

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3019 del 2011, proposto da:
CONSORZIO VALCOMINO Soc. Coop. Sociale a r.l. e SOCIETA' COOPERATIVA PALMY,
rappresentate e difese dall'Avv. Giuseppe Criscuolo, con il quale sono elettivamente domiciliate in
Napoli presso la Segreteria di questo Tribunale;

contro

- COMUNE DI AVERSA, rappresentato e difeso dall'Avv. Egidio Lamberti in sostituzione dell'Avv. Elena del Prete, con il quale è elettivamente domiciliato in Napoli alla Via Costantino n. 52 presso il Dott. Massimo Lamberti;
- PROVINCIA DI CASERTA – STAZIONE APPALTANTE UNICA, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- a) del provvedimento di esclusione del consorzio ricorrente dalla procedura aperta per l'affidamento del servizio di refezione scolastica, contenuto nel verbale di gara dell'11 maggio 2011;
- b) della nota della Stazione Appaltante Unica (S.A.U.) della Provincia di Caserta prot. n. 0001700 del 19 maggio 2011, recante la comunicazione della suddetta esclusione;
- c) della sezione II, punto II.2 "Quantitativo o entità dell'appalto", e della sezione IV, punto IV.1, del bando di gara, nonché degli artt. 2, 3 e 6 del disciplinare di gara;
- d) di tutti gli altri atti adottati dalla commissione giudicatrice e dalla stazione appaltante aventi ad oggetto la prosecuzione della procedura selettiva, unitamente agli atti preordinati, connessi e consequenziali, tra cui, qualora occorra, il bando ed il disciplinare di gara, nella parte in cui prevedono che le referenze bancarie, richieste a pena di esclusione dall'art. 5, lett. c), del disciplinare, vadano interpretate nel senso di contenere e riportare letteralmente una dicitura specifica.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'amministrazione resistente;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 ottobre 2011 il dott. Carlo Dell'Olio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Letto l'art. 120, comma 10, del c.p.a. sull'ordinaria redazione della sentenza in forma semplificata nel rito appalti;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

1. Il consorzio ricorrente ha partecipato alla procedura aperta, indetta dal Comune di Aversa per il tramite della S.A.U. della Provincia di Caserta, finalizzata all'affidamento del servizio di refezione scolastica, rimanendone escluso per la mancanza di idonea dichiarazione bancaria.

Il medesimo, unitamente alla consorziata Società Cooperativa Palmy designata per l'esecuzione del servizio, impugna il provvedimento di esclusione contenuto nel verbale di gara dell'11 maggio 2011, unitamente agli atti della procedura meglio in epigrafe individuati, adducendo una serie di doglianze attinenti alla violazione della legge sul procedimento amministrativo e del codice dei contratti pubblici, alla violazione dei principi di imparzialità, trasparenza, efficienza e buona amministrazione, alla violazione del disciplinare di gara, nonché all'eccesso di potere sotto svariati profili.

Resiste il Comune di Aversa, eccependo l'infondatezza del gravame.

2. Si premette, ai fini dell'esatta ricostruzione dei termini della controversia, che il disciplinare di gara prescrive, all'art. 5, lett. c), che le ditte partecipanti devono produrre, a pena di esclusione, "idonee dichiarazioni bancarie (due) in carta libera, attestanti la solvibilità della ditta in relazione all'importo complessivo dell'appalto".

Il consorzio ricorrente ha presentato in gara due dichiarazioni bancarie così caratterizzate: a) la prima, rilasciata il 15 aprile 2011 dalla Banca Popolare del Cassinate, nella quale, oltre ad essere espresse valutazioni positive in ordine all'affidabilità e correttezza del consorzio e dei suoi amministratori con riguardo agli affidamenti accordati, si evidenzia che "il Consorzio Valcomino ha dimostrato buone capacità di programmazione degli impegni; in base alle nostre risultanze, è dotato di una struttura finanziaria equilibrata ed ha dimostrato sinora un grado di solvibilità più che sufficiente"; b) la seconda, resa il 7 aprile 2011 dalla Banca di Credito Cooperativo di Roma, nella quale, oltre ad essere precisato che il Consorzio Valcomino usufruisce di linee di credito per un ammontare complessivo di € 520.000,00, utilizzate con regolarità e correttezza, e che il consorzio stesso ed i suoi esponenti non presentano elementi negativi, si riferisce che "Relativamente al bando integrale di gara di cui in oggetto, la scrivente banca, ai fini di una futura concessione di credito dedicata all'appalto, se richiesta, si riserva di valutarne il merito di credito". Nulla è aggiunto in ordine alla solvibilità dell'impresa in relazione all'importo complessivo dell'appalto.

Il consorzio ricorrente è stato escluso con verbale di gara dell'11 maggio 2011, avente la seguente motivazione: "La ditta viene esclusa in quanto è stata prodotta una sola dichiarazione bancaria idonea, attestante la solvibilità della ditta in relazione all'importo complessivo in luogo delle due previste al punto C del disciplinare di gara alla pagina 4. La seconda dichiarazione non viene ritenuta idonea in quanto non è possibile evincere in modo chiaro ed inequivoco la solvibilità della ditta. Le due idonee dichiarazioni bancarie rientrano tra i documenti e le dichiarazioni che dovevano essere contenuti, a pena di esclusione, nella busta n. 1, così come previsto dal disciplinare di gara."

2.1 Ciò chiarito, il Collegio ritiene inammissibile per carenza di interesse la questione di interpretazione della *lex specialis* accennata in epigrafe al punto d), dal momento che il disciplinare di gara, nel prescrivere la presentazione di idonee dichiarazioni bancarie, non pretende affatto l'uso di forme sacramentali o diciture particolari, bensì molto più semplicemente richiede un'attestazione da cui si possa evincere la solvibilità della ditta in relazione all'importo dell'appalto, ossia la capacità finanziaria di far fronte agli impegni derivanti dall'eventuale affidamento del servizio.

3. Entrando nel merito dell'odierna controversia, si rileva che con una prima censura parte ricorrente lamenta il difetto di motivazione da cui sarebbe affetto il provvedimento di esclusione, il quale non individuerrebbe con precisione la dichiarazione bancaria ritenuta inidonea.

La censura è priva di pregio.

Dalla semplice disamina delle emergenze procedimentali si può agevolmente ricavare, alla luce della completezza della dichiarazione rilasciata dalla Banca Popolare del Cassinate, che la dichiarazione tacciata di inidoneità è quella della Banca di Credito Cooperativo di Roma; d'altronde la stessa parte ricorrente manifesta tale consapevolezza a pag. 8 del gravame, quando si duole degli errori di valutazione commessi dalla commissione giudicatrice sulla portata di quest'ultima dichiarazione.

Soccorre, al riguardo, il condiviso principio secondo il quale la garanzia di adeguata tutela delle ragioni del privato non viene meno per il fatto che nel provvedimento amministrativo finale non risultino chiaramente e compiutamente rese comprensibili le ragioni sottese alla scelta compiuta dall'amministrazione, allorché le stesse possano essere agevolmente colte dalla lettura degli atti afferenti alle varie fasi in cui si articola il procedimento, e ciò in omaggio ad una visione non meramente formale dell'obbligo di motivazione, ma coerente con i principi di trasparenza e di lealtà desumibili dall'art. 97 della Costituzione (cfr. per tutte Consiglio di Stato, Sez. IV, 30 maggio 2005 n. 2770).

3.1 Con altra censura, i ricorrenti, sul presupposto che la *lex specialis* di gara comminerebbe l'esclusione solo per l'omissione documentale, ne denunciano la violazione avendo il Consorzio Valcomino presentato le due dichiarazioni bancarie richieste.

La censura non coglie nel segno, atteso che l'art. 5 del disciplinare sanziona con l'esclusione non la semplice omissione della dichiarazione bancaria, bensì la mancata produzione di "idonea dichiarazione bancaria", con ciò volendo significare che non basta una dichiarazione bancaria qualsiasi, ma occorre una referenza in cui si attesti la solvibilità della ditta in relazione all'importo dell'appalto.

Sotto tale profilo, non può essere criticato il comportamento della commissione giudicatrice, che correttamente ha disposto l'esclusione non per la semplice mancanza di un documento prescritto dalla disciplina di gara, ma per la sua riscontrata inidoneità.

3.2 Parte ricorrente propugna, altresì, l'idoneità della dichiarazione della Banca di Credito Cooperativo di Roma del 7 aprile 2011, atteso che la stessa "chiaramente indica nell'oggetto il valore dell'appalto e altrettanto chiaramente dichiara che il Consorzio Valcomino ha utilizzi regolari e corretti", con conseguente errore valutativo commesso nello specifico dalla commissione. Aggiunge che la solvibilità del Consorzio Valcomino si evince altresì da altra referenza della stessa banca del 19 maggio 2011, depositata agli atti del presente giudizio.

La censura non merita condivisione.

Osserva il Collegio che entrambe le citate indicazioni non assumono valenza significativa, non recando alcun riferimento al dato della solvibilità in rapporto all'importo dell'appalto.

Né si riesce a cogliere tale riferimento in nessuna delle espressioni contenute nella dichiarazione in parola; anzi, lo stesso istituto bancario, nel dare conto della riserva di valutazione di una futura concessione di credito dedicata all'appalto, sembra implicitamente rinviare l'attestazione di solvibilità al momento successivo in cui diventerà operativa una nuova linea di credito.

In tal senso depone, d'altronde, la dichiarazione bancaria del 19 maggio 2011, nella quale si attesta in maniera espressa "la capacità economico-finanziaria del Consorzio con riferimento all'importo della gara", dopo aver evidenziato l'ampliamento delle linee di credito concesse al medesimo fino all'importo di € 1.020.000,00. Né la predetta dichiarazione bancaria avrebbe potuto supplire alle carenze di quella del 7 aprile 2011, poiché, oltre ad essere stata prodotta solo in giudizio e non in sede di gara, è stata comunque rilasciata dopo il 27 aprile 2011, data di scadenza per la presentazione delle offerte.

Da quanto esposto discende, contrariamente a quanto sostenuto negli scritti difensivi attorei, non soltanto che esiste, con riguardo al rapporto intrattenuto dal Consorzio Valcomino con la Banca di Credito Cooperativo di Roma, una stretta connessione tra ampliamento delle linee di credito e solvibilità, ma anche che la esibita referenza del 7 aprile 2011 è del tutto inidonea a comprovare la solvibilità del consorzio in relazione all'importo complessivo dell'appalto, essendo carente della pur minima espressione da cui poter inferire il dato in questione.

Pertanto, trattandosi di dichiarazione bancaria inidonea per incompletezza e non di dichiarazione semplicemente equivoca (a dispetto di quanto potrebbe evincersi da una superficiale lettura dello stesso verbale di gara dell'11 maggio 2011), la commissione giudicatrice non poteva non escludere il consorzio ricorrente dalla procedura, in doverosa osservanza dell'art. 5, lett. c), del disciplinare di gara.

3.3 Con ulteriore censura, parte ricorrente lamenta che la stazione appaltante avrebbe dovuto chiedere chiarimenti esplicativi della dichiarazione bancaria del 7 aprile 2011, in applicazione del rimedio della regolarizzazione documentale postuma di cui all'art. 46 del codice dei contratti pubblici.

Anche tale doglianza non ha pregio.

Il Collegio si limita ad osservare che il rimedio della regolarizzazione postuma è attivabile solo nelle ipotesi di dichiarazioni, documenti e certificati non chiari o di dubbio contenuto, ma che siano pur sempre stati presentati, e non anche laddove si sia in presenza di documentazione del tutto mancante o fisicamente incompleta (come nel caso di specie), risolvendosi in caso contrario in una palese violazione della par condicio rispetto alle imprese concorrenti che abbiano rispettato la disciplina prevista dalla lex specialis (orientamento consolidato, in linea con la giurisprudenza pure citata dalla difesa attorea: cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 2 agosto 2010 n. 5084; Consiglio di Stato,

Sez. VI, 18 dicembre 2009 n. 8386; TAR Campania Napoli, Sez. I, 27 maggio 2010 n. 9649; TAR Trentino Alto Adige Trento, 4 dicembre 2006 n. 390).

3.4 Con un ultimo corredo di censure, i ricorrenti denunciano l'illegittimità del bando e degli artt. 2, 3 e 6 del disciplinare di gara per la genericità dei criteri di attribuzione dei punteggi e per l'indeterminatezza dell'entità dell'appalto.

Tali censure sono inammissibili per carenza di legittimazione attiva, atteso che la definitiva esclusione o l'accertamento della illegittimità della partecipazione alla gara impedisce di assegnare al concorrente la titolarità di una situazione sostanziale che lo abilita ad impugnare gli esiti della procedura selettiva, anche laddove siano contestati il bando e/o il disciplinare di gara; invero, l'impugnativa della *lex specialis* rileva nelle sole limitate ipotesi in cui essa possa avere influenza sull'accertamento della legittimazione al ricorso, ma non è questo il caso di specie, tutto incentrato su pretese anomalie inerenti alle modalità di assegnazione dei punteggi ed alla fissazione dell'importo complessivo dell'appalto (cfr. Consiglio di Stato, A.P., 7 aprile 2011 n. 4).

4. In conclusione, resistendo gli atti impugnati a tutte le censure prospettate, il ricorso deve essere respinto per infondatezza.

Sussistono giusti e particolari motivi, in virtù della peculiarità della vicenda contenziosa, per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese e degli onorari di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 26 ottobre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Guida, Presidente

Fabio Donadono, Consigliere

Carlo Dell'Olio, Primo Referendario, Estensore