

N. 00820/2011 REG.PROV.COLL.
N. 01604/2010 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 1604 del 2010, proposto da:
Società Carucci Costruzioni S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv.
Marcello Fortunato, con domicilio eletto presso il procuratore in
Salerno, via Ss. Martiri Salernitani,31;

contro

Comune di Buccino, rappresentato e difeso dall'avv. Antonio
D'Urso, con domicilio eletto in Salerno, via Arce,122 c/o Avv.Mario
D'Urso;

nei confronti di

Serena Costruzioni S.a.s, anche nella qualità di ricorrente incidentale,
rappresentata e difesa dall'avv. Lodovico Visone, elettivamente
domiciliata presso lo studio del procuratore in Salerno alla via
Dogana Vecchia n. 40;

per l'annullamento:

quanto al ricorso principale:

1) della determinazione n.219/2010 dell'8-9-2010, recante l'approvazione dei verbali di gara relativi ai "lavori di realizzazione delle fognature incanalabili nel depuratore consortile ubicato nella zona industriale – I lotto di completamento, collettore versante nord del capoluogo" e recante l'aggiudicazione della gara in favore della società "Serena Costruzioni s.r.l."; 2) del verbale di gara n.7/2010 del 2.9-2010, con la quale la Commissione di gara ha disposto l'esclusione della ricorrente, in quanto mancherebbe l'offerta di cui al punto XI.4-comma 1 del bando e disposto l'aggiudicazione provvisoria in favore della controinteressata; 3) ove lesivo, del punto XI.4 del bando di gara; 4) della nota dell'8.09.2010, con la quale è stata comunicata la disposta esclusione;

quanto al ricorso incidentale, nei limiti e per quanto di interesse:

1) del verbale di gara n. 1 del 20-7-2010, recante la positiva valutazione ai fini dell'ammissione della documentazione amministrativa prodotta dalla Carucci Costruzioni s.r.l., che andava invece esclusa per la carenza dei requisiti di partecipazione e per omissione di allegazione documentale; 2) ove occorra, della determinazione n. 219 dell'8-9-2010, recante , tra l'altro, approvazione del verbale di gara n. 1 e/o di ogni altro verbale che in assoluto contenesse decisioni tese a consentire la partecipazione alla gara della soc. Carucci; 3) di ogni altro atto presupposto, connesso o

conseguente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Buccino;

Visto l'atto di costituzione in giudizio proposto dal ricorrente incidentale Serena Costruzioni S.a.s., rappresentato e difeso dall'avv. Lodovico Visone, con domicilio eletto presso Lodovico Visone Avv. in Salerno, via Dogana Vecchia,40;

Visto il ricorso incidentale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato il 13-10-2010 e depositato il 21-10-2010 la società “Carucci Costruzioni s.r.l.” impugnava dinanzi a questo Tribunale Amministrativo Regionale i provvedimenti in epigrafe specificati, con i quali, in relazione all'appalto per i “lavori di realizzazione delle fognature incanalabili nel depuratore consortile ...-I lotto di completamento...”, essa era stata esclusa dalla gara ed era stata disposta l'aggiudicazione in favore della società “Serena Costruzioni s.a.s.”

Con articolata prospettazione lamentava: 1) Violazione di legge (punto XI.4 del bando di gara) – eccesso di potere per difetto assoluto di istruttoria, erroneità e sviamento; 2) Violazione di legge (punto XI.4 del bando di gara) – eccesso di potere per difetto di istruttoria, erroneità, sviamento, travisamento; 3) Violazione di legge (d.lgs. n. 163/06, art. 97 Cost.) – eccesso di potere per difetto di presupposto, di istruttoria, erroneità, travisamento, sviamento.

Instauratosi il contraddittorio, si costituivano in giudizio il Comune di Buccino e la società controinteressata “Serena Costruzioni s.a.s.”.

Quest’ultima, con atto notificato il 29-10-2010 e depositato il 2-11-2010, spiegava ricorso incidentale per l’annullamento, in parte qua e per quanto di interesse, degli atti in epigrafe specificata.

Deduceva, in particolare: 1) Violazione di legge (artt. 48 e 49 d.lgs. n. 163/2006, sez. VI, comma 2, lett. a) del bando di gara) – Eccesso di potere per violazione del giusto procedimento, carente istruttoria, sviamento, violazione della par condicio; 2) Violazione di legge (artt. 40 e 75 d.lgs. n. 163/2006, sez. V.2 del bando di gara, artt. 47, 48 e 49 dir. 18/2004) – eccesso di potere ; 3) Violazione di legge (art. 49 d.lgs. n. 163/2006, artt. 38, 46 e 47 del dpr n. 445/2000) eccesso di potere.

La causa veniva discussa e trattenuta per la decisione all’udienza del 7-4-2011.

DIRITTO

Deve preliminarmente, in ordine logico, essere scrutinato il ricorso

incidentale proposto dalla società “Serena Costruzioni s.a.s.”, in quanto teso a paralizzare il gravame principale, invocandone una pronunzia di inammissibilità.

Il ricorrente incidentale, invero, contesta la legittimità degli atti, in epigrafe indicati, nella parte in cui è stata espressa una positiva valutazione ai fini della ammissione della documentazione amministrativa prodotta dalla società Carucci.

Sostiene, invero, che, pur essendo stata tale ditta esclusa per mancanza della offerta di cui al punto XI.4-comma 1 del bando di gara, sussistevano molteplici, ulteriori ragioni per disporre l'esclusione, ragioni rinvenibili nella documentazione amministrativa prodotta e non rilevate dalla stazione appaltante.

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

In proposito, conformemente a quanto già espresso dalla Sezione in sede cautelare (ord. n. 1073/2010) e confermato dal giudice di appello (Cons. Stato, ord. n. 5856/2010), fondato ed assorbente è il primo motivo del gravame principale, con il quale viene dedotta violazione di legge (artt. 48 e 49 del d.lgs. n. 163/2006 e della sez. VI, II comma, lett. a) del bando, nonché eccesso di potere per violazione del giusto procedimento, carente istruttoria e violazione della par condicio.

Osserva in proposito il Tribunale che la sezione VI del bando di gara, recante la disciplina dell'avvalimento, nel disciplinarne le condizioni di operatività , dispone, a pena di esclusione, l'obbligo di

allegazione di una serie di documenti, analiticamente indicati e che replicano i contenuti del secondo comma dell'articolo 49 del Codice. Tra questi è ricompresa , alla lettera a), “una sua dichiarazione, verificabile ai sensi dell'art. 48 del d.lgs. n. 163/2006, attestante l'avvalimento dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, con specifica indicazione dei requisiti stessi e dell'impresa ausiliaria”. Orbene, risulta pacifico in atti che la Carucci Costruzioni s.r.l. non abbia presentato tale documento, recante la dichiarazione come sopra specificata.

La clausola del bando risulta presidiata da espressa sanzione espulsiva, onde la richiamata, specifica carenza documentale doveva essere assunta dall'amministrazione a motivo di esclusione della società ricorrente principale.

A prescindere dal dato sopra rilevato della esistenza di una espressa clausola di esclusione, osserva comunque il Tribunale che non valgono a scalfire tale conclusione le argomentazioni formulate dalla difesa della società Carucci, la quale sottolinea che comunque “ le indicazioni previste sia dall'articolo 49 del d.lgs. n. 163/2006 che dal bando emergono dalla complessiva documentazione depositata in sede di partecipazione alla gara” , rilevando che nella istanza di partecipazione ed in altri documenti essa ha dichiarato di partecipare “avvalendosi dei requisiti della ditta I.GE.CO. s.r.l.” e che i requisiti di cui il concorrente si è avvalso risulterebbero specificati nel contratto di avvalimento stipulato tra le imprese interessate,

ritualmente depositato in sede di procedura concorsuale.

Rileva in proposito il Collegio che l' "avvalimento" è il peculiare istituto che consente al concorrente di soddisfare la richiesta della stazione appaltante relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto (art. 49 d.lgs. n. 163/2006). Principio di fonte comunitaria, esso esprime una deroga alla regola secondo cui i requisiti di qualificazione sono posseduti in proprio dal concorrente.

La peculiare dichiarazione richiesta dalla lettera a) del bando di gara e dell'art. 49 citato esprime, dunque, l'impegno in proposito assunto dal ricorrente nei confronti della stazione appaltante, impegno che si connota, nella previsione normativa, non quale generico riferimento all'utilizzo dell'istituto, ma come concreta specificazione dei suoi contenuti, riferiti ai requisiti oggetto di esso ed alla impresa ausiliaria. Trattasi, dunque, di atto con il quale il concorrente si connota e si qualifica nei confronti della stazione appaltante, documento essenziale di concreta "identificazione" del soggetto che intende contrattare con la pubblica amministrazione.

Dimostrazione di ciò è la previsione di verificabilità ai sensi dell'articolo 48, il cui esito negativo comporta la sanzione espulsiva.

Orbene, per questa sua specifica natura e funzione, i contenuti della dichiarazione normativamente prescritta non risultano surrogabili da dichiarazioni aliunde desumibili , da altra documentazione prodotta.

In particolare, poi , nella fattispecie oggetto del presente giudizio

difetta una dichiarazione del concorrente, diretta alla stazione appaltante, concernente il peculiare elemento (normativamente richiesto quale contenuto di essa) della indicazione dei requisiti oggetto di avvalimento.

Risulta al riguardo inidonea la mera presentazione del contratto stipulato tra impresa concorrente ed impresa ausiliaria, atteso che esso esprime unicamente un impegno tra le parti stipulanti ma non anche nei confronti dell'amministrazione.

La insufficienza della mera produzione del contratto è, inoltre, dimostrata dalla stessa formulazione dell'articolo 49 del codice, il quale prevede la presentazione sia della dichiarazione che del contratto, perseguendo evidentemente i relativi oneri documentali funzioni diverse.

Sulla base delle considerazioni tutte sopra esposte, pertanto, il ricorso incidentale è fondato e va accolto, risultando gli atti con esso impugnati illegittimi, nella parte in cui non dispongono la esclusione della società Carucci per la omessa presentazione della dichiarazione di cui sopra.

Vanno, di conseguenza, annullati nei limiti di ragione e di interesse, nei sensi sopra specificati.

All'accoglimento del ricorso incidentale segue la declaratoria di inammissibilità per carenza di interesse del ricorso principale, diretto all'annullamento della esclusione della società Carucci per una diversa ragione espulsiva ed all'annullamento dell'aggiudicazione così

come disposta in favore della società “Serena Costruzioni” s.r.l.

Le spese del giudizio, in relazione alla peculiarità della controversia, possono essere integralmente compensati tra le parti costituite.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così provvede:

accoglie il ricorso incidentale nei sensi in motivazione specificati;

dichiara inammissibile il ricorso principale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 7 aprile 2011 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Onorato, Presidente

Sabato Guadagno, Consigliere

Francesco Mele, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/05/2011

IL SEGRETARIO

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