

Discrezionalità della stazione appaltante per grave negligenza dei concorrenti nelle gare di appalto e soccorso istruttorio

di Libera Valla

Data di pubblicazione: 15-10-2016

1. Ai sensi dell'art. 38 co. 1, lett. f), D.Lgs n.163/2006, l'impresa che aspira alla stipula del contratto deve portare a conoscenza dell'Amministrazione tutti gli avvenimenti rilevanti relativi alla propria affidabilità professionale compresi gli inadempimenti verso altri soggetti committenti ancora *sub iudice* e privi di accertamento giurisdizionale della responsabilità (1), essendo rimesso alla stazione appaltante un ampio spazio discrezionale nella valutazione circa la sussistenza o meno del requisito di affidabilità, soggetta al sindacato del Giudice amministrativo nei soli limiti della manifesta illogicità, della chiara irrazionalità o del determinante errore fattuale (2).

2. Non è possibile invocare il soccorso istruttorio in presenza di una dichiarazione reticente, attesa l'inidoneità di qualsivoglia integrazione dichiarativa postuma a sanare l'omissione integrante la violazione di un essenziale dovere di correttezza comportamentale più che di un mero onere formale (3).

(1) Conforme Consiglio di Stato, sez VI, sent. 14 agosto 2013, n.4147, Cons. Stato, IV, sent. 11 luglio 2016, n.3070, Corte di Giustizia dell'Unione Europea Sez., n. 470 del 18 dicembre 2014.

(2) Conforme Cons. Stato, V, sent. 22 novembre 2014, n.5763; TAR Puglia Bari, sent. 22 gennaio 2016, n.58; Corte giustizia dell'Unione Europea, Sez. III, 13 dicembre 2012, n. 465.

(3) Conforme Cons. Stato, V, sent. 11 aprile 2016, n.1412; Cons. Stato V, sent. 19 maggio 2016. In senso contrario Cons. Stato, sent. IV, 25 maggio 2015, n. 2589.

Guida alla lettura

Con la sentenza in rassegna, il TAR pugliese sottolinea come l'obbligo dichiarativo a cui è

tenuto un concorrente nel caso in cui, in precedenti commesse, si siano verificate circostanze che abbiano determinato risoluzioni contrattuali ovvero azioni risarcitorie ad iniziativa del committente, sia la conseguenza dell'ampio potere discrezionale di cui gode la stazione appaltante nell'individuare il punto di rottura dell'affidamento nel futuro contraente.

La sentenza affronta poi il problema del rapporto tra l'omessa dichiarazione di tali precedenti da parte del concorrente e il cd soccorso istruttorio.

Con riferimento al primo profilo, la sentenza aderisce all'orientamento, pacifico in giurisprudenza, in virtù del quale **l'ampia discrezionalità di cui gode la Stazione appaltante nel valutare l'affidabilità professionale dell'impresa** *"soggetta al sindacato del giudice amministrativo nei soli limiti della manifesta irrazionalità o del determinante errore fattuale"*, comporta l'obbligo del concorrente di rendere edotta l'Amministrazione del verificarsi, in pregresse commesse, di eventi che, benché oggetto di contestazione ed ancora *sub iudice*, abbiano dato origine a risoluzioni contrattuali, ovvero ad azioni risarcitorie ad iniziativa del committente, in ragione dell'asserita commissione di gravi errori nell'esecuzione dell'attività professionale, *"non essendo richiesto un preventivo accertamento giurisdizionale della responsabilità per inadempimento del privato"*.

Tale affermazione si fonda sull'art. 38, comma 1 lettera f) del D.Lgs. 12 aprile 2006 n.163 (recante il "Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE"), com'è noto tale articolo esclude dalla partecipazione a procedure di affidamento di concessioni e appalti di lavori, servizi e forniture, e dalla stipulazione dei relativi contratti *"...i soggetti che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante"*.

La disposizione nazionale costituisce attuazione dell'art. [45 comma 2 lettera d\)](#) della [direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004](#), che rimettendo agli Stati membri la definizione delle condizioni di applicazione, consente l'esclusione dalla partecipazione all'appalto di *"...ogni operatore economico...che, nell'esercizio della propria attività professionale, abbia commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova dall'amministrazione aggiudicatrice"*.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sez. X, con decisione n. 470 del 18 dicembre 2014 ha ribadito che la nozione di "errore nell'esercizio dell'attività professionale" attiene a *"...qualsiasi comportamento scorretto che incida sulla credibilità professionale dell'operatore e non soltanto le violazioni delle norme di deontologia in senso stretto della professione cui appartiene tale operatore"*.

Il Giudice dell'Unione ha chiarito anche che le disposizioni interne sono compatibili con la disciplina comunitaria in quanto si limitino a *"...tracciare il contesto generale di applicazione dell'articolo 45, paragrafo 2, primo comma, lettera d), della direttiva 2004/18"*, lasciando quindi all'amministrazione un margine di valutazione discrezionale in ordine alla consistenza delle condotte poste a fondamento dell'esclusione, e non anche quando esse impongano *"...alle*

amministrazioni aggiudicatrici condizioni imperative e conclusioni da trarre automaticamente da alcune circostanze (Corte giustizia dell'Unione Europea, Sez. III, 13 dicembre 2012, n. 465).

Orbene l'art. 38 del [D.Lgs. n. 163 del 2006](#), rimettendo appunto alla "motivata valutazione della stazione appaltante" l'accertamento del rilievo e della gravità di condotte denotanti grave negligenza o addirittura malafede nello svolgimento di altre prestazioni affidate dalla stessa amministrazione, o di errore grave nello svolgimento dell'attività professionale d'impresa, appare quindi pienamente consonante con la normativa comunitaria.

Il requisito di moralità previsto dal citato art. 38 del D.Lgs. 163/2006 è ora disciplinato dall'art. 80 comma 5 lettera c) del Dlgs. 50 del 2016, recante la nuova disciplina degli appalti pubblici.

La nuova disposizione stabilisce che la stazione appaltante può procedere alla esclusione dell'operatore economico nel caso in cui "c) *la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione*".

Ad un primo esame, la previsione del codice raffrontata con l'analoga disposizione previgente, sembrerebbe introdurre dei presupposti più rigorosi, ai fini della comminatoria dell'esclusione. **Il riferimento alla non contestazione della risoluzione nonché all'intervenuta condanna risarcitoria, sembra limitare infatti la discrezionalità dell'amministrazione in ordine alle condotte che possono integrare il divieto di partecipazione.**

Tali limiti, se interpretati nel senso di imporre alle amministrazioni aggiudicatrici condizioni imperative e conclusioni da trarre automaticamente, non trovando fondamento nella nuova direttiva comunitaria, sembrano pertanto porsi in contrasto con la citata giurisprudenza europea e rischiano di non superare il vaglio di eventuali giudizi dinanzi alla Corte di Giustizia europea (chiaramente, a maggior ragione, tali considerazioni valgono per le linee guida con cui l'ANAC "*al fine di garantire omogeneità di prassi da parte delle stazioni appaltanti*" individua "*quali mezzi di prova considerare adeguati per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui al comma 5, lettera c) ovvero quali carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto siano significative ai fini del medesimo comma 5, lettera c)*" previste dal comma 13 dell'art. 80 del nuovo codice e in via di pubblicazione).

Sotto altro profilo, la sentenza si occupa del **rapporto tra l'omissione delle predette dichiarazioni relative a eventi che abbiano determinato risoluzioni o azioni risarcitorie e**

il soccorso istruttorio.

Nell'originario impianto del primo codice dei contratti pubblici il soccorso istruttorio era disciplinato dall'art.46. Tale norma, per come interpretata dalla giurisprudenza maggioritaria prevedeva il dovere della stazione appaltante di esercitare il soccorso solo nelle ipotesi in cui fossero necessari chiarimenti su documenti e dichiarazioni già presentati in ordine al possesso dei requisiti sia di ordine generale che speciale.

Sull'istituto del soccorso istruttorio è poi intervenuto il D.l. 24 giugno 2014, n.90 convertito con modificazioni dalla L.12 agosto 2014, n.114, il cui art. 39 rubricato "Semplificazione degli oneri formali nella partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici" ha introdotto nell'art.38 del D.Lgs.163/2006 il comma 2bis.

Al fine dichiarato di deflazionare il contenzioso sulle ammissioni alle gare, la citata riforma - alla quale ha dato sostanziale continuità il nuovo codice al co. 3 dell'art. 83 - prevede come doveroso il soccorso istruttorio per ogni ipotesi di mancanza o irregolarità delle dichiarazioni sostitutive, consentendo la sanatoria di ogni omissione o incompletezza documentale e superando il limite della sola integrazione e regolarizzazione di quanto già dichiarato e prodotto in gara.

In tale panorama normativo si inserisce il problema affrontato nella sentenza in esame in ordine l'omessa dichiarazione da parte del concorrente di vicende pregresse che possono incidere sulla moralità professionale.

Secondo un primo orientamento (*Cons. Stato , sent. IV, 25 maggio 2015, n. 2589*), in tal caso si sarebbe in presenza di una mera omissione come tale ricompresa nell'ambito applicativo del sopravvenuto comma 2bis dell'art.38 del D.Lgs. 163/2006 e pertanto sanabile attraverso il soccorso istruttorio.

Tale lettura viene ritenuta da tale giurisprudenza più in linea con l'interpretazione data a tale norma dalla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (n. 16 del 30 luglio 2014) volta ad evitare esclusioni dalla procedura per mere "carenze formali" ivi compresa la mancanza assoluta delle dichiarazioni.

Di contrario avviso altra giurisprudenza (*Cons. Stato, V, sent. 11 aprile 2016, n.1412*) secondo cui la mancata indicazione di un fatto rilevante ai sensi dell'art. 38 non può essere considerato "errore" ma dichiarazione non veritiera a norma dell'art. 75 del DPR 445/2000, comportando così la decadenza dai benefici conseguiti.

La sentenza in esame, al pari di tale ultimo orientamento esclude l'esperibilità del soccorso istruttorio utilizzando però un percorso argomentativo diverso rispetto ai precedenti conformi, volto a recuperare l'insegnamento della citata adunanza plenaria su cui poggia l'opposto orientamento esegetico: afferma infatti il Giudice pugliese che l'omessa dichiarazione, in tal caso, **integra la violazione di un essenziale dovere di correttezza comportamentale piuttosto che un "onere formale"**.

In base all'apprezzabile statuizione del TAR pertanto, l'omessa dichiarazione, in tal caso non è una "carezza formale" ma attiene al contenuto intrinseco dell'offerta e la caratterizza nel senso di incrinare l'affidabilità nei confronti del futuro contraente.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 288 del 2016, proposto da:

Faver s.p.a. in proprio e quale mandataria in A.T.I. con F.Ili Andresini s.r.l., F.Ili Andresini s.r.l. (mandante), rappresentati e difesi dall'avv. Francesco Paolo Bello, con domicilio eletto in Bari, Via Arcivescovo Vaccaro, 45;

contro

Comune di Polignano a Mare, rappresentato e difeso dall'avv. Luigi Volpe, con domicilio eletto in Bari, corso Vittorio Emanuele, 52;

nei confronti di

D'Agostino Angelo Antonio Costruzioni Generali s.r.l. quale mandataria capogruppo in r.t.i. con Envac Iberia S.A. Società Unipersonale nonché SRT Servizi Reali e Tecnologici s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Luca Alberto Clarizio e Anna Del Giudice, con domicilio eletto in Bari, Via Vito Nicola De Nicolò, 7;

Envac Iberia Sa Società Unipersonale, S.R.T. s.r.l., Crirob s.r.l., Antonio Raspatelli, Lucia Giso, Impresa Forastiere Romeo;

per l'annullamento

- della nota prot. n. 2123 del 26 gennaio 2016 del Comune di Polignano a Mare - Ripartizione Tecnica Settore Lavori Pubblici con cui è stata comunicata alle ricorrenti, ai sensi dell'art. 79

del D.lgs. 163/06, l'aggiudicazione definitiva della procedura per l'affidamento dell'ammodernamento delle strutture dedicate alla raccolta differenziata tramite la realizzazione di un sistema innovativo di raccolta RSU mediante trasporto pneumatico in favore dell'ATI D'Agostino Costruzioni Generali s.r.l. ENVAC IBERIA SA - SRT s.r.l. e del relativo provvedimento di aggiudicazione definitiva ovvero della determinazione DSG del Comune di Polignano a Mare n. 0012/2016 del 25 gennaio 2016;

- di tutti gli atti presupposti, connessi e/o consequenziali ai provvedimenti impugnati, non conosciuti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Polignano a Mare e di D'Agostino Angelo Antonio Costruzioni Generali s.r.l. quale mandataria capogruppo in r.t.i. con Envac Iberia S.A. Società Unipersonale nonché SRT Servizi Reali e Tecnologici s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore la dott.ssa Maria Grazia D'Alterio;

Uditi nell'udienza pubblica del giorno 21 settembre 2016 per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando di gara del 2 luglio 2015 il Comune di Polignano a Mare (Ba) ha indetto una procedura aperta ex art. 53 comma 2 lettera c) del D.lgs. 163/2006, avente ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori per l' ammodernamento delle strutture dedicate alla raccolta differenziata, tramite la realizzazione di un sistema innovativo di raccolta RSU mediante trasporto pneumatico, per un importo a base di gara, comprensivo di oneri della sicurezza e corrispettivi per la progettazione, pari ad €. 5.678.414,32.

Espletate le formalità di gara, all'esito delle valutazioni delle offerte tecniche ed economiche presentate dalle tre imprese partecipanti, con determinazione del Responsabile del Settore Tecnico LL.PP. n. 0012/2016 del 25 gennaio 2016, la gara è stata definitivamente aggiudicata al R.T.I. D'Agostino Angelo Antonio Costruzioni Generali s.r.l. - Envac Iberia S.A. e SRT s.r.l.,

con un punteggio di 89,097 (di cui 70 per l'offerta tecnica e 19,097 per l'offerta economica e temporale), immediatamente seguita dall'A.T.I. Faver con un punteggio totale di 84,908 (di cui 54,908 per l'offerta tecnica e 30 per l'offerta economica e temporale).

2. Con il ricorso in epigrafe la ricorrente è insorta avverso il prefato provvedimento di aggiudicazione, lamentando plurimi e concorrenti vizi della procedura di gara, in grado di inficiarne gli esiti, riassunti nelle censure che di seguito si riportano.

2.1 Con il primo motivo di impugnazione, la Faver assume che il Comune di Polignano a Mare non avrebbe potuto aggiudicare la gara al raggruppamento controinteressato, per aver in tesi la ENVAC collaborato alla redazione del progetto preliminare posto a base di gara, in contrasto con l'art. 90, comma 8, del D.lgs. 163/2006.

2.2 Con un secondo motivo la società lamenta la mancata esclusione dalla gara dell'aggiudicataria, atteso che - in spregio alle prescrizioni di cui all'art. 38 lett. f) D.Lgs. n. 163/2006 - la mandante Envac Iberia ha omesso di dichiarare un precedente inadempimento contrattuale, inerente l'esecuzione di appalto con oggetto analogo a quello per cui è controversia, cui è seguita una sentenza (n. 53 del 29 aprile 2015 del Tribunale civile di primo grado di Palma de Majorca) di condanna a suo carico al risarcimento dei danni in favore della S.A., pari a €. 18.701.715,00, oltre accessori.

2.3 Sotto altro profilo viene dedotta la violazione dell'art. 38, lett. c), D.Lgs. n. 163/2006, l'eccesso di potere per illogicità, difetto di istruttoria e motivazione. In estrema sintesi, ad avviso della parte ricorrente, la stazione appaltante avrebbe dovuto escludere il raggruppamento controinteressato per assenza dei requisiti partecipativi, risultando le condanne dichiarate dal titolare dell'impresa ausiliaria della Envac Iberia SA gravi ed incidenti sulla moralità professionale, mentre nella specie è completamente mancata quella valutazione che avrebbe, in tesi, condotto il seggio di gara all'esclusione dell'ATI.

2.4 Con il quarto motivo di ricorso la Faver denuncia l'assoluta inammissibilità (ovvero l'inesistenza) dell'offerta proposta dall'ATI capeggiata dalla D'Agostino atteso che il rag. Panza, Amministratore Delegato della società e firmatario di tutti gli atti di gara, sarebbe privo dei poteri di sottoscrivere e presentare le offerte (e gli altri documenti necessari) per la partecipazione a procedure per l'affidamento di contratti pubblici.

2.5 Ci si duole, inoltre, della mancanza dei requisiti minimi richiesti dal bando di gara per la progettazione in capo al raggruppamento di professionisti indicato dall'aggiudicataria.

Secondo la prospettazione di parte ricorrente, infatti, il valore dei servizi tecnici e di punta dichiarati dalla CRIROB (mandataria del precisato raggruppamento) avrebbe dovuto essere ridotto in base alla percentuale di partecipazione effettiva della predetta società al raggruppamento affidatario dei servizi dichiarati.

2.6 Inoltre, si assume che i mandanti del rtp incaricato della progettazione non hanno reso la necessaria dichiarazione di assenza della causa di incompatibilità contemplata dall'art. 10, comma 6, del D.P.R. 207/2010 e dell'art. 2.4.1. lett. e1) del disciplinare di gara.

2.7 Si contesta, ancora, il possesso del requisito di partecipazione richiesto dal punto III.2.3 del bando di gara, essendo la SOA prodotta da Envac Iberia SA in realtà intestata alla società svedese Envac AB.

2.8 Con l'ottavo motivo si sostiene che l'offerta dell'ATI capeggiata dalla D'Agostino Costruzioni Generali s.r.l. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in forza del combinato disposto dei punti 3 e 6 del disciplinare di gara (quest'ultimo recante le cause di esclusione), tenuto conto del carattere incompleto del progetto proposto, non adeguato ed inidoneo *"all'ottenimento degli atti di assenso previsti dalla vigente normativa"* in quanto privo della relazione paesaggistica nonché delle ulteriori relazioni di cui all'art. 26, comma 1 del D.P.R. 207/2010, lettere t) ed i).

2.9 Infine, ci si duole della difformità tra l'importo offerto e quanto dichiarato nel computo metrico estimativo allegato all'offerta tecnica, che prevede un importo totale dei lavori superiore anche all'importo a base di gara, con conseguente assoluta incertezza dell'offerta, in tesi da escludere a norma dell'art 46 D.lgs n. 163/2006.

3. Si sono costituiti per resistere al ricorso il Comune di Polignano e il R.T.I. D'Agostino, insistendo per la reiezione del gravame, assunto come infondato in fatto e in diritto.

4. Con ordinanza cautelare n. 176 del 24 marzo 2016 è stata accolta l'istanza di sospensiva.

5. Le parti hanno svolto difese in vista dell'udienza pubblica del 21 settembre 2016, all'esito della quale la causa è passata in decisione.

DIRITTO

1. Con il ricorso in esame l'A.T.I. Faver contestata l'aggiudicazione, in favore dell'A.T.I. D'Agostino, della gara, indetta dal Comune di Polignano a Mare, concernente la progettazione e realizzazione di un innovativo sistema comunale di raccolta differenziata mediante trasporto pneumatico.

2. Il ricorso è fondato e merita accoglimento, alla stregua delle considerazioni che seguono, così come peraltro già sommariamente rilevato nell'ordinanza di accoglimento dell'istanza cautelare.

2.1 Il convincimento del Collegio si radica all'esegesi della norma racchiusa nell'art. 38, co. 1, lett. f), D.Lgs. n. 163/2006 che impone l'esclusione dei partecipanti alle procedure di evidenza pubblica, oltre che il divieto di stipula contrattuale, a carico delle ditte *"che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante"*.

2.1.1 La predetta causa di esclusione dalle gare pubbliche si fonda sulla necessità di garantire l'elemento fiduciario nei rapporti contrattuali di appalto pubblico fin dalla fase prenegoziale, in

cui si svolge la selezione della migliore offerta, richiedendosi alle imprese candidate a divenire contraenti dell'Amministrazione di dare contezza della loro affidabilità in futuro, in prospettiva dell'efficiente esecuzione delle prestazioni contrattuali.

In tale ottica, la ricorrenza di un precedente errore professionale risulta circostanza idonea a determinare l'incrinatura della relazione fiduciaria che, si ribadisce, deve pervadere di sé i rapporti tra le Amministrazioni e le imprese designate all'esecuzione delle pubbliche commesse e che risulta certamente scalfita ove la gravità dell'inadempimento sia tale da porre seriamente in dubbio la prognosi di puntuale e diligente adempimento del contratto.

2.1.2 Di qui il dovere di *clare loqui*, declinazione del principio di buona fede e correttezza nelle trattative, imposto alle imprese tenute a rendere edotta la S.A. circa il verificarsi, in pregresse commesse, di eventi che, benché oggetto di contestazione ed ancora *sub iudice*, abbiano dato scaturigine a risoluzioni contrattuali ovvero ad azioni risarcitorie ad iniziativa del committente, in ragione dell'asserita commissione di gravi errori nell'esecuzione dell'attività professionale, non essendo richiesto un preventivo accertamento giurisdizionale della responsabilità per inadempimento del privato (*cfr.* Cons. Stato, Sez. VI, 14 agosto 2013, n. 4147 e Corte di Giustizia Unione Europea, Sez. V, 14 dicembre 2014, n. C/440-13).

2.1.3 In ossequio a pacifica giurisprudenza, tale obbligo dichiarativo è funzionale alla necessità di consentire alla S.A. una valutazione informata sull'affidabilità professionale dell'impresa che aspira alla stipula del contratto, sicché questa deve presentare una dichiarazione esauriente, portando l'Amministrazione a conoscenza di tutti gli avvenimenti rilevanti a tale scopo, che certamente ricomprendono gli inadempimenti nei confronti di altri soggetti committenti, salva la possibilità per l'impresa stessa di impugnare l'eventuale esclusione che ritenga ingiustificata (*cfr.* Cons. Stato, V, 22 novembre 2014, n. 5763; T.A.R. Puglia, Bari, 22 gennaio 2016, n. 58).

E' stato anche chiarito che il giudizio circa l'affidabilità professionale dell'impresa costituisce espressione di un ampio potere discrezionale, essendo rimessa alla stessa stazione appaltante la individuazione del punto di rottura dell'affidamento nel pregresso e/o futuro contraente (*cfr.* Cass., Sez. Un., 17 febbraio 2012, n. 2312, cit.). Peraltro, la mancanza di ulteriori parametri da parte del legislatore dimostra la volontà di riconoscere in capo alla stazione appaltante un ampio spazio discrezionale nella valutazione circa la sussistenza o meno del requisito di affidabilità, soggetta al sindacato del giudice amministrativo nei soli limiti della manifesta illogicità, della chiara irrazionalità o del determinante errore fattuale (*cfr.*, *ex plurimis*, Cons. Stato Sez. V, 27 marzo 2015, n. 1619).

3. Le esposte coordinate giurisprudenziali inducono il Collegio ad osservare che ricorre l'obbligo espulsivo nel caso, qui ricorrente, di mancata comunicazione, da parte dell'impresa facente parte del raggruppamento concorrente, della notizia relativa all'avvenuta condanna al risarcimento dei danni per inadempimento in relazione ad un pregresso rapporto contrattuale con altra S.A., con conseguente preclusione dell'esercizio del potere valutativo di cui al citato articolo 38, comma 1, lettera f), del codice dei contratti pubblici.

3.1 In conformità ai superiori principi, infatti, ENVAC avrebbe dovuto dichiarare la sussistenza

della sentenza di condanna del Tribunale civile di primo grado di Palma de Majorca n. 53 del 29 aprile 2015, conseguente all'azione promossa dal committente pubblico sul presupposto grave inadempimento agli obblighi contrattuali, in relazione ad un appalto per la realizzazione di un impianto di raccolta dei rifiuti del tutto analogo a quello oggetto della gara *de qua*, rimettendo poi alla S.A. la valutazione in ordine all'effettiva incidenza dell'accertamento contenuto nella sentenza (per quanto non condiviso dalla predetta società), sull'affidabilità professionale dell'impresa.

3.2 L'omessa segnalazione, in sede di dichiarazione del possesso dei requisiti ex art. 38 del codice dei contratti pubblici, delle inadempienze contestate nel pregresso e analogo rapporto contrattuale con il Comune di Palma de Majorca, a prescindere dagli effetti connessi alla falsità della dichiarazione, integra, infatti, violazione degli obblighi dichiarativi fissati dalla legge e dalla normativa di gara che rileva come sintomo di inaffidabilità dell'impresa, che ha tenuto nascosto alla stazione appaltante un essenziale elemento di valutazione per la verifica del possesso dei requisiti di partecipazione: trattasi di un difetto sostanziale della dichiarazione, sotto il duplice profilo della chiarezza e della veridicità, che conduce per diretta applicazione dell'art. 46 comma 1 bis del D.Lgs. n. 163/06 all'esclusione dalla gara (in termini Consiglio di Stato, sez. III, 26 febbraio 2016, n. 802).

3.2.1 Né è possibile invocare l'istituto del soccorso istruttorio in presenza di una dichiarazione reticente, attesa l'inidoneità di qualsivoglia integrazione dichiarativa postuma a sanare un'omissione integrante la violazione di un essenziale dovere di correttezza comportamentale più che di un mero onere formale.

Infatti, tenuto conto della gravità delle contestazioni mosse dalla S.A. - per nulla sconfessate in giudizio - e dell'entità della condanna risarcitoria, non v'è dubbio alcuno che la vicenda non potesse essere obliterata dall'impresa concorrente. In altre parole, se Envac avesse improntato la propria condotta a buona fede e alla diligenza richiesta nello svolgimento dell'attività professionale, non avrebbe omesso di rendere la dovuta dichiarazione: ciò comporta l'impossibilità di riconoscere la scusabilità dell'errore che presuppone - per l'appunto - la non imputabilità a colpa dell'erronea dichiarazione.

La predetta interpretazione risulta pienamente coerente con la *ratio* di tutela dei principi di diligenza, buona fede e massima trasparenza nel quadro dei pubblici affidamenti.

3.2.2 Diversamente opinando si incoraggerebbero dichiarazioni reticenti delle imprese concorrenti, atteso che le stesse potrebbero comunque confidare nella possibilità di una remissione in termini, tuttavia, per quanto detto, non consentita alla luce di una corretta esegesi dell'impianto normativo complessivo.

3.3 Né è possibile accedere al ragionamento della difesa della resistente amministrazione comunale e della controinteressata che hanno pervicacemente sostenuto nelle proprie difese l'assenza, nella sentenza spagnola di primo grado (nonché nella successiva pronuncia della Corte di Appello di Palma de Majorca n. 86/2016, emessa nelle more dell'odierno giudizio), di un chiaro accertamento di responsabilità a carico di Envac in ordine all'inadempimento imputato: ovvero la circostanza che l'impianto realizzato nel Comune di Palma de Majorca,

destinato a durare per 30 anni in forza degli impegni assunti in contratto dal R.T.I. di cui Envac era mandataria, fosse poi collassato dopo pochi anni.

3.3.1 Si sostiene, in sostanza, che la condanna in questione, in assenza dell'espletamento nel corso del giudizio di una consulenza d'ufficio imparziale in grado di accertare se vi fossero ed in che misura effettive responsabilità a suo carico, sarebbe scaturita dall'applicazione di una mera regola processuale sull'onere della prova, così come sancita dall'art. 217 del codice di procedura civile spagnolo, che prevede una presunzione di responsabilità - in tesi di parte ricorrente "*una sorta di vincolo di responsabilità oggettiva*" - in capo al soggetto che si era impegnato ad un dato risultato.

3.3.2 L'assunto non convince.

Anche tralasciando la circostanza delle similarità che è facile scorgere tra la precitata regola con quella analoga fissata dall'art. 1218 c.c. italiano - che, come noto, pone l'onere della prova circa la non imputabilità dell'inadempimento (solo allegato dal creditore) a carico del debitore (*cf.* la granitica giurisprudenza nazionale in tema di presunzione di inadempimento colpevole a partire da Cass. Civ. S.U. 30 ottobre 2001, n. 13533) - va qui evidenziato come le motivazioni della pronuncia di condanna in questione (unica pronuncia nota al momento della partecipazione alla gara) non consentono in ogni caso di superare le conclusioni cui il Collegio è pervenuto.

Il Tribunale spagnolo di primo grado, infatti, benché non abbia ben chiarito in positivo il grado di responsabilità di Envac, nemmeno ne ha escluso del tutto il colposo inadempimento (non essendo comunque l'impresa riuscita a provare il puntuale e diligente adempimento di tutti gli obblighi scaturenti dal contratto e la sua mancata responsabilità nel conseguimento del risultato finale); inadempimento nondimeno acclarato rispetto, ad esempio, al dovere della ditta installatrice di informare in maniera dettagliata e puntuale il committente, anche fornendo un completo manuale di istruzioni, circa modalità e periodicità per una corretta manutenzione dell'impianto, nel corso del suo utilizzo programmato (*cf.* in particolare considerando in diritto sesto, ultima parte; nono, tredicesimo, quattordicesimo e diciannovesimo della sentenza citata).

In definitiva non possono ritenersi sussistere nella specie i presupposti che consentissero di non sottoporre la vicenda alla valutazione della stazione appaltante e quindi, ancor prima, di esentare la concorrente dal proprio obbligo dichiarativo.

4. Alla luce delle superiori considerazioni il ricorso è accolto, con conseguente annullamento degli atti impugnati e con assorbimento degli ulteriori motivi.

5. Va peraltro respinta l'istanza risarcitoria, atteso che, in ragione dell'accoglimento della domanda impugnatoria, parte ricorrente ha conseguito la concreta possibilità di ottenere l'aggiudicazione dell'appalto *de quo*, previo svolgimento delle verifiche eventualmente ritenute necessarie dalla S.A., non risultando nelle more stipulato il contratto con l'aggiudicataria.

6. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono poste solidalmente a carico

dell'Amministrazione comunale di Polignano a Mare e del R.T.I. D'Agostino.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sede di Bari, Sez. I, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto:

- annulla il provvedimento di aggiudicazione definitiva disposto dal Comune di Polignano a Mare in favore del R.T.I. D'Agostino;
- respinge l'istanza risarcitoria.

Condanna il Comune resistente ed il R.T.I. controinteressato, in solido, alla refusione delle spese di lite, liquidate in complessive €. 4.000,00, (€. 2.000,00 per ciascuno), oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 21 settembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Scafuri, Presidente

Francesco Cocomile, Primo Referendario

Maria Grazia D'Alterio, Referendario, Estensore