

N. 00804/2011 REG.PROV.COLL.

N. 01329/2010 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 1329 del 2010, proposto da:
"Si.Ro. Edilizia S.r.l.", rappresentato e difeso dall'avv. Camillo Lerio Miani, con
domicilio eletto presso Camillo Lerio Miani Avv. * . * in Salerno, via Incagliati N.2
c/o Avv. Caliulo;

contro

Comune di Controne, rappresentato e difeso dall'avv. Raffaele Falce, con domicilio
eletto presso Raffaele Falce in Salerno, via E. Caterina, 28;

nei confronti di

"G.R. Costruzioni S.r.l.", rappresentato e difeso dall'avv. Roberto Colagrande, con
domicilio eletto presso Roberto Colagrande in Salerno, c.so Garibaldi,164 c/o
Matera;

per l'annullamento

della determinazione n. 152 del 16 luglio 2010, recante aggiudicazione definitiva
dell'appalto dei lavori relativi al Parco Turistico delle Sorgenti, in favore della G. R.
Costruzioni s.r.l., unitamente agli atti presupposti;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Controne e di "G.R. Costruzioni S.r.l.";

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 gennaio 2011 il dott. Giovanni Grasso e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

CONSIDERATO che – con ricorso notificato in data 13 agosto 2010 e ritualmente depositato il 20 agosto successivo – la SI.RO. Edilizia s.r.l., come in atti rappresentata e difesa, impugnava gli esiti sfavorevoli della procedura evidenziale attivata dal Comune di Controne per l'affidamento, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dei lavori di realizzazione del Parco Turistico delle Sorgenti, all'uopo lamentando:

a) che – in asserita violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara, nonché del D.M. n. 37/2008 e dell'art. 49, 10° comma del d. lgs. n. 163/2006 – il contratto fosse stato aggiudicato alla società controinteressata ancorché la stessa non fosse in possesso dell'abilitazione ai sensi della l. n. 46/1990 e ss.mm. (necessaria per l'esecuzione dei lavori di impiantistica ricompresi nella categoria OG11) e non avesse dimostrato di potersi avvalere dell'opera di altra impresa debitamente qualificata (a tal fine non potendo, in tesi, utilizzarsi lo strumento del mero avvalimento dell'attestazione SOA, stante la ventilata preclusione, per l'impresa ausiliaria che, come nella specie, non fosse associata come mandante o conferitaria di subappalto, di eseguire direttamente con proprio personale i lavori di impiantistica);

b) che – in concorrente violazione della *lex specialis* di gara e dell'art. 90 del d. lgs. n. 163/2006 – l'offerta tecnica integrativa formulata dalla controinteressata fosse,

nella sua integralità, irricevibile, in quanto non sottoscritta da professionista abilitato (a tal fine non rilevando – secondo la puntualizzazione formulata in contraddittorio in corso di lite – che il legale rappresentante che aveva apposto la sottoscrizione rivestisse la qualifica di geometra evincibile dal documento di riconoscimento versato in gara, in quanto, per un verso, il documento di identità non avrebbe potuto surrogare il prescritto timbro professionale positivamente attestante il possesso dell'abilitazione e, per altro assorbente verso, le opere oggetto della proposta – inerenti la realizzazione *ex novo* di una rete idrica e di opere di regimentazione delle acque – non sarebbero comechessia rientrate nella competenza della figura del geometra);

RITENUTO che – a dispetto della sommaria delibazione di prospettiva fondatezza del gravame espressa in sede cautelare – il ricorso, ad un approfondito esame di merito, deve ritenersi, nei sensi delle considerazioni che seguono, destituito di fondamento;

RITENUTO, in particolare – avuto riguardo alla prima delle articolate doglianze – che l'assunto attoreo è smentito dal concorrente rilievo per cui:

a) il principio dell'avvalimento – che permette a concorrente singolo, consorziato o associato di fare valere i requisiti oggettivi relativi alla capacità economico-finanziarie e tecnico-organizzativa richiesti dalla *lex specialis idi gara* che non sia in grado di soddisfare facendo riferimento alla capacità di terzi – è (giusta la nota origine pretoria e la matrice comunitaria: cfr. direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) di carattere generale, per tal via non solo palesando, sotto un primo profilo, attitudine autointegrativa del bando di gara e delle prescrizioni capitolari, ma imponendo, per altro rilevante rispetto, una interpretazione restrittiva delle ipotesi in cui (alla luce della normativa di recepimento trasfusa negli artt. 49 e 50 del d. lgs. n. 163/2006) debba escludersi, in via eccezionale, la sua applicabilità;+

b) che, per tal via, il ricorso ad impresa ausiliaria qualificata per l'esecuzione di lavori inerenti impianti tecnologici di cui la categoria OG11 (per i quali è richiesta la specifica abilitazione ai sensi della l. n. 46/1990 e successive modificazioni), deve ritenersi (trattandosi di avvalimento c.d. operativo, in cui – cioè – la stazione appaltante accerti l'effettività della messa a disposizione, per tutta la durata dell'appalto, delle risorse tecniche ed umane necessarie) senz'altro idoneo e possibile (anche in logica correlazione alla responsabilità che, in via solidale, grava sull'impresa ausiliaria a diretto favore della stazione appaltante in ordine al rispetto degli impegni presi e alla corretta esecuzione della prestazione promessa);

c) che, in diverso senso – una volta chiarito che, per espressa previsione positiva, l'avvalimento può realizzarsi mercé l'utilizzazione di altrui attestazione SOA per la categoria rilevante – non può assumere rilievo, allora, l'assunto che (a termini di legge non meno che, asseritamente, in forza di inequivoca prescrizione di bando) la necessità che l'esecuzione del contratto spetti solo all'impresa concorrente non specificamente abilitata *ex* D.M. n. 37/2008 (assunto la cui erroneità discende, oltre che dalla ricordata sussistenza di una regola di responsabilità diretta e solidale dell'impresa ausiliaria, anche dalla paradossale considerazione che, se così fosse, la facoltà di avvalimento dovrebbe, in via generale, ritenersi preclusa o fortemente limitata);

d) che, del resto, neppure corretta si rivela, a ben vedere, la lettura della valorizzata clausola di bando, la quale – nel prevedere che i lavori *de quibus* potessero essere eseguiti dal concorrente solo se in possesso dei requisiti, salva solo la creazione di associazione temporanea di tipo verticale o il ricorso al subappalto – deve logicamente interpretarsi, già sotto il profilo letterale, nel senso di precludere la partecipazione alla procedura evidenziale di soggetti non abilitati (o, alternativamente, non utilmente raggruppati o subappaltanti), ma non nel senso di

precludere, neppure per implicito, il ricorso all'istituto (che, vale rammentare, è di applicazione generale) dell'avvalimento;

e) che – sotto distinto profilo – non potrebbe avere rilievo l'argomento per cui l'aggiudicataria non avrebbe espressamente dichiarato di avvalersi della abilitazione *ex art. 46/1990* posseduta dalla impresa associata, se non altro per l'assorbente considerazione che l'abilitazione in questione costituisce, come è noto, requisito necessario solo per l'esecuzione dei lavori, potendo, per tal via, essere comprovato anche in fase esecutiva (Cons. Stato, sez. VI, 19 agosto 2003, n. 4671);

RITENUTO di poi – avuto distinto riguardo al secondo dei prospettati motivi di gravame – che lo stesso deve parimenti ritenersi non fondato, sulla considerazione:

a) che il firmatario dell'offerta migliorativa era, in fatto, il legale rappresentante dell'impresa, munito della qualifica di geometra (quale utilmente risultante dalla documentazione versata agli atti di gara);

b) che l'obiettiva inidoneità del ridetto documento di identità a dimostrare anche il (prescritto) possesso della abilitazione si atteggia a mera irregolarità – suscettibile di giustificare, in quanto tale ed in forza del principio di collaborazione, una potenziale ed in tesi doverosa richiesta di chiarimento *ex art. 46 d. lgs. n. 163/2006* e ad escludere, in sede giudiziale (una volta acclarato e non contestato il possesso del requisito), la caducazione dei provvedimenti impugnati, dovendo – anche alla luce del canone antiformalistico trasfuso nell'art. 21 *octies* l. n. 241/1990, operante con il solo limite del rispetto della *par condicio* dei concorrenti e della integrazione postuma dei requisiti di accesso alla gara – privilegiarsi la sostanza sulla forma;

c) che – sotto distinto profilo – la natura delle opere a realizzarsi (consistenti in modeste opere in cemento armato, a realizzarsi mercé l'interramento di tubazioni per circa 900 m, senza ragionevole e prevedibile pericolo per la pubblica incolumità) non appare tale da escludere (alla luce dei principi più svolte ribaditi *in*

subiecta materia: cfr., per tutti, Cons. Stato, sez. V, 13 gennaio 1000, n. 25) la contestata competenza dei geometri;

CONSIDERATO che – alla luce delle considerazioni che precedono – il ricorso debba essere respinto (sussistendo, ad avviso del Collegio, giustificate ragioni – avuto riguardo alla particolarità della vicenda processuale – per disporre l'integrale compensazione, tra le parti costituite, di spese e competenze di lite);

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.
Spese compensate.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 13 gennaio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Sabato Guadagno, Presidente FF

Ferdinando Minichini, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/04/2011

IL SEGRETARIO

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