

Provincia di Messina

DELIBERAZIONE DELLA GIUNTA COMUNALE

COPIA N.19 del 10/04/2013

OGGETTO: CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA SICILIA – SEZIONE GIURISDIZIONALE. APPELLO PROPOSTO DALLA DITTA ROMANO GIACOMO AVVERSO L'ORDINANZA N. 241/2013 DEL TAR CATANIA. CONFERIMENTO INCARICO AL LEGALE DI FIDUCIA

L'anno duemilatredici addì dieci del mese di aprile alle ore 16:00, nella Sala delle adunanze della sede legale, si è riunita sotto la presidenza del Sindaco Dott. Roberto Abbadessa la Giunta Comunale.

Partecipa all'adunanza e provvede alla redazione del presente verbale il Segretario Comunale Dott. Maurizio Casale.

Intervengono i Signori:

Nominativo	Titolo	Presente/Assente
ABBADESSA ROBERTO	Sindaço	presente
MAGAZU' ALBERTO	Vice sindaco	presente
CATANZARO MARIA	Assessore	presente
SESTA VALENTINO	Assessore	assente
BORGHETTI ANTONIO	Assessore	assente

PRESENTI: 3

ASSENTI: 2

Il Presidente, constatato che il numero dei presenti è legale, dichiara aperta la seduta ed invita i convenuti a deliberare la proposta sull'argomento in oggetto specificato.

LA GIUNTA COMUNALE

Vista l'unita proposta n. 29 del 9 aprile 2013 e, dato atto che la stessa ha ottenuto i prescritti pareri siccome espressi in calce alla medesima e nelle date ivi indicate, ed è oggetto di esame ed approvazione da parte di questa Giunta.

A questo punto il Sindaco propone di conferire l'incarico in argomento all'Avv. Gaetano Silvestro con studio in Giardini Naxos, Via Umberto I n. 200;

Visto lo Statuto comunale.

Visto l'Ord.to Amm.vo EE.LL. vigente in Sicilia.

Con voti favorevoli ed unanimi espressi in forma palese per appello nominale.

DELIBERA

- 1. Approvare la proposta in esame quale parte integrante e sostanziale del presente atto, e per l'effetto:
- Autorizzare il Sindaco a nominare un legale di fiducia dell'Amministrazione affinché rappresenti e difenda le ragioni dell'Ente nel contenzioso di che trattasi il quale, dovrà attenersi alle tariffe minime previste dal D. 20 luglio 2012 n. 140 accompagnando le parcelle con la specifica delle spese e degli onorari;
- 3. Attribuire al suddetto legale la somma di Euro 500,00, oltre I.V.A. al 21% e contributo 4% ex art. 11 legge n. 576 del 1980 quale anticipo spese;
- 4. Dare atto che la complessiva spesa, quale anticipo, presuntivamente prevista € 629,20 trova imputazione e regolare copertura finanziaria al codice 1010203 del redigendo Bilancio 2012 Cap. 1058 previsto per: "Spese per liti, arbitraggi, etc.";
- 5. Dare atto che ai successivi adempimenti di natura gestionale si provvederà con atti propri dei componenti funzionari responsabili di area.

A questo punto il Presidente pone in votazione la dichiarazione di immediata esecutività della deliberazione testè approvata.

LA GIUNTA COMUNALE

Con separata votazione resa all'unanimità di voti favorevoli espressi in forma palese e per appello nominale dichiara la presente deliberazione immediatamente esecutiva.



Comune di Rometta Previncia di Messina

AREA SERVIZI AMMINISTRATIVI – SERVIZIO GESTIONE CONTENZIOSO

PROPOSTA DI DELIBERAZIONE DELLA GIUNTA COMUNALE N 29 DEL 09/04/2013

Oggetto:

CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA SICILIA – SEZIONE GIURISDIZIONALE. APPELLO PROPOSTO DALLA DITTA ROMANO GIACOMO AVVERSO L'ORDINANZA N. 241/2013 DEL TAR CATANIA. CONFERIMENTO INCARICO AL LEGALE DI FIDUCIA

Testo Proposta:

Premesso che la Ditta Romano Giacomo ha proposto appello avverso l'ordinanza n. 241/2013 del TAR Catania, di rigetto della domanda cautelare proposta dal ricorrente in seno al ricorso iscritto al R.G. n. 500/2012, contro il Comune di Rometta e nei confronti della Soc. Coop. P & V Global Service;

Considerato:

Che per l'eventuale costituzione nel suddetto giudizio è necessario ex legge il patrocinio di un legale di fiducia, non avendo il Comune un Avvocato in dotazione organica;

Che l'Amministrazione ha manifestato l'intenzione di nominare un legale di fiducia che rappresenti e difenda con forza e professionalità le ragioni dell'Ente nel contenzioso di che trattasi;

Ritenuto:

Che ove non sia stato deliberato il bilancio di previsione entro i termini previsti, è consentita, ai sensi dell'art. 163, commi 1 e 3, del T.U.E.L. D.Lgs. 267/00, esclusivamente una gestione provvisoria, nei limiti dei corrispondenti stanziamenti di spesa dell' ultimo bilancio approvato, ove esistenti.

Che la gestione provvisoria è limitata all'assolvimento delle obbligazioni già assunte, delle obbligazioni derivanti da provvedimenti giurisdizionali esecutivi e di obblighi speciali tassativamente regolati dalla legge, al pagamento delle spese di personale, di residui passivi, di rate di mutuo, di canoni, imposte e tasse, ed, in generale, limitata alle sole operazioni necessarie per evitare che siano arrecati danni patrimoniali certi e gravi all'ente;

Visto lo Statuto comunale:

Visto l'Or.to Amm.vo EE.LL. vigente in Sicilia;

SI PROPONE:

- 1. Approvare la superiore premessa quale parte integrante e sostanziale del presente atto;
- 2. Autorizzare il Sindaco a nominare un legale di fiducia dell'Amministrazione affinché rappresenti e difenda le ragioni dell'Ente nel contenzioso di che trattasi il quale, dovrà attenersi alle tariffe minime previste dal D. 20 luglio 2012 n. 140 accompagnando le parcelle con la specifica delle spese e degli onorari;

- 3. Attribuire al suddetto legale la somma di Euro 500,00, oltre I.V.A. al 21% e contributo 4% ex art. 11 legge n. 576 del 1980 quale anticipo spese;
- Dare atto che la complessiva spesa, quale anticipo, presuntivamente prevista € 629,20 trova imputazione e regolare copertura finanziaria al codice 1010203 del redigendo Bilancio 2012 Cap. 1058 previsto per: "Spese per liti, arbitraggi, etc.", fermo restando che nel corso dell'esercizio finanziario in corso si provvederà ad integrare il compenso con un ulteriore impegno di spesa;
- 2. Dare atto che ai successivi adempimenti di natura gestionale si provvederà con atti propri dei componenti funzionari responsabili di area.

3. Dare atto che la deliberazione che sarà adottata è da ritenersi esecutiva ope legis.

IL RESPONSABILE DEL PROCEDIMENTO

Il Responsabile ASA Dott, Maurizio Casale IL PROPONENTE L'Assessore competente

Geom. Alberto Magazù

PROPOSTA DI DELIBERAZIONE DELLA GIUNTA COMUNALE

Oggetto:

CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA SICILIA -SEZIONE GIURISDIZIONALE. APPELLO AVVERSO L'ORDINANZA N. 241/2013 DEL TAR CATANIA. CONFERIMENTO INCARICO AL LEGALE DI

FIDUCIA.

PARERE DI REGOLARITA' TECNICA

Si esprime parere FAVOREVOLE di regolarità tecnica espresso ai sensi dell'art. 49 del T.U. -D.Lgs. 18 Agosto 2000 n. 267, in quanto la proposta che precede è conforme alle norme legislative e tecniche che regolamentano la materia.

Rometta, li 09/04/2013

Il responsabile dell'Area Dott: Maurizio Casale (

PARERE DI REGOLARITA' CONTABILE E COPERTURA FINANZIARIA

Si esprime parere FAVOREVOLE in riguardo alla regolarità contabile di cui sopra, parere espresso ai sensi dell'art. 49, del T.U. - D.Lgs. 18 Agosto 2000 n. 267.

Vista l'assenza per ferie del Resp.le Area Servizi Bilancio e Programmazione e stante l'urgenza di deliberare, il parere favorevole è stato posto dal Segretario Comunale

Rometta, li 09/04/2013

Il Segretario Comunale Dott. Maurizio Casale

CONSIGLIO di GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA per la SICILIA

- Sez. GIURISDIZIONALE

APPELLO A SOSPENSIVA

Per la **Ditta Romano Giacomo** con sede in Valdina (ME), Via Portosalvo, n. 67, (p. iva 00520080839), in persona dell'omonimo titolare, rappresentato e difeso, dall'avv. Silvano Martella (MRTSVN66L15D150I - pec: silvano.martella@pec.giuffre.it - fax 090.9436357) del foro di Messina, giusta procura a margine del presente atto ed elettivamente domiciliato in Palermo Via D. Trentacoste n.69 presso il recapito della dott.ssa Allotta Alessandra

CONTRO

Il Comune di Rometta (ME), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Gaetano Silvestro

e nei confronti

della Soc. Coop. P & V Global Service (p.iva 01241490836) con sede in Messina via U. Bonino n.3, nella persona del legale rappresentante

per la riforma dell'ordinanza cautelare n. 241/2013 reg. ord. resa dal TAR di Catania sez. III^ sul ricorso n. 500/2013 RG proposto per l'annullamento, previa sospensiva, del Bando di gara per l'affidamento mediante pubblico incanto del "Servizio di refezione scolastica mediante preparazione, confezionamento, trasporto, distribuzione e assistenza agli alunni, di pasti caldi, destinato alle scuole dell'obbligo di Rometta dell'Istituto Comprensivo di Rometta- anno 2013/2014-". (CIG n. Z6A08442AA). nonché del relativo capitolato d'oneri e della Determinazione n.562 del 31.12.2012 con la quale si è approvato tale bando mai notificato e pubblicato sul sito internet del Comune dal 7 al 25 gennaio;

Ta gorado Garan Mara da grana

enecki saka kil Mizika del provvedimento di ammissione alla gara e di aggiudicazione in capo alla Ditta P&V Global Service s.c. a.r.l. dell'appalto e di tutti i verbali di gara (anche del 25.01.2013), nonché degli atti consequenziali di affidamento del sopracitato appalto alla medesima ditta, ivi compresa la Determinazione Area Servizi Amministrativi nn.1841 del 8.02.2013 (comunicata con nota fax n.1808 del 8.02.2013, con il quale l'appalto è stato aggiudicato definitivamente;

ove occorra, della Determina Sindacale n. 19 del 23.01.2013 di nomina della Commissione aggiudicatrice della gara de quo;

per la declaratoria di nullità, e/o inefficacia del contratto d'appalto ove stipulato con la controinteressata

Per la condanna del Comune ad emettere gli atti consequenziali;

Premesse di fatto

Il Servizio di refezione scolastica destinato alle scuole dell'obbligo di Rometta dell'Istituto Comprensivo di Rometta è stato, sino ad oggi, svolto dalla ditta ricorrente.

Con la Determinazione n.562 del 31.12.2012 e gli altri atti oggi impugnati il Comune di Rometta ha inteso affidare lo stesso appalto per gli anni 2013/2014.

L'art. 2 del Bando di gara ivi approvato così recitava, al comma 2[^]: "Saranno ammesse soltanto offerte di ribasso percentuale fino ad un massimo del 10% a pena esclusione".

Al successivo comma 3^{così} si recitava: "A parità di ribasso la gara sarà aggiudicata al centro cottura più vicino al plesso scolastico di via Giurba".

Uguale tenore aveva il corrispondente art. 3 comma 2[^] del capitolato d'oneri.

In tale bando (e negli altri atti di gara) non vi era menzione degli oneri della sicurezza.

La Ditta individuale Romano Giacomo, pur ritenendo la chiara illegittimità del bando, onde garantirsi la procedibilità della futura impugnativa, partecipava alla gara di cui sopra, presentando apposita offerta entro i termini sanciti dal combinato disposto dei punti 6 e 8 del bando di gara. Essa predisponeva, quindi, la domanda di partecipazione negli esatti termini stabiliti, *a pena di esclusione*, dal punto 9 del bando.

Con Determina Sindacale n.19 del 23.01.2013 era nominata la Commissione di gara.

In data 25.01.2013 la Commissione procedeva all'esame delle offerte, escludendo l'offerta presentata dall'odierna ricorrente e disponendo l'aggiudicazione dell'appalto sopracitato alla Ditta P&V Global Service s.c. a.r.l. quale unica partecipante con il ribasso imposto del 10%.

In ragione dell'interesse alla ripetizione della gara, si proponeva ricorso amministrativo rilevando come il bando di gara, il capitolato d'oneri e gli atti consequenziali fin qui adottati dal Comune e dalla commissione di gara fossero da ritenere illegittimi.

Il Comune non forniva alcun riscontro a tale istanza e, pertanto (ritenendo l'aggiudicazione definitiva), era notificato un primo ricorso al TAR.

Sennonché, nelle more del deposito, lo stesso Comune, ben lungi dall'esitare motivatamente il ricorso amministrativo in autotutela, con la nota n.1808 del 8.02.2013 comunicava l'avvenuta aggiudicazione definitiva dell'appalto (con ciò implicitamente rilevando che il precedente provvedimento di aggiudicazione non fosse definitivo).

Per l'effetto veniva riproposto ricorso al TAR di Catania, assunto al n.500/2013 R.G.

Resisteva in giudizio il Comune di Rometta.

In sede cautelare il TAR di Catania, con l'ordinanza impugnata n.241/2013 reg. ord. riteneva di rigettare la richiesta cautelare con la seguente motivazione:

Considerato che, alla stregua della sommaria valutazione propria alla fase cautelare del giudizio, non appare verosimile la fondatezza del ricorso, anche con riguardo alla possibilità di applicare l'art. 21-octies della L. n. 241/1990 in relazione al vizio dedotto nel quarto motivo;

Ritenuto che ciò rende inutile ogni ulteriore indagine circa il sussistere o meno del pericolo di danno grave ed irreparabile;

che va rinviata alla sentenza definitiva ogni statuizione in materia di refusione delle spese processuali relative alla presente sua fase cautelare;

Con tale provvedimento il TAR riteneva di motivare solo sul 4[^] motivo di ricorso (mediante un richiamo all'art.21 octies), omettendo invece di pronunciarsi sugli altri motivi, ancorché supportati da copiosa giurisprudenza, anche dello stesso Collegio (3[^] sez. del TAR di Catania). Tale ordinanza si palesa illegittima attesa la fondatezza di tutti i motivi di ricorso e la sussistenza del danno grave ed irreparabile.

DIRITTO

1) VIOLAZIONE DEGLI ARTT.82 E SEGG. D.LGS. N.163/2006. ECCESSO DI PO-TERE.

(censura non trattata nella motivazione del TAR di Catania)

A fronte di una norma caratterizzata da estrema chiarezza dispositiva e una giurisprudenza dello stesso Collegio del TAR di Catania, inerente un caso affatto analogo il TAR ha ritenuto l'infondatezza del motivo senza esporne le ragioni.

Il bando di gara, al punto 2 ("Criterio di aggiudicazione prescelto") sanzionava che "L'appalto sarà effettuato mediante pubblico incanto da esprimersi ai sensi dell'art.82 del D.lgs. n.163/2006 e s.m.i. applicabile in Sicilia per effetto dell'art.32 della L.R. n.7/2002 e s.m.i. per mezzo di offerte segrete da confrontarsi con l'importo a base d'asta".

Pur trattandosi, dunque, di appalto da affidare al massimo ribasso, come riferito, i successivi commi 3^ e 4^ del Bando, così come il corrispondente art.3 del capitolato d'oneri affermavano espressamente: "Saranno ammesse soltanto offerte di ribasso percentuale fino ad un massimo del 10% a pena esclusione A parità di ribasso la gara sarà aggiudicata al centro cottura più vicino al plesso scolastico di via Giurba".

Tale previsione vale, di fatto, a stravolgere la procedura di scelta del contraente prevista dall'art.82 del Codice degli Appalti e, quindi, non può non determinare l'illegittimità dell'intera procedura di gara. Nell'odierna gara d'appalto, infatti, una volta individuato come criterio di aggiudicazione quello del prezzo più basso, ai sensi dell'art. 82 del D.Lgs. n. 163/2006, non può non trovare applicazione l'art. 86 del D.Lgs. n. 163 del 2006, relativo proprio ai "criteri di individuazione delle offerte anormalmente basse", il quale, lungi dal consentire la previsione presente nel bando odierno, di un limite (10%) ai ribassi esperibili, onera l'Amministrazione ad attivare e svolgere il procedimento per valutare la congruità di ogni offerta appaia anormalmente bassa (che sia automatico o meno).

Proprio in merito ad un appalto del tutto analogo al presente, nel quale era fissato un ribasso limite pari a quello odierno (al 10%) l'On. le Tar adito (TAR Catania sez. 3^ n.2001/2009) ha sancito l'illegittimità del bando di gara: "In una gara d'appalto di servizi, una volta individuato come criterio di aggiudicazione quello del prezzo più basso, trova applicazione l'art. 86 del D.Lgs. n.163 del 2006, relativo proprio ai "criteri di individuazione delle offerte anormalmente basse", il quale, lungi dal consentire la previsione di un limite ai ribassi esperibili, dispone che nel caso in cui il numero delle offerte ammesse sia inferiore a cinque, l'Amministrazione è tenuta, pur senza l'applicazione di alcun criterio strettamente matematico, a "valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa" "

Dello stesso tenore anche la pronuncia del Consiglio di Stato sez. V^ del 27 giugno 2001 n. 3506.

Ciò premesso non può non sancirsi l'illegittimità del bando in oggetto che prevede una soglia massima di ribasso, al di sotto della quale si reputa, in termini assoluti, incongrua l'offerta (nella specie, il 10%). Ciò specie ove si consideri che tale soglia resta affatto sganciata da ogni valutazione-motivazione sulle reali situazioni di mercato.

La disciplina degli appalti, specie nell'ambito di quelli aggiudicati al massimo ribasso, non consente, infatti, una predeterminazione assoluta del ribasso (sganciata da ogni riferimento alle altre offerte ed ai valori di mercato) tale da comportare l'automatica esclusione dell'impresa per anomalia dell'offerta. Il giudizio di anomalia, infatti, non può non scaturire da una ponderazione degli elementi dell'offerta da condursi motivatamente volta per volta e con riferimento alla gara specifica.

Tale criterio-clausola risulta, peraltro, fortemente discriminatorio nei confronti delle imprese partecipanti alla gara de quo poiché la scelta dell'aggiudicatario varrebbe a prescindere da qualsivoglia valutazione oggettiva e misurabile nell'ambito di principi definiti di qualità, economicità, efficacia, trasparenza e correttezza. Il tutto in evidente violazione anche delle Linee di intervento nazionale per la ristorazione scolastica diramate dal Ministero della Salute, alla stregua delle quali:" Il capitolato deve riportare: - requisiti oggettivi e misurabili nell'ambito di principi definiti di qualità, economicità, efficacia, trasparenza e correttezza".

Ne' sarebbe ammissibile una disapplicazione parziale del bando da parte della Commissione di gara (Consiglio Stato sez. V^ del 04 luglio 1997 n. 771).

La clausola del bando impugnata, pertanto, oltre a manifestare immediatamente la sua attitudine lesiva, risulta esattamente e storicamente identificata, preesistente alla gara stessa, non condizionata dal suo svolgimento, (come quelle relative ai requisiti soggettivi dell'aspirante) e, perciò, idonea a ledere l'interesse sostanziale del ricorrente, già prima ed indipendentemente della sua applicazione.

La difesa del Comune giustifica tale censura assumendo una potenziale carenza di interesse della ricorrente in quanto potenzialmente in grado di essere avvantaggiata dalla prescrizione del bando impugnata.

In realtà la circostanza che, alla all'indomani dello svolgimento della gara, avrebbe potuto verificarsi che la sede della ricorrente fosse la più vicina rispetto a
quella degli altri partecipanti alla gara nulla rileva sia in merito all'illegittimità
dell'atto impugnato, sia con riguardo all'interesse azionato.

Sussiste, infatti, l'interesse ad agire dell'odierna ricorrente, sia con riferimento alla situazione di fatto e di diritto anteriore rispetto alla presentazione delle offerte di gara ed alla loro individuazione, e sia, *a fortiori*, con riferimento alla situazione posteriore.

Ed in ogni caso la giurisprudenza richiamata da controparte non risulta in alcun modo applicabile al caso di specie, atteso che la violazione lamentata dall'odierna ricorrente non può in alcun modo essere assimilata ad una" mancanza di garanzie formali relative alla pubblicazione della procedura di gara". Peraltro, l'argomentazione di controparte secondo cui, l'aver fissato un massimo ribasso, risponde ad imprescindibili esigenze d'interesse pubblico, ovvero quello di garantire la freschezza dei pasti, risulta priva di ogni riscontro documentale, priva di rilievo giuridico, oltre che in contrasto con l'ormai consolidata giurisprudenza sopra richiamata dall'odierna ricorrente.

2) VIOLAZIONE DI LEGGE (ARTT.86 E SEGG. D.LGS. N.163/2006 E SEGG. - ART.26, COMMA 6^ DEL D.LGS. N.81/2008).- ECCESSO DI POTERE.-

(censura non trattata nella motivazione del TAR di Catania)

A fronte di una norma caratterizzata da estrema chiarezza dispositiva e una giurisprudenza assolutamente consolidata il TAR ha ritenuto l'infondatezza del motivo senza esporne le ragioni.

L'art. 86 comma 3 bis, D.lgs. 163/2006 impone nelle gare ad evidenza pubblica la previsione dei costi di sicurezza, trattandosi di adempimenti volti alla tutela del bene costituzionalmente rilevante dell'integrità dei lavoratori.

Tale obbligo è specificamente affermato per tutte le gare, ivi comprese quelle relative ai servizi e forniture.

In tal senso, la stessa giurisprudenza amministrativa, anche di recente (Consiglio di Stato Sez. III, con le sentenze n. 212/2012, con la n. 5421/2011, e n. 4330/2011), ha infatti espressamente statuito che:

"L'art. 86, comma 3-bis, e l'art. 87, comma 4, del d. lgs. n. 163 del 2006 impongono pertanto la specifica stima ed indicazione di tutti i costi relativi alla sicurezza, tanto nella fase della "predisposizione delle gare di appalto" (e quindi
nella predisposizione della documentazione di gara) quanto nella fase della formulazione dell'offerta economica.

Peraltro, anche l'art. 26, comma 6, del d. lgs. n. 281 del 9 aprile 2008 (recante norme in materia di tutela della salute e di sicurezza nei luoghi di lavoro), emanato in attuazione della delega prevista dall'art. 1, comma 1, della legge n. 123 del 2007, stabilisce che, nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione dell'anomalia delle offerte, nelle procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizi e di forniture, gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro ed al costo relativo alla sicurezza, "che deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture".

"Ciò che, negli atti di gara, devono essere specificamente indicati, separatamente dall'importo dell'appalto posto a base d'asta, i costi relativi alla sicurezza derivanti dalla valutazione delle interferenze, per i quali è precluso qualsiasi ribasso (art. 86, comma 3-bis. e comma 3-ter, del d. lgs. n. 163/2006), trattandosi di costi ritenuti necessari per la tutela dei soggetti interessati. Gli atti di gara devono poi prevedere che, nell'offerta economica, siano indicati gli altri oneri per la sicurezza (da rischio specifico) che sono variabili perché legati all'offerta economica delle imprese partecipanti alla gara".

Alla luce delle superiori argomentazioni, confortate da un ormai consolidato orientamento giurisprudenziale deve pertanto pienamente rilevarsi l'illegittimità del bando de quo e dei relativi atti di gara, ove non vengono in alcun modo specificati i costi relativi alla sicurezza in evidente violazione delle normativa di settore soprarichiamata.

La giurisprudenza ha, altresì, sancito per tutte le gare, ivi comprese quelle di servizi e forniture, il generale obbligo per le imprese partecipanti di specificare nelle offerte economiche da sottoporre all'amministrazione tutti i costi relativi alla sicurezza (Cons. Stato Sez. III^, 15 Luglio 2011, n. 4330).

Tale obbligo non è stato adempiuto dalla PV Global Service che, pertanto doveva, comunque, essere esclusa dalla gara (con il conseguente annullamento, posto che non restava più alcun partecipante).

La previsione degli oneri economici cui sono obbligate le ditte costituisce, infatti, un adempimento che risponde alla finalità di consentire alla stazione appaltante di valutare che si sia tenuto conto dell'interesse pubblico a garantire la sicurezza degli operatori nell'esecuzione dell'appalto. Nell'ipotesi di mancata previsione la giurisprudenza commina l'esclusione della ditta dalla gara, anche se il disciplinare di gara non prevedesse un tale obbligo, essendo la circostanza in esame irrilevante "ove sulla scorta del dato normativo di cui agli artt. 86 e 87 del Codice dei contratti e dell'art. 26 comma 6 del d.lgs. 81/2008, si riconosca ai costi per la sicurezza la valenza di un elemento essenziale dell'offerta a norma dell'art. 46 comma 1 bis del Codice dei Contratti, la cui mancanza rende la stessa incompleta e come tale già di per se suscettibile di esclusione" (Cons. Stato, sez. III, 28.08.2012, n. 46222; Cons. Stato sez. V, n. 467/2012; Cons. Stato sez. V, n. 4849/2010; TAR Puglia, Lecce, sez. III, n. 291/2012).

La giurisprudenza citata chiarisce, infine, che l'esclusione va operata anche se il bando non contenga alcuna previsione in ordine ai detti costi, "ciò sul fondamentale rilievo del carattere immediatamente precettivo delle norme di legge che tali costi prescrivono di indicare, idonee come tali ad eterointegrare le regole della singola gara, ai sensi dell'art. 1374 c.c., ed a imporre in caso di loro inosservanza, l'esclusione dalla procedura" (Cons. Stato, sez. III^, 28.08.2012, n. 46222, sopra citata).

Sulla base delle superiori argomentazioni, confortate da un ormai consolidato orientamento giurisprudenziale, ove non annullato l'intero bando di gara, la commissione di gara avrebbe dovuto, in ogni caso, procedere ad escludere l'offerta della P&V Global Service sc. a.r.l., in quanto priva, ancorché il bando e il relativo capitolato d'oneri non lo prevedessero, della indicazione dei costi per la sicurezza.

Per gli stessi motivi deve altresì ritenersi del tutto illegittima l'aggiudicazione effettuata dalla commissione di gara in favore della ditta sopra citata.

La difesa del Comune giustifica tale censura assumendo che sia l'art. 86 e ss. del D.I.gs n. 163/2006, sia l'art. 26 comma 6 del D.I.gs n. 281/2008, impongano la specifica stima dei costi della sicurezza solamente quando si tratti di procedere alla valutazione dell'anomalia dell'offerta.

Una tale interpretazione delle norme sopra richiamate risulta in palese contrasto con quanto sempre affermato dalla giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato Sez. III, n. 5421/2011). secondo la quale: "gli oneri della sicurezza - sia nel comparto dei lavori che in quelli dei servizi e delle forniture - vanno distinti tra oneri non soggetti a ribasso finalizzati all'eliminazione dei rischi da interferenze (adeguatamente quantificati dalla stazione appaltante nel DUVRI) ed oneri inclusi nell'offerta, ed aperti quindi al confronto concorrenziale, concernenti i costi specifici connessi con l'attività delle imprese, da indicarsi a cura delle stesse nelle offerte rispettive, con conseguente onere per la stazione appaltante di valutarne la congruità (anche al di fuori del procedimento di verifica delle offerte anomale) rispetto all'entità ed alle caratteristiche del lavoro, servizio o fornitura".

La giustificazione fornita dalla difesa del Comune in ordine alla mancata indicazione nel bando di gara degli oneri della sicurezza risulta pertanto, alla luce della giurisprudenza richiamata del infondata, oltre che illogica.

Ed in ogni caso, ammessa e non concessa la fondatezza delle superiori argomentazioni, il fatto, confermato dalla stessa difesa di controparte, che la stazione appaltante abbia posto un limite massimo al ribasso presentabile assumendo che questo fosse il limite per garantire la bontà del servizio e dei pasti, varrebbe (ex se) ad escludere che lo stesso limite valesse anche a garantire il rispetto della normativa sulla sicurezza sul lavoro.

3) ECCESSO DI POTERE.- VIOLAZIONE DELL' ART.38 D.LGS. N.163/2006 (censura non trattata nella motivazione del TAR di Catania)

A fronte di una stesura del bando caratterizzata da estrema chiarezza il TAR ha ritenuto l'infondatezza del motivo senza esporne le ragioni.

Il bando in esame, al punto 9-d), prescrive, "*a pena di esclusione*", la presentazione di una dichiarazione sostitutiva in bollo con un contenuto testuale che, ove fedelmente riportato, vale a determinare l'esclusione della concorrente (stante la mancata previsione della dichiarazione specificamente attestante l'osservanza delle disposizioni ex art.17 legge n.68/1999).

Tale contenuto, indipendentemente dalla etero integrazione determinata dall'art. 38 del Codice, vale comunque a creare una illegittima confusione nei concorrenti ed una evidente penalizzazione del principio della massima partecipazione e concorrenza, tale da inficiare il bando di gara.

Ciò specie in ragione del fatto che la ricopiatura testuale dello stesso contenuto viene richiesta dallo stesso bando di gara, a "pena di esclusione".

4) VIOLAZIONE DI LEGGE PER MANCATA APPLICAZIONE DELL'ART. 84
COMMA 2 D.LGS N. 163/2006. VIOLAZIONE DI LEGGE PER MANCATA APPLICAZIONE DELL'ART. 107 COMMA 3 LETT. B) D.LVO 267/2000. VIOLAZIONE DI LEGGE PER MANCATA APPLICAZIONE DELL'ART. 8 DELLA L.R. 12/2011. INCOMPETENZA

(Unica <u>censura trattata nella motivazione del TAR di Catania che ha ritenuto di superare con il richiamo all'art.21 octies della legge n.241/90).</u>

Ciò senza che vi fosse alcun atto e/o un provvedimento del Comune che valesse, ex art.21 octies, ad integrare la motivazione.

La Commissione di gara, come risulta dallo stesso Verbale di gara, è stata nominata con Determina del Sindaco n.19 del 23.01.2013, anziché dal competente Responsabile dell'Area.

La carenza di competenza del Sindaco è lapalissiana.

A tal proposito l'art. 84 comma 2 del D. Lgs. 163/2006 richiede espressamente che la commissione di gara venga nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto. Tale organo, per consolidata giurisprudenza, (TAR Campania Napoli, sez. VIII, 29 Luglio 2008, sent. n. 9545; TAR Calabria, Reggio Calabria, 23 Ottobre 2008, sent. n. 542; Consiglio di Stato, Sez. V, 28 dicembre 2007, sent. n.6723), va individuato nel dirigente responsabile unico del procedimento, rendendo per tali ragioni del tutto illegittima la determina sindacale di nomina della Commissione di gara.

Lo stesso art. 107 comma 3 lett. b) del D.lgs. 267/2000, in relazione al principio della separazione tra i poteri di indirizzo e controllo politico-amministrativo attribuiti agli organi di governo, e poteri di gestione amministrativa, finanziaria e tecnica, spettanti invece ai dirigenti, attribuisce espressamente a questi ultimi "la responsabilità delle procedure di appalto e di concessione" e, quindi, di qualsiasi provvedimento di natura tecnico gestionale, tra cui rientra sicuramente, per consolidata giurisprudenza (TAR Calabria, Reggio Calabria, 23 Ottobre 2008, sent. n. 542; TAR Piemonte, Torino, sent. n. 1864/2006; TAR Molise, sent. n. 873/2005), anche la nomina della commissione di gara.

Dall'esegesi di queste norme si evince, pertanto, chiaramente che, mentre all'organo di governo è attribuito il compito di adottare atti di indirizzo che impegnano dirigenti e responsabili degli uffici, (nei Comuni privi di personale dotato di qualifica dirigenziale), ai dirigenti compete l'attuazione degli obiettivi e dei programmi definiti con gli atti di indirizzo, tra cui, per espressa previsione legislativa, la responsabilità delle procedure di appalto e di concorso. Ed è proprio in tale ottica, come peraltro confermato dalla stessa giurisprudenza soprarichiamata, che si spiega l'attribuzione in capo ai dirigenti degli enti locali della competenza a nominare la commissione giudicatrice.

Nel caso di specie, invece, la nomina della commissione di gara è stata effettuata del Sindaco con la rammentata determina sindacale n.19 del 23.01.2013, in evidente violazione dell'art.84 comma 2^{D.L.gs} 163/2006, dell'art. 8 comma 2 della L.R. Sicilia n. 12/11, nonché dell'art. 107 comma 2 lett. b) del D.lgs. 267/2000.

Ciò rende illegittimi tutti gli atti consequenziali.

Controparte ritiene che tale illegittimità venga giustificata dal fatto (non provato) che il soggetto competente avrebbe dovuto coincidere con un componente della Commissione di gara. Per l'effetto il TAR di Catania ritiene di superare tale eccezione facendo richiamo all'art.21 octies.

La motivazione del TAR, a parte essere basata su un presupposto del tutto inesistente (quanto meno agli atti del processo), contrasta con il granitico e pacifico insegnamento della giurisprudenza amministrativa. Poiché la norma di cui all'art. 21-octies comma 2, l. 241 del 1990, derogando alla regola generale sull'annullabilità dei provvedimenti amministrativi adottati in violazione di legge o viziati da eccesso di potere o da incompetenza ha natura eccezionale se ne impone una interpretazione restrittiva, non essendo invocabile in caso di incompetenza (T.A.R. Liguria, Sez. II, 15 dicembre 2010, n. 10857). Quando viene accertata l'incompetenza relativa dell'organo adottante, il provvedimento deve essere pertanto necessariamente annullato; né è possibile includere le norme sulla competenza tra quelle sul procedimento amministrativo o sulla forma degli atti, infatti, nel comma 1 dell'art. 21 octies il legislatore ha inteso ribadire la classica tripartizione dei vizi di legittimità dell'atto amministrativo, in base alla quale la violazione delle norme sulla competenza configura il vizio di incompetenza, mentre la violazione delle norme sul procedimento o sulla forma rientra nell'ambito più generale della violazione di legge (T.A.R. Veneto Sez. II, 9 febbraio 2010, n. 340, T.A.R. Lazio Roma, Sez. III, 29 agosto 2007 n. 8224).

Valga anche il richiamo alla più recente giurisprudenza:

Quando viene accertata l'incompetenza relativa dell'organo adottante, il provvedimento deve essere necessariamente annullato; né è possibile includere le norme sulla competenza tra quelle sul procedimento amministrativo o sulla forma degli atti, infatti, nel comma 1 dell'art. 21 octies il legislatore ha inteso ribadire la classica tripartizione dei vizi di legittimità dell'atto amministrativo, in base alla quale la violazione delle norme sulla competenza configura il vizio di incompetenza, mentre la violazione delle norme sul procedimento o sulla forma rientra nell'ambito più generale della violazione di legge.

T.A.R. Lombardia Milano, sez. IV, 06/04/2012, p. 1035

Non è possibile includere le norme sulla competenza tra quelle sul procedimento amministrativo o sulla forma degli atti, ai fini dell'applicazione dell'art. 21 octies della 1. n. 241/1990.

T.A.R. Lombardia Milano, sez. IV, 17/06/2010, n. 1915

5) VIOLAZIONE DI LEGGE PER MANCATA APPLICAZIONE DELL'ART. 84 COMMA 3, D.LGS N. 163/2006. - VIOLAZIONE DI LEGGE PER MANCATA APPLICAZIONE DELL'ART. 107 COMMA 3 LETT. A) E LETT. B), D.LVO N. 267/2000. - VIOLAZIONE DI LEGGE PER MANCATA APPLICAZIONE DELL'ART. 8 DELLA L.R. N. 12/2011. VIOLAZIONE DELL'ART. 69 DELLO STATUTO COMUNALE.

(censura non trattata nella motivazione del TAR di Catania)

A fronte di una norma caratterizzata da estrema chiarezza dispositiva e una giurisprudenza dello stesso Collegio del TAR di Catania, inerente un caso affatto analogo il TAR ha ritenuto l'infondatezza del motivo senza esporne le ragioni.

La presidenza della commissione di gara, in violazione degli artt. 107 comma 3 lett. a), D.lvo 267/2000, art.84 comma 3 D.lgs. 163/2006 ed art. 8 comma 3 della L.R. 12/11 risulta attribuita al segretario comunale, anziché al responsabile del settore.

L'art. 84 comma 3 del D.lgs. 163/2006, al pari dell'art. 8 comma 3 della L.R. 12/2011, stabilisce infatti che: "La commissione è presieduta di norma da un dirigente della stazione appaltante e, in caso di mancanza in organico, da un funzionario della stazione appaltante incaricato di funzioni apicali, nominato dall'organo competente".

D'altro canto è lo stesso TAR Calabria, Sez. I, con Sent. n.538/2012, ad affermare espressamente che: "nell'attuale assetto normativo, il Segretario Comunale mantiene con il Comune un mero rapporto organico e non di servizio, ha istituzionalmente compiti di collaborazione, di assistenza giuridico-amministrativa, di sovraintendenza e di coordinamento del personale dirigenziale, (in presenza di determinati presupposti), di consulenza, di verbalizzazione e di ufficiale rogante per tutti i contratti di cui il Comune è parte, per cui non può espletare altre specifiche funzioni, come la presidenza di una Commissione di gara o la direzione di un ufficio in assenza di apposita previsione statutaria o regolamentare".

Tale recentissimo orientamento giurisprudenziale risulta peraltro espressamente confermato dallo stesso art. 69 comma 2 dello statuto del Comune di Rometta, alla stregua del quale: "la competenza di presidenza di gara e stipulatoria spetta ai dipendenti comunali appartenenti alle qualifiche funzionali apicali dell'area amministrativa e tecnico-contabile, mentre il segretario comunale ha funzioni di ufficiale rogante.

In virtù della su richiamata disposizione statutaria, oltre che alla luce di quanto sancito dalla recente pronuncia giurisprudenziale in materia, l'attribuzione della presidenza della Commissione di gara al Segretario Comunale, piuttosto che al dirigente del settore competente ex lege, ovvero, in mancanza ad altro funzionario dell'ente con funzioni apicali, rende pertanto in radice illegittima l'intera procedura di gara.

Anche per questa censura, espressamente riferita alla competenza, la controparte richiama l'art.21 octies: valgano gli stessi richiami giurisprudenziali effettuato al punto precedente.

6) RICHIESTA CAUTELARE

Da quanto esposto emerge la fondatezza del ricorso.

Non può essere messa in dubbio la sussistenza del requisito del pericolo di danno. Si rende necessario sospendere i provvedimenti impugnati perché dalla loro esecuzione deriva un gravissimo danno a carico della ditta ricorrente che viene privata della chance di essere affidataria di un nuovo contratto e viene privata dell'appalto ancora in essere.

Vale poi evidenziare che la natura della ditta ricorrente (piccola impresa) la fine della commessa vale, in termini pratici, a sanzionare la stessa "morte" dell'attività imprenditoriale, con ogni conseguenza sulle maestranze.

Inoltre la prosecuzione della gara, destinata comunque a restare travolta in esito al giudizio di merito, comporterebbe inutili costi per l'Amministrazione ed il radicamento di aspettative in capo a terzi, anch'esse destinate a rimanere frustrate in esito all'accoglimento delle doglianze sopra dedotte.

Tutto ciò premesso e considerato la ditta ricorrente, in persona del legale rappresentante pro tempore, come sopra rappresentata e difesa

CHIEDE

Che l'Onorevole CGA adito, respinta ogni contraria istanza, eccezione e difesa, voglia accogliere il presente appello e per l'effetto, <u>previa riforma dell'ordinanza resa dal TAR di Catania</u>, disponga la sospensione dei provvedimenti impugnati, meglio specificati in epigrafe.

Voglia, altresì, dichiarare l'inefficacia e/o la nullità dei contratti d'appalto consequenziali che, nelle more, saranno stati stipulati con la contro interessata,

Palermo li 21.03.2013

Avv. Silvano Martella

Cron. n. .34./2013

RELATA DI NOTIFICA

Ad istanza come in atti io sottoscritto Avv. Silvano Martella, regolarmente autorizzato dal Consiglio dell'Ordine di Messina con autorizzazione n.4 del 9.01.2013 ai sensi della legge 21.1.1994 n.53, ho dato notifica del superiore appello al CGA sez. Giurisdizionale

al Comune di ROMETTA (ME), in persona del legale rappresentante pro tempore, difeso dall'avv. Gaetano Silvestri, domiciliato in Catania, Via Pietro Verri n.9. presso lo studio dell'avv. Giuseppe Nicolosi, mediante spedizione di racc.

Avv. Myvand Martella

alla Soc. Coop. P & V Global Service (p.iva 0124/490836) con sede in Messina via U. Bonino n.3, nella persona del legale rappresentante mediante spedizione di racc. a/r n. 164866-4724-8

Avv. Silvado Martella

Il presente verbale, dopo la lettura, si sottoscrive per conferma.

IL PRESIDENTE F.to Dott. Roberto Abbadessa

L'ASSESSORE ANZIANO F.to Geom. Alberto Magazù

IL SEGRETARIO COMUNALE F.to Dott. Maurizio Casale

F.to Dott. Maurizio Casale

Copia conforme all'originale, in carta libera per uso amministr	ativo.
Rometta li, 11/04/2013	
N Segretario Com Maurizio Ca	
ffm. 1.	ne
Il sottoscritto Segretario Comunale, visti gli atti d'u	efficio,
ATTESTA	A
CHE la presente deliberazione, ai sensi della Legge	Regionale 3 dicembre 1991, n. 44:
Con lettera n. del consiliari ex art. 15 commi 3 e 4;	è stata trasmessa ai Capigruppo
Non è soggetta al controllo preventivo di legi comma 1 bis;	ttimità ai sensi della Legge n. 55/90, art. 16
Sarà pubblicata all'Albo Pretorio per 15 giorr prescritto dall'art. 11, comma1, L.R. n. 44/91. R	ni consecutivi a partire dal 11/04/2013, come legistro Pubblicazioni n;
E' divenuta esecutiva il 10/04/2013;	
E' stata dichiarata immediatamente esecutiva;	
E' stata trasmessa all'Area Servizi Amministrativ	vi l' 11/04/2013 per l'esecuzione.
Rometta lì 11/04/2013	
	Il Segretario Comunale

DELIBERAZIONE DELLA GIUNTA COMUNALE N. 19 Del 10/04/2013 Pag. 3 di 3