



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3811 del 2011, proposto da:

Siro Edilizia S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Camillo Lerio Miani e Francesco Miani, con domicilio eletto presso l'avv. Luigi Napolitano in Roma, via Sicilia, 50;

contro

Comune di Controne, rappresentato e difeso dagli avv. Carlo Parisi e Raffaele Falce, con domicilio eletto presso l'avv. Fabrizio Bracciani in Roma, piazza Adriana, 8;

GR Costruzioni Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Roberto Colagrande, con domicilio eletto presso l'avv. Franco Gaetano Scoca in Roma, via Giovanni Paisiello, 55;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - SEZ. STACCATA DI SALERNO: SEZIONE I n. 00804/2011, resa tra le parti, concernente aggiudicazione appalto dei lavori relativi al "il parco turistico delle sorgenti"

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Controne e di GR Costruzioni Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 ottobre 2012 il Cons. Paolo Giovanni Nicolo' Lotti e uditi per le parti gli avvocati Antonio Romano, su delega degli avv.ti Camillo e Francesco Miani, nonché Roberto Colagrande (entrambi nella fase preliminare);

FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Salerno, Sez. I, con la sentenza n. 804 del 29 novembre 2011, ha respinto il ricorso proposto dall'attuale appellante per l'annullamento della determinazione n. 152 del 16 luglio 2010, recante l'aggiudicazione definitiva dell'appalto dei lavori relativi al Parco Turistico delle Sorgenti, in favore della G. R. Costruzioni s.r.l.

Il TAR fondava la sua decisione rilevando, sinteticamente, che il principio dell'avvalimento è principio di carattere generale, avente attitudine autointegrativa del bando di gara e delle prescrizioni capitolari ed imponendo un'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.

Pertanto, per il TAR, il ricorso ad un'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, deve ritenersi, trattandosi di avvalimento c.d. operativo in cui la stazione appaltante accerta l'effettività della messa a disposizione per tutta la durata dell'appalto delle risorse tecniche ed umane necessarie, senz'altro idoneo e possibile.

A nulla rileva conseguentemente, secondo il TAR, 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.

Infine, per il TAR, 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 per l'assorbente considerazione che l'abilitazione in questione costituisce requisito necessario solo per l'esecuzione dei lavori, potendo, per tal via, essere comprovato anche in fase esecutiva.

L'appellante contestava la sentenza del TAR e, con l'appello in esame, chiedeva l'accoglimento del ricorso di primo grado.

Si costituivano l'Amministrazione intimata e la parte controinteressata, chiedendo il rigetto dell'appello.

All'udienza pubblica del 23 ottobre 2012 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Ritiene il Collegio che l'appello sia infondato.

Si deve, infatti, preliminarmente rilevare che la ditta aggiudicataria (G.R. Costruzioni), in quanto impresa avvalente ha dichiarato di ricorrere all'avvalimento per la categoria OG11, individuando quale impresa ausiliaria la ditta G.B.L. Costruzioni Sud s.r.l., munita dell'attestato SOA per la categoria in questione.

Sempre in via preliminare si deve altresì rilevare che il bando della gara in esame non stabilisce affatto che per i lavori ricompresi nella categoria OG11 il concorrente, se non in possesso della qualificazione, possa ricorrere soltanto all'ATI verticale ovvero al subappalto.

In primo luogo, infatti, non vi è alcuna disposizione che esplicitamente o implicitamente escluda l'istituto dell'avvalimento.

In secondo luogo, la *lex specialis* è stata integrata dalla determina UTC n. 107-2010 e dalla successiva nota di pubblicazione n. 1528 del 7 giugno 2010 che ha espressamente chiarito l'utilizzabilità dell'istituto dell'avvalimento per tutte le categorie di lavori.

Peraltro, la clausola di bando che, nel prevedere che i lavori in questione potessero essere eseguiti dal concorrente solo se in possesso dei requisiti, sembrerebbe salvare solo la creazione di associazione temporanea di tipo verticale o il ricorso al subappalto deve, in realtà, correttamente 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 dell'avvalimento che, come ha evidenziato esattamente il TAR, è di applicazione generale.

Pertanto, tale motivo d'appello è palesemente infondato.

Anche il secondo motivo d'appello, relativo all'asserita mancanza di sottoscrizione dell'offerta migliorativa da parte di un professionista abilitato è infondato, poiché tale offerta è stata, in realtà, firmata dal geometra Botta Rocco, legale rappresentante e direttore tecnico dell'impresa aggiudicataria, come risulta per tabulas dalla documentazione di gara (domanda di ammissione alla gara con allegato documento di riconoscimento).

Le contestazioni riguardanti l'incompetenza dei geometri per la sottoscrizione delle varianti progettuali proposte

non sono accoglibili, atteso che le migliori proposte attengono alla pulizia dell'area, alla risagomatura del canale di impluvio, alla realizzazione del "materasso" di fondazione del canale, alla realizzazione della massiciata, e rientrano nella categoria delle opere di cd. ingegneria naturalistica- rete idrica, che appaiono poter rientrare nelle competenze dei geometri come stabilite dalle vigenti disposizioni in materia.

Come ha chiarito la giurisprudenza di questo Consiglio, infatti, il criterio per accertare se la progettazione di una costruzione rientri nella competenza professionale dei geometri, ai sensi dell'art. 16, lett. m), r.d. 11 febbraio 1929, n. 274, consiste nel valutare le difficoltà tecniche che la progettazione e l'esecuzione dell'opera comportano e le capacità occorrenti per superarle; in quanto le opere che impongono calcoli complessi esulano dalle competenze professionali dei geometri (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 9 febbraio 2012, n. 686).

Nel caso di specie, la tipologia di intervento non appare essere di tale complessità da esulare dalle capacità professionali della categoria dei geometri, in quanto, come emerge dal bando, si tratta prevalentemente di opere in legno, e non in cemento armato, che sono progettabili, quindi, anche dai geometri (mentre, come detto, per gli impianti tecnologici, opera l'avvalimento sulla categoria OG11).

In ogni caso, tali varianti costituiscono, in realtà, mere proposte integrative che devono essere trasfuse in una variante progettuale esecutiva cantierabile, ai sensi della *lex specialis*, solo in caso di aggiudicazione della gara, entro 15 giorni dalla comunicazione di avvenuta aggiudicazione definitiva.

Pertanto, solo per tale attività successiva di vera e propria progettazione sono prospettabili questioni in ordine alle competenze tecnico-professionali del professionista redattore e sottoscrittore del progetto.

Pertanto, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere respinto, in quanto infondato.

Le spese di lite del presente grado di giudizio, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta),

definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna parte appellante alla rifusione delle spese del presente grado di giudizio, spese che liquida in euro 4000,00, oltre accessori di legge, in favore di ciascuna delle parti costituita in appello.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Doris Durante, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/12/2012

IL SEGRETARIO

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