

Pubblicato il 16/06/2020

N. 02440/2020 REG.PROV.COLL.  
N. 03897/2019 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 Ottava)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 3897 del 2019, proposto da Cooperativa Antevorta a r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Luca Tozzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico presso il suo studio in Napoli, via Toledo 323;

***contro***

Comune di San Prisco, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Ferdinando Pinto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico presso lo studio Erik Furno in Napoli, via Cesario Console n. 3;

Asmel Consortile s.c. a r.l., in persona del rappresentante legale p.t., non costituita in giudizio;

***nei confronti***

La Mediterranea soc. coop., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Alberto Pellegrino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*per l'annullamento,*

a) della determinazione n. 441 del 18.9.2019 di aggiudicazione del servizio di refezione alla Scuola Statale dell'Infanzia per un triennio CIG 7804978798 in uno al relativo avviso di pubblicazione; b) della nota prot. n. 14708 del 19.9.2019 con cui è stata comunicata l'adozione del provvedimento sub a); c) della determinazione Cron. Gen. n. 334 del 10.7.2019, mai notificata né comunicata; d) di tutti i verbali di gara; e) ove e per quanto lesivi del bando, del disciplinare e del capitolato ove interpretabili come interpretati dalla S.A: e dalla C.U.C.; f) dell'intera procedura di gara ai fini di una riedizione della stessa; g) ove e per quanto lesiva della determina a contrare n. 60/15 del 12.2.2019; h) ove e per quanto lesiva della determinazione dell'Amministratore Unico di Asmel del 21.2.2019; i) del provvedimento del 29.3.2019 con cui è stata nominata la commissione di gara in uno al verbale di sorteggio del 28.3.2019; l) ove e per quanto lesiva della determinazione n. 15 del 12.2.2019 con cui Asmel ha indetto la procedura per cui è causa; m) ove e per quanto lesiva della deliberazione di G.C. n. 129/2018; n) ove e per quanto lesiva della deliberazione di C.C. n. 51 del 30.7.2018 di adesione all'ASMEL; o) di tutti gli atti presupposti consequenziali e connessi, anche non conosciuti, con riserva espressa di formulare motivi aggiunti nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto di servizio, ove stipulato nelle more, in uno alla declaratoria del diritto al subentro;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di San Prisco e di La Mediterranea Soc. Coop.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 giugno 2020 la dott.ssa Paola Palmarini e trattenuta la causa in decisione ai sensi dell'art. 84, comma 5, del d.l. n. 18/2020, convertito dalla legge n. 27/2020 e del Decreto Presidenziale n. 22/2020/Sede;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

La ricorrente società cooperativa ha impugnato gli atti indicati in epigrafe con i quali il Comune di San Prisco ha aggiudicato, al termine dell'espletamento di una procedura di gara, il servizio di refezione della scuola statale dell'infanzia per il periodo di un triennio, in favore della controinteressata La Mediterranea società cooperativa.

Premette la ricorrente di avere partecipato alla procedura di gara aperta, indetta dalla ASMEL consortile s.c. a r.l. (centrale di committenza) per conto del Comune di San Prisco, per l'affidamento del servizio di refezione alla scuola statale dell'infanzia per il periodo di un triennio nel predetto Comune per un importo pari a euro 295.800,00 oltre IVA e che:

- in particolare, si trattava di una procedura aperta telematica da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 95 d.lg. 50/2016;
- a seguito, dell'espletamento della procedura di gara risultava prima classificata la controinteressata con un punteggio pari a 72,9489 mentre la ricorrente si classificava seconda con un punteggio pari a 70,42;
- dopo la proposta di aggiudicazione del 10 luglio 2019, l'appalto veniva definitivamente aggiudicato in favore della controinteressata con la determina del 18 settembre 2019.

A sostegno del gravame deduce varie censure di violazione di legge ed eccesso di potere.

Si sono costituiti per resistere il Comune di San Prisco e la controinteressata società La Mediterranea; mentre non si è costituita la ASMEL consortile s.c. a r.l.

La domanda di tutela cautelare è stata respinta con l'ordinanza n. 1682 del 18 ottobre 2019.

Le parti hanno depositato varie memorie insistendo nelle rispettive posizioni.

Alla pubblica udienza del 10 giugno 2020 la causa è stata trattenuta in decisione.

Il ricorso è fondato e, pertanto, deve essere accolto.

Fondato e assorbente il primo motivo di ricorso (anche perché i successivi motivi sono stati formulati solo in via subordinata).

Con tale mezzo la ricorrente ha censurato la mancata produzione in sede di gara delle dichiarazioni ex art. 80 del d.lg. n. 50/2016 da parte di tutti i soggetti che erano tenuti a farlo. Evidenzia, infatti, la ricorrente che dalla visura camerale storica della società controinteressata risulta che il numero di amministratori è pari a 3; ciò nondimeno, la dichiarazione in questione è stata resa solo da Luigi Russo (presidente del consiglio di amministrazione e rappresentante legale della società) e non dagli altri coamministratori Alessia Russo e Pasquale Masullo.

Dal comma 3 dell'art. 80 cit., si evince che a dover rendere la dichiarazione circa l'assenza di cause di esclusione dalla partecipazione a una procedura di appalto sono i "membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, ivi compresi institori e procuratori generali, dei membri degli organi con poteri di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo, del direttore tecnico o del socio unico persona fisica...".

Secondo la visura camerale della società controinteressata "la rappresentanza legale della società di fronte ai terzi e in giudizio spetta all'amministratore unico o al Presidente del consiglio di amministrazione. Gli amministratori sono investiti dei più ampi poteri per la gestione della società, esclusi solo quelli riservati alla decisione dei soci dalla legge".

Nella fattispecie, dunque, la dichiarazione avrebbe dovuto essere resa non solo dal Presidente del consiglio di amministrazione Luigi Russo (e rappresentante legale della società) ma anche dagli altri due membri del consiglio in quanto investiti di poteri di direzione e controllo.

In punto di fatto è incontestato che a rendere la dichiarazione de qua è stato solo il Presidente del consiglio di amministrazione Luigi Russo e non gli altri due membri del consiglio Alessia Russo e Pasquale Masullo nonostante questi ultimi fossero (come risultante dalla visura camerale) “investiti dei più ampi poteri per la gestione della società, esclusi solo quelli riservati alla decisione dei soci dalla legge”.

Il tenore letterale del comma 3 dell’art. 80 non lascia dubbi sul fatto che l’assenza delle cause di esclusione previste dal medesimo articolo debba sussistere (e quindi deve essere dichiarata) anche dai soggetti muniti di poteri di direzione o vigilanza all’interno della società tra i quali sicuramente rientrano i membri del consiglio di amministrazione.

Al riguardo non risulta rilevante (cfr. memoria depositata in data 17 aprile 2020 dalla controinteressata) che a tali membri non fosse conferito il potere di rappresentanza o comunque alcuna specifica delega in quanto il potere di direzione e controllo non si estrinseca solo nei confronti dei terzi ma anche attraverso le decisioni assunte collegialmente in seno al consiglio di amministrazione. In altri termini, dall’attribuzione del potere di rappresentanza ad un unico soggetto (il presidente del consiglio di amministrazione) non può inferirsi (come fa la difesa della controinteressata) il conferimento esclusivo in capo a questo anche di tutta la gestione. Vale a questo proposito ribadirsi che dalla stessa visura camerale risulta l’attribuzione agli altri due membri del consiglio di amministrazione di “ampi poteri di gestione della società”.

Ritiene il Collegio, in adesione alla tesi della ricorrente, che tutti i membri del consiglio di amministrazione (non solo il presidente) avrebbero dovuto rendere la dichiarazione de qua.

In proposito, non vale richiamare nella fattispecie, come fanno la difesa comunale e la difesa della controinteressata, la possibilità di ricorrere in astratto al soccorso istruttorio in quanto in concreto questo non è stato attivato e la gara è stata aggiudicata senza acquisire le dichiarazioni, circa

l'assenza di cause di esclusione dalla partecipazione alla procedure di gara da parte degli altri due membri del consiglio di amministrazione. Non muta le conclusioni appena rassegnate (in particolare, in relazione ai poteri facenti capo ai due membri del consiglio di amministrazione) il verbale di assemblea ordinaria della società cooperativa La Mediterranea del 15 luglio 2018 depositato dalla difesa della controinteressata.

In detto verbale si riferisce della nomina a componenti del consiglio di amministrazione di Pasquale Masullo, Angela Russo e Luigi Russo e della nomina di quest'ultimo a presidente del consiglio di amministrazione.

Dal verbale risulta che al presidente sono stati conferiti in via esclusiva tutti i poteri per operare con gli istituti bancari e la facoltà di stipulare una serie di contratti, di firmare la corrispondenza della società, di rappresentarla davanti a qualsiasi organizzazione o ente sindacale.

Tali facoltà non escludono i poteri di gestione (di direzione e controllo) degli altri membri del consiglio di amministrazione (nel verbale si legge, infatti, che la società è "amministrata da un consiglio di amministrazione composto da 3 membri").

In conclusione la stazione appaltante ha illegittimamente aggiudicato la gara senza acquisire le dichiarazioni ex art. 80 cit. degli altri membri del consiglio di amministrazione investiti di poteri di direzione della società controinteressata e, senza verificare, attraverso queste, l'assenza di cause di esclusione dalla partecipazione alla procedura di gara.

Da quanto precede il ricorso deve essere accolto senza necessità di esaminare le ulteriori censure dedotte in via meramente subordinata con conseguente annullamento degli atti impugnati e dichiarazione di inefficacia del contratto medio tempore eventualmente concluso.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e trovano liquidazione in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, sede di Napoli, Sez. VIII, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così provvede:

- accoglie il ricorso e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati;
- dichiara l'inefficacia del contratto medio tempore stipulato;
- condanna il Comune di San Prisco, la ASMEL consortile a r. l. e la società La Mediterranea società cooperativa al pagamento delle spese processuali in favore della ricorrente che liquida in complessivi € 4.000,00 (quattromila/00), da dividersi in parti uguali, oltre accessori di legge, se e in quanto dovuti.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 10 giugno 2020, tenutasi con collegamento da remoto in videoconferenza tramite Microsoft Teams (piattaforma in uso presso la Giustizia amministrativa, ai sensi dell'art 3, comma 2, dell'Allegato 3 al d.P.C.S. N. 134/2020), ai sensi dell'art. 84, comma 6, del d.l. n. 18/2020, convertito dalla l. n. 27/2020, e del Decreto Presidenziale n. 22/2020/Sede, con l'intervento dei magistrati:

Francesco Gaudieri, Presidente

Paola Palmarini, Consigliere, Estensore

Viviana Lenzi, Primo Referendario

**L'ESTENSORE**  
**Paola Palmarini**

**IL PRESIDENTE**  
**Francesco Gaudieri**

**IL SEGRETARIO**