



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 per la Sicilia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 703 del 2016, proposto da: OMISSIS, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati **Massimiliano Mangano**, C.F. MNGMSM63H24G273X, e Mariagrazia Liotta, C.F. LTTMGR84T61A089Y, elettivamente domiciliato presso lo studio del primo in Palermo, via Nunzio Morello, n. 40;

*contro*

A.M.A.P. S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Antonino Frenda, C.F. FRNNNN56S15H159S, elettivamente domiciliato presso l'ufficio legale dell'azienda in Palermo, via Volturmo, n. 2;

*nei confronti di*

- OMISSIS., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Salvatore Giacalone, C.F. GCLSVT62D05E974Q, elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv. Lucia Di Salvo in Palermo, via Notarbartolo, n. 5;

- OMISSIS, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, non costituitisi in giudizio;

*per l'annullamento*

1) della nota prot. n. 2895/16 del 28 gennaio 2016 con cui l'A.M.A.P. s.p.a. ha revocato l'aggiudicazione definitiva (di cui alla precedente nota prot. 33105 del 20 ottobre 2015) dei "Lavori di manutenzione delle opere elettriche ed elettromeccaniche degli impianti di captazione, di potabilizzazione e di sollevamento idrico e fognario nei comuni dell'ATO 1 di Palermo ex gestione APS SPA", per il lotto 1, occidentale, CIG: 6310703CD9, ritenendo che non era abilitata a esercitare le attività disciplinate dal D.M. 22 gennaio n. 37 e non risultava avere presentato alcuna richiesta di riconoscimento;

2) della medesima nota prot. 2895/16, nella parte in cui si è avvertita la società ricorrente che "si provvederà all'incameramento del deposito cauzionale ...";

3) della nota prot. 5571116 del 15 febbraio 2016 di A.M.A.P., con la quale è stato ribadito quanto comunicato con la nota impugnata sub 1) e 2), senza tenere conto dell'avvenuta iscrizione al registro delle imprese della camera di commercio di Agrigento, dell'abilitazione di cui al D.M. 37/08 (in pari data del provvedimento di revoca, 28 gennaio);

4) ove occorra e per quanta di ragione, della nota prot. 2360/16 del 25 gennaio 2016 con la quale A.M.A.P. s.p.a. ha comunicato a OMISSIS - per conoscenza - la richiesta inoltrata alla Camera di commercio di Agrigento, di riscontro della sussistenza dell'abilitazione all'esercizio delle attività di cui al D.M. 37/08, o, comunque, se il riconoscimento di tale qualità sia "in itinere";

5) ove occorra e per quanto di ragione, del bando di gara del 26 giugno 2015 per l'aggiudicazione dei "Lavori di manutenzione delle opere elettriche ed elettromeccaniche degli impianti di captazione, di potabilizzazione e di sollevamento idrico e fognario nei comuni dell'ATO 1 di Palermo ex gestione APS

SPA", per il lotto 1, occidentale, CIG: 6310703CD9 e per il lotto 2, orientale, CIG: 6310716795, nella parte in cui, come interpretato, avrebbe imposto l'adozione del provvedimento di revoca da parte della stazione appaltante;

6) di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale dal quale sia potuto derivare pregiudizio alla società ricorrente, ed allo stato non conosciuto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio e le memorie di A.M.A.P. S.p.A. e OMISSIS;

Vista l'ordinanza cautelare n. 451 del 7 aprile 2016;

Vista l'ordinanza del CGA n. 312 del 6 maggio 2016;

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 27 luglio 2016 il consigliere Aurora Lento e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato.

#### FATTO

Con ricorso, notificato il 29 febbraio/2 marzo 2016 e depositato il 14 marzo successivo, la società OMISSIS esponeva di avere partecipato alla gara indetta, con bando del 26 giugno 2015, dall'AMAP s.p.a. per l'aggiudicazione, con il criterio del prezzo più basso, dei "Lavori di manutenzione delle opere elettriche ed elettromeccaniche degli impianti di captazione, di potabilizzazione e di sollevamento idrico e fognario nei comuni dell'ATO 1 di Palermo ex gestione APS SPA", relativamente al lotto 1, occidentale, CIG: 6310703CD9.

A seguito dello svolgimento delle operazioni di gara, era risultata aggiudicataria con un'offerta del 38,56 %, mentre al secondo posto si era classificata la OMISSIS e al terzo la OMISSIS in avvalimento con OMISSIS.

Con nota prot. n. 27789/15 dell'8 settembre 2015, le era stata comunicata

l'aggiudicazione provvisoria e richiesta la produzione di vari documenti, mentre con quella prot. n. 33105 del 20 ottobre 2015, si era reso noto l'affidamento definitivo.

Successivamente, con nota prot. n. 378037/15 del 1° dicembre 2015, le era stata chiesta la trasmissione di documentazione integrativa, tra cui quella comprovante il possesso dell'abilitazione all'esecuzione dei lavori d'installazione, trasformazione, ampliamento e manutenzione straordinaria degli impianti di cui all'art. 1, comma 2, del decreto del Ministero dello sviluppo economico 22 gennaio 2008, n. 37.

In riscontro a tale richiesta: con messaggio di posta elettronica certificata del 12 gennaio 2016, aveva comunicato di avere nominato, quale responsabile tecnico ai sensi del D.M. n. 37/2008, l'ing. Saverio Moncado; con nota del 21 gennaio 2016, aveva trasmesso la visura camerale aggiornata dalla quale risultava l'attribuzione a tale soggetto dell'incarico di direttore tecnico e di vari poteri, tra cui quello di "responsabile tecnico per il rilascio della certificazione a regola d'arte dell'impianto elettrico e idrico, secondo il D.M. n. 37 del 2008, limitatamente alle lettere "A", "B", "C", "D", "E", "F" e "G".

Con nota prot. n. 2360/16 del 25 gennaio 2016, inviatale per conoscenza, l'A.M.A.P. s.p.a. aveva chiesto alla Camera di commercio di Agrigento se la ricorrente poteva esercitare le attività di cui al D.M. n. 37 del 2008 o se, comunque, il riconoscimento di tale requisito era in itinere.

Successivamente, con nota prot. n. 2895/16 del 28 gennaio 2016, l'A.M.A.P. s.p.a. aveva revocato l'aggiudicazione definitiva, facendo riferimento al mancato possesso dell'abilitazione all'esercizio delle attività disciplinate dal D.M. n. 37 del 22 gennaio 2008 e alla mancata presentazione della richiesta di riconoscimento, disponendo l'incameramento del deposito cauzionale.

La ricorrente ha chiesto l'annullamento, previa sospensiva e vinte le spese, di tale provvedimento per i seguenti motivi:

1) Violazione e falsa applicazione degli artt. 2 e 11 del d.lgs.vo n. 163 del 2006. Eccesso di potere sotto i profili: dell'irragionevolezza; dell'illogicità; della contraddittorietà. Violazione del principio di proporzionalità.

2) Violazione e falsa applicazione degli artt. 42 e 46, comma 1 bis, del d.lgs.vo n. 163 del 2006 con riferimento al principio di tassatività delle cause di esclusione. Violazione e falsa applicazione dell'art. 21 quinquies. Eccesso di potere sotto i profili: dello sviamento; del cattivo esercizio del potere di autotutela; della carenza di presupposti; della contraddittorietà.

Si deduce essenzialmente che il requisito tecnico – professionale di cui all'art. 1, comma 2, del D.M. n. 37 del 2008 non era un requisito di partecipazione, ma di esecuzione, cosicchè il suo possesso andava accertato al momento della stipula del contratto. Ne consegue che il ritiro in autotutela dell'aggiudicazione, in quanto motivato con riferimento alla mancata dimostrazione di tale requisito in sede di comprova delle dichiarazioni fatte ai fini della partecipazione alla gara, era illegittimo.

Si è costituita in giudizio l'AMAP s.p.a. che ha depositato una memoria con cui ha preliminarmente eccepito l'irricevibilità del ricorso, in quanto notificato il 29 febbraio 2016, malgrado il provvedimento di revoca impugnato fosse stato trasmesso tramite PEC il 28 gennaio 2016. Ha, comunque, chiesto il rigetto del ricorso, poiché infondato, vinte le spese. Ha, in particolare, rappresentato che la revoca dell'aggiudicazione era stata disposta in quanto la ricorrente non aveva prodotto la documentazione comprovante il possesso dell'abilitazione di cui al D.M. n. 37 del 2008 entro il termine perentorio assegnatole.

Si è costituita in giudizio anche la OMISSIS, controinteressata, alla quale l'appalto è stato frattanto aggiudicato, che ha depositato una memoria con cui, oltre all'irricevibilità, ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per omessa impugnazione della determinazione prot. n. 321 del 5 gennaio 2016 con cui l'AMAP, facendo

seguito alla nota prot. n. 378037/15 del 1° dicembre 2015, aveva assegnato alla ricorrente il termine perentorio delle ore 12.00 del 12 gennaio 2016 per la produzione della documentazione comprovante il possesso del requisito di cui al DM n. 37 del 2008. Ha, comunque, chiesto il rigetto del ricorso, poiché infondato, vinte le spese.

Con ordinanza cautelare n. 451 del 7 aprile 2016, l'istanza cautelare è stata accolta con la seguente motivazione: *“Considerato che le eccezioni in rito sollevate dall'AMAP e dalla parte controinteressata non presentano profili di fondatezza, mentre la domanda cautelare presentata dalla ricorrente è assistita da sufficiente fumus boni iuris, in ragione della mancata chiara indicazione nei documenti di gara della natura di requisito di partecipazione della certificazione di cui al D.M. n. 37/2008 (in termini, Cons. Stato, sez. V, 16 ottobre 2013, n. 5028)”*.

Tale decisione è stata confermata dal CGA con ordinanza n. 312 del 6 maggio che è stata così motivata: *“Considerato, infatti, che appaiono meritevoli di considerazione le affermazioni di fondo dell'appellata secondo le quali il requisito in discussione atteneva al solo momento esecutivo dell'appalto, onde l'Amministrazione sarebbe incorsa in un improprio uso del potere di comprova previsto dall'art. 48 del d.lgs. n. 163/2006”*.

In vista dell'udienza, tutte le parti hanno presentato memorie con cui hanno insistito nelle loro domande.

Alla pubblica udienza del 27 luglio 2016, su conforme richiesta dei difensori delle parti, il ricorso è stato posto in decisione.

## DIRITTO

1. Oggetto della controversia è la revoca di un'aggiudicazione definitiva, che è stata motivata con riferimento alla mancata dimostrazione, nel termine perentorio assegnato dalla stazione appaltante in sede di comprova dei requisiti autodichiarati, del possesso dell'abilitazione all'esercizio delle attività disciplinate dal D.M. n. 37 del 22 gennaio 2008 e alla mancata presentazione della relativa richiesta di

riconoscimento.

2. Preliminarmente va esaminata l'eccezione di irricevibilità del ricorso, in quanto notificato il 29 febbraio 2016, malgrado il provvedimento di revoca impugnato fosse stato trasmesso tramite PEC il 28 gennaio 2016, sollevata sia dalla Amministrazione resistente che dalla controinteressata.

L'eccezione è infondata.

Come noto, l'art. 52 del c.p.a. prevede: al comma 3, che, qualora il giorno di scadenza sia festivo, il termine fissato dalla legge è prorogato di diritto al primo giorno seguente non festivo; al successivo comma 5, che tale proroga si applica anche ai termini che scadono nella giornata del sabato.

Nella specie il termine scadeva il 27 febbraio, che era, però, sabato, cosicché era prorogato al giorno 29 successivo, nel quale si è avvenuta la (tempestiva) notifica.

3. Parimenti infondata è l'eccezione di inammissibilità per omessa impugnazione della determinazione prot. n. 321 del 5 gennaio 2016 con cui l'AMAP, facendo seguito alla nota prot. n. 378037/15 del 1° dicembre 2015, aveva assegnato alla ricorrente il termine perentorio delle ore 12.00 del 12 gennaio 2016 per la produzione della documentazione comprovante il possesso del requisito di cui al DM n. 37 del 2008.

Trattasi, infatti, di una nota meramente interlocutoria e, pertanto, non direttamente lesiva con cui la stazione appaltante si è limitata a chiedere la dimostrazione del possesso del requisito in questione.

Ad assumere lesività è, pertanto, il ritiro dell'aggiudicazione, che è stato, come detto, tempestivamente impugnato.

4. Ciò premesso, il ricorso è fondato e va accolto.

Con unico motivo si deduce che l'abilitazione di cui all'art. 1, comma 2, del D.M. n. 37 del 2008 non era un requisito di partecipazione, ma di esecuzione, cosicché il suo possesso andava accertato al momento della stipula del contratto. Ne consegue

che il ritiro in autotutela dell'aggiudicazione, in quanto motivato con riferimento alla mancata dimostrazione di tale requisito in sede di comprova delle dichiarazioni fatte ai fini della partecipazione alla gara, sarebbe illegittimo.

Preliminarmente va precisato che non si contesta solo la qualificazione dell'abilitazione come requisito di partecipazione, ma anche la richiesta della stessa in sede di comprova delle dichiarazioni fatte ai fini della partecipazione alla gara.

Ne deriva che, diversamente da quanto sostenuto dalla stazione appaltante e dalla controinteressata, il riconoscimento della rilevanza del titolo solo nella fase esecutiva priva di legittimità la richiesta di dimostrazione fatta nella specie e l'inosservanza del termine assegnato.

Ciò premesso, va richiamato l'art. 8, comma 1, del D.M. 22 gennaio 2008 n. 37 laddove si stabilisce che *"Il committente è tenuto ad affidare i lavori di installazione, di trasformazione, di ampliamento e di manutenzione straordinaria degli impianti indicati all'articolo 1, comma 2, ad imprese abilitate ai sensi dell'articolo 3"*.

In merito all'interpretazione di tale disposizione, come rilevato in sede cautelare, è intervenuta la V sezione del Consiglio di Stato, la quale, con la decisione n. 5028 del 16 ottobre 2013, richiamando l'orientamento interpretativo espresso dalla IV sezione nella decisione n. 4671 del 13 maggio 2003 e dall'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici nella deliberazione n. 108 del 17 aprile 2002 e nel parere n. 6 del 12 gennaio 2001, si è espressa nel senso che le abilitazioni di cui alla legge n. 46 del 1990 e, attualmente, al D.M. n. 37 del 2008 non sono requisiti di partecipazione, ma di esecuzione e, come tali, possono essere conseguiti anche in un momento successivo all'aggiudicazione.

Nella specie tale qualificazione trova conferma nella *lex specialis*.

Né l'art. 8 del capitolato speciale, richiamato dalla stazione appaltante, né le altre disposizioni dello stesso capitolato e del bando prevedevano, infatti, che si trattava di un requisito di partecipazione, cosicchè, tenuto conto del principio di massima

partecipazione alla gara, non può che ritenersi che si trattava di un requisito di esecuzione rilevante ai fini della stipula del contratto.

Ne deriva che la stazione appaltante ha fatto cattivo uso del proprio potere di comprova di cui all'art. 48 del codice degli appalti e che non avrebbe potuto ritirare l'aggiudicazione per inosservanza del termine assegnato all'aggiudicatario in applicazione del comma 2 di tale disposizione.

Ad assumere rilievo era, infatti, la circostanza che (come avvenuto) successivamente all'aggiudicazione e prima della stipula del contratto l'affidataria aveva conseguito l'abilitazione in questione.

Concludendo, per le ragioni suesposte, il ricorso è fondato e va accolto con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati.

Le spese, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna l'Amap s.p.a. e la OMISSIS al pagamento in favore della ricorrente delle spese processuali che liquida in € 1.000,00 cadauno per un totale di € 2.000,00, oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 27 luglio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Solveig Cogliani, Presidente

Aurora Lento, Consigliere, Estensore

Roberto Valenti, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

**Aurora Lento**

**Solveig Cogliani**

## IL SEGRETARIO

- [Torna su](#)