

REPUBBLICA ITALIANA

N. 5309/03 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N 549 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione

ANNO 1998

ha pronunciato la seguente

decisione

Sul ricorso in appello n. 549/1998 del 21/01/1998, proposto da S.R.L. SMARA rappresentata e difesa dagli Avv.ti MAURIZIO RUSSO e RAFFAELE MONTEFUSCO con domicilio eletto in Roma VIA DELLE FORNACI, 20 presso VITO TENORE;

contro

P.□- COMUNE DI NAPOLI rappresentato e difeso dagli Avv.ti BRUNO RICCI ed EDOARDO BARONE con domicilio eletto in Roma LUNGOTEVERE FLAMINIO 46 presso GIAN MARCO GREZ;

P.□- S.R.L. CECOGAL CAPOGRUPPO ATI non costituitasi;

P.□- ATI MECA non costituitasi;

per la riforma

della sentenza del *TAR CAMPANIA – NAPOLI: Sezione I n.499/1996*, resa tra le parti, concernente AGGIUDICAZIONE GARA PER AFFIDAMENTO SERVIZIO MENSA SCOLASTICA;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di COMUNE DI NAPOLI;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 16 Maggio 2003, relatore il Consigliere Cons. Carlo Deodato ed uditi, altresì, gli avvocati Raffaele Montefusco e Giuseppe Tarallo per delega dell'avv. Barone;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con la sentenza appellata veniva respinto il ricorso, proposto dalla Smara s.r.l. dinanzi al T.A.R. della Campania – Napoli, inteso ad ottenere l'annullamento dell'aggiudicazione all'associazione temporanea di imprese rappresentata dalla Ce.Co.G.Al. s.r.l. dell'appalto relativo al servizio di mensa scolastica nelle scuole comunali di Napoli per il periodo 1995-1998.

Avverso la predetta decisione proponeva rituale appello la Smara, criticando la correttezza della pronuncia sseritam gravata, della quale invocava l'annullamento.

Si costituiva il Comune di Napoli, domandando la reiezione del ricorso.

Non si costituiva, invece, l'a.t.i. Ce.Co.G.Al.

Alla pubblica udienza del 16 maggio 2002 il ricorso veniva trattenuto in decisione.

DIRITTO

1.- E' controversa la legittimità della delibera con la quale il

Comune di Napoli, all'esito di una licitazione privata cui avevano in origine chiesto di partecipare separatamente la Me.Ca. S.r.l. e la Ce.Co.G.Al. s.r.l., ha disposto l'affidamento in favore dell'associazione temporanea di imprese successivamente costituita tra le predette società dei lotti 8 e 9 dell'appalto relativo al servizio di mensa scolastica, con somministrazione e distribuzione giornaliera di pasti nelle scuole materne ed elementari, per il periodo 1995-1998.

P.Q- La Smara s.r.l. ha, in particolare, impugnato dinanzi al T.A.R. della Campania il provvedimento di aggiudicazione del predetto appalto, assumendone l'illegittimità, tra l'altro, per l'omessa esclusione (asseritamente doverosa) dell'offerta invalidamente presentata da un'a.t.i. costituita da imprese che erano state separatamente invitate alla gara nonché sprovvista dell'allegazione di (talune) regolari dichiarazioni ed invocandone, conseguentemente, l'annullamento.

1.2- Il Tribunale partenopeo ha negato la sussistenza dei vizi denunciati dalla ricorrente, rilevando, segnatamente, l'ammissibilità della costituzione di un'a.t.i. tra imprese autonomamente invitate alla gara ed in vista della presentazione congiunta dell'offerta e la conformità delle dichiarazioni controverse alla disciplina dettata in materia di documentazione amministrativa.

1.3- La società appellante critica la correttezza di tale giudizio, sulla base degli argomenti di seguito illustrati ed esaminati, e ne invoca la riforma.

1.4- Il Comune di Napoli difende, di contro, la legittimità del proprio operato e conclude per la reiezione dell'appello.

2.- L'appello è infondato, alla stregua delle considerazioni che seguono, e va respinto.

3.- Con la prima censura l'appellante ribadisce la tesi, già disattesa in prime cure, dell'inammissibilità della costituzione di un'a.t.i. tra imprese che sono state invitate separatamente alla gara e sostiene che tale *modus procedendi* si risolve nella violazione dei principi della *par condicio* tra i concorrenti e del divieto di modificazione soggettiva dei partecipanti alla procedura.

3.1- Occorre premettere, in punto di fatto, che, nella fattispecie, la Me.Ca. S.r.l. e la Ce.Co.G.Al. s.r.l. avevano presentato autonomamente domanda di partecipazione alla procedura, indetta con il metodo della licitazione privata, che le stesse, dopo aver superato la fase c.d. di prequalificazione, erano state separatamente invitate alla gara dal Comune e che si erano, poi, raggruppate, presentando l'offerta in tale veste.

3.2- Tali contestate modalità procedurali si rivelano, contrariamente a quanto affermato dall'appellante, conformi al diritto positivo e rispettose dei principi generali □sseritamene

pregiudicati.

3.3- Già dall'esame della disciplina positiva di riferimento possono trarsi risolutive indicazioni per la definizione della questione.

L'art.11 del decreto legislativo 17 marzo 1995, n.157 (sicuramente applicabile alla fattispecie controversa) ammette, infatti, espressamente le imprese temporaneamente raggruppate "a presentare offerte", con ciò individuando esplicitamente in quest'ultima fase procedimentale il momento ultimo che unicamente rileva ai fini della legittima costituzione dell'a.t.i.

Dalla predetta, univoca disposizione, logicamente coerente con l'esigenza di sancire e definire la possibilità del raggruppamento di imprese con riferimento alla sola fase immediatamente antecedente lo svolgimento della competizione vera e propria (e cioè la presentazione delle offerte), può, quindi, trarsi la conclusione che la validità della costituzione dell'a.t.i. va giudicata, per quanto qui interessa, con esclusivo riguardo al momento della formulazione dell'offerta; nel senso che vanno ritenute legittime le offerte congiuntamente presentate da imprese appositamente e tempestivamente raggruppate e che resta del tutto irrilevante, ai fini che qui rilevano, la circostanza che, nelle procedure indette con il metodo della licitazione privata, la costituzione dell'a.t.i. sia intervenuta dopo la fase di prequalificazione (e tra imprese singolarmente invitate).

In ossequio al segnalato dato positivo deve, in sintesi, ritenersi impedito all'interprete introdurre, per via ermeneutica, la limitazione, voluta dalla ricorrente, alla partecipazione alla gara di imprese raggruppate, in assenza di un'espressa (e, in ipotesi, necessaria) previsione normativa in tal senso ed, anzi, in presenza di una disposizione che ammette la costituzione dell'a.t.i. con esclusivo riferimento al momento della presentazione dell'offerta.

3.4- Né la prospettata esegesi della norma che estende la fase procedimentale di riferimento (ai fini della verifica dell'ammissibilità della partecipazione di a.t.i.) a quella di prequalificazione (ove prevista dal metodo prescelto dall'amministrazione) può reputarsi giustificata dalle peculiarità della licitazione privata, chè anzi l'analisi della struttura di quest'ultima conduce alle medesime conclusioni sopra raggiunte.

A ben vedere, infatti, la fase di prequalificazione nella licitazione privata assolve all'esclusiva funzione di distinguere, in due distinti segmenti procedimentali, l'accertamento del possesso dei requisiti di partecipazione (con la conseguente selezione delle imprese da invitare) dalla gara vera e propria (con le conseguenti valutazioni delle offerte presentate e scelta della migliore), al fine di circoscrivere il numero dei concorrenti alle sole imprese idonee, sicchè la segnalata diversità delle finalità perseguite dalle due fasi impone di escludere la necessità che i soggetti che hanno

partecipato alla prima concorrano alla seconda nella medesima veste soggettiva e, tuttavia, la necessaria coerenza tra i due momenti dell'unica procedura selettiva impedisce la partecipazione alla gara di un soggetto che non ha superato la fase di prequalificazione.

Tale ricostruzione dell'articolazione e della funzione della licitazione privata conferma, in definitiva, la necessità che alla presentazione dell'offerta siano ammesse imprese già selezionate nella fase di prequalificazione ma non impedisce a queste ultime di associarsi temporaneamente in vista della gara, posto che l'a.t.i. non estingue la soggettività delle imprese già qualificate, che, quindi, il raggruppamento non può definirsi quale soggetto ontologicamente nuovo e diverso da quelli invitati, che, di conseguenza, non pare configurabile la denunciata violazione del principio di immodificabilità soggettiva delle imprese concorrenti e che, nel caso di specie, non risulta dubbio il possesso in capo a ciascuna società dei requisiti di partecipazione in relazione ai lotti alle stesse aggiudicati.

3.5- Tale conclusione risulta, peraltro, avvalorata e corroborata dal disposto di cui all'art.93 comma 2 d.P.R.21 dicembre 1999, n.554 (prima art.22 comma 2 decreto legislativo 19 dicembre 1991, n.406) che, laddove ammette espressamente l'impresa invitata individualmente a presentare l'offerta quale capogruppo di imprese riunite (peraltro non chiarendo se queste ultime

debbano o meno essere state, a loro volta, invitate), sancisce positivamente il principio dell'ammissibilità che alla gara vera e propria partecipi un'a.t.i. costituita dopo la fase di prequalificazione.

E non vale, di contro, rilevare che tale previsione, in quanto riferita ai soli appalti di lavori pubblici, costituisce ipotesi eccezionale ed insertitamente applicabile di applicazione analogica, posto che, al contrario, la stessa risulta espressiva di un principio generale in materia di procedure ad evidenza pubblica e, come tale, in difetto di esigenze specifiche che ne precludano l'attuazione in materia di appalti di servizi, vincolante in un procedimento selettivo finalizzato all'affidamento di questi ultimi (che resterebbe, diversamente opinando, regolato da un regime differente, senza alcuna ragione che giustifichi tale disparità di trattamento e la conseguente limitazione delle facoltà delle imprese concorrenti).

3.6- Né, infine, l'ammissibilità dell'offerta in questione può essere esclusa sulla base della presunta violazione, peraltro genericamente denunciata, del principio della *par condicio* dei concorrenti.

E' sufficiente, al riguardo, rilevare che, in mancanza di elementi concreti che indichino l'alterazione della concorrenza nella procedura controversa, la mera presentazione dell'offerta, peraltro consentita dall'ordinamento, da parte di un'a.t.i.

costituita da imprese già qualificate impedisce di presumere un'alterazione della regolarità della competizione quale effetto sicuro ed immediato del raggruppamento di società singolarmente invitate alla gara ed impone, anzi, di presumere il contrario: e cioè che tale opzione di sinergia strategica tra soggetti capaci di concorrere singolarmente, siccome coerente con la *ratio* dell'istituto dell'a.t.i. e prevedibile da parte delle altre partecipanti, si rivela priva della paventata potenzialità sseritame.

3.7- Va, quindi, confermata la legittimità, sotto il profilo appena esaminato, dell'ammissione dell'offerta presentata dall'a.t.i. Ce.Co.G.Al., già correttamente sancita con la decisione appellata.

4.- Con il secondo motivo di ricorso si critica la decisione impugnata nella parte in cui ha giudicato regolari le dichiarazioni di cui alle lettere c) ed f) dell'art.11 decreto legislativo 24 luglio 1992, n.358 rese dall'a.t.i. aggiudicataria.

La società ricorrente continua, al riguardo, a sostenere la doverosità dell'esclusione dell'offerta presentata dall'a.t.i. Ce.Co.G.Al. (e, quindi, l'illegittimità della sua ammissione alla gara) in quanto sprovvista della dichiarazione giurata, così prescritta dalla lettera di invito, in ordine all'insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art.11 lett. C) ed f) d. lgs. N.358/1992 (viceversa prodotta con le diverse modalità della dichiarazione con sottoscrizione autenticata da un pubblico

ufficiale).

4.1- Deve, innanzitutto, rilevarsi che la prescrizione sseritamene inosservata (e cioè la presentazione di una dichiarazione giurata in ordine alle suddette ipotesi) non risulta stabilita dagli atti che disciplinano la gara (e, in particolare, dal bando e dal capitolato speciale) a pena d'esclusione e che la sanzione dell'estromissione dalla procedura sancita direttamente dall'art.11 d. lgs. N.358/92 colpisce evidentemente le imprese che si trovano in una delle situazioni puntualmente descritte dalla stessa disposizione e non anche, in mancanza di specifica clausola della *lex specialis*, i partecipanti che hanno dichiarato l'insussistenza di una di quelle cause in difformità dalle formalità prescritte dal regolamento di gara.

4.2- Il Collegio non ignora, al riguardo, che la mera mancanza della previsione della sanzione dell'esclusione non vale, di per sé, ad impedire all'interprete di qualificare la prescrizione sprovvista di quella pena come essenziale al fine della regolarità della procedura e di giudicarla, quindi, soggetta a quel grave regime sanzionatorio, quando risulti preordinata a soddisfare un rilevante interesse pubblico (C.S., Sez. V, 15 novembre 2001, n.5843), ma ritiene che detta indagine non debba essere compiuta in astratto ma con specifico riferimento alle concrete modalità di adempimento della clausola in questione: nel senso che l'essenzialità di quest'ultima per l'amministrazione

aggiudicatrice va giudicata con riguardo agli interessi alla stessa sottesi ed all'idoneità della documentazione prodotta dall'impresa presunta inadempiente a garantire parimenti la loro realizzazione.

4.3- Così chiariti i parametri valutativi dell'essenzialità della clausola considerata, si deve rilevare che la prescrizione dell'allegazione della dichiarazione giurata in ordine ad alcune sole delle cause di esclusione contemplate dall'art.11 d. lgs. N.358/92 risulta chiaramente finalizzata ad assicurare all'amministrazione un elevato grado di attendibilità della relativa attestazione (non garantito dalla semplice autocertificazione).

4.4- Tali esigenze si rivelano, nella specie, ampiamente soddisfatte dalle concrete modalità con le quali è stata confezionata la controversa dichiarazione.

Dall'esame del documento prodotto sub 6) dalla ricorrente si ricava, infatti, che la dichiarazione datata 17 luglio 1995 è stata resa dal legale rappresentante della Ce.Co.G.Al., peraltro con la formula (anche se non con il rispetto della forma) del giuramento, "previa ammonizione delle conseguenze civili e penali in caso di mendacio", in presenza dell'ufficiale addetto alla certificazione del carcere militare di Santa Maria Capua Vetere e con l'autentica della sottoscrizione da parte di quest'ultimo.

Come si vede, il confezionamento di tale dichiarazione, seppur non conforme ai requisiti sostanziali della prescritta dichiarazione giurata, si rivela idoneo a garantire all'amministrazione (per la presenza di un ufficiale militare alla sua compilazione e per la dichiarata ammonizione circa la responsabilità connessa a false dichiarazioni) quell'elevato grado di attendibilità che la clausola in questione si propone di assicurare (tant'è vero che non risulta neanche contestato che le circostanze dichiarate siano mendaci).

4.5- Ne consegue che il rispetto delle modalità imposte dal bando di gara per la composizione della dichiarazione in questione non può qualificarsi essenziale per l'amministrazione aggiudicatrice, avuto riguardo alle forme concretamente osservate dall'aggiudicataria, di talchè la denunciata irregolarità non implica, come infondatamente sostenuto dall'appellante, alcun obbligo di esclusione.

5.- Alle suesposte considerazioni conseguono la reiezione dell'appello e la conferma della decisione impugnata.

6.- Sussistono, tuttavia, giusti motivi per la compensazione tra le parti delle spese processuali.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, respinge il ricorso indicato in epigrafe e compensa le spese processuali;

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 16 Maggio 2003 con l'intervento dei Sigg.ri:

Pres. Agostino Elefante

Cons. Aldo Fera

Cons. Goffredo Zaccardi

Cons. Francesco D'Ottavi

Cons. Carlo Deodato Est.

L'ESTENSORE

F.to Carlo Deodato

IL PRESIDENTE

F.to Agostino Elefante

IL SEGRETARIO

F.to Antonietta Fancello

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18 settembre 2003

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE

F.to Antonio Natale