affissa all’Albo del Provveditorato Interregionale per le OO.PP. per la Campania ed il Molise in data 27.5.2010 inficia la valenza sintomatica, nel senso dell’anomalia dell’offerta da quella presentata, riconoscibile alla discrasia tra il costo della manodopera indicato con le menzionate giustificazioni e le tabelle ANCE ed ASSISTAL, dedotta dalla parte ricorrente;

Vista l’ulteriore censura, con la quale viene dedotto che il dettaglio analitico delle spese generali non contempla l’incidenza delle imposte sull’utile pari al 31,50%, comportando un ulteriore abbassamento dell’utile d’impresa ed un aumento delle spese generali, e ritenutane l’infondatezza, dal momento che, come già affermato dalla giurisprudenza, “il giudizio di verifica della congruità di un’offerta anomala ha natura globale e sintetica sulla serietà o meno dell’offerta nel suo insieme, ma non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell’offerta economica” (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 9.3.2011, n. 660);

Vista infine la censura con la quale viene dedotto che le offerte dei fornitori della ESA non risultano vincolate alla durata dell’appalto, e

ritenutane l'infondatezza, dal momento che le offerte suindicate menzionano espressamente, e senza limitazioni di sorta, l'appalto in relazione al quale sono state formulate, ciò che induce a ritenere che le stesse siano destinate a rimanere ferme per tutta la durata della sua esecuzione;

Rilevato, in conclusione, che la Commissione di gara, mediante i verbali nn. 8 - 11, ha dato ampiamente conto del controllo effettuato sulla affidabilità dell'offerta dell'impresa aggiudicataria;

Ritenuto quindi che il ricorso proposto non sia meritevole di accoglimento;

Ritenuto che l'impresa ricorrente debba essere condannata al rimborso delle spese di giudizio sostenute dalle parti resistenti, nella misura di € 2.000 per ciascuna di esse;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, Sezione Staccata di Salerno, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 135/2011:

- lo respinge;
- condanna la parte ricorrente al rimborso delle spese di giudizio sostenute dalle parti resistenti, nella misura di € 2.000 per ciascuna di esse.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 7 luglio

2011 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Onorato, Presidente

Francesco Mele, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/09/2011

IL SEGRETARIO

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