



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 3293 del 2013, proposto da:

Castiello Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Mario Sanino, con domicilio eletto presso Sanino Studio Legale in Roma, viale Parioli, 180;

contro

School Bus Service S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Aniello Mele, Raimondo Nocerino e Alessandro Barbieri, con domicilio eletto presso Consiglio di Stato-Segreteria in Roma, p.zza Capo di Ferro 13;

nei confronti di

Comune di Afragola, rappresentato e difeso dall'avv. Antonio Messina, con domicilio eletto presso Gennaro Terracciano in Roma, largo Arenula, 34; Angelino S.r.l.;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. Campania - Napoli: Sezione II n. 01155/2013

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di School Bus Service S.r.l. e di Comune di Afragola;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 dicembre 2013 il Cons. Antonio Bianchi e uditi per le parti gli avvocati Mario Sanino, Gianpaolo Ruggiero su delega dell'avv. Aniello Mele e Antonio Messina;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con determinazione dirigenziale n. 985/ 2012, il Comune di Afragola indiceva una procedura aperta di gara per l'affidamento del servizio integrativo di trasporto pubblico locale finalizzato alla creazione di una rete di collegamento mediante trasporto su gomma (autobus) tra le varie zone della città ed i principali punti di interesse collettivo e con la stazione ferroviaria di Afragola/Casoria, per la durata di anni sei.

All'esito della gara, con determinazione dirigenziale n. 1603/ 2012, l'appalto veniva aggiudicato in via definitiva alla Castiello s.r.l., che precedeva la Angelino s.r.l.e la School Bus Service s.r.l., classificatesi rispettivamente al

secondo ed al terzo posto.

Ritenendo illegittimo l'anzidetto provvedimento di aggiudicazione, la School Bus adiva il Tar Campania-Napoli per ottenere il suo annullamento.

Con sentenza n. 1155/2013, il Tribunale adito accoglieva il ricorso *“in relazione alla decisiva fondatezza dei motivi....concernenti i contratti di avvalimento conclusi dalle due ditte che hanno preceduto nella graduatoria finale “la ricorrente.*

Avverso detta sentenza la Castiello ha quindi interposto l'odierno gravame, chiedendone l'integrale riforma.

Si è costituita in giudizio la School Bus, chiedendo la reiezione del gravame siccome infondato.

Si è altresì costituito in giudizio il Comune di Afragola, chiedendo viceversa l'accoglimento dell'appello.

Con successive memorie le parti hanno insistito nelle rispettive tesi giuridiche.

Alla pubblica udienza del 13 dicembre 2013 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Con il primo mezzo di censura l'appellante deduce l'erroneità della gravata sentenza, laddove *“ha ritenuto il contratto di avvalimento, con il quale la società Turismo Fratarcangeli Cocco si era impegnata a prestare..... i requisiti ivi indicati, inidoneo a dar conto dell'effettiva disponibilità, in capo all'ausiliata, dei requisiti oggetto d'avvalimento”* e tanto *“con riferimento al requisito di qualità UNI EN ISO 9001: 2008 per il quale.... ha ritenuto che le indicazioni a tal fine contenute nel contratto..... fossero insufficienti a dar conto dell'effettiva disponibilità in capo all'ausiliata delle requisito stesso”*.

Assume, al riguardo, che contrariamente a quanto sostenuto dal Tar, le parti, con il contratto di avvalimento, avrebbero *“indicato espressamente i requisiti che l'ausiliaria avrebbe concretamente posto a disposizione..... nonché la durata di tale disponibilità”*.

Aggiunge, poi, che con *“il progetto tecnico redatto congiuntamente con la ditta ausiliaria”*, avrebbe indicato alla P. A. *“le risorse tecniche e organizzative sottese all'attribuzione del requisito di qualità oggetto di avvalimento effettivamente e concretamente poste a disposizione dell'ausiliata”*, dovendosi pertanto *“ritenere adeguatamente determinato l'oggetto del contratto di avvalimento”*.

Deduce, pertanto, che la decisione di prime cure si sarebbe *“soffermata soltanto sul dato formale senza tuttavia verificare in concreto se l'ausiliaria avesse o meno effettivamente messo a disposizione..... le risorse e l'apparato organizzativo idonee a giustificare l'attribuzione del requisito di qualità”*.

Rileva, infine, come in ogni caso, ai sensi dell'articolo 46 comma 1-bis del Codice dei contratti, *“ove l'Amministrazione avesse ritenuto che il contratto di avvalimento..... non avesse soddisfatto in pieno il dettato previsto dalla disposizione normativa..... non avrebbe comunque dovuto escludere l'appellante..... bensì al più procedere a consentire, a fronte di un contratto comunque valido..... la regolarizzazione e l'integrazione degli atti depositati”*.

2. La censura non può essere condivisa.

3. Ed invero, come la giurisprudenza anche della Sezione ha già avuto modo più volte di precisare, l'articolo 49 del d. lgs. 163/ 2006, in materia di avvalimento nelle gare di appalto, contempla un procedimento negoziale complesso composto dagli atti unilaterali del concorrente (lettera a) e dell'impresa ausiliaria (lettera d), indirizzati alla stazione appaltante, nonché da un contratto tipico di avvalimento (lettera f) stipulato tra il concorrente e l'impresa ausiliaria. Le parti (ausiliata e ausiliaria) devono impegnarsi a mettere a disposizione non il solo requisito soggettivo *«quale mero valore astratto»*, ma è necessario altresì che risulti chiaramente che l'ausiliaria presti le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità (a seconda dei casi: mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti).

Si è inoltre affermato, con riferimento al contratto di avvalimento, che l'esigenza di una puntuale individuazione del suo oggetto, «*oltre ad avere un sicuro ancoraggio sul terreno civilistico, nella generale previsione codicistica che configura quale causa di nullità di ogni contratto l'indeterminatezza (ed indeterminabilità) del relativo oggetto, trova la propria essenziale giustificazione funzionale, inscindibilmente connessa alle procedure contrattuali del settore pubblico, nella necessità di non permettere - fin troppo - agevoli aggiramenti del sistema dei requisiti di ingresso alle gare pubbliche (requisiti pur solennemente prescritti e, di solito, attentamente verificati nei confronti dei concorrenti che se ne dichiarino titolari in proprio)*».

In questa prospettiva, «*la pratica della mera riproduzione, nel testo dei contratti di avvalimento, della formula legislativa della messa a disposizione delle "risorse necessarie di cui è carente il concorrente" (o espressioni similari) si appalesa, oltre che tautologica (e, come tale, indeterminata per definizione), inidonea a permettere qualsivoglia sindacato, da parte della Stazione appaltante, sull'effettività della messa a disposizione dei requisiti*» (Cons. Stato Sez. VI, 13 giugno 2013, n. 3310 ; Sez. V, 10 gennaio 2013 n. 90 ; 6 agosto 2012, n. 4510; Sez. III, 18 aprile 2011, n. 2344).

L'art. 88, primo comma, lettera a), del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207 (Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163) ha recepito poi, a livello normativo, questi principi stabilendo che il contratto di avvalimento deve riportare «*in modo compiuto, esplicito ed esauriente [(...)] le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico*».

L'esigenza di determinazione dell'oggetto del contratto di avvalimento esiste anche con riferimento alla dichiarazione unilaterale in quanto «*nell'istituto dell'avvalimento l'impresa ausiliaria non è semplicemente un soggetto terzo rispetto alla gara, dovendosi essa impegnare non soltanto verso l'impresa concorrente ausiliata ma anche verso la stazione appaltante a mettere a disposizione del concorrente le risorse di cui questi sia carente, sicché l'ausiliario è tenuto a riprodurre il contenuto del contratto di avvalimento in una dichiarazione resa nei confronti della stazione appaltante*» (Cons. Stato, VI, 13 maggio 2010, n. 2956).

Ciò in quanto occorre soddisfare «*esigenze di certezza dell'amministrazione*», essendo la dichiarazione dell'impresa ausiliaria «*volta a soddisfare l'interesse della stazione appaltante ad evitare, dopo l'aggiudicazione, l'insorgere di contestazioni sugli obblighi dell'ausiliario*» (Cons. Stato, VI, n. 2956 del 2010, cit.).

Ciò posto in linea di principio, osserva il Collegio come nella specie con il contratto di avvalimento la società ausiliaria Turismo Fratarcangeli Cocco si è impegnata verso la Castiello a mettere a sua disposizione, ai fini della partecipazione alla gara, «*tutte le risorse, nessuna esclusa, per consentire l'esecuzione del lavoro, in particolare, parte dei requisiti, ovvero [...] di essere in possesso del certificato UNI EN ISO 9001:2008 per i settori di attività*»; analogamente, la Turismo Fratarcangeli Cocco ha dichiarato al Comune di «*obbligarsi nei confronti della concorrente e della Stazione Appaltante, a fornire i propri requisiti di ordine speciale dei quali è carente il concorrente e mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto, rendendosi inoltre responsabile in solido con il concorrente nei confronti della Stazione Appaltante, in relazione alle prestazioni oggetto dell'appalto*».

Tali dichiarazioni non rispondono, alla luce di quanto sopra esposto, ai requisiti prescritti dalla legge che disciplina l'istituto, siccome del tutto generiche ed astratte.

Del tutto correttamente, pertanto, il primo giudice ha osservato che nella specie «*il contratto è, in buona sostanza, una mera ripetizione del testo dell'art. 49, co. 2, d.lgs. n. 163/2006*», precisando che la giurisprudenza ha chiarito che «*l'avvalimento, così come configurato dalla legge, deve essere reale e non formale, nel senso che non può considerarsi sufficiente "prestare" la certificazione posseduta.... assumendo impegni assolutamente generici, giacché in questo modo verrebbe meno la stessa essenza dell'istituto, finalizzato non già ad arricchire la capacità*

tecnica ed economica del concorrente, bensì a consentire a soggetti che ne siano sprovvisti di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti..., garantendo l'affidabilità dei lavori, dei servizi o delle forniture appaltati” e concludendo ,quindi ,che “poiché niente di ciò emerge dal contratto e dalla dichiarazione prodotta in sede di gara, la censura proposta con il quarto motivo di ricorso è fondata e la Castiello S.r.l. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.”

Né la rilevata genericità degli impegni assunti con il contratto di avvalimento in questione può essere validamente superata dall'invocato *progetto tecnico*, mediante il quale sarebbe stato fornito *“alla S.A. l'indicazione specifica delle procedure nonché del personale qualificato effettivamente forniti dall'ausiliaria”*.

Per un verso, infatti, il rilievo sostanzia una *“deduzione nuova..... sia sotto il profilo dell'indebito allargamento del thema decidendum, sia sotto il profilo della novità della produzione documentale”* per cui, come esattamente eccepito dalla School Bus, lo stesso è da ritenersi inammissibile.

Per altro verso, il rilievo si appalesa comunque inconducente, atteso che l'unica firmataria del progetto tecnico (e, dunque, l'unico soggetto a cui lo stesso può essere formalmente imputato) è la Castiello di talché, sempre con esattamente osservato dalla School Bus, giammai potrebbe da questo discendere l'effetto della formale e specifica messa a disposizione di risorse da parte dell'ausiliaria.

A ciò aggiungasi, che nel sistema normativo delineato dall'art. 49 del Codice dei contratti, le dichiarazioni di avvalimento ed il relativo contratto hanno natura e funzioni tipiche e, pertanto, non ammettono in linea di principio equipollenti e, tantomeno, di essere sostituiti da un mero progetto tecnico sottoscritto dalla sola impresa ausiliata.

Nella specie, infine, non può di certo trovare applicazione l'invocato art. 46, comma 1 bis, del medesimo Codice, atteso che l'omissione in cui è incorsa l'appellante integra la violazione dello specifico adempimento imposto direttamente dalla legge, ovvero dal combinato disposto degli articoli 49 del d. lgs. 163/2006 e 88 del d.p.r. 167/2010.

Contrariamente a quanto dedotto in ricorso, pertanto, l'Amministrazione era tenuta ad escludere l'impresa, e non a consentire la regolarizzazione degli atti in virtù del c.d. *soccorso istruttorio*, applicabile a carenze documentali di diversa natura.

4. Con il secondo mezzo di censura l'appellante deduce l'erroneità della gravata sentenza, laddove ha ritenuto priva di fondamento *“l'eccezione dell'amministrazione resistente, secondo cui la ditta Castiello avrebbe documentato in sede di offerta di essere direttamente munita del requisito in questione, ragion per cui essa si sarebbe avvalsa pure della società Turismo Fratarcangeli Cocco per uno spropositato eccesso di zelo”*.

Assume, infatti, di avere attestato in sede di gara *“il possesso della certificazione di qualità ISO 9001: 2008 per l'erogazione dei servizi di noleggio bus con conducente”* e che *“tale certificazione... era senza dubbio inerente le attività previste dal bando genericamente indicate con l'allocuzione trasporto pubblico locale”*.

5. La censura è priva di fondamento.

6. Ed invero, è appena il caso di rilevare come alla scelta di ricorrere all'istituto dell'avvalimento, consegua la giuridica assunzione di precisi obblighi e responsabilità nei confronti della stazione appaltante, che non possono di certo essere unilateralmente disattesi o modificati in base al semplicistico rilievo per cui gli stessi sarebbero stati assunti esclusivamente *“per uno spropositato eccesso di zelo”*.

Pertanto, a prescindere dalla circostanza che l'appellante possenga o meno in proprio il requisito in questione, del tutto correttamente il primo giudice ha osservato via assorbente come la stessa abbia *“espressamente manifestato in gara la volontà di avvalersi della società Turismo Fratarcangeli Cocco in relazione (anche) al requisito del «certificato UNI EN ISO 9001:2008 per i settori di attività, ovvero servizio di Trasporto Pubblico Urbano» (cfr.*

dichiarazione in atti)....., in piena conformità a quanto dalla stessa premesso nel contratto di avvalimento e a quanto dichiarato in sede di gara dalla ditta ausiliaria sulla carenza, in capo alla ausiliata, di detto requisito. Significativamente, d'altronde, non risulta utilizzato in giudizio un analogo argomento difensivo da parte della stessa società Castiello.”

7. Per le ragioni esposte il ricorso si appalesa infondato e, come tale, da respingere.

8. Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del doppio grado di giudizio, attesa la peculiarità delle questioni giuridiche dedotte in causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Sabato Malinconico, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere, Estensore

Nicola Gaviano, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/01/2014

IL SEGRETARIO

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