

N. 04895/2012REG.PROV.COLL.  
N. 09773/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 9773 del 2011,  
proposto da:

EUROTOURS S.N.C. di Orlandi Giancarlo & C., anche quale capogruppo  
dell'A.T.I. con Gazzani di Gazzani Fabio s.n.c. e Seat s.r.l., in persona del  
legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Alessandro  
Distante, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria,  
n. 2;

*contro*

PAOLO SCOPPIO E FIGLIO AUTOLINEE S.R.L., in persona del legale  
rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Vito Aurelio  
Pappalepore e Andrea Manzi, con domicilio eletto presso avv. Andrea  
Manzi in Roma, via Confalonieri, n. 5;

COMUNE DI VILLAFRANCA DI VERONA e COMUNE DI  
MOZZECANE, in persona dei rispettivi sindaci in carica, non costituiti in  
giudizio;

*per la riforma*

della sentenza breve del T.A.R. VENETO - VENEZIA: Sez. I, n. 1575 del 24 ottobre 2011, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO TRASPORTO SCOLASTICO;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Paolo Scoppio e Figlio Autolinee Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 maggio 2012 il Cons. Carlo Saltelli e uditi per le parti gli avvocati Pietro Quinto su delega dell'avvocato Alessandro Distante, Andrea Manzi e Vito Aurelio Pappalepore;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

#### FATTO

1. Con apposito bando, pubblicato sulla GUCE il 28 aprile 2011, sulla GURI il 16 maggio 2011 e sul BU della Regione Veneto il 27 maggio 2011, il Comune di Villafranca di Verona ha indetto una gara a procedura aperta per l'affidamento per cinque anni scolastici (2011/12 – 2015/16) del servizio “Trasporto alunni delle Scuole d’Infanzia, Primarie e Secondarie di I° grado statali – Comune di Villafranca di Verona (VR) (lotti I, II, III) – Comune di Mozzecane (VR) (Lotto IV)”, per un importo complessivo a base d’asta di €. 1.912.739,00, I.V.A. esclusa [Lotto I: €. 444.938,00; Lotto II: €. 644.1228,00; Lotto III: €. 430.477,00; Lotto IV: €. 393.202,00], da aggiudicarsi col criterio del prezzo più basso, inferiore a quello posto a base di gara, ai sensi dell’art. 82 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, prevedendo, tra l’altro, che le ditte avrebbero potuto partecipare per uno o più lotti, secondo le modalità previste dagli artt. 10 e 11 del capitolato speciale di appalto.

All’esito della gara, giusta determina dirigenziale n. 413 del 25 luglio 2011,

il servizio, quanto ai lotti I, II e III, è stato aggiudicato definitivamente all'A.T.I. composta da Eurotours s.n.c. di Orlandi Giancarlo & C., Gazzani s.n.c. di Gazzani Fabio & C. e S.E.A.T. s.r.l. (d'ora in avanti solo ATI Eurotours o aggiudicataria).

2. La società "Paolo Scoppio e Figlio Autolinee s.r.l.", seconda classificata quanto ai lotti I e III e terza classificata quanto al lotto II, ha chiesto al Tribunale amministrativo regionale per il Veneto l'annullamento della predetta aggiudicazione e delle note (prot. n. 22389 del 5 agosto 2011 e n. 24007 del 26 agosto 2011), recanti il diniego di annullamento in autotutela ai sensi dell'art. 243 bis del D. Lgs. n. 163 del 2006, lamentando l'illegittima ammissione della gara dell'A.T.I. aggiudicataria per "Violazione *lex specialis*. Violazione art. 37, co. 4 e 13, d. lgs. n. 163/2006. Eccesso di potere per erronea presupposizione, illogicità, travisamento, contraddittorietà, carente ed erronea istruttoria. Sviamento", per la omessa indicazione delle quote di partecipazione al raggruppamento e delle parti del servizio che ciascuna impresa dell'A.T.I. aggiudicataria avrebbe svolto, e "Violazione ed erronea applicazione artt. 230 bis e 2291 e ss. c.c.. Eccesso di potere per erronea presupposizione, carente istruttoria, contraddittorietà, illogicità. Sviamento", in quanto l'elevato ribasso offerto dall'aggiudicataria rendeva incongrua l'offerta presentata.

La ricorrente ha anche avanzato domanda di risarcimento del danno.

L'A.T.I. Eurotours, oltre a chiedere il rigetto del ricorso, ha spiegato anche ricorso incidentale, lamentando, a sua volta, l'illegittima ammissione alla gara della società ricorrente alla stregua di quattro motivi di censura, rubricati rispettivamente "Violazione del bando di gara. Violazione dell'art. 38 del D. Lgs. 163/2006", per l'omessa dichiarazione di cui all'art. 38 da parte di due soci; "Violazione della *lex specialis*", per l'omessa specificazione, espressamente richiesta dal bando di gara, del C.C.N.L. applicato; "Violazione dell'art. 81 R.D. n. 827 del 1924", in quanto la

domanda di partecipazione alla gara era stata sottoscritta dal procuratore generale della società ricorrente; “Violazione del bando di gara”, per la inidoneità dell’attestazione del Banco di Napoli prodotta ai fini della prova della solvibilità dell’impresa in relazione all’importo complessivo dell’appalto.

3. L’adito tribunale, nella resistenza anche del Comune di Villafranca di Verona, con la sentenza ex art. 60 c.p.a. n. 1575 del 24 ottobre 2011, ha ritenuto infondate le censure formulate col ricorso incidentale ed ha accolto quello principale, sussistendo, a suo avviso, la dedotta violazione dell’art. 37 del D. Lgs. n. 163 del 2006, sia per la omessa indicazione delle quote di partecipazione di ciascuna impresa all’A.T.I. aggiudicataria e delle parti del servizio che ciascuna impresa avrebbe svolto, sia per aver reso al riguardo una dichiarazione difforme da quella prevista, a pena di esclusione, dalla *lex specialis*.

4. L’A.T.I. Eurotours ha chiesto la riforma di tale sentenza, sostenendo: a) innanzitutto l’erroneo rigetto del primo motivo del ricorso incidentale relativo alla omessa dichiarazione da parte della Scoppio s.r.l. della dichiarazione di cui alle lettere b) e c) dell’art. 38, comma 1, del D. Lgs. n. 163 del 2006, come modificato ed integrato già dal d.l. 13 maggio 2011, n. 70 e non dalla legge di conversione 12 luglio 2011, n. 106, con conseguente illegittima ammissione alla gara della stessa ed improcedibilità per carenza di interesse del ricorso principale; b) in via subordinata l’erroneo accoglimento del ricorso principale, non sussistendo né il vizio concernente la erronea dichiarazione di impegno, in caso di aggiudicazione, a produrre regolare atto notarile per il conferimento del mandato a Eurotours s.n.c. (il richiamo al D. Lgs. 24 luglio 1992, n. 358, invece che all’art. 37 del D.Lgs. n. 163 del 2006, costituendo un mero errore materiale, riconoscibile ed ininfluenza ai fini della partecipazione alla gara), né quello relativo alla mancata specificazione delle parti del servizio, non essendo stata tale

indicazione espressamente sanzionata dal bando di gara con l'esclusione, ciò senza contare che l'amministrazione appaltante avrebbe dovuto applicare il principio del c.d. soccorso istruttorio, consentendo l'integrazione della dichiarazione.

La Paolo Scoppio e Figlio Autolinee s.r.l. ha dedotto l'inammissibilità del gravame, contestando puntualmente tutte le singole avverse censure, eccependo anche l'irricevibilità del gravame, siccome spedito per la notifica il 18 novembre 2011 e depositato il 9 dicembre 2011, ben oltre il termine dimezzato di quindici giorni.

5. Le parti hanno ulteriormente illustrato le proprie tesi difensive, replicando alle avverse memorie.

All'udienza pubblica del 4 maggio 2012, dopo la rituale discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

#### DIRITTO

6. L'eccezione di irricevibilità del gravame, sollevata dalla società appellata, per essere stato depositato il 9 dicembre 2011, ben oltre il termine dimezzato di quindici giorni dalla sua notifica, è priva di fondamento.

Secondo quanto disposto dall'art. 95 c.p.a. il termine decadenziale per il deposito dell'atto di appello decorre dal giorno in cui si è perfezionata l'ultima notifica ai sensi dell'art. 45 c.p.a.: senonché nel caso di specie, come dedotto dall'appellante (senza che sul punto la società appellata abbia contro dedotto alcunché), la notifica dell'atto di appello si è perfezionata tra il 24 ed il 25 novembre 2011, così che il deposito dello stesso, pacificamente effettuato il 9 dicembre 2011, è sicuramente tempestivo.

E' appena il caso di rilevare che il predetto termine per il deposito non poteva decorrere, come sostenuto dall'appellata, dal 18 novembre 2011, giorno in cui, come si evince dalla documentazione in atti, l'atto di appello è stato solo consegnato all'Ufficiale giudiziario per la notifica.

7. Passando all'esame del merito dell'appello la Sezione osserva quanto

segue.

7.1. Con il primo motivo di gravame l'A.T.I. Eurotours ha riproposto il primo motivo del ricorso incidentale, con cui era stata lamentata l'illegittimità dell'ammissione alla gara della Paolo Scoppio e Figlio Autolinee s.r.l. per l'omessa produzione della dichiarazione di cui alle lettere b) e c) dell'art. 38, comma 1, del D. Lgs. n. 163 del 2006, come modificato ed integrato dal D.l. n. 70 del 2011, quanto al socio di maggioranza (trattandosi di una società con meno di quattro soci, diversa dalla società in nome collettivo ed in accomandata).

Secondo l'appellante non poteva dubitarsi della sussistenza dell'obbligo di produrre tale dichiarazione, atteso che il bando di gara era stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale e sul Bollettino Ufficiale della Regione Veneto rispettivamente il 16 ed il 27 maggio 2011, successivamente cioè all'entrata in vigore dell'art. 4, comma 2, del D.L. n. 70 del 2011 che aveva introdotto la relativa previsione: pertanto del tutto erroneamente i primi giudici avevano ritenuto non applicabile al caso di specie la nuova normativa per essere stata introdotta soltanto dalla legge di conversione n. 106 del 12 luglio 2011.

La società appellata, per contro, oltre a negare decisamente la stessa sussistenza della eccepita omessa dichiarazione, sia per aver diligentemente utilizzato il modello predisposto dalla stessa amministrazione appaltante, sia per non essere stata in ogni caso giammai contestata la mancanza dei requisiti generali per l'aggiudicazione dell'appalto (ciò anche a seguito della positiva verifica svolta successivamente all'aggiudicazione stessa), ha comunque contestato la stessa applicabilità alla procedura di gara in esame delle sopravvenute disposizioni normative: ciò sia perché, trattandosi di gara di appalto di rilievo comunitario, doveva aversi riguardo alla data di trasmissione del bando alla Commissione per la pubblicazione sulla GUCE, nonché a quest'ultima, secondo quanto disposto dagli articoli 66 e 70 del

D. Lgs. n. 163 del 2006; sia perché la invocata disposizione dell'art. 4, comma 2, del D.L. n. 70 del 2011 poteva trovare applicazione, sulla base dell'interpretazione letterale del testo, solo agli appalti di lavori pubblici e non anche a quelli di servizi e forniture.

Il motivo non è meritevole di favorevole considerazione.

7.1.1. E' innanzitutto da escludere che le modifiche apportate all'art. 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006 per effetto dell'art. 4, comma 2, del D.L. n. 470 del 2011, convertito con modificazioni dalla legge n. 106 del 2011, riguardino soltanto gli appalti dei lavori pubblici: sebbene possano suscitare dubbi e perplessità alcune espressioni letterali utilizzate, tuttavia non può negarsi che le modifiche in questione, concernendo i requisiti generali per la partecipazione alle gare di appalto di cui all'articolo 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006 ("Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE"), si applicano a tutti gli appalti ivi disciplinati (lavori, servizi e forniture), non essendovi alcuna ragione logico – giuridico e/o sistematica che possa adeguatamente e ragionevolmente confortare la riduttiva tesi sostenuta dalla società appellata.

Occorre poi rilevare che le modifiche in questione, come sostenuto dall'A.T.I. appellante e diversamente da quanto ritenuto dai primi giudici, sono state effettivamente introdotte direttamente dall'art. 4, comma 2, del D.L. n. 70 del 2011 e non già in sede di sua conversione dalla legge n. 106 del 2011, così che esse sono entrate in vigore sin dal 13 maggio 2011; giova aggiungere, poi, che secondo quanto stabilito dal terzo comma dell'articolo 4 del D.L. n. 70 del 2011, "Le disposizioni di cui al comma 2, lettere b), d), e – bis), i – bis), i – ter), l) dd) e ll), numero 1 – bis) si applicano alle procedure i cui bandi o avvisi con i quali si indice una gara sono pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto legge...". Completezza impone di ricordare che il bando di gara dell'appalto in

questione è stato effettivamente pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana il 16 maggio 2011.

7.1.2. Da tutto ciò tuttavia non consegue la fondatezza del motivo di gravame in esame.

Se è vero infatti che la disposizione contenuta nel citato terzo comma 4 del D.L. n. 70 del 2011 (secondo cui “Le disposizioni di cui al comma 2, lettere b), d), e – bis), i – bis), i – ter), l) dd) e ll), numero 1 – bis) si applicano alle procedure i cui bandi o avvisi con i quali si indice una gara sono pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto legge...”) deve essere correttamente interpretata ed applicata in coerenza a quanto stabilito dall’articolo 66, comma 8, del D. Lgs. n. 163 del 2006, a tenore del quale “Gli effetti giuridici che l’ordinamento connette alla pubblicità in ambito nazionale decorrono dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana”, così che non può dubitarsi che la procedura di appalto in questione è da ritenersi assoggettata anche *ratione temporis* alle nuove disposizioni introdotte dal più volte citato decreto legge (non potendo darsi alcun decisivo rilievo al testo del bando spedito alla Commissione per la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee, come sostenuto strenuamente dalla società appellata), non può tuttavia sottacersi che il limitatissimo lasso temporale intercorso tra l’emanazione del decreto – legge (13 maggio 2011) e la pubblicazione del bando di gara (16 maggio 2011), nonché la circostanza che esso era stato inviato dall’amministrazione appaltante alla Commissione per la relativa pubblicazione in data molto anteriore all’emanazione decreto legge (esattamente il 26 aprile 2011 e pubblicato in GUCE il successivo 28 aprile 2011) sono tutti elementi che inducono a ritenere che nel caso di specie la omessa produzione da parte dell’A.T.I. aggiudicataria delle dichiarazioni cui all’art. 38, lett. b) e c) del D. Lgs. n. 163 del 2006, come modificato dal decreto dal D.L. n. 70 del 2011, relativamente al socio di maggioranza della



società Paolo Scoppio e Figlio s.r.l., non poteva costituire causa di esclusione di quest'ultima dalla gara.

Non può seriamente dubitarsi che le modifiche relative ai requisiti generali per la partecipazione alle gare per l'aggiudicazione di appalti pubblici si sono in realtà sovrapposte al procedimento di gara già in corso (tant'è che il bando di gara era già stato inviato per la pubblicazione alla Commissione in data 26 aprile 2011 ed effettivamente pubblicato sulla G.U.C.E. il 28 aprile 2011), la società Paolo Scoppio e Figlio Autolinee s.r.l., che, ai fini della partecipazione alla gara ha formulato le dichiarazioni di rito utilizzando i modelli predisposti dalla stessa amministrazione appaltante (circostanza quest'ultimo che non è stata giammai oggetto di contestazione), ha pertanto pienamente rispettato e soddisfatto, com'era suo preciso onere, le condizioni di partecipazioni fissate nella *lex specialis*, non potendo quindi esserle addebitata, nel rispetto del principio del legittimo affidamento incolpevole, la omessa dichiarazione che la predetta *lex specialis* non contemplava.

Né a diversa conclusione si giunge anche a voler ritenere che la *lex specialis* sia da considerarsi immediatamente integrata, *ope legis*, quanto ai requisiti generali di partecipazione proprio per effetto delle modifiche apportate all'art. 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006: ciò infatti non avrebbe giammai comportato l'esclusione dalla gara della società oggi appellata, ma avrebbe imposto all'amministrazione appaltante di chiedere l'integrazione della dichiarazione (tanto più che tale integrazione, riguardando ragionevolmente più partecipanti e non una sola ditta non avrebbe comportato la violazione del principio della *par condicio*).

D'altra parte non può sottacersi che, come evidenziato dalla società appellata (senza che sul punto l'A.T.I. appellante abbia svolto alcuna contestazione o controdeduzione), a seguito dell'aggiudicazione l'amministrazione appaltante ha proceduto alla verifica dell'effettivo

possesso dei requisiti generali, verifica conclusasi positivamente: non può pertanto in alcun modo ritenersi sussistente la dedotta violazione dell'art. 38, lett. b) e c), del D. Lgs. n. 163 del 2006.

7.2. Ugualmente infondati sono gli altri due motivi di gravame, con cui l'A.T.I. Eurotours s.n.c. ha lamentato l'erroneo accoglimento dei due motivi del ricorso principale concernenti l'omessa indicazione delle quote di partecipazione al raggruppamento e delle parti del servizio che ciascuna impresa dell'A.T.I. avrebbe svolto, ex art. 37 del D. Lgs. n. 163 del 2006, nonché la difformità rispetto alle previsioni della lex specialis della dichiarazione di impegno, in caso di aggiudicazione, a produrre regolare atto notarile per il conferimento del mandato ad Eurotorus s.n.c.

7.2.1. Quanto al primo profilo, premesso in punto di fatto che non è contestata la omessa indicazione delle quote di partecipazione al raggruppamento e delle parti del servizio che ciascuna impresa dell'A.T.I. avrebbe svolto, tant'è che l'A.T.I. appellante si limita ad opporre che tale dichiarazione costituirebbe requisito di esecuzione del contratto e non di partecipazione alla gara ovvero che detta omissione non poteva costituire motivo di esclusione dalla gara, la Sezione osserva che secondo un prevalente indirizzo giurisprudenziale, dal quale non vi è motivo di discostarsi, ai sensi dell'art. 37, comma 13, del D. Lgs. n. 163 del 2006, le imprese partecipanti alle gare d'appalto in forma associata hanno l'obbligo di indicare già nell'offerta le quote di partecipazione non soltanto al raggruppamento, costituendo o costituito, ma anche dei lavori, atteso che una dichiarazione "ex post" in sede di esecuzione non potrebbe assolvere allo stesso modo alle esigenze di trasparenza ed affidabilità che caratterizzano la gara, e deve sussistere anche una perfetta corrispondenza tra quota di lavori e quota di effettiva partecipazione al raggruppamento e l'una e l'altra devono essere stabilite e manifestate dai componenti del raggruppamento all'atto della partecipazione alla gara, costituendo ambedue

le dichiarazioni requisiti di ammissione alla gara, e non contenuto di obbligazione da far valere in sede di esecuzione del contratto (C.d.S., sez. IV, 27 novembre 2010, n. 8253; sez. V, 28 settembre 2009, n. 5817), quand'anche non esplicitato dalla lex specialis (C.d.S., sez. VI, 24 gennaio 2011, n. 472).

E' stata conseguentemente ritenuta illegittima l'ammissione alla gara per l'appalto pubblico di servizi, qualora l'offerta proveniente da un'associazione temporanea di imprese non specifichi le parti del servizio che saranno eseguite dalle singole imprese e le quote di partecipazione (C.d.S., sez. V, 12 febbraio 2010, n. 744).

Da ciò discende l'infondatezza della censura, atteso che, tra l'altro, il bando di gara al paragrafo relativo ai "Soggetti ammessi", espressamente stabiliva, al secondo periodo, che "Alle riunioni di concorrenti si applicano le disposizioni di cui all'art. 37 del D. Lgs. 163/2006 ed in particolar modo l'offerta dovrà essere sottoscritta da tutte le ditte del gruppo, con la dichiarazione espressa delle parti del servizio che saranno eseguite dalle singole imprese e con l'impegno a conferire mandato collettivo speciale di rappresentanza ad uno di esse in caso di aggiudicazione", rinviando quanto all'esclusione dalla gara a quanto espressamente previsto dalla normativa vigente normativa in materia di contratti pubblici.

In presenza di una simile inequivoca clausola non può invocarsi il c.d. soccorso istruttorio, la cui applicazione avrebbe dato luogo ad una inammissibile violazione del principio della par condicio. 7.2.2. Ad analoghe conclusioni deve pervenirsi anche con riferimento alla pretesa validità ed utilità della dichiarazione di impegno, in caso di aggiudicazione, a produrre atto notarile per il conferimento del mandato speciale alla capogruppo, dichiarazione resa richiamando il D. Lgs. 358 del 1992 e non l'articolo 37 del D. Lgs. n. 163 del 2006.

Invero, premesso che non vi è alcuna contestazione sul fatto dell'effettiva

difformità della dichiarazione resa rispetto a quella prevista dal bando di gara), l'erronea indicazione della fonte normativa dell'impegno in questione non può essere considerata, come sostenuto dall'appellante, un mero irrilevante errore materiale, facilmente riconoscibile, non sussistendo a fronte di una chiara ed inequivoca dizione del bando di gara (che obbligava espressamente ciascuna impresa riunita a dichiarare espressamente che in caso di aggiudicazione della gara le imprese si sarebbe conformate alla disciplina prevista dall'art. 37 del D. Lgs. 163/2006) alcun elemento che possa giustificare l'errore stesso, tanto più che la fonte richiamata è abrogata (e concerneva gli appalti di fornitura e non quelli di servizio).

8. In conclusione, alla stregua delle osservazioni svolte, l'appello deve essere respinto.

Tuttavia la peculiarità della controversia giustifica la compensazione tra le parti delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello proposto dall'A.T.I. Eurotours s.n.c. avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Veneto sez. I, n. 1575 del 24 ottobre 2011, lo respinge.

Dichiara interamente compensate tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 maggio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

Marco Buricelli, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/09/2012

IL SEGRETARIO

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