



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 c.p.a.;

sul ricorso numero di registro generale 1544 del 2013, proposto da:

Botticellibus, ditta individuale di Gerardo Botticelli, rappresentata e difesa dall'avv. Gianfranco Di Mattia, con domicilio eletto presso Lucrezia Girone in Bari, via Clinia n. 34;

contro

Comune di Deliceto, rappresentato e difeso dall'avv. Maria Teresa Tamborra, con domicilio eletto presso la medesima in Bari, via Papa Giovanni I n. 10/D;

nei confronti di

Carella Viaggi, rappresentata e difesa dall'avv. Dante Leonardi, con domicilio eletto presso il medesimo in Bari, via Calefati, n. 396;

per l'annullamento

previa misura cautelare e la sospensione degli effetti in parte qua,

a) della “determina n. 238 del 4.10.2013” (n. 608 generale) del Comune di Deliceto, nella parte in cui esclude la ditta ricorrente dalla procedura avviata con la determina n. 220/2013 del Responsabile del Primo Settore – Affari Generali, per l’affidamento del servizio di trasporto scolastico mediante cottimo fiduciario;

b) della nota in data 14.10.2013, di comunicazione della determina di cui al punto a), che, al contempo, nega l’applicazione dell’istituto del soccorso istruttorio previsto dall’art. 46, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006;

c) del verbale n. 2 del 2 ottobre 2013;

d) della determina del Comune di Deliceto n.g. 637 del 18.10.2013, numero settoriale 248, avente ad oggetto “Determinazione a contrarre per l’affidamento, mediante procedura di cottimo fiduciario del servizio di trasporto scolastico per gli alunni della scuola dell’infanzia, primaria e secondaria di 1° grado dell’istituto comprensivo di Deliceto – approvazione lettera di invito, capitolato e documenti connessi”;

per l’accertamento e la declaratoria, previa misura cautelare,

del diritto della ditta ricorrente di partecipare alla procedura di cui al precedente punto a), dalla quale è stata illegittimamente esclusa;

per l’emissione

di ogni connesso provvedimento inteso all’attuazione del suddetto diritto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Deliceto e di Carella Viaggi;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 19 dicembre 2013 il dott. Oscar Marongiu e uditi per le parti i difensori, avv.ti Gianfranco Di Mattia, Maria Teresa Tamborra e Tommaso Romito, su delega dell'avv. Dante Leonardi;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 c.p.a.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La ricorrente ha partecipato alla procedura per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico, mediante cottimo fiduciario, indetta dal Comune di Deliceto ai sensi dell'art. 125, comma 11, del D.Lgs. n. 163/2006.

È stata esclusa per carenza delle dichiarazioni della ditta ausiliaria di cui al comma 2 dell'art. 49 D.Lgs. n. 163/2006, con particolare riferimento alle lettere c), d) ed e).

Con due motivi di ricorso impugna pertanto gli atti in epigrafe, deducendone l'illegittimità per violazione di legge (art. 97 Cost.; artt. 38, 46 e 49 D.Lgs. n. 163/2006) ed eccesso di potere sotto svariati profili.

Si sono costituiti il Comune di Deliceto e Carella Viaggi, chiedendo il rigetto del ricorso.

All'udienza camerale del giorno 19 dicembre 2013 la causa è passata in decisione, previo avviso alle parti ai sensi dell'art. 60 c.p.a.

Il ricorso è infondato.

Al riguardo risulta decisiva la circostanza che la ricorrente, con l'istanza di partecipazione, non ha presentato – come dalla stessa ammesso nel ricorso - le dichiarazioni relative al possesso dei requisiti di ordine generale da parte dell'impresa ausiliaria, limitandosi a produrre il contratto di avvalimento con la stessa intercorso.

Una simile omissione si pone sicuramente in contrasto con le disposizioni contenute nell'art. 49, comma 2, D.Lgs. n. 163/2006, a tenore del quale il concorrente deve allegare “c) una dichiarazione sottoscritta da parte dell'impresa ausiliaria attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'art. 38, nonchè 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'art. 34; f) 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”.

La norma richiamata impone in maniera chiara l'allegazione sia delle diverse dichiarazioni indicate alle lettere c), d) ed e) sia del contratto di avvalimento, tenendoli evidentemente ben distinti in considerazione delle differenti esigenze che sono diretti a soddisfare.

Sotto questo profilo non può ritenersi condivisibile la tesi sostenuta dalla ricorrente, secondo la quale il contratto di avvalimento dalla stessa prodotto sarebbe in grado di tener luogo delle dichiarazioni mancanti.

Invero, il contratto di avvalimento assicura la serietà dell'impegno dell'ausiliaria nei confronti dell'appaltante, 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.

Premesso quanto sopra, appare allora chiaro che il mancato adempimento alle prescrizioni di cui all'art. 49 D.Lgs. n. 163/2006 non poteva che condurre all'esclusione della ricorrente ai sensi dell'art. 46, comma 1-bis D.Lgs. n. 163/2006, non potendosi peraltro ritenere ammissibile, contrariamente a quanto ritenuto da parte ricorrente, l'esercizio del cd. soccorso istruttorio da parte dell'Amministrazione, pena la violazione della *par condicio* tra i concorrenti.

Il Comune intimato, pertanto, ha legittimamente escluso la ricorrente dalla procedura di cui è causa.

In ragione delle suesposte considerazioni, il ricorso deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza in favore del Comune resistente e sono liquidate in dispositivo; la particolarità della vicenda giustifica invece la compensazione delle spese nei confronti della controinteressata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la parte ricorrente al pagamento delle spese ed onorari del giudizio, liquidate nella misura di € 2.000,00, oltre CU, CPA e IVA, come per legge, a favore del Comune di Deliceto. Spese compensate nei confronti della controinteressata.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 19 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Pasca, Presidente

Francesca Petrucciani, Primo Referendario

Oscar Marongiu, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/01/2014

IL SEGRETARIO

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