

N. 01155/2013 REG.PROV.COLL.  
N. 00566/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 566 del 2013, proposto da:

School Bus Service s.r.l., in persona del suo legale rappresentante p.t. sig. Salvatore Casillo, rappresentata e difesa dagli avvocati Raimondo Nocerino, Alessandro Barbieri ed Andrea Torino, con cui elettivamente domicilia in Napoli, via G. Sanfelice, 33;

*contro*

Comune di Afragola, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Rosa Balsamo e domiciliato per legge presso la Segreteria del TAR Campania in Napoli, piazza Municipio;

*nei confronti di*

- Castiello S.r.l., in persona dell'amministratore e legale rappresentante p.t. sig. Michele Castiello, rappresentata e difesa dal prof. avv. Antonio Palma, unitamente agli avvocati Simona Scatola e Francesco Rinaldi, con i quali elettivamente domicilia in Napoli, via G. G. Orsini n. 30;
- Angelino S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t. dott. Lorenzo

Angelino, rappresentata e difesa dal prof. avv. Ferdinando Pinto e dagli avvocati Giulio Renditiso e Rosa Persico, con i quali elettivamente domicilia in Napoli, via Cesario Console n. 3 presso lo studio del Prof. Avv. Erik Furno;

*per l'annullamento*

a) della determinazione n. 1603 del 14.12.2012, con la quale l'Amministrazione Comunale di Afragola ha proceduto all'aggiudicazione in favore di Castiello s.r.l. della gara per l'affidamento del servizio di trasporto pubblico locale per anni sei di pertinenza comunale; b) del diniego di autotutela implicitamente formatosi sull'informativa ex art. 243 bis del D.lgs. 163/2006, comunicata dall'istante e, comunque, sulla risposta sul punto pronunciata dalla Amministrazione ove adottata;

c) di ogni altro atto presupposto, connesso e/consequente se ed in quanto lesivo degli interessi della ricorrente, ivi compresi per quanto di ragione: i verbali di gara; la comunicazione ex art. 79 co. 5 di aggiudicazione; il disciplinare di gara, il bando ed il capitolato speciale per quanto necessario. nonché per la declaratoria di inefficacia, ex art. 121 co. 1 lett. c) e/o d) ovvero art. 122 del D.lgs. 163/2006, del contratto eventualmente stipulato dall'Amministrazione resistente con la ditta aggiudicataria;

e per il risarcimento del danno, in via principale: in forma specifica, attraverso l'aggiudicazione a proprio favore dell'appalto in esame e stipula del correlativo contratto, ed in via subordinata per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti i rispettivi atti di costituzione in giudizio del Comune di Afragola, della Castiello S.r.l. e della Angelino S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Data per letta nella camera di consiglio del giorno 21 febbraio 2013 la relazione del dott. Francesco Guarracino e uditi i difensori delle parti

presenti, come da verbale di udienza;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

Con determinazione dirigenziale n. 985 del 30 luglio 2012 il Comune di Afragola ha indetto una procedura aperta di gara (C.I.G. 4463686E33) per l'affidamento, all'offerta economicamente più vantaggiosa, 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 (uffici pubblici, scuole e centri commerciali) e con la stazione ferroviaria di Afragola/Casoria, per la durata di anni sei e un importo complessivo, al netto dell'iva, pari a € 1.989.948,48.

All'esito della gara, cui sono state ammesse quattro concorrenti, con determinazione dirigenziale n. 1603 del 14 dicembre 2012 l'appalto è stato aggiudicato in via definitiva alla Castiello S.r.l., che ha ottenuto il miglior punteggio precedendo la Angelino S.r.l.

Con il ricorso in esame, notificato a mani in data 21 gennaio e depositato il 5 febbraio 2013, la School Bus Service S.r.l., classificatasi al terzo posto, ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione, unitamente agli atti indicati in epigrafe, per ottenere il suo annullamento, previa sospensione cautelare, nonché la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato dall'amministrazione con la ditta aggiudicataria ed il risarcimento del danno in forma specifica o, in subordine, per equivalente.

Con complessivi sette motivi di doglianza, la ricorrente sostiene che entrambe le società che l'hanno preceduta nella graduatoria finale dovevano essere escluse dalla gara; in via gradata, con un ottavo motivo di impugnazione (erroneamente numerato, anch'esso, come settimo) denuncia l'illegittimità della attribuzione dei punteggi per il merito tecnico delle

offerte, per difetto di motivazione.

Per quanto riguarda la ditta aggiudicataria Castiello S.r.l., in particolare, col primo motivo di ricorso denuncia il fatto che per uno solo dei soci al 50% (sig.ra Giovanna Ferrara, peraltro nella qualità di ex amministratore) e non anche per l'altro socio (sig.ra Anna Russo) sono state rese le dichiarazioni sull'insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38, comma 1 lettere b), c) e m-ter), del d.lgs. 163/06, sebbene nelle società di capitali con meno di quattro soci (dopo la modifica dell'art. 38 ad opera del d.l. 13 maggio 2011, n. 70, nel testo risultante dalla legge di conversione 12 luglio 2011, n. 106) esse siano necessarie anche con riferimento alla persona del socio di maggioranza e nonostante che, secondo un autorevole indirizzo interpretativo, al socio di maggioranza andrebbe assimilato il socio al 50% del capitale, perché in grado di assumere tutte le decisioni necessarie al funzionamento della società (invoca C.d.S., sez. V, 30 agosto 2012, n. 4654, che argomenta per la s.r.l. dall'art. 2479 bis, co. 3, c.c.) o costituente comunque la “espressione di una convergente potestà dominicale e direzionale della società” (invoca A.V.C.P., pareri n. 105 del 27 giugno 2012 e n. 58 del 4 aprile 2012, con riferimento al caso di società con tre soci aventi eguale partecipazione al capitale). Sempre in tema, col secondo motivo di impugnazione rileva che sulla quota del socio che ha reso le dichiarazioni ex art. 38 cit. risulta iscritto un pignoramento ed argomenta che, poiché in difetto di un'apposita convenzione contraria il diritto di voto spetterebbe al creditore pignoratizio, l'obbligo dichiarativo ex art. 38 sarebbe dovuto essere assolto, nel caso di specie, proprio da quest'ultimo, capace di dirigere la società con cui l'amministrazione avrebbe poi contrattato.

Con il terzo motivo di ricorso sostiene che la Castiello s.r.l. non sarebbe in possesso della richiesta iscrizione nel registro delle imprese per attività inerenti all'oggetto della gara e con il quarto motivo denuncia che la stessa

avrebbe stipulato per la gara un contratto di avvalimento avente a oggetto una certificazione di qualità in sé e per sé, senza prevedere la messa a disposizione della organizzazione aziendale certificata.

Con un secondo gruppo di censure, la ricorrente denuncia l'illegittimità dell'ammissione alla gara anche della Angelino S.r.l.: col quinto motivo di gravame, sostiene che da notizie di stampa ne risulterebbe il coinvolgimento in indagini penali in relazione ad una analoga procedura di gara e la sospensione dell'amministratore per due mesi dalla conduzione dell'azienda, deducendone la ricorrenza di cause di esclusione ai sensi dell'art. 38, co.1, lett. m), d.lgs. 163/06 e per violazione del protocollo di legalità sottoscritto dalla società; col sesto motivo, che non sarebbe in possesso della prescritta certificazione UNI EN ISO 9001:2008 per le attività inerenti le prestazioni oggetto della gara, ma soltanto per quelle di noleggio autobus e autovetture con conducente, trasporto disabili e trasporto scolastico; col settimo motivo, infine, che anch'essa ha sottoscritto e presentato in gara un contratto di avvalimento in contrasto con l'art. 49 d.lgs. 163/06, in quanto condizionato.

Hanno resistito in giudizio, con rispettive memorie difensive, il Comune di Afragola e le società controinteressate, Castiello S.r.l. ed Angelino S.r.l.

La ricorrente ha replicato con note di udienza prodotte in giudizio il 19 febbraio 2013.

Alla camera di consiglio del 21 febbraio 2013, sussistendone le condizioni e sentiti i difensori delle parti, nessuna delle quali ha dichiarato di voler proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale o regolamento di competenza o di giurisdizione, il ricorso è stato trattenuto in decisione per essere definito con sentenza in forma semplificata.

Il ricorso merita accoglimento in relazione alla decisiva fondatezza dei motivi di ricorso concernenti i contratti di avvalimento conclusi dalle due ditte che hanno preceduto nella graduatoria finale della gara la ricorrente e

di cui quest'ultima predica l'illegittimità dell'ammissione alla procedura.

Per quanto riguarda l'aggiudicataria Castiello S.r.l., questa ha inteso avvalersi della società Turismo Fratarcangeli Cocco di Cocco Fratarcangeli Vincenzina & C. s.a.s. per sopperire al possesso, tra gli altri, del requisito della certificazione UNI EN ISO 9001: 2008 avente ad oggetto attività inerenti le prestazioni previste dal bando (cfr. art. 2, lettera B n. 3, c.s.a.), producendo all'uopo la dichiarazione di avvalimento (cfr. doc. 6 della stessa Castiello S.r.l.), il contratto concluso con la predetta società in data 11 ottobre 2012 e la dichiarazione sostitutiva del soggetto ausiliario.

Al riguardo, va subito sgombrato il campo dall'eccezione dell'amministrazione resistente, secondo cui la ditta Castiello avrebbe documentato in sede di offerta di essere direttamente munita del requisito in questione, avendo presentato in gara il proprio certificato di qualità, ragion per cui essa si sarebbe avvalsa pure della società Turismo Fratarcangeli Cocco “per uno spropositato eccesso di zelo”.

La Castiello S.r.l. ha, infatti, 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) – ed invero il certificato di qualità della Castiello prodotto in giudizio dal Comune riguarda (a differenza di quello della società ausiliaria, specificamente concernente anche il servizio di trasporto pubblico urbano e extraurbano) l'erogazione di servizi di noleggio bus con conducente –, 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.

Venendo allora alla censura proposta dalla ricorrente, con il contratto di

avvalimento la società ausiliaria Turismo Fratarcangeli Cocco si è impegnata verso la Castiello S.r.l. 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 «B) 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».

Dunque, il contratto è, in buona sostanza, una mera ripetizione del testo dell'art. 49, co. 2, d.lgs. n. 163/2006, che richiede di allegare all'offerta «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 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».

La giurisprudenza, tuttavia, ha chiarito, in casi analoghi, 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 (Cons. Stato, III, 18 aprile 2011, n. 2343) 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 (C.d.S., sez. V, 3 dicembre 2009, n. 7592), garantendo l'affidabilità dei

lavori, dei servizi o delle forniture appaltati» (così C.d.S., sez. V, 10 gennaio 2013, n. 90).

Occorre, infatti, che l'impresa ausiliaria si impegni espressamente e chiaramente a fornire strutture, personale qualificato, tecniche operative, mezzi collegati alla qualità soggettiva “prestata”, al fine di garantire alla stazione appaltante l'effettività della messa a disposizione, in relazione all'esecuzione dell'appalto, delle sue risorse e del suo apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità (cfr. C.d.S., sez. III, n. 2343/11 cit.).

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.

Non possono invece trovare ingresso in giudizio le doglianze relative alla legittimità del contratto di avvalimento stipulato dalla ricorrente, contenute nella memoria difensiva della società Castiello, in quanto irritualmente introdotte con atto non notificato.

Merita condivisione anche la censura che la società ricorrente rivolge alla idoneità del contratto di avvalimento concluso dalla ditta seconda classificata, Angelino S.r.l., con l'impresa D.A.V. S.r.l.

Il contratto di avvalimento tra le due società, concluso il 9 ottobre 2012 e concernente requisiti di capacità economica e finanziaria (fatturato specifico relativo ai servizi oggetto dell'appalto, per un importo complessivo, nel triennio 2009/2011, non inferiore al valore a base d'asta: cfr. art. 2, lett. A n. 2, disciplinare di gara) e di capacità tecnica e professionale (aver effettuato, nei tre anni precedenti la scadenza del bando, servizi di trasporto pubblico locale per una percorrenza media annua pari ad almeno km 104.624: cfr. art. 2, lett. B n. 2, disciplinare di gara), contiene la seguente clausola: «il rappresentante legale dell'impresa ausiliaria, o un suo delegato tecnico, potrà preventivamente verificare le gare e i capitolati



d'appalto prima di consentire l'avvalimento. In caso di effettiva aggiudicazione dell'appalto, l'impresa ausiliaria potrà verificare e monitorare costantemente l'esecuzione dei servizi, la regolarità dell'esecuzione degli stessi ed avrà diritto a visionare tutti gli atti tecnici ed amministrativi relativi [...]».

A sua volta, la dichiarazione ex art. 49 d.lgs. 163/06 resa dalla impresa ausiliaria D.A.V. S.r.l. alla stazione appaltante, che reca la medesima data del 9 ottobre 2012, contiene l'impegno «di obbligarsi verso il concorrente Angelino Srl e verso codesta stazione appaltante a mettere a disposizione, per tutta la durata dell'appalto, laddove questi risultasse aggiudicatario, le risorse necessarie di cui il concorrente stesso è carente [...]».

In una fattispecie in cui parimenti il contratto di avvalimento consentiva al rappresentante legale dell'impresa ausiliaria, o ad un suo delegato tecnico, di verificare la gara ed il capitolato di appalto prima di consentire l'avvalimento, la giurisprudenza ha ravvisato in tale clausola una condizione sospensiva potestativa che renderebbe sostanzialmente incerta l'operatività del contratto, senza che in contrario possa sovvenire la dichiarazione resa dalla impresa ausiliaria ex art. 49, co. 2, lett. d), qualora essa (in quello, come pure nel caso qui in esame) sia coeva, e non successiva, al contratto medesimo (TAR Sicilia Catania, sez. IV, 18 febbraio 2013, n. 510).

Si tratta di una decisione che nella sostanza merita condivisione, dovendosi pervenire ad un analogo risultato anche nel caso qui in esame, per le ragioni, pur parzialmente diverse, che sono di seguito esposte.

Nel contesto dello specifico regolamento negoziale del quale in questa sede si tratta, la suddetta clausola contenuta nel contratto tra l'impresa avvalente Angelino S.r.l. e l'impresa ausiliaria D.A.V. S.r.l., secondo cui «il rappresentante legale dell'impresa ausiliaria, o un suo delegato tecnico, potrà preventivamente verificare le gare e i capitolati d'appalto *prima di consentire l'avvalimento*» (enfasi aggiunta), equivale a dedurre in condizione

sospensiva un evento che dipende dalla mera volontà della parte e che, perciò, dà luogo ad una condizione sospensiva meramente potestativa (indipendentemente, va precisato, dall'assenza dell'inciso “a suo insindacabile giudizio”, che era presente invece nel caso esaminato dal Tribunale catanese).

Occorre, infatti, osservare che il contratto concluso tra la Angelino S.r.l. e la D.A.V. S.r.l. contiene una pattuizione secondo cui «in caso di aggiudicazione delle gare, l'impresa avvalente non verserà alcun importo all'impresa ausiliaria» – configurandosi, pertanto, come contratto in cui una parte si obbliga senza alcun corrispettivo – e che, non corrispondendo in qualche altro modo anche ad un interesse dell'impresa ausiliaria l'assunzione da parte sua dell'impegno ipotizzato nel contratto (che non le comporta l'acquisto di un diritto, non assolve ad un suo onere, più in generale non appare collegata ad un gioco di convenienze in cui l'avveramento della condizione si presenti come una alternativa capace di soddisfare anche un interesse proprio del soggetto obbligato), la condizione potestativa apposta all'obbligazione della impresa ausiliaria finisce per dipendere unicamente dalla sua volontà e cioè per essere meramente potestativa.

Sennonché, come è noto, ai sensi dell'art. 1355 c.c. è nulla l'alienazione di un diritto o l'assunzione di un obbligo subordinata ad una condizione sospensiva che la faccia dipendere dalla mera volontà dell'alienante o, rispettivamente, da quella del debitore.

Di conseguenza, ciò che viene a mancare è il presupposto stesso per l'assolvimento all'onere di cui all'art. 49, co. 2, lett. f), d.lgs. 163/06, vale a dire un contratto valido ed efficace in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire requisiti ed a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto.

Si tratta di una conclusione indifferente al contenuto della dichiarazione

sottoscritta e fornita dalla impresa ausiliaria alla stazione appaltante, anche nel caso di specie, poiché la carenza di un contratto di avvalimento valido ed efficace non può essere supplita da un atto unilaterale distinto ed autonomo, quale è la dichiarazione di cui alla lett. d) del richiamato art. 49, co. 2, del d.lgs. 163/06.

Difatti, la dichiarazione dell'impresa ausiliaria ed il contratto di avvalimento sono atti diversi, per natura, contenuto e finalità, la prima costituendo un atto di assunzione unilaterale di obbligazioni nei confronti della stazione appaltante, il secondo, invece, essendo atto bilaterale di costituzione di un rapporto giuridico patrimoniale, stipulato tra l'impresa partecipante alla gara e l'impresa ausiliaria, di modo che in esso devono essere pattuite le reciproche obbligazioni delle parti e le prestazioni da esse discendenti, nel rispetto dei requisiti generali di cui all'art. 1325 c.c. e di quelli desumibili dall'art.49, co. 2, lett. f), d.lgs. 163/06 (cfr. C.d.S., sez. IV, 1° agosto 2012, n. 4406).

Ne deriva la fondatezza della censura articolata con il sesto motivo di ricorso, con la conclusione che anche la Angelino S.r.l. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

Per queste ragioni, assorbito quant'altro (art. 74 c.p.a.), il ricorso va accolto, con annullamento, per l'effetto, delle determinazioni di cui agli impugnati verbali di gara relative all'ammissione delle ditte Castiello S.r.l. e Angelino S.r.l. e, conseguentemente, della determinazione dirigenziale di aggiudicazione definitiva n. 1603 del 14 dicembre 2012.

Non constando in giudizio che sia stato ancora sottoscritto il contratto di appalto, non vi è luogo a dichiararne l'inefficacia.

Quanto alla domanda risarcitoria, l'annullamento dell'ammissione alla gara dei suddetti concorrenti e del provvedimento di aggiudicazione del 14 dicembre 2012 ripristina la possibilità della ricorrente di conseguire l'aggiudicazione della gara ed il contratto di appalto, sotto condizione delle

verifiche di legge riservate alla stazione appaltante, in tal modo reintegrando in forma specifica l'interesse sostanziale della ricorrente ed escludendo ogni ipotesi alternativa di risarcimento, richiesto peraltro per equivalente solo in via espressamente subordinata.

Le spese seguono la soccombenza dell'amministrazione nella misura liquidata in dispositivo, mentre vanno compensate tra le altre parti del giudizio in considerazione della natura della controversia e delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe (n. 556/13), lo accoglie e, per l'effetto, annulla le determinazioni di cui agli impugnati verbali di gara relative all'ammissione delle ditte Castiello S.r.l. e Angelino S.r.l. e la determinazione dirigenziale di aggiudicazione definitiva n. 1603 del 14 dicembre 2012. ---

Condanna il Comune di Afragola al pagamento delle spese di lite in favore della ricorrente School Bus Service S.r.l., che liquida nella somma complessiva di € 2.000,00 (duemila /00) oltre I.V.A. e C.P.A., ed a rimborsarle il contributo unificato, come per legge; compensa le spese di giudizio nei confronti delle altre parti. ---

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 21 febbraio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Carlo D'Alessandro, Presidente

Francesco Guarracino, Consigliere, Estensore

Vincenzo Blanda, Primo Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/02/2013

IL SEGRETARIO

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