Parere n. 6 del 12/01/2011

PREC 169/10/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'impresa I.L.V.C. s.r.l. –Progettazione, costruzione e gestione degli impianti di illuminazione votiva nel cimitero comunale di Circello – Importo a base d'asta: € 60.000,00– S.A.: Comune di Circello.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 6 luglio 2010 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa I.L.V.C. s.r.l., partecipante alla procedura di gara per l'affidamento della concessione in oggetto, ha chiesto una pronuncia di questa Autorità in merito alla legittimità dell'ammissione in gara delle altre due concorrenti, impresa Electra Sannio s.r.l. e A.T.I. Cieri Mario Bruno (capogruppo mandataria) Le.Ge.Ma. s.a.s. di Lettieri Annunziata & C. (mandante).

Al riguardo, l'impresa istante ha esposto che il bando di gara – a pag. 7, punto 3, lett. a) concernente i documenti da allegare alla domanda di partecipazione– prevedeva, a pena di esclusione, il possesso dell'abilitazione di cui al D.M. n. 37/2008 e che dai certificati camerali delle imprese concorrenti si evinceva che la sola I.L.V.C. s.r.l. era in possesso della richiesta abilitazione di cui al predetto D.M. n. 37/2008. Pertanto, tale circostanza è stata rappresentata alla stazione appaltante, chiedendo l'esclusione delle altre imprese partecipanti.

Tale richiesta, tuttavia, è stata respinta dal Comune di Circello sulla scorta dell'osservazione che le altre due concorrenti erano comunque in possesso dei requisiti di partecipazione, in quanto *“possiedono i requisiti previsti dal D.M. n. 37/2008 – ex Lege 46/90”*.

La società istante ha contestato l'orientamento interpretativo assunto dall'Amministrazione comunale osservando, in particolare, che il possesso dei requisiti ex D.M. n. 37/2008 deve essere attestato specificamente, perché la nuova normativa presenta difformità rispetto alla previgente legge n. 46/1990 (con particolare riguardo ai requisiti tecnico professionali più stringenti dei soggetti che necessariamente devono essere presenti all'interno dell'impresa e per i differenti requisiti dei responsabili tecnici) e rilevando, altresì, che il riconoscimento dell'abilitazione ai sensi del D.M. n. 37/2008, per le imprese già abilitate ai sensi della previgente legge n. 46/1990, non è automatico, ma oggetto di specifica verifica ed approvazione da parte delle competenti autorità (C.C.I.A.A.).

Alla luce di quanto sopra, l'istante I.L.V.C. s.r.l. ha chiesto di conoscere se la stazione appaltante debba escludere le altre imprese partecipanti dalla procedura di gara di cui trattasi, per mancanza del possesso dell'abilitazione ex D.M. n. 37/2008 o, comunque, per inottemperanza alla previsione del bando di gara sopra richiamata.

A riscontro della richiesta di informazioni formulata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, il Comune di Circello ha rappresentato – di contro– che non sono stati ritenuti sussistenti i motivi di esclusione invocati dall'istante, tenuto conto delle istruzioni diramate dalla Camera di Commercio Industria Artigianato Agricoltura di Benevento, in materia di abilitazioni all'installazione, ampliamento e trasformazione di impianti.

In particolare, nella circolare in questione, prodotta dalla stazione appaltante, è stato comunicato che: *“E' lasciata alla Camera la facoltà di referenziare i requisiti di idoneità della posizione con riferimento ancora alla normativa preesistente (l. 46/90) oppure alla nuova (D.M 37/08). Inoltre, in*

considerazione della non esatta corrispondenza di significato tra le voci delle normative, in attesa del perfezionamento della nuova disciplina, è stato stabilito di non eseguire una "traslazione automatica" delle abilitazioni preesistenti...per cui le imprese abilitate all'esercizio delle attività d'impiantista, secondo la classificazione definita dalla precedente normativa (legge n. 46/1990), se non espressamente modificate dalla Camera, continueranno a mantenere tale riferimento normativo.

Tale criterio interpretativo sarebbe supportato – sempre ad avviso della Camera di Commercio Industria Artigianato Agricoltura di Benevento – *“dall'indicazione normativa che prevede un unico responsabile tecnico per l'impresa abilitata ad esercitare l'attività definita, rispetto invece alla ipotetica possibilità di doverne prevedere uno per la L. 46/90 ed uno per il D.M. 37/08”.*

Ritenuto in diritto

Al fine di definire la questione controversa sottoposta a questa Autorità con l'istanza di parere in oggetto, appare opportuno, preliminarmente, procedere ad una disamina del quadro normativo di riferimento.

Al riguardo, occorre rilevare che il Decreto ministeriale n. 37/2008 ha innovato alla precedente disciplina in materia di sicurezza degli impianti; nondimeno, non è stata prevista la completa abrogazione della disciplina previgente. Tale circostanza determina un duplice ordine di effetti: da un lato, non è possibile “traslare” automaticamente le abilitazioni riconosciute ai sensi della legge n. 46/1990 in quelle concesse ai sensi del D.M. n. 37/2008; dall'altro, non è possibile ritenere che le precedenti abilitazioni siano divenute totalmente prive di efficacia.

La prospettata ricostruzione del quadro normativo vigente è confermata dalla stessa Camera di Commercio di Benevento, la quale ha espressamente dichiarato che le abilitazioni riconosciute ai sensi della legge n. 46/1990 mantengono la propria validità, sebbene con riguardo ad un ambito di attività imprenditoriale parzialmente diverso rispetto a quello indicato dal D.M. n. 37/2008.

Pertanto, la Camera medesima ha negato che la contemporanea sussistenza di entrambe le abilitazioni, presso una determinata impresa, possa richiedere la compresenza di due diversi Responsabili tecnici.

In conclusione, non sembra si possa fondatamente sostenere che l'entrata in vigore del D.M. n. 37/2008 abbia determinato l'automatica caducazione delle abilitazioni riconosciute ai sensi della precedente normativa.

Nel caso di specie, la predetta conclusione assume particolare rilievo. Infatti, la stazione appaltante non ha inequivocabilmente formulato una richiesta di possesso della sola abilitazione ai sensi del D.M. n. 37/2008.

Solo in tal caso, invero, risulterebbe necessario affrontare il tema dei rapporti tra norme successive nel tempo che presentano un ambito di applicazione non del tutto coincidente.

Ma ciò non è accaduto nel caso in esame, atteso che, se l'Amministrazione comunale avesse voluto limitare la partecipazione solo alle imprese in possesso dell'abilitazione ai sensi del D.M. n.

37/2008, avrebbe dovuto formulare una chiara ed esplicita prescrizione in tal senso.

Invece, il bando di gara, a pag. 7, punto 3, lett. a), testualmente recita: *“inoltre alla domanda dovranno essere allegati, a pena di esclusione, i seguenti documenti in originale o copia conforme: a) Certificato C.C.I.A.A per il ramo di attività: gestione servizio impianti elettrici e distribuzione energia elettrica per lampade votive, con possesso delle abilitazioni di cui al D.M. n. 37/2008 (ex lege n. 46/90 e ss.mm.ii.)”.*

La locuzione che riporta il dato normativo, indubbiamente, non è formulata con tecnica irreprensibile; in particolare, non è chiaro se il riferimento alla precedente disciplina – tra parentesi e preceduta dalla indicazione “*ex lege*” – assumesse il carattere di una informazione meramente cronologica sulla disciplina di settore, ovvero, se volesse stabilire una fungibilità delle due tipologie di abilitazioni.

Resta, però, il fatto che tale indicazione normativa esiste e che non è possibile prescindere, per cui

la soluzione della questione deve essere informata al canone della cd. interpretazione oggettiva, secondo la quale tra “*interno volere*” e “*dichiarazione esteriore*” deve prevalere quest’ultima. In tal senso, preliminarmente, occorre rilevare che l’attività contrattuale della P.A., sebbene disciplinata dalle norme dell’evidenza pubblica – per quanto attiene al sistema di scelta del contraente – deve svolgersi comunque in un contesto in cui sia garantito l’affidamento dei terzi. Pertanto, ciò che importa non è la mera (ipotetica) intenzione della P.A. di fornire indicazioni sulla successione cronologica delle fonti normative applicabili alla gara, bensì la formale indicazione della tipologia di abilitazione richiesta a pena di esclusione.

A fronte della sopra indicata prescrizione del bando, non potrebbe assumere rilevanza neanche la possibile, ma inespressa, volontà della stazione appaltante di voler restringere la platea dei soggetti ammessi a partecipare alla gara solo a quelli in possesso dell’abilitazione ex D.M. n. 37/2008.

Infatti, ciò che conta è la dichiarazione che è cristallizzata nel bando di gara.

Nel caso di specie, non v’è dubbio che le imprese in possesso dell’abilitazione ex lege n. 46/1990 – stante l’espresso riferimento normativo contenuto nel bando – abbiano ritenuto, in perfetta buona fede, di poter partecipare alla gara.

Peraltro, per completezza espositiva, in aggiunta alla soluzione appena prospettata – fondata sulla rilevanza esterna delle prescrizioni contenute nel bando – si deve anche considerare che, secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale, il possesso di tale abilitazione non costituisce requisito di partecipazione alle gare.

Al riguardo, infatti, il giudice amministrativo ha affermato che “*l’abilitazione di cui alla legge 46/1990, in quanto non annoverata nella tassativa elencazione dei requisiti di qualificazione d’ordine generale e d’ordine speciale previsti rispettivamente dagli artt. 17 e 18 del D.P.R.*

34/2000, viene in rilievo solo ai fini dell’esecuzione dell’appalto, ma non costituisce requisito di partecipazione alle gare, onde è in linea generale irrilevante ai fini dell’esclusione dalle stesse (T.A.R. Sicilia, Palermo, III, 4 settembre 2008; id., 19 ottobre 2005, n. 3394; cfr. anche Cons. St., VI, 19 agosto 2003, n. 4671).

Ne consegue che – in astratto – la mancanza della abilitazione ex D.M. n. 37/2008, comunque, non potrebbe determinare l’esclusione dalla gara, in quanto essa assumerebbe rilievo non nella fase dell’ammissione alla gara, bensì in quella dell’esecuzione dell’appalto.

In base a quanto sopra considerato

il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che sia legittimo il provvedimento di ammissione alla gara di imprese in possesso dell’abilitazione ex lege n. 46/1990, laddove il bando di gara contenga una prescrizione che riporta, in modo esplicito, il riferimento sia alla fonte normativa di cui al D.M. n. 37/2008, sia a quella di cui alla legge n. 46/1990.

Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Sergio Santoro

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 25 gennaio 2011

Il Segretario: Maria Esposito