

N. 01666/2011 REG.PROV.COLL.  
N. 00135/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Prima

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 135 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Edilco Srl ed Eredi Maggi Impianti Srl, rappresentati e difesi dagli avv. Pietro Quinto e Carlo Tangari, con domicilio eletto presso lo studio del primo di essi in Lecce, via Garibaldi n. 43;

*contro*

Universita' del Salento, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliata in Lecce, via F. Rubichi 23;

*nei confronti di*

Conscoop, rappresentato e difeso dagli avv. Luca Alberto Clarizio e Federico Massa, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Lecce, via Zanardelli n. 60; Guastamacchia Spa, rappresentata e difesa dall'avv. Ernesto Sticchi Damiani, presso il cui studio in Lecce, via 95° Rgt. Fanteria n. 9, è elettivamente domiciliata;

*per l'annullamento*

del D.R. n. 1748 del 3/12/2010 dell'Università del Salento di approvazione

dei verbali di gara e di aggiudicazione definitiva, in favore dell'a.t.i. Cons. Coop. - Guastamacchia s.p.a., dell'appalto dei lavori relativi alla realizzazione di un complesso immobiliare da destinare a College della Scuola superiore ISUFI; nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, ivi comprese le note prott. nn. 42052 del 9/12/2010 e 43143 del 15/12/2010 dell'Università, tutti i verbali di gara ed i rispettivi allegati (compresi, in parte qua, i documenti valutativi di sintesi e le schede individuali di valutazione dei singoli commissari), nonché, ove occorra, il bando e la lettera di invito nei limiti di seguito indicati ed, infine, la nota prot. n. 44709 del 28/12/2009; nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato nel corso del giudizio;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Università del Salento, di Conscoop e di Guastamacchia Spa;

Visto il ricorso incidentale proposto da Guastamacchia Spa, rappresentata e difesa dall'avv. Ernesto Sticchi Damiani, nonché da Conscoop, rappresentata e difesa dagli avv.ti Luca Alberto Clarizio e Federico Mass;

Viste le memorie difensive rispettivamente prodotte dalle parti costituite;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 maggio 2011 il dott. Massimo Santini e uditi per le parti gli Avv.ti Quinto Pietro, anche in sostituzione di Tangari Carlo, Musio Fernando, Sticchi Damiani Ernesto e Mastrolia, in sostituzione di Clarizio Luca Alberto e Massa Federico;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. L'Università del Salento indiceva procedura ristretta, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento

dei lavori relativi alla realizzazione di un complesso immobiliare da destinare a *college* universitario.

All'esito della valutazione comparativa si classificava al primo posto l'ati Cons. Coop, mentre l'odierna ricorrente si collocava al secondo posto.

2. Si procedeva dunque alla aggiudicazione dell'appalto che veniva tuttavia impugnato per i motivi di seguito sintetizzati: a) violazione e falsa applicazione del bando di gara, difetto di istruttoria ed erronea presupposizione, nonché contraddittorietà dell'azione amministrativa con particolare riferimento alle modalità di attribuzione dei punteggi delle offerte tecniche mediante il sistema del "confronto a coppie", nonché alla valutazione circa le "caratteristiche passive" dell'edificio da realizzare; b) violazione del DM 26 giugno 2009 recante "Linee guida nazionali per la certificazione energetica degli edifici"; c) violazione dell'art. 8 del capitolato prestazionale. Con successivi atti di motivi aggiunti veniva altresì dedotto: d) violazione dell'art. 75, comma 5, del codice dei contratti, in quanto la polizza prodotta dall'ATI aggiudicataria non avrebbe contenuto l'espressa clausola di rinnovo della garanzia in caso di scadenza della medesima nelle more della aggiudicazione dell'appalto (su tale censura una delle ditte contro interessate formulava eccezione di tardività).

3. Si costituivano in giudizio l'amministrazione intimata e le società contro interessate per chiedere il rigetto del gravame.

4. Queste ultime proponevano altresì ricorso incidentale così complessivamente articolato:

a) violazione del bando di gara e dell'art. 37 del codice di contratti nella parte in cui una delle mandanti dell'ATI ricorrente avrebbe contravvenuto al divieto di subappalto in esso previsto;

b) violazione dell'art. 38 del decreto legislativo n. 163 del 2006 e delle prescrizioni del bando di gara, atteso che le dichiarazioni sostitutive di cui alla citata disposizione codicistica sarebbero state fornite soltanto dal legale

rappresentante della Ingegneria e Servizi s.r.l., società questa incaricata di redigere la progettazione per conto della ricorrente EDILCO e da questa indicata a tal fine nella domanda di partecipazione, e non anche da altri soggetti comunque muniti del potere di rappresentanza: in particolare il Vice Presidente del consiglio di amministrazione della predetta società di progettazione non avrebbe reso le dichiarazioni di cui all'art. 38, comma 1, lettere b) e c) del codice dei contratti;

c) violazione dell'art. 38 del decreto legislativo n. 163 del 2006 e delle prescrizioni del bando di gara nella parte in cui non sarebbero state fornite le ridette dichiarazioni sostitutive anche dal responsabile tecnico della EDILCO;

d) violazione della normativa in materia di appalti nella parte in cui i tre soggetti incaricati da EDILCO della progettazione, e a tal fine indicati nella domanda di gara, hanno dimostrato il possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnici richiesti dal bando solo cumulativamente e non anche singolarmente;

e) violazione dell'art. 75, comma 5, del codice dei contratti, nella parte in cui i ricorrenti non avrebbero prodotto una polizza fideiussoria contenente la clausola di rinnovo in caso di scadenza della medesima nelle more della procedura di gara.

Sui motivi di ricorso incidentale resisteva la ditta ricorrente.

5. Con ordinanza n. 266 del 25 marzo 2011 veniva rigettata l'istanza di tutela cautelare.

6. Alla pubblica udienza del 25 maggio 2011 le parti rassegnavano le proprie rispettive conclusioni ed il ricorso veniva infine trattenuto in decisione.

7. Tutto ciò premesso si affronta in via preliminare il ricorso incidentale, e ciò in stretta applicazione dei principi contenuti nella sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 7 aprile 2011, n. 4.

In essa si afferma infatti che, pur nel rispetto dei canoni essenziali di parità delle parti e di imparzialità del giudice, qualora il ricorso incidentale abbia la finalità di contestare la legittimazione al ricorso principale, il suo esame assume carattere necessariamente pregiudiziale.

Nel superare la tesi sostenuta nella precedente decisione della plenaria n. 11/2008, il Consiglio di Stato aderisce in sostanza al più tradizionale indirizzo interpretativo in tema di ricorso incidentale, affermando il principio di diritto secondo cui il ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale, mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara, deve essere sempre esaminato prioritariamente, anche nel caso in cui il ricorrente principale allegghi l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura (questo per una rimeditazione sull'interesse strumentale che giunge a negare la tutelabilità giurisdizionale di questa pretesa, in quanto sostanzialmente indifferenziata).

Detta priorità logica sussiste indipendentemente dal numero dei partecipanti alla procedura selettiva, dal tipo di censura prospettata dal ricorrente incidentale e dalle richieste formulate dall'amministrazione resistente (salvo che nel caso di ricorso principale manifestamente infondato o inammissibile).

8. Ciò premesso il collegio ritiene di esaminare prioritariamente il motivo sub b) del ricorso incidentale, con il quale si contesta la mancata esclusione dalla gara del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con mandataria l'impresa EDILCO, per avere questa ommesso di allegare, alla propria offerta, le dichiarazioni sostitutive in ordine alla insussistenza delle cause di esclusione di cui alle lett. b) e c) dell'art. 38 del D.Lgs. 163/2006 con riferimento ai progettisti indicati ai sensi dell'art. 53, comma 3 del Codice dei Contratti: in particolare non sarebbe stata fornita la dichiarazione sostitutiva del Vice Presidente della società "Ingegneria e

Servizi” srl – incaricata se del caso del servizio di progettazione – ma soltanto quella del suo Presidente.

8.1. Le questioni che il collegio è chiamato a risolvere sono in particolare le seguenti:

a) se i progettisti “indicati” debbano o meno presentare la dichiarazione *ex art. 38*;

b) in caso di risposta affermativa, quali debbano essere i soggetti tenuti a rilasciare detta dichiarazione.

8.2. Al quesito sub a) ritiene il collegio di rispondere affermativamente sulla base delle seguenti considerazioni:

A. l'allegato B del bando di gara è inequivoco in questa direzione, nella parte in cui si dispone che i progettisti debbano rendere la dichiarazione di cui all'art. 38 del codice contratti;

B. nei punti III.2.2. e III.2.3. del bando di gara si afferma espressamente che i progettisti, anche se “indicati” come nella specie, debbono possedere i requisiti di cui all'art. 66 del DPR n.554 del 1999, *ratione temporis* applicabile.

A tale riguardo l'art. 66 appena citato prevede, al comma 3, che “i concorrenti non devono trovarsi ... nelle condizioni previste dagli articoli 51 e 52” (del medesimo regolamento).

A sua volta l'articolo 52 (recante “esclusione dalle gare di affidamento dei servizi di architettura e di ingegneria”) stabilisce al comma 1 che “sono esclusi dalle procedure di affidamento ... i soggetti ... che si trovino nelle condizioni previste dall'articolo 12 del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157”.

Disposizione, quella da ultimo citata, che prevede per l'appunto una serie di ipotesi di esclusione analoghe a quelle contenute nell'art. 38 del codice dei contratti, con riguardo ossia ai requisiti di affidabilità e moralità professionale (fallimento, condanna per qualsiasi reato che incide sulla loro

moralità professionale, violazione obblighi contributivi e previdenziali, violazione obblighi fiscali, false dichiarazioni in sede di precedenti appalti, etc.).

Per effetto di tale concatenazione normativa va da sé che anche i progettisti “indicati”, dovendo possedere i requisiti di cui all’art. 66 del vecchio regolamento appalti, debbono di conseguenza dimostrare la sussistenza delle richiamate condizioni di affidabilità e moralità professionale.

C. A dimostrazione di quanto appena rilevato, sulla tematica dei progettisti “indicati” la prevalente giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di affermare “che non solo i progettisti associati, ma anche quelli indicati, se di certo non assumono il ruolo di concorrenti, nondimeno partecipano alla gara, apportando al concorrente requisiti da esso non posseduti, con l’evenienza che di detti requisiti il progettista indicato può essere chiamato a dare effettiva dimostrazione *ex art. 48 del Codice*” (così T.A.R. Veneto, sez. I, 14 ottobre 2010 , n. 5431). Se tale necessità è stata affermata per i requisiti “speciali”, la stessa sussiste anche per i requisiti “generali”, atteso che gli uni e gli altri concorrono a formare la “legittimazione” all’appalto, sotto profili diversi ma di uguale rilievo.

In questa direzione, il possesso dei requisiti generali di partecipazione alla gara d'appalto, relativi alla regolarità della gestione delle singole imprese sotto il profilo dell'ordine pubblico nonché della moralità, va verificato anche in capo alle singole imprese/professionisti designati quali esecutori del servizio (di progettazione).

È evidente, infatti, che una cosa è l'individuazione del soggetto, *rectius*, del concorrente in possesso dei requisiti tecnico - organizzativi necessari per la realizzazione dell'opera (ivi compresa l'attività di progettazione), altra cosa è l'individuazione del concorrente "moralmente affidabile"; la relativa verifica va eseguita nei confronti ..."di tutti i soggetti che sono ammessi a partecipare alle gare".

Pertanto i requisiti generali devono essere verificati in capo a tutti i soggetti/concorrenti comunque partecipanti alla gara, e quindi anche in capo ai progettisti "individuati" dall'impresa esecutrice dei lavori (così T.A.R. Lazio Latina, sez. I, 03 agosto 2009, n. 758).

La *ratio* di tale principio risiede nella considerazione per cui, diversamente opinando, risulterebbero violati sia il principio costituzionale di buon andamento, sia il principio comunitario di precauzione, poiché si giungerebbe all'irragionevole conclusione che le stringenti garanzie di serietà economica e moralità professionale richieste inderogabilmente agli imprenditori ai fini della partecipazione alle gare possano essere eluse, in sostanza, da altri soggetti (e tra questi anche i professionisti) che, mediante il sistema della mera "indicazione", riuscirebbero di fatto ad eseguire servizi per una stazione appaltante alla cui gara non potrebbero essere ammessi (T.A.R. Sicilia Palermo, sez. I, 3 marzo 2009, n. 445).

Ne deriva da quanto sopra detto che anche i progettisti "indicati" erano tenuti, nella specie, alle dichiarazioni di cui all'art. 38 codice contratti.

Comunque, nella specie ogni disquisizione in ordine alla differente posizione dei progettisti concorrenti e dei progettisti "indicati" e quindi all'onere di questi ultimi di formulare le dichiarazioni di cui all'art. 38 del d.lgs. n.163 del 2006 non ha ragion d'essere, atteso che il bando di gara nei punti III.2.2. e III.2.3. afferma espressamente che i progettisti, anche se "indicati" come nella specie, debbono possedere i requisiti di cui all'art. 66 del DPR n. 554 del 1999.

La stazione appaltante ha quindi esonerato i concorrenti dall'osservanza delle regole previste dall'art. 90 del d.lgs. n.163/2006 in ordine all'affidamento della progettazione, cioè all'inclusione dei progettisti fra i concorrenti, ma ha salvaguardato le regole sostanziali relative alla "legittimazione" alla partecipazione alla gara, ponendo a carico dei progettisti "indicati" gli stessi oneri che gravano sui progettisti

“concorrenti”.

8.3. Una volta data risposta affermativa al quesito sub a) deve poi rilevarsi, quanto al quesito sub b), come tale obbligo gravi su tutti gli amministratori dotati di potere di rappresentanza e, in particolare, anche sulla figura del vicepresidente. A siffatta conclusione si perviene in base all'esame contestuale della clausola del bando III.2.1., dove si afferma nella sostanza che, in ordine a società quali quelle di specie, siffatto obbligo grava su tutti gli “amministratori muniti del potere di rappresentanza”, e dell'art. 9 dello statuto societario di “Ingegneria e servizi” srl, ove si afferma che il vice presidente sostituisce il presidente della società in caso di impedimento od assenza di quest'ultimo.

8.3.1. Come affermato dalla prevalente giurisprudenza, il criterio interpretativo da seguire al fine di individuare la persona fisica rispetto alla quale, nell'ambito del rapporto societario, assume rilievo la causa di esclusione, e dunque il soggetto tenuto alla dichiarazione sostitutiva di inesistenza di procedimenti penali in corso e sentenze di condanna, consiste nel ricercare, nello statuto della persona giuridica, quali siano i soggetti dotati di poteri di rappresentanza (Cons. Stato, sez. V, 25 maggio 2010 , n. 3325).

Deve ritenersi, quindi, che il primo criterio da seguire per l'individuazione dei soggetti obbligati, con riferimento alle persone giuridiche, è costituito dalla riconoscibilità ed ufficialità del potere della persona fisica di trasferire direttamente, al soggetto rappresentato, gli effetti del proprio operare (T.A.R. Liguria, sez. II, 4 marzo 2010, n. 962; T.A.R. Sicilia Palermo, sez. III, 14 dicembre 2009, n. 1910).

8.3.2. Ebbene siffatta idoneità emerge, nel caso di specie, laddove si prevede (art. 9 statuto) che “il Vice Presidente ... sostituisce il Presidente nei casi di sua assenza od impedimento”.

8.3.3. Né può assumere rilievo, a tale riguardo, la circostanza per cui i

poteri di rappresentanza possano essere esercitati soltanto in funzione vicaria: ciò che infatti rileva, in concreto, è la titolarità del potere e non anche il suo esercizio. Siffatta impostazione trova *a fortiori* conferma nel caso in cui, come nella specie, lo stesso statuto abiliti il soggetto a sostituire in qualsiasi momento e per qualsiasi atto il titolare principale della rappresentanza, in caso di suo impedimento od assenza, senza intermediazione di autorizzazione o di investitura ulteriore e, sostanzialmente, senza controllo sulla effettività dell'impedimento e della assenza (in questi termini Cons. Stato, sez. V, 15 gennaio 2008, n. 36).

8.3.4. Il ricorrente principale eccepisce in proposito che, ad ogni buon conto, l'allegato B del bando di gara sarebbe redatto in modo tale che la dichiarazione debba essere resa soltanto dal legale rappresentante della società che redige il progetto (in questo caso il solo Presidente), non anche da altri soggetti: non sarebbero state necessarie in altre parole distinte dichiarazioni.

L'eccezione non può essere condivisa in quanto il suddetto allegato deve essere letto in uno con citato il punto III.2.1. del bando, dove si parla di "amministratori muniti del potere di rappresentanza" tra i soggetti tenuti alle dichiarazioni ex art. 38: così facendo riferimento anche a soggetti diversi dal legale rappresentante in via ordinaria i quali, come visto sopra, siano comunque in grado di impegnare la società verso l'esterno.

8.4. Il ricorrente principale sostiene altresì, nel resistere al ricorso incidentale in esame, che il vice presidente della società Ingegneria sarebbe in possesso del requisito sostanziale di affidabilità e moralità professionale richiesto dall'art. 38, non avendo mai subito misure di prevenzione né riportato sentenze penali di condanna, e che in ogni caso ricorrerebbero nella specie gli estremi per la applicazione del "falso innocuo".

8.4.1. Quanto al primo aspetto rilevato, osserva il collegio che la *ratio* della norma di cui all'art. 38 del codice dei contratti, 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 per le quali i soggetti che abbiano (o abbiano avuto) un significativo ruolo decisionale e gestionale si trovino in alcune delle situazioni descritte nella richiamata disposizione.

Tanto premesso, la tesi propugnata dalla società che resiste al ricorso incidentale è che non già la dichiarazione bensì l'effettiva sussistenza o meno del requisito costituisca ragione dell'esclusione o meno dalla procedura ad evidenza pubblica

Siffatta impostazione non può essere condivisa

Come affermato dalla prevalente giurisprudenza, “la circostanza per cui la dichiarazione circa la insussistenza di cause di esclusione dalla gara è volta a soddisfare al medesimo tempo l'interesse pubblico alla piena conoscibilità dei fatti rilevanti e l'interesse del dichiarante alla partecipazione alla gara delinea e plasma in modo del tutto peculiare il carattere di esigibilità della condotta e l'onere di diligenza che possono essere imposti in capo al soggetto privato, anche perché quest'ultimo potrebbe ritrarre un vantaggio personale (ridondante in un danno per l'interesse pubblico), nel condurre in modo non pienamente diligente l'attività conoscitiva prodromica alla dichiarazione sostitutiva finalizzata alla partecipazione alla gara. Conseguentemente, deve ritenersi che la concomitante sussistenza dei due richiamati interessi postuli un onere di diligenza particolarmente elevato, sino ad imporre al dichiarante di realizzare ogni condotta idonea a disporre del quadro conoscitivo più ampio possibile prima di rendere la dichiarazione prodromica alla partecipazione alla gara” (così Cons. Stato, sez. VI, 5 luglio 2010, n. 4243).

In questa direzione l'articolo 38 del codice dei contratti pubblici impone la piena – e soprattutto preventiva – conoscenza della propria posizione e,

conseguentemente, la obbligatorietà della connessa dichiarazione (Cons. Stato, sez. V, 7 maggio 2008, n. 2090; 15 gennaio 2008, n. 36).

Ed infatti tali dichiarazioni sono a ben vedere 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” (cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3742).

Coerentemente ai principi appena affermati questa stessa sezione ha avuto modo di affermare che “l'esigenza di ordinato svolgimento della gara e di opportuna trasparenza richiedono di anticipare al momento della presentazione dell'offerta la dichiarazione del possesso dei prescritti requisiti” e che “la stessa lettera della disposizione (art. 38 comma 2 citato) non fa riferimento a presentazione di tale dichiarazione nel corso della gara per l'ipotesi di mancanza di cause ostative”: in altre parole, si tratta di adempimenti cui il partecipante alla gara è tenuto *ex ante* onde garantire il regolare svolgimento della gara senza per questo riconnettere particolari oneri istruttori in capo alla PA procedente.

D'altra parte la giurisprudenza ha costantemente negato, in siffatte ipotesi (omessa dichiarazione *ex art.* 38), che si possa ricorrere anche solo sussidiariamente all'istituto della regolarizzazione.

Ed infatti in sede di applicazione dell'art. 46, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163 (in base al quale, nei limiti previsti dagli artt. da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in

ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati), il delicato punto di equilibrio tra *favor participationis* e *par condicio* fra i concorrenti deve essere trovato nella distinzione fra il concetto di regolarizzazione (sempre possibile) e quello di integrazione documentale (non ammissibile, costituendo un'attività che si risolverebbe in una lesione della parità di trattamento fra i partecipanti).

Al riguardo la giurisprudenza amministrativa dominante (cfr. T.A.R. Sardegna, sez. I, 9 ottobre 2009, n. 1537; TAR Lazio Roma, Sez. II, 22 settembre 2008, n. 8425; T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 27 maggio 2010, n. 9649; T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 1° marzo 2010, n. 1206) si è espressa nel senso che la facoltà della stazione appaltante di richiedere chiarimenti e di invitare i concorrenti a regolarizzare documenti presentati non può spingersi fino ad obliterare l'inosservanza di adempimenti procedurali richiesti a pena di esclusione e non può esercitarsi in caso di radicale mancanza delle dichiarazioni prescritte, atteso che, in tale ultima evenienza, si consentirebbe al concorrente in difetto di completare la domanda successivamente alla scadenza del termine di presentazione stabilito dal bando, attribuendogli un indebito vantaggio concorrenziale con corrispondente lesione della parità di condizioni competitive rispetto agli altri partecipanti alla gara (cfr. Cons. Stato, sez. V, 11 febbraio 2005, n. 392; Cons. Stato, sez. IV, 25 marzo 2005, n. 1284; Cons. Stato, sez. V, 6 marzo 2006, n. 1068; Cons. Stato, sez. VI, 18 dicembre 2009, n. 8386; T.A.R. Sicilia Palermo, sez. II, 12 maggio 2010, n. 6689).

In questi termini l'eccezione non può dunque essere accolta in quanto, come appena rilevato, la sussistenza dei requisiti deve essere dichiarata *ex ante* e non in via postuma, come pretenderebbe di fare il ricorrente principale.

8.4.2. Il ricorrente principale sostiene altresì che possano ricorrere nella specie gli estremi per l'applicazione del "falso innocuo".

Osserva il collegio come la nozione di "falso innocuo" (di origine penalistica) risulti applicabile al fine di escludere la rilevanza della falsità delle dichiarazioni non veritiere rese dai soggetti partecipanti alle gare pubbliche, ai sensi dell'art. 38 del codice dei contratti, tutte le volte che essa non abbia prodotto alcun pregiudizio agli interessi presidiati dalla norma che impone di attestare una determinata circostanza (sia essa contenuta nella legge o nel bando) e non abbia procurato all'impresa dichiarante alcun vantaggio competitivo (T.A.R. Veneto, sez. I, 31 marzo 2011, n. 187).

Nell'ambito dei rapporti amministrativi, la valutazione del carattere innocuo del falso deve essere compiuta "ex ante", con la conseguenza che non può essere considerato innocuo il falso potenzialmente in grado di incidere sulle determinazioni dell'Amministrazione: pertanto, qualora la "lex specialis" di gara richieda all'impresa informazioni puntuali che non lasciano spazio a valutazioni in ordine alla rilevanza o meno di determinate informazioni, la loro omissione costituisce una legittima causa di esclusione (T.A.R. Lombardia Milano, sez. III, 1° marzo 2011, n. 599; T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 31 dicembre 2010, n. 39288).

In siffatta ipotesi, la causa di esclusione non è solo quella, sostanziale, dell'essere stata commessa una grave violazione, ma anche quella, formale, di aver omesso una dichiarazione prescritta dal bando (Cons. Stato, sez. VI, 21 dicembre 2010, n. 9324; Cons. Stato, sez. VI, 4 agosto 2009, n. 4905).

Il collegio ritiene dunque di non discostarsi da quell'orientamento in base al quale, in tema di dichiarazioni ai fini della partecipazione alla gara per l'affidamento di un appalto pubblico, non è invocabile il c.d. falso innocuo in caso di dichiarazione del tutto omessa, a fronte della sua obbligatorietà sancita a pena di esclusione dalla "lex specialis" (T.A.R. Sicilia Palermo, sez. III, 12 ottobre 2010, n. 11959): in questi casi non occorre infatti porsi il problema tra mancanza effettiva del requisito (da sanzionare con l'esclusione) e mancanza della attestazione del possesso del requisito (che in

ipotesi potrebbe non comportare siffatta esclusione), e ciò in quanto la mancanza della dichiarazione sostitutiva è espressamente prevista dalla *lex specialis* come causa di esclusione (cfr. Cons. Stato, 1° aprile 2011, n. 2066).

Ora, poiché nel caso in esame il bando di gara è chiaro nel prevedere siffatta dichiarazione “a pena di esclusione” (punto III.2.1. del bando), va da sé che l’istituto del “falso innocuo” non potrebbe in alcun modo trovare applicazione.

Per tali ragioni anche tale eccezione deve essere respinta.

9. Sulla scorta delle considerazioni esposte la stazione appaltante avrebbe dunque dovuto escludere dalla gara il gruppo ricorrente per incompleto assolvimento, da parte della società “Ingegneria e Servizi” indicata per la progettazione, degli adempimenti documentali imposti dall’art. 38, comma 1, lett. b) e c), del codice dei contratti pubblici.

9.1. Il ricorso incidentale, assorbita ogni altra censura, è allora fondato e deve trovare accoglimento.

9.2. Come affermato nella citata sentenza dell’adunanza plenaria n. 4 del 2011, la accertata fondatezza del ricorso incidentale preclude di conseguenza al giudice l’esame del merito delle domande proposte con il ricorso principale.

9.3. In definitiva, quindi:

- a) va accolto il ricorso incidentale proposto dalle società controinteressate ;
- b) per l’effetto, devono essere dichiarati inammissibili le censure proposte da EDILCO con il proprio ricorso principale e con i connessi motivi aggiunti, per difetto di legittimazione.

10. Stante la complessità della questione sussistono peraltro giusti motivi per compensare le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 135 del 2011, dichiara

inammissibile il ricorso principale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 25 maggio 2011  
con l'intervento dei magistrati:

Antonio Cavallari, Presidente

Luigi Viola, Consigliere

Massimo Santini, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/09/2011

IL SEGRETARIO

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