

N. 04238/2011 REG.PROV.COLL.  
N. 05969/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Ottava)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 5969 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Consorzio Cooperative Costruzioni – C.C.C. Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante p.t. Dott. Pietro Collina, rappresentato e difeso dagli avv.ti Felice Laudadio e Carlo Russo, presso i quali ha eletto domicilio in Napoli, via Caracciolo, 15;

*contro*

Seconda Università degli Studi di Napoli, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, domiciliata per legge in Napoli, via Diaz, 11;

*per l'annullamento*

I) con il ricorso introduttivo:

- del provvedimento di esclusione prot. 32674/2010 del 28 settembre 2010;
- di ogni altro atto preordinato, connesso e conseguente, ivi compresi la lex specialis di gara, i verbali ed il silenzio – rigetto formatosi sulla istanza ex art. 243 bis D.Lgs. 163/2006;

II) con i motivi aggiunti:

- della nota del 29 ottobre 2010 di rigetto della richiesta di annullamento in autotutela del provvedimento espulsivo avanzata dalla ricorrente ai sensi dell'art. 243 bis D.Lgs. 163/2006;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Seconda Università degli Studi di Napoli;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 luglio 2011 il dott. Gianluca Di Vita e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Visto il dispositivo di sentenza n. 3544 del 6 luglio 2011;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

Con ricorso iscritto al numero di registro generale 5969 del 2010, il Consorzio Cooperative Costruzioni (di seguito C.C.C.) espone che:

- ha partecipato alla gara indetta dalla Seconda Università degli Studi di Napoli per la realizzazione del Policlinico Universitario di Caserta connesso alla Facoltà di Medicina e Chirurgia, classificandosi in quarta posizione nella graduatoria finale;

- in seguito alla risoluzione del contratto di appalto con la prima classificata, la stazione appaltante avviava la procedura di interpello ai sensi dell'art. 140 D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 che si concludeva con esito negativo per la seconda e terza graduata;

- il consorzio ricorrente risultava essere il migliore offerente e, pertanto, veniva sottoposto al procedimento di controllo in ordine al possesso dei requisiti di ordine generale ai sensi dell'art. 38 D.Lgs. 163/2006;

- all'esito della verifica, l'amministrazione ne disponeva l'esclusione per

difetto dei requisiti di ordine generale in capo ad alcune società consorziate e, segnatamente, per : I) mancata dichiarazione di condanne penali passate in giudicato a carico del legale rappresentante della società consorziate CITE – Società Cooperativa Impianti Tecnologici ed Edilizia a r.l.; II) irregolarità definitivamente accertate rispetto ad obblighi tributari da parte delle società consorziate Cooperativa Edil Atellana e CETI Sud – Cooperativa Elettrotermoidrica a r.l..

Avverso tale esclusione insorge il C.C.C. deducendo in sintesi violazione di legge sotto distinti profili, violazione del principio della massima partecipazione dell'offerta, eccesso di potere, omessa istruttoria e violazione dei principi costituzionali di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa.

Si è costituita in giudizio la intimata amministrazione che replica nel merito e conclude per il rigetto del ricorso: rappresenta inoltre che, con delibera n. 22 del 23 marzo 2011 il procedimento di interpello ex art. 140 D.Lgs. 163/2006 si è concluso in favore dell'a.t.i. Cooperativa Muratori e Cementisti (quinta graduata).

Con memoria depositata il 29 giugno 2011, la difesa del consorzio ricorrente rappresenta che, in ragione del decorso del tempo, è venuto meno l'interesse alla definizione del giudizio in quanto *“il conseguimento di recenti aggiudicazioni di altri appalti non consentirebbe di assicurare una efficiente gestione della commessa pubblica per cui è causa”*. Pertanto, la ricorrente richiede che venga dichiarata la cessazione della materia del contendere con compensazione delle spese di lite.

Alla pubblica udienza del 5 luglio 2011 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

In limine litis, la domanda avanzata dal consorzio ricorrente deve essere correttamente qualificata come manifestazione di sopravvenuto difetto di interesse alla definizione del giudizio, non sussistendo le condizioni per

addivenire alla cessazione della materia del contendere che, invero, si determina quando l'operato successivo della parte pubblica si rivela integralmente soddisfacente dell'interesse azionato, circostanza che non ricorre nella fattispecie in scrutinio.

Ai soli fini della regolazione delle spese processuali, in base al criterio della soccombenza virtuale, deve essere rilevata la infondatezza del ricorso.

Non merita condivisione il motivo di diritto, con il quale parte ricorrente contesta la decisione della stazione appaltante di far ricadere sul consorzio le conseguenze relative a vicende che riguardano le singole società consorziate.

Al riguardo, il Collegio non ritiene di discostarsi dall'orientamento espresso dal Consiglio di Stato secondo cui, a prescindere dalla natura del consorzio, esso deve dimostrare il possesso dei requisiti di tutti i consorziati che vengono individuati come esecutori delle prestazioni scaturenti dal contratto (Consiglio di Stato, Sez. VI, 15 giugno 2010 n. 3759 e 24 novembre 2009 n. 7380, Sez. IV, 7 aprile 2008 n. 1485).

Tale principio risponde infatti ad elementari ragioni di trasparenza e di tutela effettiva degli interessi sottesi alle cause di esclusione di cui al citato art. 38. Se in caso di consorzi tali requisiti dovessero essere accertati solo in capo al consorzio e non anche in capo ai consorziati che eseguono le prestazioni, il primo potrebbe agevolmente diventare uno schermo di copertura consentendo la partecipazione di consorziati privi dei necessari requisiti. Per gli operatori che non hanno i requisiti dell'art. 38 (si pensi al caso di soggetti con condanne penali per gravi reati incidenti sulla moralità professionale) basterebbe, anziché concorrere direttamente andando incontro a sicura esclusione, aderire a un consorzio da utilizzare come copertura.

Dopo aver ribadito quindi la imprescindibile verifica del possesso dei requisiti generali in ordine alle singole società consorziate, deve concludersi

che correttamente la stazione appaltante è addivenuta alla esclusione del C.C.C. dalla procedura di interpello ex art. 140 D.Lgs. 163/2006 in ragione della violazione:

- dell'art. 38, primo comma, lett. 'b' del D.Lgs. 163/2006 (art. 75 lett. 'c' D.P.R. 554/1999), per omessa dichiarazione di condanne penali riportate da un esponente aziendale della consorziata CITE: difatti, le valutazioni in ordine alla gravità delle condanne riportate dai concorrenti ad una gara ad evidenza pubblica ed alla loro incidenza sulla moralità professionale spettano esclusivamente alla stazione appaltante e non già al concorrente medesimo che, pertanto, è obbligato a indicare tutte le condanne riportate, non potendo operare alcuna selezione delle medesime sulla base di meri criteri personali (Consiglio di Stato, Sez. IV, 10 febbraio 2009, n. 740; Sez. V, 6 dicembre 2007 n. 6221);

- dell'art. 38, primo comma, lett. 'g' D.Lgs. 163/2006 (art. 75 lett. 'g' D.P.R. 554/1999) per violazioni tributarie in relazione, quantomeno, alla posizione della CETI Sud, rispetto alla quale sono emerse irregolarità definitivamente accertate relative agli anni dal 1994 al 2005 (cfr. nota dell'Agenzia delle Entrate di Napoli del 12 agosto 2010): difatti, nella formulazione vigente ratione temporis (antecedente alla novella apportata al codice degli appalti dall'art. 4 del D.L. 13 maggio 2011 n. 70 che ha introdotto il requisito della "gravità" delle violazioni definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse), deve applicarsi l'orientamento giurisprudenziale secondo cui, ai fini della configurabilità del requisito della regolarità fiscale non rileva l'eventuale modestia del debito erariale, ritenendosi preclusa alla stazione appaltante ogni apprezzamento discrezionale sulla gravità della violazione (Consiglio di Stato, Sez. V, 15 ottobre 2009 n. 6235).

A confutazione dell'ultimo motivo di gravame, giova infine rammentare che il gravato provvedimento di esclusione si fonda legittimamente sulla

previsione contenuta a pagina 4 del bando di gara, secondo cui non era ammessa la partecipazione di concorrenti in presenza delle cause di esclusione contemplate dall'art. 75 D.P.R. 554/1999 (ora previste dall'art. 38 D.Lgs. 163/2006).

In conclusione, il ricorso deve essere dichiarato improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse ai sensi dell'art. 35, primo comma, lett. c) del cod. proc. amm..

Alla soccombenza virtuale deve seguire la condanna del consorzio ricorrente al pagamento delle spese ed onorari di giudizio come liquidati in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Ottava) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse.

Condanna il Consorzio Cooperative Costruzioni – C.C.C. Società Cooperativa al pagamento delle spese ed onorari di giudizio in favore della Seconda Università degli Studi di Napoli che liquida in complessivi Euro 1.500,00 (millecinquecento/00).

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 5 luglio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Alessandro Pagano, Consigliere

Gianluca Di Vita, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/08/2011

IL SEGRETARIO

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