

**N. 07524/2010 REG.SEN.**

**REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)  
ha pronunciato la presente

**DECISIONE**

Sul ricorso numero di registro generale 1058 del 2010, proposto da:

Ditta Vitiello Vincenzo, in proprio e quale capogruppo dell'ATI con Siciliano Giuseppe Costruzioni S.r.l. e Maturo Costruzioni S.r.l., in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'avv. Roberto Prozzo, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giuliano Bologna, in Roma, via Merulana 234;

**contro**

Consorzio Stabile Sannio Appalti società consortile a r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria della costituenda A.T.I. con Geomed S.r.l. e D'Angelo Costruzioni S.r.l., in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dagli avv. Gian Luca Lemmo e Maurizio Ricciardi Federico, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giovanni Battista Santangelo, in Roma, via G.Battista De Rossi, 3;

**nei confronti di**

Comune di Benevento, in persona del sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Luigi Giuliano, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giulio Cimaglia, in Roma al Viale G. Marconi, n. 57;

Sul ricorso numero di registro generale 1310 del 2010, proposto da:

Comune di Benevento, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Luigi Giuliano, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giulio Cimaglia in Roma, viale G. Marconi, 57;

**contro**

Consorzio Stabile Sannio Appalti Soc. Consortile a.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Gian Luca Lemmo, con domicilio eletto presso l'avv. Giovanni Battista Santangelo, in Roma, via G.Battista De Rossi, 30;

**nei confronti di**

Ditta Vitiello Vincenzo, in persona del titolare Vitiello Vincenzo, in proprio e quale capogruppo dell'A.T.I. con Siciliano Giuseppe Costruzioni S.r.l. e Maturo Costruzioni S.r.l., in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'avv. Roberto Prozzo, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giuliano Bologna in Roma, via Merulana 234;

**per la riforma**

**quanto ad entrambi i ricorsi:**

della sentenza del T.A.R. Campania, Napoli, Sezione VIII, n. 09517/2009, di reiezione del ricorso incidentale proposto dall'A.T.I. Vitiello Vincenzo, Siciliano Giuseppe Costruzioni S.r.l. e Maturo Costruzioni S.r.l. e di accoglimento del ricorso principale proposto dal Consorzio Stabile Appalti, in proprio e quale capogruppo della costituenda A.T.I., contro l'ammissione dell'A.T.I. Vitiello alla gara per la realizzazione dei lavori relativi al Parco Archeologico "Cellarulo periurbano anfiteatro" e la aggiudicazione definitiva della gara a detta A.T.I..

Visti i ricorsi in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Sannio Appalti società consortile a r.l., in proprio e quale capogruppo dell'A.T.I. con Geomed S.r.l. e D'Angelo Costruzioni S.r.l., del Comune di Benevento, del Consorzio Stabile Sannio Appalti Società Consortile a.r.l. e della Ditta Vitiello Vincenzo in proprio e quale capogruppo dell'A.T.I. con Siciliano Giuseppe Costruzioni s.r.l. e Maturo Costruzioni s.r.l.;

Vista, nel ricorso n. 1058 del 2010, la propria ordinanza 9/11 marzo 2010 n. 1195;

Vista, nel ricorso n. 1310 del 2010, la propria ordinanza 9/11 marzo 2010 n. 1199;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 maggio 2010 il Cons. Antonio Amicuzzi e uditi per le parti gli avvocati Prozzo, Cimaglia e Lemmo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

### **FATTO**

I.- il Comune di Benevento ha posto in essere una procedura aperta per la realizzazione dei lavori relativi al parco archeologico "Cellarulo periurbano-anfiteatro", cui hanno partecipato il Consorzio Stabile Sannio Appalti Società Consortile a r.l., Geomed S.r.l. e D'Angelo Costruzioni S.r.l., classificatosi al secondo posto, nonché l'A.T.I. composta dalle imprese Vitiello Vincenzo, Siciliano Giuseppe Costruzioni s.r.l. e Maturo Costruzioni S.r.l., classificatasi al primo posto e nominata aggiudicataria della gara.

II.- Con ricorso al T.A.R. Campania, Napoli, l'ATI classificatasi al secondo posto ha impugnato tutti i verbali di gara, rispettivamente nelle parti in cui dispongono l'ammissione dell'ATI risultata aggiudicataria alla procedura suddetta, nonché la graduatoria finale, ogni atto con cui la Commissione aveva ammesso alla competizione ovvero non aveva escluso l'A.T.I. aggiudicataria, i provvedimenti di aggiudicazione provvisoria e definitiva, nonché le determinazioni dirigenziali di presa d'atto dei verbali di gara (in particolare la determinazione prot. n. 320 del 17.6.2009). A sostegno del gravame è stato, tra l'altro, dedotta, con il primo motivo di ricorso, la censura di carenza del certificato penale e delle dichiarazioni ex art. 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006 con riguardo al direttore tecnico (geom. Maturo) cessato dalla carica nel triennio.

L'A.T.I. composta dalle imprese Vitiello Vincenzo, Siciliano Giuseppe Costruzioni s.r.l. e Maturo Costruzioni S.r.l., ha spiegato ricorso incidentale, deducendo l'assenza in capo alla ricorrente principale della natura di "consorzio stabile" (in ragione della sua vera denominazione "Sannio Appalti società consortile", della sua disciplina in sede di atto costitutivo e della carenza di struttura di impresa), nonché la insufficienza della qualifica posseduta dalla singola impresa indicata per la esecuzione dei lavori relativi alla categoria OG2 e la non conformità al D.U.R.C. richiesto dal bando di gara di quello prodotto dalla ricorrente principale; a dette circostanze avrebbe dovuto conseguire la esclusione dalla gara della ricorrente principale.

Il T.A.R. Campania, Napoli, Sezione VIII, con sentenza n. 9517 del 2009 ha respinto il ricorso incidentale ed ha accolto il ricorso principale, in relazione all'assorbente censura formulata nel primo motivo di ricorso e relativa alla carenza del certificato penale e delle dichiarazioni ex art. 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006 con riguardo al direttore tecnico (geom. Maturo) cessato dalla carica nel triennio.

III.- Con il ricorso in appello che ha assunto il numero di R.G. 1310 del 2010 il Comune di Benevento ha chiesto l'annullamento o la riforma di detta sentenza deducendo i seguenti motivi:

1.- Error in iudicando, violazione di legge (art. 38 del D. Lgs. "163/94" in relazione all'art. 47 del D.P.R. n. 313 del 2002). Illogicità manifesta ed omessa valutazione delle difese comunali.

Il T.A.R. avrebbe valorizzato esclusivamente l'elemento oggettivo della carenza documentale, indipendentemente dalle peculiari circostanze che rendevano di fatto inapplicabile al caso di specie il chiaro principio normativo di cui all'art. 38, I c., lettere B) e C) del D. Lgs. n. 163 del 2006; infatti, per effetto del decesso, l'operato del vecchio amministratore o direttore tecnico non sarebbe stato più in grado di riverberarsi sull'organizzazione dell'impresa, essendo ormai inesistente la situazione di potenziale pericolo ed allarme sociale che la norma tende a garantire.

Con atto depositato il 23.2.2010 si è costituito in giudizio il Consorzio Stabile Sannio Appalti, Società Consortile a r.l., che ha dedotto la infondatezza dell'appello ed ha riproposto i motivi di ricorso di primo grado dichiarati assorbiti, concludendo per la riunione con l'appello n. 1310 del 2010 e per la reiezione del gravame.

Con memoria depositata il 9.3.2010 si è costituito in giudizio la ditta Vitiello Vincenzo, in proprio e quale capogruppo dell'A.T.I. con Siciliano Giuseppe Costruzioni s.r.l. e Maturo Costruzioni s.r.l., che, premesso di aver presentato autonomo appello contro la gravata sentenza in relazione al mancato accoglimento del ricorso incidentale proposto in primo grado, ha contestato la fondatezza dei motivi che il T.A.R. ha posto a base della reiezione del ricorso incidentale, nonché la decisione di non accogliere la eccezione di inammissibilità del ricorso principale di primo grado; ha inoltre criticato le motivazioni poste a base dell'accoglimento di esso ed ha concluso per l'accoglimento del ricorso incidentale, nonché per la declaratoria di inammissibilità del ricorso principale, con dichiarazione di inammissibilità o di rigetto di quest'ultimo.

Con ordinanza 9/11 marzo 2010 n. 1199 la Sezione ha accolto la istanza di adozione di misure cautelari, ai soli fini della fissazione del merito.

Con memoria depositata il 12.5.2010 il Consorzio Stabile Sannio Appalti, Società Consortile a Responsabilità Limitata, ha eccepito la sopravvenienza di carenza di interesse al ricorso in ragione del coinvolgimento della Maturo Costruzioni s.r.l. in ambito penale, nonché la inammissibilità del gravame per essere state meramente riproposte le eccezioni formulate in primo grado, senza contestazione di capi della sentenza appellata e per mancata censura nella sua interezza della sentenza impugnata, fondata su una pluralità di motivi autonomi ognuno dei quali era idoneo a sorreggerla; inoltre ha ribadito la infondatezza dell'appello ed ha riproposto i motivi di ricorso di primo grado dichiarati assorbiti dal primo Giudice. Ha quindi concluso per la riunione con l'appello n. 1058 del 2010 e per la reiezione del gravame.

IV.- Con ricorso in appello, che ha assunto il n. di R.G. 1058 del 2010, la ditta Vitiello Vincenzo, in proprio e quale capogruppo dell'A.T.I. con Siciliano Giuseppe Costruzioni s.r.l. e Maturo Costruzioni s.r.l., ha a sua volta impugnato detta sentenza del T.A.R. Campania, Napoli, n. 9517 del 2009, deducendo i seguenti motivi:

1.- Quanto al mancato accoglimento del ricorso incidentale:

a) Erroneamente sarebbe stato respinto il primo motivo del ricorso incidentale omettendo di affrontare le questioni specificamente dedotte dalle appellanti in merito alla circostanza che il Consorzio "Sannio Appalti" non sarebbe stato un vero e proprio Consorzio stabile e non poteva quindi usufruire di tutte le agevolazioni contenute nella disciplina di settore, sicché non avrebbe potuto partecipare alla gara de qua.

Il consorzio "Sannio Appalti" ha conseguito l'attestato di qualificazione sommando i requisiti delle imprese aderenti ad esso, che, tuttavia, avrebbero acquisito i requisiti per la qualificazione solo temporaneamente, attraverso contratti di affitto cessati, o mediante fittizie cessioni di azienda, che sarebbero in effetti da ritenere operazioni di vendita dei requisiti necessari per conseguire le attestazioni.

b) La "Sannio Appalti" avrebbe dovuto comunque essere esclusa dalla gara avendo designato per la esecuzione dei lavori una impresa (F.A.L.C. s.r.l.), qualificata per la esecuzione di lavori nella categoria OG2, classifica III, priva dei requisiti di capacità tecnica per la esecuzione dei lavori di categoria OG2, classifica IV.

Il Consorzio, che non ha una sua struttura di impresa e non esegue direttamente i lavori, non poteva affidare la esecuzione dei lavori ad imprese prive dei requisiti di capacità economica, tecnica e finanziaria, perché la costituzione dei Consorzi non può risolversi in espediente per aggirare le norme sulla qualificazione.

c) La eccezione di inammissibilità del ricorso introduttivo del giudizio, formulata in primo grado dalla appellante nell'assunto che esso era stato proposto dalla sola Sannio Appalti e non anche dalle altre imprese facenti parte dell'ATI, è stata respinta dal T.A.R. con richiamo al principio per il quale anche le singole imprese facenti parte dell'A.T.I. sono legittimate a ricorrere, senza considerare che in particolare era stato dedotto che l'A.T.I. non era ancora costituita e che le associate, non avendo presentato ricorso, avevano prestato acquiescenza.

d) Quanto al ricorso principale non sarebbero state affrontate dal T.A.R. le argomentazioni addotte dalla parte controinteressata e dal Comune di Benevento, sia con riguardo alla circostanza che la Maturo Costruzioni s.r.l., dopo la morte del sig. Ettore Maturo, aveva ottenuto un nuovo attestato di qualificazione, che presupponeva la verifica del possesso dei requisiti soggettivi necessari per la qualificazione (atteso che l'art. 40 del D. Lgs. n. 163 del 2006 demanda alle SOA anche l'attestazione dei requisiti di ordine generale), sia con riguardo alla circostanza che, essendo il suddetto deceduto da oltre due anni, l'A.T.I. appellante non avrebbe potuto rendere alcuna dichiarazione (essendo state eliminate le iscrizioni esistenti sul casellario giudiziale ex art. 47 del D.P.R. n. 313 del 20 ed ex art. 22, III c., del D.M. Giustizia 25 gennaio 2007), sia con riferimento al fatto che era stata allegata dichiarazione del 16.12.2008 della legale rappresentante della impresa Maturo (di non trovarsi nelle condizioni di cui all'art. 38, I c., lettere da a) ad m), del D. Lgs. n. 163 del 2006, circa il possesso dei requisiti di ordine generale, tra i quali quello relativo alla posizione dell'ex direttore tecnico).

Con memoria depositata il 23.2.2010 si è costituito in giudizio il Consorzio Stabile Sannio Appalti Società Consortile a r.l., che ha evidenziato che, con ordinanza del Consiglio di Stato, Sezione V, n. 5160 del 2008, è stata ritenuta insuperabile la mancata dichiarazione dell'amministratore deceduto nel triennio antecedente la gara; inoltre ha illustrato vicende giudiziarie relative alla Impresa Maturo Costruzioni s.r.l., ed ha dedotto la infondatezza dell'appello principale, assumendo che l'A.T.I. di cui detta impresa era capogruppo avrebbe comunque potuto presentare una dichiarazione al riguardo, ammessa dal capitolato punto 3 lettera a), ed eventualmente dissociarsi.

Detto Consorzio ha poi riproposto i motivi di primo grado dichiarati assorbiti dal Giudice di primo grado, deducendo:

1.- Violazione delle regole di gara sotto l'aspetto formale e sostanziale. Violazione dei principi generali in tema di trasparenza ed adeguatezza dell'offerta, nonché certezza e par condicio tra i concorrenti. Difetto assoluto di motivazione, carenza di istruttoria e contraddittorietà. Non sarebbero stati prodotti i certificati penali e le dichiarazioni ex art. 38 dei direttori tecnici delle ditte Vitiello Vincenzo e Siciliano Giuseppe Costruzioni s.r.l., come da verbale del 29.6.2009, a nulla valendo la effettuata produzione in giudizio di copie di detti atti in blocco, che non garantisce che la documentazione sia stata effettivamente presentata in sede di gara.

2.- Violazione dell'art. 37, XIII c., del D. Lgs. n. 163 del 2006 (e dell'analogo art. 25, XIII c., della L. R. Campania n. 3 del 2007), al quale rinvia l'art. 16, lettera I) del bando di gara. Dalla dichiarazione d'impegno a costituire l'A.T.I. di cui la ditta Vitellio Vincenzo era capogruppo resa dalle imprese il 17.12.2008 emergeva unicamente la ripartizione tra le società delle quote di esecuzione delle opere, che non necessariamente coincide con la quota di partecipazione all'A.T.I., ed era insufficiente a identificare il puntuale rispetto della previsione di cui all'art. 37, XIII c., del D. Lgs. 163 del 2006.

Il Consorzio Stabile citato ha altresì eccepito la inammissibilità dell'appello (per essere stata ampliata la materia del contendere e per mancata proposizione di querela di falso o impugnazione di attestazioni SOA) ed ha dedotto la infondatezza del ricorso incidentale innanzi tutto perché, alla

luce dell'assetto tipologico sancito dalle previsioni riportate nell'atto costitutivo e nello statuto (in linea con quelle previste dal D. Lgs. n. 163 del 2006), il Consorzio medesimo era dotato di organizzazione propria ovvero di una autonoma struttura di impresa. Esso era infatti composto da un numero iniziale di 7 società, superiore al minimo, ed era dotato di uno statuto e di un fondo consortile comune, era presente un C.d.A. composto da tre membri ed era prevista la chiusura degli esercizi commerciali alla data del 31 dicembre di ogni anno.

In secondo luogo il ricorso incidentale sarebbe infondato perché il Consorzio ricorrente è dotato di soggettività giuridica e espleta attività di cooperazione e di assistenza reciproca nell'affidamento e nella esecuzione degli appalti pubblici; inoltre poiché il D.P.R. n. 34 del 2000 non prevede l'obbligo della coincidenza tra le qualificazioni delle singole consorziate e la qualificazione SOA del Consorzio stabile ed infine perché l'adesione delle imprese al Consorzio stabile consente di eseguire lavori per categorie superiori rispetto a quelle per cui esse individualmente possiedono la qualificazione.

In terzo luogo il Consorzio ha dedotto che il terzo motivo del ricorso incidentale esaminato dal TAR non sarebbe stato oggetto di gravame e sarebbe coperto da giudicato, oltre che essere infondato.

Con memoria depositata l'8.3.2010 la ditta Vitiello Vincenzo ha sostenuto che le censure mosse con il ricorso incidentale non sono precluse dal rilascio del certificato di qualificazione, nonché ha ribadito la fondatezza del ricorso incidentale, ribadendo in particolare che le previsioni statutarie sono irrilevanti e che comunque nell'atto costitutivo del Consorzio "Sannio Appalti" non era previsto l'obbligo delle imprese consorziate di operare in modo congiunto, né l'obbligo è stato assunto dagli organi assembleari delle singole imprese.

Con atto depositato il 9.3.2010 si è costituito in giudizio il Comune di Benevento, che ha chiesto la riunione del giudizio con quello contraddistinto dal numero di R.G. 1310 del 2010 ed ha ribadito le tesi contenute nell'autonomo atto di appello prodotto.

Con ordinanza 9/11 marzo 2010 n. 1195 la Sezione ha accolto la istanza di adozione di misure cautelari ai soli fini della fissazione del merito.

Con memoria depositata il 12.5.2010 il Consorzio Stabile "Sannio Appalti" s.c.a r.l. ha eccepito la sopravvenienza di carenza di interesse a coltivare il gravame in ragione del coinvolgimento in ambito penale della società Maturo Costruzioni s.r.l., inoltre ha eccepito sia che l'appello non conteneva censure nei confronti della sentenza impugnata ma riproponeva profili di doglianza formulati in primo grado e sia che non sono stati censurati tutti i motivi autonomi sui quali si fondava la sentenza stessa. Infine ha ribadito tesi e richieste.

V.- Alla pubblica udienza del 28.5.2010 il ricorso è stato trattenuto in decisione alla presenza degli avvocati delle parti come da verbale di causa agli atti del giudizio.

## **DIRITTO**

I.- Con il ricorso in appello che ha assunto il numero di R.G. 1310 del 2010 il Comune di Benevento ha chiesto l'annullamento o la riforma della sentenza del T.A.R. Campania – Napoli, Sezione VIII, n. 9517 del 2009, di reiezione del ricorso incidentale proposto dall'A.T.I. Vitiello Vincenzo, Siciliano Giuseppe Costruzioni S.r.l. e Maturo Costruzioni S.r.l. e di accoglimento del ricorso principale proposto da Consorzio Stabile Sannio Appalti s.c.a.r.l. contro l'ammissione dell'A.T.I. Vitiello alla gara per la realizzazione dei lavori relativi al Parco Archeologico "Cellarulo periurbano anfiteatro" e la aggiudicazione definitiva a detta A.T.I..

Con altro ricorso in appello, che ha assunto il numero di R.G. 1058 del 2010, la ditta Vitiello Vincenzo, in proprio e quale capogruppo dell'A.T.I. con Siciliano Giuseppe Costruzioni s.r.l. e Maturo Costruzioni s.r.l., ha a sua volta impugnato detta sentenza

II.- Innanzitutto, il collegio ritiene di dover riunire i due gravami, per la palese loro connessione oggettiva (trattandosi della stessa sentenza impugnata) e soggettiva, per cui i medesimi devono essere esaminati e decisi nel merito con un'unica pronuncia.

III.- In secondo luogo la Sezione ritiene di dover esaminare in via preliminare il ricorso n. 1058 del 2010, con il quale la ditta Vitiello Vincenzo, in proprio e quale capogruppo dell'A.T.I. con Siciliano Giuseppe Costruzioni s.r.l. e Maturo Costruzioni s.r.l., ha impugnato detta sentenza del T.A.R. Campania, Napoli, n. 9517 del 2009, nella parte in cui ha respinto il ricorso incidentale formulato in primo grado e nella parte in cui ha respinto la eccezione di inammissibilità del ricorso introduttivo del giudizio (di cui ha anche dedotto la infondatezza), formulata in primo grado dalla appellante nell'assunto che esso era stato proposto dalla sola Sannio Appalti (e non anche dalle altre imprese facenti parte dell'A.T.I.) e respinta senza considerare che, in particolare, era stato dedotto che l'A.T.I. non era ancora costituita e che le associate, non avendo presentato ricorso, avevano prestato acquiescenza.

Devono infatti essere esaminate prioritariamente le questioni sollevate con esso ricorso incidentale se in ordine logico - a mente del fondamentale canone sancito dall'art. 276, comma 2, c.p.c. - assumono carattere pregiudiziale rispetto a quelle introdotte con l'impugnazione principale (Consiglio Stato, sez. IV, 3 marzo 2009, n. 1212).

Tale ipotesi indubbiamente ricorre nel caso di specie, in quanto l'appellante incidentale censura un capo della sentenza impugnata non oggetto di gravame da parte dell'Amministrazione ed ha un autonomo interesse a veder dichiarare l'illegittimità del procedimento perché l'eventuale accoglimento dell'appello incidentale comporterebbe il venir meno dell'interesse a ricorrere del ricorrente principale (incidendo, quindi, sulla sussistenza di una condizione dell'azione) perché l'eventuale fondatezza delle doglianze qui riproposte con l'appello incidentale, sarebbe assorbente di ogni altra censura contenuta nel ricorso di primo grado.

III.1.- Preliminarmente, per motivi di economia processuale, il Collegio deve valutare la fondatezza o meno dei motivi posti a base della contestazione effettuata con l'appello incidentale della decisione del T.A.R. di respingere la eccezione di inammissibilità del ricorso principale (basata sull'assunto che esso era stato proposto dalla sola "Sannio Appalti" e non anche dalle altre imprese facenti parte dell'ATI) facendo ricorso al principio per il quale anche le singole imprese facenti parte dell'A.T.I. sono legittimate a ricorrere. Secondo il gravame detta decisione sarebbe viziata dalla omessa considerazione della circostanza che, in particolare, era stato dedotto che l'A.T.I. non era ancora costituita e che le associate, non avendo presentato ricorso, avevano prestato acquiescenza all'esito della gara, così divenuto per esse inoppugnabile.

L'eventuale accoglimento della eccezione comporterebbe la inammissibilità del ricorso principale e la improcedibilità di tutte le ulteriori impugnazioni.

Va rilevato in proposito che le disposizioni contenute nel comma VIII dell'articolo 37 del D. Lgs. n. 163 del 2006, chiariscono gli obblighi che sono a carico delle imprese che si sono impegnate a costituirsi in associazione nel caso di aggiudicazione della gara, e che consistono, essenzialmente, in quello di onorare tale impegno mediante l'effettivo raggruppamento in associazione nel caso di aggiudicazione dell'appalto, in quello di sottoscrivere ciascuna, individualmente, l'offerta da presentare e di associarsi, successivamente, assieme ai soggetti indicati all'atto della partecipazione alla gara, e infine, in quello di fornire il nominativo dell'impresa che diverrà capogruppo.

In definitiva, in questa seconda ipotesi non si è in presenza di un'entità giuridicamente autonoma e rilevante di per sé, ma di un negozio obbligatorio - il cui oggetto è costituito dall'impegno a raggrupparsi -, sottoposto ad una condizione sospensiva consistente nel verificarsi dell'evento dell'aggiudicazione, vincolante per le parti che lo hanno sottoscritto.

La circostanza che in tale seconda ipotesi le imprese, a differenza del caso in cui siano già riunite in associazione, devono essere considerate nella loro individualità (in quanto, nel tempo previsto per la loro formale riunione in ATI, non hanno ancora concretamente dato vita ad un autonomo centro di imputazione giuridica) comporta che l'associazione che si sono impegnate a costituire sia da ritenere rilevante sul piano giuridico.

L'interesse ad agire, coincidente con l'utilità concreta che deriva alla parte dalla sua impugnativa, e che nel caso in esame è data dall'utilità che può ritrarre dal ricorso ogni singola impresa di un'associazione costituenda, deve essere valutato alla stregua delle conseguenze che dalla proposizione di esso e dall'eventuale suo accoglimento possono derivare a tale impresa.

E, in una fattispecie come quella in esame, esso emerge, con ogni evidenza, se solo si considera che l'impresa ricorrente, una volta ottenuto l'accoglimento del ricorso, può far valere l'impegno alla costituzione del raggruppamento, assunto dalle altre imprese partecipanti alla gara (e non ricorrenti) chiedendone loro l'adempimento nel caso in cui, com'è nella specie, tale impegno non è stato, né espressamente né implicitamente, annullato e continua ad essere dotato della sua forza vincolante.

La legittimazione deve quindi riconoscersi in capo all'impresa singola facente parte di una A.T.I., sia che il raggruppamento risulti già costituito al momento della presentazione dell'offerta, sia che questo debba costituirsi all'esito dell'aggiudicazione, perché il conferimento del mandato speciale collettivo irrevocabile all'impresa capogruppo attribuisce al legale rappresentante di quest'ultima la rappresentanza processuale nei confronti dell'Amministrazione e delle imprese terze controinteressate, ma non preclude o limita la facoltà delle singole imprese mandanti di agire in giudizio singolarmente (in assenza di una espressa previsione in tal senso nella normativa comunitaria di riferimento ed in quella nazionale di recepimento, in materia di appalti di servizi, di lavori e di forniture).

Pertanto, ciascuna delle imprese associate o associande ha un interesse legittimo proprio e distinto da quello delle altre, tutelabile anche in sede giudiziaria, a che il raggruppamento consegua l'aggiudicazione o comunque venga riammesso alla gara per coltivare una nuova possibilità di aggiudicazione (Consiglio Stato, sez. V, 6 marzo 2007, n. 1042).

Aggiungasi che con ordinanza 4 ottobre 2007 (procedimento C-492/06) la Sezione VI della Corte di Giustizia delle Comunità Europee ha affermato il principio che "...l'art. 1 della direttiva 89/665 deve essere interpretato nel senso che non osta a che, secondo il diritto nazionale, il ricorso contro una decisione di aggiudicazione di un appalto possa essere proposto a titolo individuale da uno soltanto dei membri di un'associazione temporanea priva di personalità giuridica la quale abbia partecipato in quanto tale alla procedura di aggiudicazione dell'appalto suddetto e non se lo sia stato visto attribuire".

La Corte di Giustizia, dunque, ha chiarito che non è contraria alla normativa comunitaria una normativa nazionale che riconosca la legittimazione ad agire singulatim alle imprese di un raggruppamento temporaneo partecipante ad una gara d'appalto.

Le considerazioni che precedono escludono anche che la dedotta acquiescenza delle altre imprese associande che non hanno proposto ricorso all'esito della gara possa determinarne la inoppugnabilità nei loro confronti con impossibilità di affidamento dei lavori ad esse imprese.

Va invero escluso che la mancata impugnazione dell'aggiudicazione in favore della controinteressata da parte delle altre imprese facenti parte di una costituenda associazione possa essere interpretato come volontà di esse di abbandono della posizione sostanziale di interesse per la cui tutela ha proposto ricorso altra impresa.

Perché si formi acquiescenza ad un provvedimento amministrativo occorre che il comportamento del soggetto acquiescente sia chiaro ed inequivocabile, sia a lui imputabile e tale da far desumere, senza un ragionevole dubbio, la volontà di accettare gli effetti delle determinazioni sfavorevoli o il suo disinteresse al conseguimento di una decisione di merito.

Nel caso che occupa tale inequivoco significato non può attribuirsi alla mancata impugnazione dell'aggiudicazione in favore della controinteressata da parte delle altre imprese facenti parte della costituenda associazione.

Infatti, la mancata impugnazione degli atti di gara da parte delle altre imprese della costituenda ATI ben può essere il portato, ad esempio, della volontà di non affrontare i tempi e le spese di un giudizio, senza per questo assumere il significato di una volontà certa di abbandono della posizione sostanziale per la cui tutela è stato proposto il ricorso, sia pure da altri, volontà che, ove sussistente, dovrebbe essere esplicitata con altri e più chiari mezzi.

La eccezione in esame deve quindi essere disattesa.

III.2.- In secondo luogo la Sezione deve esaminare il primo motivo di appello con il quale è stato censurato il mancato accoglimento del ricorso incidentale perché erroneamente sarebbe stato omesso di affrontare le questioni specificamente dedotte dalle appellanti, in particolare con riguardo alla circostanza che il Consorzio “Sannio Appalti” non sarebbe un vero e proprio Consorzio stabile, perché, mentre un Consorzio di tale tipo deve essere dotato di reale disponibilità di una comune ed autonoma organizzazione di impresa, esso non sarebbe stato dotato di alcuna autonoma struttura, né nell’atto costitutivo era previsto l’obbligo delle imprese consorziate di operare in modo congiunto, o la creazione di una struttura di impresa (non essendo dotato di mezzi e di personale). A tanto conseguirebbe che esso Consorzio, non potendo essere considerato “stabile”, non poteva usufruire di tutte le agevolazioni contenute nella disciplina di settore e non poteva partecipare alla gara de qua.

Rileva in proposito il Collegio che il T.A.R. ha, al riguardo, asserito che, sotto il “pregnante profilo sostanziale-contenutistico, deve rilevarsi come, sia dallo statuto che dall’atto costitutivo, emerga, per un verso, una dimensione strutturale ed organizzativa pienamente compatibile con il modello giuridico-formale in questione (sette soggetti componenti il numero iniziale di società; fondo consortile costituito da numero illimitato di quote nominative di nominali € 4.000 ciascuna; presenza di un consiglio di amministrazioni con compiti di amministrazione ed assegnazione delle attività); e, per altro verso, venga in rilievo una dimensione funzionale debitamente parametrata sul versante temporale (10 anni) ed egualmente in linea con lo schema del consorzio stabile (assunzione, anche in project financing, di appalti pubblici e privati; promozione dello sviluppo sinergico delle imprese consorziate ex art. 10 lett. c) L. 109/94; piena facoltà di agire in nome proprio e per conto proprio e delle entità socie in relazione all’intero oggetto sociale, ivi compresa la facoltà di proporre e presentare offerte, realizzare le attività ed i lavori in proprio o mediante assegnazioni, gestire i rapporti con le stazioni appaltanti e trattare, nell’interesse delle consorziate, tutti gli affari aventi relazioni con i lavori)”.

A tali rilievi il T.A.R. ha fatto conseguire la considerazione che essi dimostravano la sussistenza di una dimensione di organizzazione propria e di autonoma struttura d’impresa che connota il Consorzio stabile quale soggetto giuridico autonomo operante sulla base di un rapporto organico con le singole consorziate, differenziandosi dalle riunioni temporanee di imprese, nelle quali le società riunite realizzano una semplice contitolarità del rapporto obbligatorio scaturente dalla stipula del contratto di appalto con l’ente committente.

La Sezione osserva che l’art. 36, I c., del D. Lgs. n. 163 del 2006 stabilisce che “ Si intendono per consorzi stabili quelli, in possesso, a norma dell’articolo 35, dei requisiti previsti dall’articolo 40, formati da non meno di tre consorziati che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa”.

La norma non prevede espressamente che la autonoma struttura di impresa debba essere formalmente istituita, né che la decisione delle imprese consorziate di operare in modo congiunto debba essere formalizzata in un atto all’uopo redatto.

In base al principio del favor participationis essa disposizione va quindi interpretata nel senso che consenta la più larga partecipazione possibile alla gara ed appare quindi pienamente condivisibile l’interpretazione sostanzialistica della stessa effettuata dal Giudice di prime cure, con riferimento al contenuto dell’atto costitutivo del Consorzio e dello statuto, come ivi diffusamente riportato, con riconoscimento della avvenuta creazione di un complesso strutturale ed organizzativo pienamente compatibile con il modello giuridico-formale in questione.

Invero l'esame di detti atti ed in particolare del contenuto degli artt. 2, 4, 5, 6, 7, 16, 23 e segg. dello statuto, dimostra che ad esso Consorzio non potesse disconoscersi la sussistenza di una struttura di impresa autonoma e di una autonoma organizzazione.

La censura in esame non può quindi essere condivisa.

III.2.1.- Aggiunge l'atto di appello che il Consorzio "Sannio Appalti" ha conseguito l'attestato di qualificazione sommando, ex art. 36, VII c., del D. Lgs. n. 163 del 2006, i requisiti delle imprese aderenti ad esso, le quali, tuttavia, avrebbero acquisito i requisiti per la qualificazione solo temporaneamente, attraverso contratti di affitto cessati (con riferimento a quelli stipulati da Termotetti Costruzioni s.r.l. e ONICA s.r.l.), o mediante fittizia cessione di azienda (con riferimento alla impresa Tekno Edil), che sarebbero in effetti vendite dei requisiti necessari per conseguire le attestazioni.

Osserva al riguardo la Sezione che il Consorzio de quo, in quanto società consortile a responsabilità limitata, è un soggetto individuale dotato di autonoma personalità giuridica, distinto dalle imprese consorziate. Con riferimento alla partecipazione alle gare di tali soggetti, occorre rilevare che il possesso dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria, è richiesto esclusivamente in capo al Consorzio (fruendo al riguardo le singole cooperative consorziate - costituenti articolazioni organiche del soggetto collettivo - del rilevante beneficio di poter sommare i rispettivi requisiti, in ipotesi insufficienti, ai fini del raggiungimento delle soglie minime richieste dalla lex specialis della gara.

In base a quanto previsto dall'art. 36, I c., del D. Lgs. n. 163 del 2006 i Consorzi stabili debbono essere formati da non meno di tre consorziati.

Risulta dall'atto costitutivo del Consorzio di cui trattasi che esso era composto da un numero iniziale di sette società.

Anche aderendo alla tesi dell'appellante il Consorzio de quo sarebbe quindi legittimamente costituito da quattro società e, in assenza di dimostrazione della circostanza che, senza l'apporto dei requisiti delle società da Termotetti Costruzioni s.r.l., ONICA s.r.l. e Tekno Edil, non poteva essere raggiunta la soglia minima richiesta dalla lex specialis della gara, la censura in esame è insuscettibile di favorevole apprezzamento.

III.3.- Con il secondo motivo di appello è stato dedotto che la "Sannio Appalti" avrebbe dovuto comunque essere esclusa dalla gara avendo designato per la esecuzione dei lavori una impresa (FA.L.C. s.r.l.) qualificata per la esecuzione di lavori nella categoria OG2, classifica III, priva dei requisiti di capacità tecnica per la esecuzione dei lavori di categoria OG2, classifica IV. Il T.A.R. avrebbe affermato che il Consorzio era in possesso della qualificazione e quindi poteva affidare l'esecuzione dei lavori anche ad una impresa priva dei requisiti di adeguata qualificazione. Viceversa il Consorzio, che non ha una sua struttura di impresa e non esegue direttamente i lavori, non poteva affidare la esecuzione dei lavori ad imprese prive dei requisiti di capacità economica, tecnica e finanziaria, perché la costituzione dei Consorzi non può risolversi in espediente per aggirare le norme sulla qualificazione.

Va rilevato al riguardo dal Collegio che il T.A.R. ha in proposito considerato che sulla base della definizione che dei consorzi stabili danno sia l'art. 12 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, che l'art. 36 del D. Lgs. n. 163 del 2006, si evince che, sebbene tanto il Consorzio stabile quanto le imprese consorziate conservino la loro autonoma soggettività giuridica, tuttavia sussiste tra esse un legame ben più stretto di ogni altra forma di collegamento già raffigurata dalla legge qualificabile quale rapporto di tipo organico, sicché unico soggetto interlocutore dell'Amministrazione appaltante è il Consorzio stesso, che assumerà la veste di parte del contratto, con la relativa assunzione in proprio di tutti gli obblighi, gli oneri e le responsabilità.

Ha pertanto rilevato il Giudice di prime cure che " sia dagli atti di causa che nella domanda di partecipazione alla gara, che risulta speso lo status di Consorzio e, quale soggetto esecutore, è stata designata l'Impresa FA.L.C., potendo i consorzi stabili far eseguire i lavori appaltati alle imprese

consorziate, senza che da ciò possa configurarsi l'istituto del subappalto, proprio perché legati da un rapporto interno di tipo organico. È stato, altresì, comprovato, con il deposito dell'attestazione SOA, il possesso della qualificazione alla realizzazione dei lavori di cui alla categoria OG2 classifica IV, di tal che la censura deve essere disattesa”.

Osserva al riguardo la Sezione che, in tema di requisiti soggettivi di partecipazione dei Consorzi alle procedure di evidenza pubblica, la giurisprudenza è orientata nel senso che, una volta che il Consorzio abbia superato la preselezione valendosi anche della somma dei requisiti delle ditte consorziate, non può più richiedersi ad esso l'esecuzione da parte di una singola consorziata anche se è tale ditta che assicura la presenza dei requisiti soggettivi richiesti per l'ammissione alla gara, essendo l'esecuzione dell'appalto di competenza del Consorzio, che potrà adempiere secondo le regole contrattuali che sono a fondamento della sua costituzione e del suo funzionamento, sempre che non siano richiesti requisiti soggettivi che attestino una capacità tecnica specifica che l'ordinamento riconosca solo ad alcuni soggetti con una regolamentazione a livello normativo delle modalità di conseguimento di tale idoneità, come l'iscrizione in albi, elenchi speciali ovvero conseguimento di particolari abilitazioni (Consiglio Stato, sez. V, 29 novembre 2004, n. 7765).

Il Consorzio stipula quindi il contratto in nome proprio ma per conto delle imprese consorziate, alle quali poi assegna i lavori, senza che sia obbligato a rispettare l'assegnazione originaria, anche perché il D.P.R. n. 34 del 2000 non prevede la coincidenza tra le qualificazioni delle singole imprese consorziate e la qualificazione SOA del Consorzio. Ciò non costituisce un espediente per aggirare le norme sulla qualificazione, atteso che, come già evidenziato, è il Consorzio e non le singole imprese consorziate che è dotato di soggettività giuridica nel partecipare alla gara ed è ai requisiti di idoneità tecnica e finanziaria posseduti e comprovati da esso, mediante il cumulo dei requisiti posseduti dalle singole consorziate, che occorre far riferimento nel valutare i requisiti di partecipazione alla gara.

Le pregresse considerazioni, considerato che è rimasta incontestata la affermazione contenuta in sentenza che è stato effettuato in giudizio il deposito dell'attestazione SOA circa il possesso della qualificazione alla realizzazione dei lavori di cui alla categoria OG2 classifica IV, comportano la impossibilità di apprezzare in senso positivo la censura in esame.

III.4.- Le considerazioni che precedono comportano in conclusione la non condivisibilità dell'appello incidentale proposto dalla la ditta Vitiello Vincenzo, in proprio e quale capogruppo dell'A.T.I. con Siciliano Giuseppe Costruzioni s.r.l. e Maturo Costruzioni s.r.l., e la conseguente inutilità della disamina delle eccezioni formulate dal Consorzio Stabile Sannio Appalti s.c.ar.l. citato circa la inammissibilità del ricorso incidentale per essere stata ampliata la materia del contendere e per mancata proposizione di querela di falso o impugnazione di attestazioni SOA.

IV.- Quanto al ricorso n. n. 1310 del 2010 innanzi tutto il Collegio richiama le precedenti statuizioni sulla eccezione riproposta dalla ditta Vitiello Vincenzo, in proprio e quale capogruppo dell'A.T.I. con Siciliano Giuseppe Costruzioni s.r.l. e Maturo Costruzioni s.r.l., di inammissibilità del ricorso principale di primo grado, da valutare infondata.

IV.1.- Con l'unico motivo di appello il Comune di Benevento ha dedotto error in iudicando, violazione di legge (art. 38 del D. Lgs. “163/94” in relazione all'art. 47 del D.P.R. n. 313 del 2002); inoltre illogicità manifesta ed omessa valutazione delle difese comunali.

Erroneamente sarebbe stato valorizzato l'elemento oggettivo della carenza documentale, indipendentemente dall'esame delle peculiari circostanze (il decesso in data 26.1.2006 dell'ex direttore tecnico cessato dalla carica nel triennio precedente la data di indizione della gara) che hanno impedito l'applicazione dell'art. 38, I c., lettera c). del D. Lgs. n. 163 del 2006, essendo impossibile allegare i certificati penali del suddetto o la dichiarazione sostitutiva della certificazione, richiesti da detta norma.

L'art. 47 del D.P.R. 14 novembre 2002, n. 313 in materia di casellario giudiziale e carichi pendenti, prevede infatti che "il Comune comunica la morte delle persone all'Ufficio locale, nel cui ambito territoriale le persone sono nate. L'Ufficio locale elimina le iscrizioni". Detta norma è stata resa operativa dall'art. 22, III c., del D.M. Giustizia 25 gennaio 2007, che dispone la eliminazione definitiva del dato anagrafico dal sistema, decorsi cinque anni dalla data dell'avvenuto decesso o comunque al compimento dell'ottantesimo anno di età.

Pertanto, secondo l'appellante, nessun certificato giudiziario o dei carichi pendenti poteva essere rilasciato in ordine a tali posizioni perché l'ex direttore tecnico, già deceduto alla data di presentazione della domanda di partecipazione, comunque avrebbe avuto, se ancora in vita, oltre ottanta anni, sicché l'A.T.I. aggiudicataria non avrebbe potuto comunque acquisire ed esibire la certificazione mancante relativa ai carichi pendenti e alle sentenze di condanna perché già eliminati dal sistema in quanto soggetto ultraottantenne a decorrere dal 26.6.2006.

Né detta A.T.I. avrebbe potuto allegare dichiarazione sostitutiva ex art. 46 del D.P.R. n. 445 del 2000 perché, in assenza di rilascio della certificazione, nessuno poteva attestare la posizione penale dell'ex direttore tecnico atteso che la dichiarazione dei fatti a rilievo penale può essere sottoscritta solo dall'interessato.

Anche l'art. 9 del disciplinare dispone che le dichiarazioni devono essere rese anche dai soggetti previsti dall'art. 38, I c. lett. B) e c), cioè dagli interessati.

Nell'ipotesi che fosse comunque sussistito obbligo a carico dell'impresa di effettuare la dichiarazione in luogo del soggetto deceduto è da considerare che esso sarebbe stato comunque soddisfatto con la dichiarazione in atti del 16.12.2008 del legale rappresentante dell'impresa Maturo, che aveva dichiarato di non essere nelle condizioni di cui all'art. 38, I c. del D. Lgs. n. 163 del 2006 (riguardante tutti i requisiti di ordine generale, compreso quello dell'ex direttore tecnico).

Comunque, secondo l'appellante, la presentazione di certificati penali di un soggetto cessato dalla carica ma deceduto sarebbe stata ininfluenza ai fini della partecipazione, perché non corrispondeva ad alcun interesse pubblico e non poteva incidere sulla posizione della impresa e sul rapporto instaurando (considerato che la ratio dell'art. 38, lettere b) e c) è quella di precludere la partecipazione ai pubblici incanti di soggetti che non diano affidamento sotto il profilo della moralità e della serietà professionale, al fine di evitare che, anche se cessati da tempo, il loro operato possa continuare a riverberarsi sull'organizzazione dell'impresa, tanto che, per evitarlo, la impresa deve dimostrare la propria dissociazione dal loro operato). Peraltro, nel caso di soggetto nelle more deceduto, l'operato dello stesso non sarebbe sicuramente più in grado di riverberarsi sull'organizzazione dell'impresa.

IV.1.- Osserva il Collegio che al riguardo il T.A.R. ha asserito che occorre stabilire se, nell'ambito delle dichiarazioni da rendere ai sensi dell'articolo 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 ovvero ex art. 75, c. 1 lettera c) del decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554, dovesse essere compresa la posizione dei soggetti che, rivestendo tali qualifiche, fossero deceduti nel triennio e quale fosse l'effetto dell'eventuale omissione.

A tal fine ha osservato che "L'odierna parte controinteressata contesta al riguardo la doverosità della dichiarazione in ordine al possesso di requisiti determinati come prevista dall'articolo 38 d.lgs. n. 163/2006 e prima ancora dall'articolo 75 d.P.R. n. 554/1999: sul presupposto che ciò che rileva è non già la dichiarazione bensì l'effettiva sussistenza o meno del requisito, si sostiene che la circostanza che il direttore tecnico in questione nel triennio precedente non avesse subito alcun procedimento penale di condanna e nelle more fosse deceduto esimeva in concreto l'impresa di riferimento da qualsivoglia obbligo dichiarativo".

Il Giudice di primo grado non ha condiviso tale ricostruzione ermeneutica in base a quanto previsto dall'articolo 75 del D.P.R. n. 554 del 1999 e dall'articolo 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006.

Il contenuto di dette disposizioni è stato ritenuto "chiaro nel condizionare l'offerta alla specifica dichiarazione, tanto da individuarne un succedaneo nella dichiarazione solenne; e conclusioni del tutto conformi possono essere raggiunte per l'articolo 38 del codice dei contratti pubblici come

peraltro confermato dalla giurisprudenza amministrativa che ha sempre presupposto, nelle sue decisioni, la piena obbligatorietà della dichiarazione (C.d.S., V, 7 maggio 2008, n. 2090; 15 gennaio 2008, n. 36).

Ciò che appare decisivo è il rilievo per cui le dichiarazioni sono, in realtà, richieste per una finalità che non è solo di garanzia sull'assenza di ostacoli pure di natura etica all'aggiudicazione del contratto, ma anche per una ordinaria verifica sull'affidabilità dei soggetti partecipanti: la concreta carenza di condizioni ostative costituisce un elemento successivo rispetto alla conoscenza di una situazione di astratta sussistenza dei requisiti morali e giuridici che lambiscono in modo determinante la professionalità degli amministratori. Tanto meno, del resto, si comprenderebbe il meccanismo di verifica a campione, se quest'ultimo non fosse connesso alla obbligatorietà di una dichiarazione, che costituisce il sistema di riferimento per valutare la lealtà dei richiedenti (cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3742)".

Ritiene al riguardo la Sezione di dover condividere le tesi sostenute dal Giudice di primo grado, atteso che, secondo consolidata e condivisa giurisprudenza, le dichiarazioni da rendere ai sensi dell'art. 38, del D. Lgs. n. 163 del 2006 e, in precedenza, dall'art. 75 comma 1 lett. c) del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554 (per i lavori), dall'art. 12 del D.Lgs. n. 157 del 1995 (per i servizi) e dall'art. 11 del D.Lgs. n. 358 del 1992 (per le forniture), compresa quella riguardante la posizione dell'amministratore o rappresentante deceduto nel triennio, sono obbligatorie.

L'art. 38, lett. b) e c), del D.Lgs. n. 163 del 2006, che recepisce sostanzialmente le disposizioni previgenti, è stato interpretato in modo analogo dalla giurisprudenza amministrativa (cfr. da ultimo C.d.S., sez. V, 7 ottobre 2009, n. 6114; C.G.A., 11 aprile 2008, n. 312), innanzi tutto nella considerazione che per le società e gli enti l'obbligo di dichiarare l'assenza del c.d. "pregiudizio penale" concerne tutti i soggetti, in atto, muniti dei poteri di rappresentanza, anche institoria o vicaria, ovvero il direttore tecnico, nonché tutti i soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la pubblicazione del bando, indipendentemente dalla circostanza che non abbiano materialmente speso i loro poteri nella specifica gara.

In secondo luogo perché l'obbligo della dichiarazione può ritenersi assolto dal legale rappresentante dell'impresa, con la specifica indicazione degli altri soggetti in carica, muniti di rappresentanza, immuni dai c.d. "pregiudizi penali" .

Tanto esclude la condivisibilità della tesi dell'appellante che l'obbligo sarebbe stato comunque soddisfatto con la dichiarazione in atti del 16.12.2008 del legale rappresentante dell'impresa Maturo, che ha dichiarato di non essere nelle condizioni di cui all'art. 38, I c. del D. Lgs. n. 163 del 2006.

Poiché è ammissibile, in sede di gara pubblica, sostituire il certificato del casellario giudiziale con una dichiarazione sostitutiva, che può riguardare anche soggetti diversi dal dichiarante, purché si abbia conoscenza diretta del relativo stato, in ordine alle dichiarazioni che devono essere rese anche dai "soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara", deve ritenersi che le dichiarazioni debbano essere rese anche "con riferimento" a quei soggetti, e quindi che sia possibile rendere sugli stessi dichiarazioni sostitutive da parte degli attuali amministratori.

Diversamente, la norma che interessa potrebbe facilmente essere considerata giuridicamente illogica e contraria anche a considerazioni di comune buon senso, perché pretendere l'acquisizione, ai fini dell'ammissione alla gara di un'impresa, di una dichiarazione resa da un soggetto cessato già da tempo dalla carica (e che potrebbe nutrire motivi di astio proprio a causa della risoluzione del rapporto con l'impresa, o che potrebbe essere deceduto, o più semplicemente irreperibile), equivarrebbe a sottomettere l'impresa, per la propria operatività nel campo degli appalti pubblici, ad un soggetto estraneo ed irresponsabile che, a proprio piacimento, potrebbe, nei tre anni successivi alla cessazione, rilasciare (o meno) la dichiarazione in questione, a seconda del comportamento gradito (o meno) dell'ex datore di lavoro, o più semplicemente impedire di fatto, per la mera irreperibilità, la presentazione della dichiarazione stessa.

Dunque non è dubitabile che con riferimento all'ex direttore tecnico dovesse essere resa la dichiarazione di cui all'articolo 38 citato.

Nessun effetto esimente può essere quindi collegato all'evento decesso, il quale rappresenta una delle possibili cause di cessazione dalla carica.

Il problema, in questa ipotesi, non è quello di stabilire la sussistenza o meno dell'obbligo di rendere la dichiarazione, ma piuttosto quale sia la forma giuridicamente corretta per consentire l'ingresso nella documentazione di gara di questa informazione.

Sul punto giova segnalare il più recente orientamento del Consiglio di Stato, secondo cui l'obbligo di dichiarare l'assenza dei c.d. "pregiudizi penali" può ritenersi assolto dal legale rappresentante dell'impresa anche avuto riguardo ai terzi (direttori tecnici o altri soggetti comunque muniti di poteri di rappresentanza anche se cessati dalla carica nel triennio antecedente), nel presupposto che anche in questo caso operino le previsioni di responsabilità penale ed il potere di verifica da parte della stazione appaltante (cfr. da ultimo C.d.S., sez. V, 19 novembre 2009, n. 7244; C.d.S., sez. V, 7 ottobre 2009, n. 6114; Cons. giust. amm., 11 aprile 2008, n. 312).

La ratio della norma, la quale prevede come causa di esclusione dagli appalti pubblici alcune circostanze incidenti negativamente sulla moralità professionale, è, naturalmente, quella di escludere dalla partecipazione alle gare di appalto le società i cui soggetti che abbiano (o abbiano avuto) un significativo ruolo decisionale e gestionale si trovino in alcune delle situazioni descritte nella richiamata disposizione.

Né vale sostenere che non già la formale dichiarazione bensì l'effettiva sussistenza o meno del requisito costituisca ragione dell'esclusione o meno dalla procedura ad evidenza pubblica così che la circostanza che l'amministratore nel triennio precedente non avesse subito alcun procedimento penale di condanna esimeva in concreto l'impresa di riferimento da qualsivoglia obbligo dichiarativo.

Occorre invero sottolineare che le dichiarazioni sono, in realtà, richieste per una finalità che non è solo di garanzia sull'assenza di ostacoli pure di natura etica all'aggiudicazione del contratto, ma anche per una ordinaria verifica sull'affidabilità dei soggetti partecipanti: la concreta carenza di condizioni ostative costituisce un elemento successivo rispetto alla conoscenza di una situazione di astratta sussistenza dei requisiti morali e giuridici che lambiscono in modo determinante la professionalità degli amministratori. Tanto meno si comprenderebbe il meccanismo di verifica a campione, se quest'ultimo non fosse connesso alla obbligatorietà di una dichiarazione, che costituisce il sistema di riferimento per valutare la lealtà dei richiedenti (Consiglio Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3742).

Né infine l'eliminazione delle iscrizioni nel casellario giudiziale, a seguito della morte dell'interessato, contemplata dall'art. 5 del D.P.R. n. 312 del 2002, impedisce l'acquisizione di certificazioni storiche ai fini della verifica delle dichiarazioni rese in sede di gara.

Aggiungasi che l'art. 38 citato impone a pena di esclusione di rendere la dichiarazione sostitutiva che comprenda anche i precedenti penali, anche se non risultanti dal certificato del casellario giudiziario, di cui invece l'art. 75 del D.P.R. n. 554 del 1999 prescriveva l'esibizione.

Infine v'è da osservare che la mancata allegazione, nel termine di scadenza fissato dal bando, delle dichiarazioni inerenti i soggetti menzionati non possa essere sanata per il tramite dell'istituto della regolarizzazione documentale di cui all'art. 46 del D. Lgs. n. 163 del 2006, atteso che tale rimedio non si applica al caso in cui l'impresa concorrente abbia integralmente omesso la produzione documentale prevista dall'art. 38 precedente.

Tanto esclude il rilievo della circostanza che dopo la morte del sig. Maturo la Maturo Costruzioni ha ottenuto un nuovo attestato di qualificazione, previa verifica dei requisiti soggettivi necessari per la qualificazione, che sono gli stessi richiesti dal citato art. 38.

Ciò, secondo la parte appellante, escluderebbe la necessità di rendere la dichiarazione in sede di gara per accertare la permanenza dei requisiti stessi, anche perché, secondo quanto dedotto dalla difesa della ditta Vitiello Vincenzo, l'orientamento che l'attestazione SOA non dimostra il possesso dei requisiti di ordine generale sarebbe superata dall'art. 40, III c., del D. Lgs. n. 163 del 2006,

atteso che il possesso della attestazione SOA in capo ad una impresa non impedisce né sostituisce l'accertamento e la valutazione dei requisiti morali, concernendo piuttosto il profilo di ordine tecnico, organizzativo ed economico della impresa (art. 1, comma 3, del D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, che definisce l'attestazione di qualità condizione necessaria e sufficiente solo per la dimostrazione dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria.

Rileva il Collegio che, anche se l'art. 40, III c. lettera b), del D. Lgs. n. 163 del 2006, prevede l'attestazione con la SOA anche dei requisiti di ordine generale nonché tecnico-organizzativi ed economico-finanziari conformi alle disposizioni comunitarie in materia di qualificazione, non può tuttavia ignorarsi che il possesso della attestazione SOA in capo ad una impresa non impedisce né sostituisce l'accertamento e la valutazione dei requisiti morali; il possesso dei requisiti morali, più di quanto possa accadere per tutti gli altri, che difficilmente mutano in modo radicale nel periodo di validità dell'attestazione SOA, è invece soggetto ad eventi imprevedibili all'atto del rilascio di tale certificazione, che possono influire sull'affidabilità morale dell'impresa e dei suoi dirigenti, e che sono tali da giustificare un duplice accertamento, all'atto del rilascio dell'attestazione ed al momento della partecipazione a ciascuna gara d'appalto; ciò, anche in considerazione del fatto che la concreta verifica del possesso dei requisiti di carattere generale in capo ai singoli concorrenti appartiene pur sempre alla Stazione appaltante e non può essere delegata alle SOA.

VI.- La reiezione dell'appello in esame comporta la inutilità della disamina dei motivi di primo grado dichiarati assorbiti con la sentenza appellata e delle eccezioni di00 sopravvenienza di carenza di interesse a coltivare il gravame in ragione del coinvolgimento in ambito penale della società Maturo Costruzioni s.r.l..

V.- Gli appelli in esame, previa riunione, devono essere conclusivamente respinti e deve essere confermata la prima decisione.

VI.- La complessità delle questioni trattate, nonché la peculiarità e la novità del caso, denotano la sussistenza delle circostanze di cui all'art. 92, II c., del c.p.c., come modificato dall'art. 45, XI c., della L. n. 69 del 2009, che costituiscono ragione sufficiente per compensare fra la parti le spese del presente grado di giudizio.

#### **P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede Giurisdizionale, Sezione V, riunisce gli appelli in epigrafe indicati e li respinge entrambi.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 maggio 2010 con l'intervento dei Signori:

Calogero Piscitello, Presidente

Aniello Cerreto, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Roberto Chieppa, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/10/2010