



PUBBLICA AMMINISTRAZIONE (P.A.) - CONTRATTI DELLA P.A.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI, 18 GENNAIO 2012, N. 178.

L'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, nella parte in cui elenca le dichiarazioni di sussistenza dei requisiti morali e professionali richiesti ai fini della partecipazione alle procedure di gara, assume come destinatari tutti coloro che, in quanto titolari della rappresentanza dell'impresa, siano in grado di trasmettere, con il proprio comportamento, la riprovazione dell'ordinamento nei riguardi della loro personale condotta, al soggetto rappresentato. Pertanto, deve ritenersi sussistente l'obbligo di dichiarazione non soltanto da parte di chi rivesta formalmente la carica di amministratore, ma anche da parte di colui che, in qualità di procuratore ad negotia, abbia ottenuto il conferimento di poteri consistenti nella rappresentanza dell'impresa e nel compimento di atti decisionali.

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

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

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7312 del 2011, proposto dalla società Coopsette Soc. Coop., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale Capogruppo di A.T.I. con la società Pi. Costruzioni S.p.a. e con la società San Martino Soc. Coop, rappresentata e difesa dall'avvocato Gianluigi Pellegrino, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, corso del Rinascimento, 11;

contro

Autorità Portuale Salerno, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Marcello Feola e Barbara Pisacane, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

nei confronti di

Consorzio Stabile Infrastrutture, in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e in qualità di capogruppo mandataria di A.T.I. con la società R.C.M. Costruzioni s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Clarizia, Francesco Armenante ed Enzo Perrettini, con domicilio eletto presso Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

Trevi S.p.a.;



per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - SEZIONE STACCATA DI SALERNO, SEZIONE I, n. 1244/2011, resa tra le parti, concernente AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA DELL'APPALTO DI PROGETTAZIONE ESECUTIVA ED ESECUZIONE DEL CONSOLIDAMENTO DEL MOLO TRAPEZIO LEVANTE E DELLA TESTATA DEL MOLO MANFREDI DEL PORTO COMMERCIALE DI SALERNO

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità Portuale Salerno e del Consorzio Stabile Infrastrutture - R.C.M. Costruzioni S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 novembre 2011 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti gli avvocati Pellegrino, Feola, Armenante, Clarizia e Perrettini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società cooperativa Coopsette riferisce di aver partecipato in qualità di capogruppo di A.T.I. con la società Pi. Costruzioni s.p.a. e con la società San Martino soc.coop. alla gara, indetta dall'Autorità Portuale di Salerno nel gennaio del 2009, per l'affidamento di un appalto integrato per la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori di consolidamento del Molo Trapezio Levante e della testata del Molo Manfredi del porto commerciale di Salerno, per un importo a base d'asta, al netto d'I.V.A., pari a euro 24.355.220,71, da aggiudicarsi mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Ai fini della presente decisione, si ritiene di richiamare alcune delle previsioni della lex specialis di gara.

Il bando di gara (art. III.2.1.3) prevedeva che ciascun offerente dovesse dimostrare "la proprietà o la disponibilità in via esclusiva e per tutta la durata dei lavori delle attrezzature elencate nel modello B messo a disposizione dalla stazione appaltante".

Il capitolato speciale d'appalto (art. 3, lett. q)) prevedeva che i concorrenti dovessero attestare la proprietà o la disponibilità o il pronto impiego dei vibroaffondatori, ovvero - in alternativa - produrre "l'originale della dichiarazione di un terzo che dimostri la proprietà o la disponibilità delle attrezzature (...) (impegnandosi) a mettere a disposizione dell'appaltatore le predette attrezzature per tutto il tempo necessario all'esecuzione delle lavorazioni (...)".

La lettera di invito (art. 9.2.1. n 2)) prevedeva che i concorrenti dovessero dimostrare " (il) pronto impiego, disponibilità e idoneità, con le caratteristiche richieste, di tutte le attrezzature richieste dall'art. 3, lett. q) del CSA e che sono state richieste al punto III.2.1.3) del bando (...) ovvero in alternativa originale della dichiarazione di impegno, resa da un



terzo (...) con la quale questo si impegna a mettere a disposizione dell'appaltatore le predette attrezzature per tutto il tempo necessario all'esecuzione delle lavorazioni (...)"

All'esito dei lavori della commissione giudicatrice, veniva stilata la graduatoria finale la quale, ai fini che qui rilevano, era così composta:

1) al primo posto, con 76,183 punti, era classificata l'A.T.I. composta dal Consorzio Stabile Infrastrutture - capogruppo, mandataria - e dalla società R.C.M. Costruzioni s.r.l. - mandante - (d'ora innanzi: "l'A.T.I. CSI");

2) al secondo posto, con 75,158 punti, era classificata l'A.T.I. Trevi;

3) al terzo posto, con 69,796 punti, era classificata l'A.T.I. odierna appellante (d'ora innanzi: "l'A.T.I. Coopsette").

L'atto di aggiudicazione veniva impugnato dall'odierna appellante dinanzi al T.A.R. della Campania - Sezione staccata di Salerno dall'A.T.I. Coopsette, la quale ne lamentava l'illegittimità e ne chiedeva l'annullamento per svariati motivi inerenti la posizione delle A.T.I. prima e seconda classificata.

Si costituiva in giudizio l'A.T.I. CSI, la quale proponeva plurimi motivi ricorso incidentale, finalizzati a paralizzare l'azione proposta in principalità dall'A.T.I. Coopsette, in quanto priva dei requisiti di partecipazione.

Con ordinanza 8 ottobre 2010, n. 931, il Tribunale adito respingeva l'istanza di sospensione cautelare degli atti impugnati.

L'ordinanza in parola veniva riformata in sede di appello dall'ordinanza di questo Consiglio di Stato 25 ottobre 2010, n. 4908 con la quale, ai fini dell'art. 55, co. 10 del c.p.a., veniva chiesto al Tribunale di procedere alla più celere fissazione del ricorso nel merito. Questo Giudice di appello osservava, al riguardo, "che il ricorso all'esame, attesa la natura e la complessità delle questioni sollevate anche dalle parti intime necessita di essere rapidamente definito con sentenza di merito, vieppiù rilevando che il giudice di primo grado, nel respingere la istanza cautelare, non si è soffermato a delibare il merito del ricorso, sia pur sotto il solo profilo del *fumus boni iuris*".

Con la sentenza oggetto del presente gravame, il Tribunale adito ha accolto il sesto motivo di ricorso incidentale e, per l'effetto, ha rilevato l'insussistenza in capo all'A.T.I. Coopsette dell'interesse all'impugnativa degli atti di gara, in quanto la stessa avrebbe dovuto essere esclusa ai sensi dell'art. 38 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

In particolare, il T.A.R. ha osservato che l'A.T.I. Coopsette avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto, in relazione la società di progettazione indicata (la soc. Projenia s.r.l.), risultavano carenti alcune delle dichiarazioni di cui all'art. 38, d.lgs. 163, cit.

Nella specie, difettavano le dichiarazioni ex art. 38 relative agli amministratori muniti del potere di rappresentanza e dei direttori tecnici delle due società (Nuova Industry s.r.l. e Studio Tecnico di Ingegneria) che si erano fuse per incorporazione nella società Projenia s.r.l.

La sentenza in questione veniva gravata in sede di appello dall'A.T.I. Coopsette, la quale ne chiedeva l'integrale riforma articolando i seguenti motivi di gravame:

1) Erroneo accoglimento del ricorso incidentale.



Erroneamente il T.A.R. avrebbe accolto il motivo di ricorso incidentale fondato sulla mancata presentazione delle dichiarazioni di cui all'art. 38, d.lgs. 163 del 2006 in relazione alla società di progettazione Projenia (rectius: in relazione agli amministratori e ai direttori tecnici di due società che si erano fuse per incorporazione nella società in parola).

Ciò, in quanto non sussisterebbe l'obbligo di rendere la dichiarazione in parola in relazione a progettisti meramente "indicati", i quali non assumerebbero la qualità di concorrenti e non rileverebbero ai fini della verifica dei requisiti di ordine generale.

Ad ogni modo, risulterebbe comunque erronea la tesi secondo cui, in caso di fusione per incorporazione, le predette dichiarazioni dovrebbero essere rese in relazione agli amministratori e ai direttori tecnici delle società incorporate.

Ancora, in base alle previsioni di cui all'art. 45 della direttiva 2004/18/CE, l'esclusione non potrebbe essere disposta sulla base del mero dato formale dell'omessa dichiarazione, dovendosi - piuttosto - riguardare al dato sostanziale del possesso in concreto dei requisiti.

2) Fondatezza del ricorso principale.

Una volta superato il motivo di inammissibilità enunciato dalla sentenza in epigrafe, occorrerebbe esaminare nel merito il ricorso principale a suo tempo proposto e concludere nel senso che l'A.T.I. CSI (prima classificata, odierna appellata) avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto priva del necessario requisito di partecipazione relativo alla pronta disponibilità di specifici mezzi ed attrezzature (si tratta, in particolare, dei vibroaffondatori, di cui l'A.T.I. CSI non avrebbe dimostrato la pronta disponibilità nei termini richiesti dalla lex specialis di gara).

3) Violazione sotto ulteriori decisivi profili delle norme di gara.

L'Autorità portuale avrebbe, altresì, dovuto escludere dalla gara l'A.T.I. CSI, la quale non aveva allegato alla propria istanza di partecipazione la traduzione giurata dei documenti relativi alle attrezzature tecniche presentate, in tal modo violando una precisa disposizione della lex specialis di gara.

4) Violazione e falsa applicazione dell'art. 9.2.1. della lettera di invito. Violazione e falsa applicazione dell'art. 3, lettera q) del c.s.a.

L'Autorità portuale avrebbe, inoltre, dovuto escludere dalla gara l'A.T.I. Trevi (seconda classificata), per ragioni attinenti sia l'ambito oggettivo dei requisiti, sia l'ambito soggettivo.

5) Violazione della lex specialis sotto altro profilo

L'Autorità portuale avrebbe, altresì, dovuto escludere dalla gara l'A.T.I. Trevi (seconda classificata), per ragioni attinenti il possesso di specifiche attrezzature per l'esecuzione di pali di grande diametro.

6) Violazione della lex specialis e del d.P.R. 445 del 2000.

L'A.T.I. Trevi avrebbe inoltre, dovuto essere esclusa per aver prodotto una irrilevante dichiarazione in ordine alla disponibilità dei mezzi necessari all'esecuzione dell'appalto.

L'appellante chiedeva, altresì, dichiararsi l'inefficacia del contratto medio tempore stipulato e disporsi il subentro in proprio favore. L'appellante chiedeva, inoltre, la condanna dell'Autorità portuale al risarcimento dei danni patiti e patienti in conseguenza delle illegittimità poste in essere.



Si costituiva in giudizio l'ATI C.S.I., la quale concludeva nel senso della reiezione del gravame, confermando la correttezza delle ragioni poste a fondamento del sesto motivo di ricorso incidentale (accolto dal T.A.R.) e riproponendo gli ulteriori motivi di ricorso, ritenuti assorbiti dai primi Giudici, volti alla declaratoria di inammissibilità del primo ricorso.

Si costituiva, altresì, in giudizio l'Autorità portuale di Salerno, la quale concludeva a propria volta nel senso della reiezione del gravame.

Nel merito, poi, il CSI concludeva nel senso del rigetto dell'appello in quanto infondato.

All'udienza pubblica del giorno 8 novembre 2011 il ricorso veniva trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Giunge alla decisione del Collegio l'appello proposto da una società attiva nel settore delle lavorazioni portuali avverso la sentenza del T.A.R. della Campania - Sezione staccata di Salerno con cui, in accoglimento del ricorso incidentale proposto dall'A.T.I. prima classificata, è stato dichiarato inammissibile il ricorso proposto dall'odierna appellante avverso gli atti conclusivi di una gara d'appalto indetta dall'Autorità Portuale di Salerno per l'affidamento di alcuni lavori in ambito portuale.

2. L'appello è infondato.

2.1. Come si è anticipato in narrativa, l'odierna appellante (terza classificata) ha chiesto al T.A.R. di accertare e dichiarare che tanto la prima classificata (A.T.I. CSI, odierna appellata), tanto la seconda classificata (A.T.I. Trevi) avrebbero dovuto essere escluse dalla procedura di gara, con conseguente aggiudicazione della stessa in favore dell'odierna appellante.

Si è altresì anticipato che l'appellata (prima classificata), nel costituirsi in giudizio dinanzi al T.A.R. ha altresì proposto un ricorso incidentale di carattere espulsivo, finalizzato alla declaratoria di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse alla sua proposizione, atteso che l'A.T.I. Coopsette non avrebbe comunque potuto essere ammessa alla gara.

In particolare, la prima classificata ha articolato sei motivi di ricorso incidentale, uno solo dei quali (il sesto) è stato esaminato funditus e ritenuto fondato dal T.A.R., il quale ha conseguentemente dichiarato inammissibile il ricorso dell'odierna appellante.

Giova qui richiamare brevemente il contenuto dei motivi di ricorso incidentale proposti in primo grado e nella presente sede puntualmente riproposti dall'A.T.I. CSI.

In particolare, l'A.T.I. aggiudicataria sostiene che l'appellante avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura di gara:

1) in quanto non aveva prodotto ai fini partecipativi le dichiarazioni ex art. 38, d.lgs. 163 del 2006 in relazione a due procuratori speciali della soc. Coopsette (i signori i signori Fe. e Ca.);

2) in quanto, in relazione alla società Projenia (incaricata della progettazione), non erano state prodotte le dichiarazioni ex art. 38 di un procuratore speciale dotato di rilevanti poteri negoziali (il sig. Cl.);



3) in quanto, in relazione alla stessa soc. Coopsette, non erano state prodotte le dichiarazioni ex art. 38 di un procuratore cessato dalla carica nel triennio antecedente alla gara (il sig. Ti.);

4) in quanto la soc. Coopsette aveva dichiarato che si sarebbe servita, ai fini dell'esecuzione dell'appalto, di un macchinario (infiessore) la cui potenza (coppia massima della forza di rotazione) era inferiore a quella minima richiesta dalla lex specialis di gara (pari a 275 KNm);

5) in quanto la società che avrebbe dovuto mettere a disposizione i macchinari necessari per le lavorazioni risultava non più attiva;

6) in quanto, infine, in relazione alla società Projenia (incaricata della progettazione), non erano state prodotte le dichiarazioni ex art. 38 relative ai signori Be., Re., Be. e Ga., amministratori di due società fuse per incorporazione nell'ambito della stessa Projenia (si tratta, come anticipato in narrativa, del motivo di ricorso incidentale ritenuto dirimente dal T.A.R.) ai fini della declaratoria di inammissibilità del ricorso principale.

2.2. Il Collegio ritiene che la res controversa possa essere definita facendo applicazione dei principi affermati dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria 7 aprile 2011, n. 4, la quale ha chiarito che il ricorso incidentale, laddove diretto a contestare la legittimazione al ricorso del ricorrente principale attraverso censure volte a contestare il titolo in capo a questi alla partecipazione alla gara, deve essere sempre esaminato in via prioritaria, rivestendo priorità logica rispetto ai motivi articolati con il ricorso proposto principaliter.

Conseguentemente, devono essere esaminati in via prioritaria tutti i motivi del ricorso incidentale di carattere espulsivo articolato in primo grado (ivi compresi -scil. - quelli non esaminati dal T.A.R. in quanto ritenuti assorbiti sulla base dell'accoglimento del sesto motivo di ricorso incidentale e nella presente sede puntualmente riproposti).

Laddove uno solo di tali motivi risulti fondato, la necessaria conseguenza sarà nel senso della reiezione dell'appello, dovendosi confermare la declaratoria di inammissibilità del primo ricorso.

2.2.3. Ad avviso del Collegio, sono meritevoli di accoglimento il primo, il secondo e il terzo degli argomenti su cui era fondato il ricorso incidentale proposto in primo grado (e i cui termini essenziali sono stati richiamati retro, sub 2.1.).

Con i motivi in parola si era osservato che l'A.T.I. appellante avrebbe dovuto essere esclusa per non aver allegato alla domanda di partecipazione le dichiarazioni di cui all'art. 38 del codice dei contratti relative: a) a due procuratori speciali della soc. Coopsette, muniti di rilevanti poteri negoziali (i signori Fe. e Ca.); di un procuratore speciale della società Projenia, incaricata della progettazione (il signor Cl.), nonché c) di un procuratore della stessa società Coopsette cessato dalla carica nel triennio antecedente alla pubblicazione del bando di gara (il signor Ti.).

2.2.4. Il Collegio ritiene che, ai fini della corretta impostazione della res controversa, occorra risolvere tre questioni.

In primo luogo, occorre domandarsi se nei confronti dei procuratori speciali sussistano gli obblighi di cui all'art. 38 del d.lgs. 163 del 2006.



In secondo luogo occorre domandarsi se, nel caso di un appalto integrato di progettazione esecutiva e di esecuzione, gli obblighi di cui all'art. 38, cit. sussistano anche in relazione a una società di progettazione che il soggetto partecipante abbia indicato quale soggetto incaricato dell'attività di progettazione e di cui si sarebbe a tal fine avvalso.

In terzo luogo occorre domandarsi se la giurisprudenza di questo Consiglio formatasi sulla questione del c.d. "falso innocuo" in tema di dichiarazioni ex art. 38, cit., possa trovare applicazione anche nelle ipotesi in cui la *lex specialis* di gara commini l'esclusione dalla procedura in relazione al solo dato (per così dire: "formale ed estrinseco") della mancata, inesatta o irregolare dichiarazione in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione.

2.2.3.1. Al primo quesito deve essere fornita risposta affermativa.

Al riguardo, non sfugge al Collegio l'esistenza di un orientamento giurisprudenziale secondo il quale gli obblighi di cui all'art. 38, comma 1, lettera c) sono riferibili ai soli amministratori della società muniti di poteri di rappresentanza e ai direttori tecnici, ma non anche ai procuratori speciali, con la conseguenza che tali obblighi non incombono anche su questi ultimi (fra tutte: Cons. Stato, V, 25 gennaio 2011, n. 513).

Tuttavia, si ritiene che prevalenti ragioni sistematiche inducano a preferire la diversa opzione interpretativa secondo cui l'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, nella parte in cui elenca le dichiarazioni di sussistenza dei requisiti morali e professionali richiesti ai fini della partecipazione alle procedure di gara, assume come destinatari tutti coloro che, in quanto titolari della rappresentanza dell'impresa, siano in grado di trasmettere, con il proprio comportamento, la riprovazione dell'ordinamento nei riguardi della loro personale condotta, al soggetto rappresentato.

Pertanto, deve ritenersi sussistente l'obbligo di dichiarazione non soltanto da parte di chi rivesta formalmente la carica di amministratore, ma anche da parte di colui che, in qualità di procuratore ad negotia, abbia ottenuto il conferimento di poteri consistenti nella rappresentanza dell'impresa e nel compimento di atti decisionali (sul punto, cfr. - ex multis - : Cons. Stato, V, 9 marzo 2010, n. 1373; id., VI, 24 novembre 2009, n. 7380; id., V, 26 gennaio 2009 n. 375).

Le conclusioni cui è pervenuta la giurisprudenza da ultimo richiamata risultano tanto più persuasive nel caso in esame, laddove è accertato - ad esempio - che al signor Cl. (procuratore speciale della società Projenia) era riconosciuto un ampio potere di rappresentanza negoziale, tale da consentirgli di adottare nei confronti dei soggetti pubblici atti di valore fino a 100mila euro.

Si tratta, come è evidente, di poteri di rappresentanza di rilevanza sostanziale e di contenuto economico tali da giustificare senz'altro l'assoggettamento agli obblighi di cui al più volte richiamato art. 38.

2.2.3.2. Anche al secondo quesito (relativo al se, nel caso di un appalto integrato di progettazione esecutiva e di esecuzione, gli obblighi di cui all'art. 38, cit. sussistano anche in relazione a una società di progettazione che il soggetto partecipante abbia indicato quale soggetto incaricato dell'attività di progettazione) deve essere fornita risposta in senso affermativo.



Dal punto di vista normativo, mette conto richiamare la previsione di cui al comma 2 dell'art. 53 del d.lgs. 163 del 2006, a tenore del quale "quando il contratto ha per oggetto anche la progettazione, ai sensi del comma 2, gli operatori economici devono possedere i requisiti prescritti per i progettisti, ovvero avvalersi di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta, o partecipare in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione. Il bando indica i requisiti richiesti per i progettisti, secondo quanto previsto dal capo IV del presente titolo (progettazione e concorsi di progettazione), e l'ammontare delle spese di progettazione comprese nell'importo a base del contratto".

Ora, il bando di gara (punto III.2.1.2) prescriveva, in relazione ai progettisti, l'osservanza (inter alia) dell'art. 66 del d.P.R. 554 del 1999, il cui comma 2 stabiliva che "i concorrenti non devono trovarsi (...) nelle condizioni previste dagli articoli 51 e 52".

Ebbene, l'articolo 52 del regolamento (articolo rubricato "esclusione dalle gare di affidamento dei servizi di architettura e di ingegneria"), dal canto suo, stabiliva l'esclusione dalle procedure di affidamento dei servizi di progettazione (inter alia) a carico dei soggetti i quali si trovassero nelle condizioni previste dall'articolo 12 del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157 (disposizione da ultimo trasfusa nell'articolo 38 del "codice dei contratti").

Già sotto tale profilo, quindi, deve concludersi nel senso che nel caso in esame, il possesso dei requisiti di ordine generale dovesse essere attestato anche in relazione ai soggetti indicati come incaricati delle attività di progettazione.

In termini analoghi si è, altresì, espressa la giurisprudenza di questo Consiglio nella vigenza del comma 1ter dell'art. 19 della legge 109 del 1994 (cui corrisponde, ora, il comma 3 dell'art. 53 del "codice dei contratti"), il quale aveva stabilito che, in caso di appalto integrato, l'offerente potesse avvalersi, ai fini della progettazione, di un "progettista qualificato".

Al riguardo si era condivisibilmente osservato che "il testo dell'art. 19, co. 1ter, non solo non limita testualmente, ma neppure autorizza a limitare il detto richiamo ai requisiti di qualificazione, già richiesti dal periodo precedente ("deve avvalersi di un progettista qualificato... individuato in sede di offerta"), sicché deve ritenersi applicabile integralmente l'indicata normativa, identificabile nell'art. 52 del regolamento. Del resto, la ratio agevolatrice del concorrente (ancorché "unico") della prevista possibilità di indicazione del progettista non può incidere sulla necessità che sia garantita - quanto meno tendenzialmente - l'affidabilità e l'onorabilità nei riguardi di chi venga comunque in rapporto diretto con la pubblica amministrazione, indipendentemente dal soggetto (il concorrente) destinatario del pagamento del corrispettivo e su cui ricada l'eventuale responsabilità da inadempimento" (Cons. Stato, V, 20 ottobre 2010, n. 7581).

In base a quanto sin qui esposto, deve concludersi nel senso che le dichiarazioni in ordine ai requisiti di ordine generale dovessero nel caso di specie essere rese anche dal soggetto (la società Projenia) indicata come incaricata delle attività di progettazione.

2.2.3.3. Al terzo dei richiamati quesiti (relativo al se la giurisprudenza di questo Consiglio formatasi sulla questione del c.d. "falso innocuo" in tema di dichiarazioni ex art. 38, cit., possa trovare applicazione anche nelle ipotesi in cui la *lex specialis* di gara commini in modo espresso l'esclusione dalla procedura in relazione al solo dato della mancata, inesatta o



irregolare dichiarazione in ordine al possesso dei requisiti) deve essere fornita risposta in senso negativo.

Al riguardo ci si limita ad osservare che una siffatta clausola escludente era espressamente inclusa nella lex specialis di gara e che (a prescindere dalla legittimità o meno del relativo contenuto sostanziale), tale clausola non è stata impugnata dall'A.T.I. appellante.

In particolare, il bando di gara stabiliva in modo espresso che l'omissione o l'irregolarità anche di uno solo dei documenti prescritti ai fini della partecipazione, nonché la mancata dimostrazione del possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva, ovvero la mancata produzione di idonea documentazione avrebbe senz'altro determinato l'esclusione dalla gara.

2.3. In definitiva, deve essere condiviso l'argomento (già proposto dall'appellata nel giudizio di primo grado in sede di ricorso incidentale e nella presente sede puntualmente riproposto) secondo cui l'A.T.I. appellante avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per non aver allegato alla domanda di partecipazione le dichiarazioni di cui all'art. 38 del codice dei contratti in relazione ad alcuni procuratori speciali della stessa società Coopsette e della società incaricata della progettazione (Projenia), nonostante la lex specialis comminasse in modo espresso l'esclusione dalla gara a tale tipologia di omissioni.

2.4. Fermo restando il carattere dirimente ai fini del decidere di quanto innanzi osservato sub 2.2., si osserva che appare altresì fondato l'argomento (già sollevato dall'A.T.I. CSI in sede di ricorso incidentale dinanzi al T.A.R. e nella presente sede puntualmente riproposto) secondo cui l'A.T.I. Coopsette avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura dal momento che il soggetto che avrebbe dovuto mettere a sua disposizione i macchinari necessari per l'effettuazione delle lavorazioni (la società Soil Services) risultava inattiva sulla base della pertinente documentazione camerale risalente all'anno 2010.

Sotto tale aspetto non può in alcun modo ritenersi probante in senso contrario la documentazione prodotta dall'A.T.I. appellante (memoria in data 21 ottobre 2011), in quanto essa attesta l'attività della società in questione per gli anni 2008 e 2009, mentre le lavorazioni non sarebbero iniziate prima dell'anno 2010 (anno in cui la società in questione, verosimilmente, non era in grado di garantire la pronta disponibilità dei macchinari richiesta dalla lex specialis di gara).

3. Dalla rilevata infondatezza del ricorso in epigrafe consegue altresì la reiezione delle istanze risarcitorie richiamate in premessa.

4. Per le ragioni dinanzi esposte, il ricorso in epigrafe deve essere respinto.

Il Collegio ritiene che sussistano giusti motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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



Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Coraggio, Presidente

Roberto Garofoli, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

Roberta Vigotti, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 18 GEN. 2012