

Publicato il 01/08/2018

N. 04765/2018REG.PROV.COLL.
N. 03993/2014 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 3993 del 2014, proposto da:

Botticellibus ditta individuale di Gerardo Botticelli, in persona del titolare, rappresentata e difesa dall'avvocato Gianfranco Di Mattia, con domicilio eletto presso lo studio del dr. Marco Gardin in Roma, via L. Mantegazza, n.24;

contro

Comune di Deliceto, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Giovanni Vittorio Nardelli e Maria Teresa Tamborra, con domicilio eletto presso lo studio del dr. Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, n.2;

Carella Viaggi di Carella Grazia & C.;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. PUGLIA, Sez. II, n. 140/2014, resa tra le parti, concernente affidamento servizio trasporto scolastico.

Visto il ricorso in appello;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Deliceto;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 21 giugno 2018 il Cons. Anna Bottiglieri e uditi per le parti gli avvocati Gianfranco Di Mattia, Roberto D'Addabbo, su delega dell'avvocato Giovanni Vittorio Nardelli;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. La ditta individuale Botticellibus di Gerardo Botticelli (d'ora in avanti anche solo Botticellibus) ha impugnato innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Puglia la sua esclusione dalla procedura bandita dal Comune di Deliceto per l'affidamento per il periodo novembre 2013 - dicembre 2014 del servizio di trasporto scolastico mediante cottimo fiduciario, ai sensi dell'art. 125, comma 11, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

L'esclusione era motivata dalla riscontrata carenza nella documentazione presentata dall'impresa delle dichiarazioni relative al possesso dei requisiti di ordine generale, di cui all'art. 49, comma 2, lett. c), d) ed e) del d.lgs. 163/2006, da parte dell'impresa ausiliaria Autolinee Roberto & Dongiovanni s.r.l..

2. Con la sentenza segnata in epigrafe l'adito Tribunale ha respinto il ricorso, ritenendo legittima l'esclusione della ricorrente ai sensi dell'art. 46, comma 1-*bis*, del d.lgs. 163/2006, in quanto:

- l'obbligo dichiarativo non poteva ritenersi soddisfatto, come sostenuto dall'impresa, dal contratto di avvalimento prodotto in gara, nell'ambito del quale l'ausiliaria aveva dichiarato il possesso dei requisiti di cui sopra, trattandosi di dichiarazioni che impegnavano l'ausiliaria solo nei confronti dell'ausiliata e non della stazione appaltante, oltre ad essere prive dei richiesti requisiti di forma e di sostanza;

- l'omissione non era sanabile, come pure sostenuto dall'impresa, a mezzo di soccorso istruttorio, pena la violazione del principio della *par condicio*.

3. Di tale sentenza la Botticellibus ha chiesto la riforma, deducendone l'erroneità e l'ingiustizia.

L'appellante sostiene innanzitutto che il primo giudice, a fronte dell'inesistenza, sia nelle norme di riferimento che nel bando di gara, di uno specifico obbligo di rendere le dichiarazioni per cui è causa in un atto separato, non si sarebbe avveduto dell'inconfigurabilità dell'omissione sanzionata con l'esclusione, stante la validità delle dichiarazioni rese nel contratto di avvalimento sottoscritto da entrambe le imprese e prodotto in sede di gara; le lacune riscontrate, a tutto concedere, costituirebbero delle mere insufficienze formali, irregolarità sanabile a mezzo del soccorso istruttorio.

La sentenza impugnata, poi, secondo la tesi dell'appellante, nel fondare le proprie conclusioni sul rispetto del principio della *par condicio*, invocato dall'amministrazione resistente solo nelle difese prodotte in giudizio, avrebbe avallato una inammissibile integrazione della motivazione del provvedimento di esclusione, fondato esclusivamente sulla carenza delle dichiarazioni di cui sopra.

Per l'appellante la sentenza sarebbe erronea anche per non aver rilevato - previo apprezzamento dell'avvenuta concreta prestazione, nei termini di cui sopra, delle dichiarazioni di cui agli artt. 38 e 46 del codice appalti, che non hanno trovato alcuna contestazione sul merito - l'illegittimità del rifiuto opposto dalla stazione appaltante alla espressa richiesta dell'impresa di attivare il soccorso istruttorio, trascurando, in tal modo, i pronunciamenti dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, pure invocati nella richiesta, e della giurisprudenza, che, nel caso di carenze formali, quali quelle che vengono in rilievo nel caso di specie, configurano il ricorso al rimedio come obbligatorio.

Infine l'appellante contesta il capo della sentenza che l'ha condannato al pagamento delle spese di lite, evidenziando che la controversia sarebbe stata originata esclusivamente del comportamento inerte della stessa amministrazione che non avrebbe aderito alle sue richieste di interpellare l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici sulle numerose questioni controverse; ciò senza contare che l'amministrazione era rimasta inerte anche rispetto alla comunicazione *ex art. 243-bis* del codice appalti.

4. Costitutosi in resistenza, il Comune di Deliceto ha depositato documentazione e, con successive memorie, ha eccepito l'inammissibilità dell'appello per difetto di interesse, sia sul presupposto che l'impresa ha optato nelle proprie difese giudiziali per il risarcimento in forma specifica, non più attuabile atteso che l'Amministrazione ha aggiudicato definitivamente la gara *de qua* e ha successivamente indetto nuove gare, cui la ricorrente non ha partecipato, sia facendo constare come l'impresa non abbia impugnato il predetto provvedimento di aggiudicazione definitiva. L'Amministrazione ha poi sostenuto l'infondatezza nel merito dell'appello, concludendo per il suo rigetto.

5. L'appellante ha affidato a una successiva memoria l'ulteriore illustrazione delle proprie tesi difensive.

6. La causa è stata trattenuta in decisione alla pubblica udienza del 21 giugno 2018.

DIRITTO

1. L'infondatezza nel merito del gravame esime la Sezione dallo scrutinio delle preliminari eccezioni di inammissibilità/improcedibilità dell'appello per difetto di interesse, sollevate dall'appellato Comune di Deliceto nelle due memorie difensive depositate in atti; il che rende anche irrilevante l'eccezione di tardività di una di tali memorie a sua volta sollevata oralmente dall'appellante.

2. L'appellante sostiene con il primo mezzo che il primo giudice, a fronte dell'inesistenza, sia nelle norme di riferimento che nel bando di gara, di

uno specifico obbligo di rendere le dichiarazioni per cui è causa in un atto separato, non si sarebbe avveduta dell'inconfigurabilità dell'omissione sanzionata con l'esclusione, stante la validità delle analoghe dichiarazioni rese nel contratto di avvalimento sottoscritto da entrambe le imprese e prodotto in sede di gara; a tutto voler concedere si tratterebbe di una mera insufficienza formale e quindi di una irregolarità sanabile a mezzo del soccorso istruttorio.

La tesi non è condivisibile.

2.1. Come noto, l'istituto dell'avvalimento, di derivazione comunitaria, consente che una impresa possa comprovare alla stazione appaltante il possesso dei requisiti economici, finanziari, tecnici e organizzativi per la partecipazione a una gara, facendo riferimento alla capacità di altro soggetto, che assume contrattualmente con la stessa una responsabilità solidale, impegnandosi nei confronti della stazione appaltante.

Nel caso di specie, nella quale l'avvalimento riguardava il requisito obbligatorio di gara della materiale disponibilità, a titolo di possesso, proprietà, usufrutto o altro, di n. 2 scuolabus di n. 28 posti per alunni, più n. 1 per accompagnatore, più n. 1 per autista, immatricolati in data non antecedente al 2007, l'appellante è stata esclusa per la mancata produzione da parte della partecipante delle dichiarazioni dell'impresa ausiliaria di cui all'art. 49, comma 2, lett. c), d) ed e) del d.lgs. 163/2006, applicabile *ratione temporis*.

2.2. Ai sensi dell'art. 49, comma 2, del ridetto d.lgs. 163/2006, per poter utilmente ricorrere all'avvalimento, l'impresa partecipante ha l'obbligo di produrre una puntuale documentazione.

In particolare, il predetto art. 49, comma 2, stabilisce che il concorrente, che intenda avvalersi dell'avvalimento, alleggi, tra altro, oltre all'eventuale attestazione SOA propria e dell'impresa ausiliaria e alle sue dichiarazioni, con il contenuto previsto alle lett. a) e b): “c) una dichiarazione sottoscritta da parte dell'impresa ausiliaria attestante il possesso da parte di

quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 38, nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento; d) una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente; e) una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui questa attesta che non partecipa alla gara in proprio o associata o consorziata ai sensi dell'articolo 34”.

Lo stesso comma 2 prevede poi alla lett. f) che il concorrente alleggi *“in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto”.*

2.3. Già la piana lettura di tali disposizioni fa emergere che, per il comma 2 dell'art. 49 del d.lgs. 163/2006, una cosa è la produzione delle tre autonome dichiarazioni da rendersi da parte dell'impresa ausiliaria, altra cosa è la produzione del contratto di avvalimento.

La distinzione trova ragion d'essere sotto i plurimi profili evidenziati dalla giurisprudenza, che ha costantemente rilevato come le dichiarazioni dell'impresa ausiliaria e il contratto di avvalimento siano atti diversi, per natura, contenuto, finalità, costituendo la dichiarazione un atto di assunzione unilaterale di obbligazioni precipuamente nei confronti della stazione appaltante, il contratto di avvalimento l'atto bilaterale di costituzione di un rapporto giuridico patrimoniale, stipulato tra l'impresa partecipante alla gara e l'impresa ausiliaria, contemplante le reciproche obbligazioni delle parti e le prestazioni da esse discendenti (Cons. Stato, IV, n. 4406 del 2012; 26 luglio 2017, n. 3682).

In altre parole, secondo il ricordato indirizzo giurisprudenziale, le dichiarazioni dell'impresa ausiliaria di cui trattasi e il contratto di avvalimento non sono sovrapponibili, ciò anche laddove, come rilevato

dall'Adunanza plenaria con la sentenza n. 23 del 2016 in relazione alla dichiarazione di cui alla lett. d), si tratti per l'impresa ausiliaria di presentare un'apposita dichiarazione d'obbligo circa la messa a disposizione dei requisiti e delle risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto, nonostante il suo contenuto risulti in parte riproduttivo di quello proprio del contratto stesso di avvalimento: il particolare rigore delle predette coordinate ermeneutiche trova infatti rispondenza, per l'Adunanza Plenaria, in un necessario atteggiamento di cautela, volto a temperare il rischio di un uso distorto dell'istituto.

Con la conseguenza che è necessario che risulti chiaramente, sia dal contratto di avvalimento che dalla dichiarazione unilaterale dell'impresa ausiliaria indirizzata alla stazione appaltante, che l'impresa ausiliaria medesima presti le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità (C. Stato, IV, 2 dicembre 2016, n. 5052).

Da cui l'approdo che (anche) la dichiarazione di cui alla lettera d), comma 2, dell'art. 49 del d.lgs. 163/2006 ha una propria autonomia rispetto al contratto di avvalimento, perché istaura un rapporto diretto tra stazione appaltante e impresa ausiliaria e giustifica la responsabilità solidale di quest'ultima (con l'aggiudicataria) verso la stazione appaltante, come indicato al successivo comma 4 dell'articolo 49 (Cons. Stato, V, 14 aprile 2016, n. 1504).

2.4. Le osservazioni svolte in ordine alla necessità da parte dell'ausiliaria di rendere l'autonoma dichiarazione di cui alla lett. d) del d.lgs. 163/2006, e alla impossibilità di considerare il contenuto della dichiarazione in parola assorbito dal regolamento contenuto nel contratto di avvalimento, non possono evidentemente mutare quanto alle altre dichiarazioni dell'ausiliaria di cui nella fattispecie si è rilevata la carenza, ovvero quelle relative alle lettere c) ed e), in ordine al possesso da parte della medesima dei requisiti generali di cui all'articolo 38 del d.lgs.

163/2006, dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento, e dell'attestazione della medesima di non partecipare alla gara in proprio o come associata o consorziata ai sensi dell'articolo 34 dello stesso decreto legislativo.

Al riguardo, può solo aggiungersi che l'art. 49 del d.lgs. 163/2006, al comma 3 (ovvero subito dopo aver elencato le dichiarazioni della concorrente e dell'ausiliaria), stabilisce che la stazione appaltante, per caso di dichiarazioni mendaci, adotti non solo nei confronti del concorrente le misure di esclusione dalla gara, di escussione della garanzia, di trasmissione degli atti all'Autorità per le sanzioni di cui all'articolo 6, comma 11, ma anche le misure di cui all'art. 38, lett. h), dello stesso d.lgs.163/2006 “*nei confronti dei sottoscrittori*”.

La norma costituisce la chiusura del sistema in cui si inseriscono le dichiarazioni di cui al comma 2, informato al principio secondo cui tutti i soggetti che a qualunque titolo concorrono a pubblici appalti (in veste di affidatari, sub-affidatari, consorziati, componenti di A.T.I., ausiliari in sede di avvalimento) devono non solo essere in possesso dei requisiti previsti dal menzionato art. 38 ma anche dichiararlo, assumendosi le relative responsabilità (*ex multis*, Cons. Stato, V, 23 maggio 2011, n. 3077; 15 giugno 2010, n. 3759; Ad. Plen., 15 aprile 2010, n. 2155).

E' evidente, pertanto, anche sotto tale profilo, come l'assunzione di responsabilità prevista e regolata dalla norma nella forma della dichiarazione espressa nei confronti della stazione appaltante non possa essere surrogata da dichiarazioni rese nel contratto di avvalimento, che, esauendo la loro portata vincolante con esclusivo riferimento al concorrente, sarebbero insuscettibili di essere azionate dalla stazione appaltante nelle varie forme previste dalla normativa applicabile.

2.5. Merita ancora di essere segnalato sul punto che, vertendosi in tema di mancato adempimento di stringenti prescrizioni di legge, nulla muta considerando quanto affermato dall'appellante in ordine alla circostanza

che le dichiarazioni rese dall'ausiliaria in sede di contratto di avvalimento non hanno trovato alcuna contestazione sul merito.

L'argomentazione muove infatti dal presupposto, consistente nel ravvisare la possibilità di una sorta di osmosi tra il contenuto del contratto di avvalimento e le dichiarazioni richieste dall'art. 49, comma 2, del d.lgs. 163/2006, che, invece, va esclusa alla luce di tutto quanto sin qui riferito.

2.6. La sentenza appellata deve pertanto trovare conferma nella parte in cui, nella sinteticità propria della tipologia semplificata di forma, cui ha fatto ricorso (*ex art. 60 cod. proc. amm.*), ha rilevato che *“il contratto di avvalimento assicura la serietà dell'impegno dell'ausiliaria nei confronti dell'ausiliata, ma non è sufficiente, indipendentemente dal tenore delle indicazioni in esso contenute, a garantire allo stesso modo, nei confronti della stazione appaltante, l'affidabilità dell'impresa ausiliaria, la necessaria specificità dell'avvalimento e l'astensione dalla gara dell'ausiliaria. A tal fine sono richieste le apposite dichiarazioni di cui alle lettere c), d) ed e), per le quali sono richiesti specifici requisiti di forma e di sostanza”*.

3. Parimenti da respingere sono le censure di erroneità della sentenza gravata per aver escluso l'obbligo della stazione appaltante di far ricorso al soccorso istruttorio.

La giurisprudenza di questo Consiglio ha più volte statuito che in linea generale il soccorso istruttorio non può giungere sino al punto di consentire al concorrente di modificare la domanda di partecipazione, integrandola degli elementi mancanti, essendo netta la distinzione tra il completamento di una domanda formalmente carente su alcuni elementi o dichiarazioni *"che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara"* (ai sensi degli artt. 46, comma 1-ter, e 38, comma 2-bis, del d.lgs. n. 163 del 2006), e l'integrazione di un'offerta originariamente non rispettosa delle *"prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento"* (art. 46, comma 1-bis, d.lgs. n. 163 del 2006), in

quanto priva di un elemento essenziale, poiché proveniente da soggetto sfornito della prescritta qualificazione per l'esecuzione di lavori pubblici (Cons. Stato, III, 18 luglio 2017, n. 3541).

In tale prospettiva si è precisato che il soccorso istruttorio è ammissibile se volto a chiarire e completare dichiarazioni o documenti comunque esistenti, ma non a consentire la produzione di dichiarazioni o documenti che avrebbero dovuto essere prodotti con la domanda di partecipazione alla gara, pena altrimenti la violazione della *par condicio* dei concorrenti alla stessa (secondo il principio di diritto espresso dall'Adunanza plenaria nella sentenza del 25 febbraio 2014, n. 9; e da ultimo ribadita da Cons. Stato, V, 28 dicembre 2016, n. 5488; VI, 28 giugno 2016, n. 2851). E' stato anche chiarito che l'inosservanza degli obblighi dichiarativi previsti dalla legge comporta l'esclusione dalla gara e non può essere sanata, anche dopo l'introduzione del comma 2-*bis* del citato art. 38, mediante ricorso al soccorso istruttorio, dal momento che l'istituto non è utilizzabile per sopperire alla mancanza di dichiarazioni o documenti essenziali ai fini dell'ammissione alla gara (Cons. Stato, V, 30 ottobre 2017, n. 4975; 28 dicembre 2016, n. 5478, 15 dicembre 2016, n. 5290, 19 maggio 2016, n. 2106, 11 aprile 2016, n. 1412).

Tanto chiarito, come detto, l'appellante intendeva avvalersi dell'ausiliaria in relazione al requisito obbligatorio di gara della materiale disponibilità di mezzi per il trasporto degli alunni con le caratteristiche previste dagli atti della procedura, di talchè, una volta accertato il mancato adempimento delle prescrizioni a tal fine previste dalla legge, concretizzatosi nella presentazione di una istanza di partecipazione alla gara mancante di tutte le dichiarazioni da rendersi da parte dell'ausiliaria ai sensi dell'art. 49, comma 2, del d.lgs. 163 del 2006, la stazione appaltante non poteva rimettere l'impresa in termini, perché ciò avrebbe consentito di sanare la mancanza sul piano sostanziale di un requisito di partecipazione alla gara.

Anche per tale parte, la sentenza appellata va pertanto confermata.

4. L'appellante lamenta poi che il Tribunale, fondando il proprio convincimento sul necessario rispetto del principio della *par condicio*, invocato dall'amministrazione resistente solo nelle difese prodotte in giudizio, avrebbe avallato una inammissibile integrazione della motivazione del provvedimento di esclusione, fondato esclusivamente sulla carenza delle dichiarazioni di cui sopra.

La censura è destituita di qualsiasi fondamento.

Nel richiamare il rispetto del principio della *par condicio*, quale elemento impeditivo della possibilità della stazione appaltante di far ricorso al soccorso istruttorio per sanare la carenza della istanza di partecipazione alla gara presentata dall'odierna appellante, la sentenza gravata si è infatti limitata a evocare, come già del resto riferito nelle statuizioni invocate al punto che precede, un portato della consolidata giurisprudenza, anche della Sezione (espresso, tra tante, anche in Cons. Stato V, 28 dicembre 2016, n. 5488), secondo cui, nei procedimenti ad evidenza pubblica finalizzati all'affidamento di un appalto, il soccorso istruttorio non può essere utilizzato per sopperire a dichiarazioni, riguardanti elementi essenziali ai fini della partecipazione, radicalmente mancanti, pena la violazione della *par condicio* fra concorrenti, ma soltanto per chiarire o completare dichiarazioni o documenti già comunque acquisiti agli atti di gara. Non può essere consentito, infatti, di ovviare all'omessa produzione di documentazione essenziale ai fini dell'ammissione (quali le dichiarazioni concernenti il possesso dei requisiti generali) mediante il ricorso al soccorso istruttorio, in quanto questo rimedio non può essere utilizzato per sanare la mancanza di dichiarazioni o documentazione da allegare, a pena di esclusione, alla domanda di partecipazione.

5. Infine, anche l'ultimo mezzo di gravame, con il quale l'appellante deduce l'erroneità della statuizione sulle spese di giudizio, non è suscettibile di positiva valutazione.

Non si ravvisano, infatti, ragioni per discostarsi dal costante orientamento giurisdizionale secondo cui la decisione del giudice di merito, in materia di spese processuali, è censurabile in sede di legittimità, sotto il profilo della violazione di legge, soltanto quando le stesse siano state poste, totalmente o parzialmente, a carico della parte totalmente vittoriosa (tra tante, Cons. Stato, III, 29 gennaio 2018, n. 608; IV, 17 ottobre 2017, n. 4795; 23 giugno 2017, n. 3068), fattispecie che non ricorre nel caso di specie.

Più specificamente, poi, la circostanza, invocata *ex adverso*, di aver intrapreso una serie di iniziative, nei confronti delle quali l'Amministrazione è rimasta inerte, nel tentativo di scongiurare il contenzioso, poi comunque proposto, e risolto nei termini di cui sopra, ovvero con il riferimento a più che consolidata giurisprudenza, non costituisce un elemento che depone nel senso del carattere ingiustificato o abnorme della condanna, che si è limitata ad applicare il principio, richiamato anche dall'art. 26 del codice del processo amministrativo, secondo cui le spese di lite seguono di norma la soccombenza.

6. Alle rassegnate conclusioni consegue il rigetto dell'appello.

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

P.Q.M.

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

Condanna l'appellante alla refusione in favore dell'appellata delle spese di lite, che liquida nell'importo complessivo pari a € 4.000,00 (euro quattromila/00) oltre oneri di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 21 giugno 2018 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Anna Bottiglieri

IL PRESIDENTE

Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO