

Le dichiarazioni mendaci in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione alla gara incrinano il rapporto fiduciario tra stazione appaltante e impresa, indipendentemente dalle restrizioni di campo fissate dalla P.A. nel bando di gara

di Eugenio De Carlo

Data di pubblicazione: 18-4-2017

1. E' legittimo annullare l'aggiudicazione della gara in favore del concorrente che abbia reso, all'atto del subentro al cedente di un ramo d'azienda, la dichiarazione di non trovarsi in alcuna delle condizioni ostative previste dal Codice degli appalti in modo non corrispondente al vero.
2. La mancata "procedimentalizzazione" della fase del subentro non può avere un peso tale da escludere in radice l'influenza, nel processo decisionale della Stazione appaltante, di una dichiarazione non veritiera, spontaneamente resa dal subentrante, nonostante la consapevolezza delle conseguenze da ciò derivanti ai sensi del D.P.R. 445/2000.
3. Le imprese che partecipano ad una gara pubblica debbono serbare, in ogni momento della competizione, un contegno ispirato ai canoni della buona fede e della correttezza nei rapporti con la Stazione appaltante.
4. Il rapporto fiduciario tra stazione appaltante e impresa in gara s'incrina senz'altro per il fatto che si dichiara qualcosa di non vero all'interlocutore pubblico - anche indipendentemente dalle possibili restrizioni di campo che la stessa P.a. ha ideato all'interno di un bando di gara - addirittura nel momento del primo contatto.
5. L'annullamento in autotutela è legittimo anche a seguito di un successivo ripensamento, per di più in presenza di una vicenda contenziosa che l'ha determinato.
6. E' legittimo l'annullamento dell'aggiudicazione di una gara dando preponderanza all'esigenza di non aggiudicarla ad un soggetto dalla affidabilità compromessa o claudicante, per avere contravvenuto ad un obbligo di comportamento, reso più chiaro alla luce delle pronunce giurisprudenziali intervenute su questione del tutto analoga a quella per cui è causa.

Guida alla lettura

La sentenza annotata riguarda la vicenda dell'annullamento dell'aggiudicazione di una gara indetta da un'ASL relativa a servizi di vigilanza, a causa della mendace dichiarazione resa in ordine alla lettera f) dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 da una società subentrante alla originaria partecipante alla gara, sebbene ultronea rispetto a quanto richiesto dalla stazione appaltante con la modulistica di gara.

In particolare, era risultato incontroverso che la dichiarazione resa dalla società subentrante fosse non veritiera, ancorché spontaneamente resa, ma con una latitudine talmente ampia da costituire - a detta del Collegio - una sorta di "biglietto da visita" nei riguardi della Amministrazione appaltante.

Pertanto, la rilevanza che la dichiarazione resa aveva ai fini della verifica dei presupposti per l'instaurazione di un rapporto di fiducia con il concorrente, escludeva che la mancata "procedimentalizzazione" della fase del subentro potesse avere un peso tale da escludere in radice l'influenza, nel processo decisionale della Stazione appaltante, di una dichiarazione ai sensi del D.P.R. 445/2000, spontaneamente resa dal subentrante ma non veritiera, senza alcuna limitazione del periodo temporale di riferimento, nonostante la consapevolezza delle conseguenze da ciò derivanti (la dichiarazione è stata).

Pertanto, la successiva precisazione che l'impresa non era incorsa, per colpa propria, in provvedimenti di risoluzione di contratti con enti pubblici nel periodo di riferimento della gara, non ridimensionava il disvalore insito nella prima informazione data alla stazione appaltante.

Il Collegio ha osservato, sul punto, che *"le imprese che partecipano ad una gara pubblica debbono serbare, in ogni momento della competizione, un contegno ispirato ai canoni della buona fede e della correttezza nei rapporti con la Stazione appaltante."*

In questo stesso senso, il Consiglio di Stato ha, ripetutamente, riconosciuto che *"...una dichiarazione manifestamente falsa e/o non veritiera configura, di per sè, una causa autonoma di esclusione dalle procedure di evidenza pubblica; con conseguente correttezza e doverosità della sanzione espulsiva comminata dalla stazione appaltante"* (si veda, ex multis, Cons. Stato, Sez. III, sentenza 5 ottobre 2016).

Inoltre, è stato escluso che la stazione appaltante dovesse tutelare l'affidamento riposto dall'impresa nell'aggiudicazione in quanto in un primo momento la stessa ASL aveva escluso un provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione, salvo il ripensamento successivo, non potendosi ritenersi che la valutazione circa l'affidabilità della concorrente non potesse formare oggetto di una rimediazione complessiva, per di più in presenza di una vicenda contenziosa riguardante la ricorrente.

Anche in ordine alla comparazione tra interessi in gioco, è stata ritenuta legittima *"la preponderanza all'esigenza di non aggiudicare la gara a soggetto dalla affidabilità compromessa o claudicante, per avere contravvenuto ad un obbligo di comportamento, reso più chiaro alla luce delle pronunce giurisprudenziali intervenute su questione del tutto analoga a quella per cui è causa"*.

In ultimo, respingendo il ricorso, il TAR ha ritenuto legittimo “*annullare l’aggiudicazione della gara ... a motivo del vulnus arrecato all’affidabilità del concorrente e, correlativamente, allo sfavorevole pronostico circa la corretta esecuzione del contratto intercorso con la stazione appaltante.*”

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Seconda

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

su ricorso numero di registro generale 1090 del 2016, proposto da:

XXX Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Gianluigi Pellegrino ..., con domicilio eletto presso il suo studio in Lecce, via Augusto Imperatore, 16;

contro

Azienda Sanitaria Locale Taranto, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Pietro Quinto ..., con domicilio eletto presso il suo studio in Lecce, via Garibaldi 43;

nei confronti di

YYY Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Ernesto Sticchi Damiani ..., Luigi Nilo ..., con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Ernesto Sticchi Damiani in Lecce, via 95 Rgt Fanteria, 9;

per l'annullamento

della deliberazione n. 1207 del 15.6.2016, comunicata con nota 0090835 del 20.6.2016, con cui il Direttore Generale della ASL Taranto, con riferimento alla gara per il servizio di vigilanza delle strutture ospedaliere e territoriali (CIG 5200811501), ha annullato l'aggiudicazione alla ricorrente e ne ha disposto l'esclusione;

di ogni atto consequenziale e presupposto, tra cui la deliberazione DG n. 1322 del 29.6.2016 di aggiudicazione a YYY Spa e la delib. 1185/16, mai conosciuta e citata nell'atto impugnata e dallo stesso sostituita;

per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato e del diritto della ricorrente all'aggiudicazione e per il risarcimento in forma specifica mediante subentro nell'aggiudicazione e nel contratto o, in subordine, per equivalente.

visti il ricorso e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale Taranto e della YYY Spa;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 6 ottobre 2016 il Cons. dott. Carlo Dibello e uditi i difensori avv. G. Pellegrino, in sostituzione dell'avv. Gl. Pellegrino, per la ricorrente, avv. L. Quinto, in sostituzione dell'avv. P. Quinto, per la P.A. e avv. L. Nilo per la controinteressata;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

La ricorrente espone che:

con determinazione dirigenziale dell'Area Gestione del Patrimonio n. 1292 del 24 giugno 2013, la ASL Taranto indiceva procedura aperta per l'affidamento del servizio di vigilanza delle strutture ospedaliere e territoriali per quattro anni, con importo a base d'asta annuale di € 3.750.000,00 e quadriennale di € 15.000.000,00;

la Asl Ta richiedeva ai concorrenti di dichiarare, in applicazione dell'art. 38 del d.lgs.163/2006, <<che l'impresa non è incorsa, per colpa propria, in provvedimenti di risoluzione di contratti con enti pubblici nell'ultimo triennio 2010-2011-2012>>;

la società ZZZ s.r.l. partecipava alla gara alla quale veniva ammessa ma, in prossimità della sua conclusione, cedeva il ramo d'azienda alla XXX s.p.a., odierna ricorrente;

la XXX, facendo leva sul fatto che "la procedura di subentro in corso di gara conseguente ad una successione soggettiva, a differenza della fase di ammissione, non è procedimentalizzata né tanto meno è retta dai sistemi autodichiarativi tipici della fase di ammissione iniziale della procedura" (è quanto si legge a pg. 2 del ricorso XXX) e, dunque, non ritenendo di esservi obbligata, "...in modo solo spontaneo e tutt'altro che dovuto ...XXX, adempiendo all'onere di comunicare il subentro, vi aggiungeva una generica e non prevista (né richiesta) dichiarazione sull'assenza in generale di cause ostative in ordine ai requisiti generali";

la Stazione appaltante, dal canto suo, al fine di avviare le procedure di verifica, si limitava a richiedere a XXX la sottoscrizione del modello di dichiarazione a suo tempo sottoposto ai concorrenti; sottoscrizione che XXX prestava dichiarando tra l'altro "che l'impresa non è incorsa, per colpa propria, in provvedimenti di risoluzione di contratti con enti pubblici

nell'ultimo triennio 2010-2011-2012”;

la seconda graduata, YYY s.p.a., segnalava tuttavia che la subentrante XXX aveva avuto vicende risolutive con altre stazioni appaltanti, in ragione delle quali la P.a. avrebbe dovuto escluderla dalla gara;

il RUP, dopo accertamenti di carattere istruttorio sulle vicende allegate da YYY s.p.a., rimetteva ogni valutazione in merito al Direttore Generale;

quest'ultimo conveniva sulla circostanza che non potesse porsi alcun profilo formale, non essendo il subentro retto dal sistema autodichiarativo (ma solo dalla verifica sostanziale dell'esistenza dei requisiti) e riteneva che l'affidabilità della XXX non fosse compromessa dalle vicende allegate da YYY s.p.a. e disponeva l'aggiudicazione in favore di XXX (nota della Direzione Generale n. 6482/16 e deliberazione D.G. 17.3.2016 n. 524/2016);

la società YYY s.p.a. proponeva ricorso (n.636/16) e la ASL Taranto avviava un procedimento di autotutela sull'aggiudicazione a XXX culminato nella determinazione di annullare la precedente aggiudicazione disposta in favore di XXX e, con successiva determina, aggiudicava la gara alla YYY s. p.a..

I provvedimenti da ultimo ricordati sono stati impugnati dalla XXX che dubita della loro legittimità alla luce dei seguenti motivi di ricorso:

- Violazione di legge ed erroneità del presupposto. Violazione degli artt. 51 e 38 D.lgs. 163/2006. Violazione della lex specialis. Eccesso di potere per manifesta contraddittorietà ed irragionevolezza e per clamoroso travisamento dei presupposti di fatto e di diritto.
- Violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. f), D.lgs. 163/2006. Violazione e falsa applicazione della lex specialis. Eccesso di potere per manifesta contraddittorietà ed irragionevolezza e per travisamento dei presupposti di fatto e diritto.
- Eccesso di potere sotto ulteriore profilo.

Si è costituita in giudizio la Asl di Taranto a mezzo di apposito controricorso con il quale ha insistito per la reiezione del gravame.

Anche la controinteressata YYY s.p.a. si è costituita in giudizio per resistere al ricorso del quale ha chiesto il respingimento siccome infondato.

Alla camera di consiglio del 6 ottobre 2016, la causa è stata trattenuta per la decisione dandosi avviso alle parti ex art. 60 del cod. proc. amm.

Il ricorso deve essere respinto.

Con il primo gruppo di censure, la XXX contesta, in termini generali, “l'orientamento in base al quale possa in sede pretoria forgiarsi una causa di esclusione sulla base dell'assunto che il

concorrente, in fase di ammissione ad una gara dove si richieda soltanto l'attestazione di avere i requisiti ex art. 38, dovrebbe spontaneamente (ma appunto a pena di esclusione) formulare una dichiarazione aggiuntiva allegando eventuali pregresse vicende risolutive, per lo più oggetto di contenzioso in corso".

La difesa del ricorrente muove, peraltro, dalla tesi secondo la quale "tale orientamento (relativo esclusivamente alla fase di ammissione notoriamente formalizzata con sistema autodichiarativo) non possa essere applicato al subentro in corso di gara e/o nell'aggiudicazione, che non è in alcun modo procedimentalizzato sulla base di autodichiarazioni, ma prevede la verifica sostanziale dei requisiti da parte della stazione appaltante".

Prosegue la difesa della ricorrente affermando che "è infatti pacifico che in tale fattispecie il subentrante (ex art. 51 D. Lgs. n.163/06) deve esclusivamente limitarsi a comunicare l'intervenuta modifica soggettiva (cessione di ramo d'azienda), e sarà poi specifico onere della stazione appaltante attivare le verifiche ritenute necessarie in ordine al possesso sostanziale dei requisiti di ordine generale e speciale da parte del primo; e del resto sino a tale verifica il subentro è per legge del tutto inefficace nei confronti della P.a."

Ne deriverebbe che, "al momento del subentro l'impresa non è tenuta, tanto meno a pena di esclusione, a rendere le dichiarazioni sostitutive ex art. 38".

Con il secondo gruppo di censure, la società XXX s.p.a. lamenta che, nella fattispecie sottoposta al vaglio del Giudicante, si sia inteso "far discendere dall'art. 38, lettera f del D. lgs. 163/06 – in via postuma e pretoria, non essendo in alcun modo previsto dal diritto positivo – un onere in capo al concorrente di dichiarare qualsivoglia episodio pretesamente sintomatico di grave errore professionale, tra cui anche eventuali vicende risolutive".

La censura viene formulata in quanto "l'art. 38, lettera f) non stabilisce alcun onere dichiarativo bensì prevede un potere di chiusura della stazione appaltante che può con ogni mezzo apprendere e discrezionalmente valutare vicende pregresse eventualmente idonee ad incrinare l'affidabilità fiduciaria dell'impresa".

Lamenta, infine, la XXX il cattivo esercizio del potere di autotutela da parte dell'Amministrazione appaltante.

La tesi patrocinata dalla difesa della ricorrente XXX non può essere condivisa.

Osserva il Collegio che, avuto riguardo alla vicenda portata al vaglio del Giudicante, non si tratta di "far discendere dall'art. 38, lettera f del D. lgs. 163/06 – in via postuma e pretoria, non essendo in alcun modo previsto dal diritto positivo – un onere in capo al concorrente di dichiarare qualsivoglia episodio pretesamente sintomatico di grave errore professionale, tra cui anche eventuali vicende risolutive".

Aspetto qualificante della vicenda e dirimente ai fini del decidere è, invece, chiarire la reale portata della dichiarazione resa dal legale rappresentante della XXX in data 30.3.2015.

Sul punto, è opportuno mettere in risalto il fatto che la dichiarazione di “non trovarsi in alcuna delle condizioni previste nell’art. 38, comma 1, lett. a), d), e), f), g), h), i), l), m), m-bis ed m-quater del D. lgs 163/2006”, che si assume essere stata resa “...in modo solo spontaneo e tutt’altro che dovuto..”, (in allegato alla comunicazione di subentro della stessa XXX alla ZZZ s.r.l.) appare collocarsi al di fuori del modello tipizzato dalla Stazione appaltante.

Quest’ultima aveva, infatti, predisposto, in allegato al disciplinare di gara, un fac-simile di dichiarazione necessaria per l’ammissione alla gara in esame che, al punto K, includeva la dichiarazione “che l’impresa non è incorsa, per colpa propria, in provvedimenti di risoluzione di contratti con enti pubblici nell’ultimo triennio 2010-2011-2012”.

Ed invece, la dichiarazione XXX del 30.03.2015 è munita, come si è già notato, di una portata più ampia per i termini generali in cui è stata resa, senza alcun riferimento al disciplinare di gara e ai suoi allegati, riferimento che, peraltro, si ritiene di poter senz’altro escludere anche alla luce della comunicazione di avvenuta cessione del ramo di azienda, datata 19 maggio 2015, cui la dichiarazione del 30 marzo 2015 è allegata, nella quale si rende noto alla stazione appaltante, ancora una volta in termini perentori, che “la Società XXX S.p.a. possiede tutti i requisiti sia di ordine generale (art. 38 d.lgvo 163/06) che di ordine speciale (art. 39 d. lgvo n. 163/06 e disciplinare di gara) previsti per il subentro..” .

La dichiarazione del 30 marzo 2015 risulta, pertanto, attestare l’insussistenza di fatti e circostanze riconducibili anche alla causa di esclusione di cui all’art. 38, comma 1[^], lett. f) del D. lgs. 163/2006, il quale, da un lato, non contiene alcuna limitazione temporale relativa ai fatti e alle circostanze da considerare e, dall’altro, concepisce il requisito soggettivo di partecipazione come condizione che deve sussistere fino alla conclusione del contratto.

Il perdurante possesso dei requisiti di ordine generale si desume, peraltro, dal tenore letterale dell’art. 38, comma 1, lett. f sopra richiamato, che non si limita a prevedere la sanzione della estromissione dalla gara per il caso del mancato possesso dei requisiti medesimi, ma estende il catalogo delle conseguenze sanzionatorie fino ad inibire la stipula del contratto.

Di qui la necessità che la XXX, per come aveva strutturato la dichiarazione resa in data 30 marzo 2015, facesse menzione di provvedimenti di risoluzione irrogati a suo carico, indipendentemente dall’orizzonte temporale individuato dalla Stazione appaltante, pena la non veridicità della dichiarazione stessa.

E’ incontestato, infatti, che la XXX sia incorsa in vicende risolutive, così come è emerso durante gli accertamenti istruttori compiuti dal Responsabile del procedimento in relazione alle vicende segnalate dalla YYY spa.

Ed invero, con nota del 15.10.2015 la YYY s.p.a. informava il RUP che la XXX era incorsa in due risoluzioni contrattuali, l’una da parte dell’Ente ... in data 4.12.2013 e l’altra da parte dell’Azienda ... in data 20.12.2013, che la stessa XXX aveva omesso di evidenziare nelle proprie dichiarazioni, soggiungendo, altresì, che l’Azienda Municipalizzata Igiene Urbana ..., con provvedimento del 19.09.2015, aveva annullato in autotutela l’aggiudicazione del servizio di vigilanza già disposto in favore di XXX s.p.a. in ragione delle suindicate risoluzioni

contrattuali disposte a suo carico (allegando, in proposito, sentenza del Tar Puglia, Bari 25.09.2015, n. 1073 attestante tale circostanza).

Il RUP, sulla base di siffatta sollecitazione, dava atto degli accertamenti promossi autonomamente i quali avevano dato luogo ai seguenti risultati:

- a) con riferimento alla risoluzione contrattuale operata dall'Ente ..., il RUP evidenziava che la stessa emergeva tanto dall'esame della sentenza Tar Campania, Napoli, 8.05.2015, n. 2567, nella quale si dava atto dell'interruzione unilaterale del servizio da parte di XXX spa e del mancato versamento all'Ente degli incassi giornalieri oggetto del servizio di ritiro, contazione, custodia e consegna in banca, quanto dall'esame della sentenza Tar Lazio, Roma, 10.03.2015, n. 3943 (avente ad oggetto l'impugnativa da parte di XXX del provvedimento dell'ANAC di annotazione della risoluzione nel casellario);

- b) con riferimento alla risoluzione contrattuale disposta dall'Azienda ... spa, il RUP informava che "dall'esame della decisione n. 2928 del 16.06.2015 emessa dal Consiglio di Stato" risultava l'esclusione disposta dalla surriferita Azienda dell'ATI XXX spa/BTV spa, ai sensi e per gli effetti della previsione dell'art. 38, comma 1, lett. f), del D. lgs. 163/2006, nonché l'annullamento, per le medesime ragioni, dell'aggiudicazione definitiva pronunciata in favore della medesima ATI, riportando, altresì, ampi stralci della motivazione della sentenza, fra i quali i seguenti: "l'ATI XXX è stata esclusa dalla gara indetta nel 2011 a cagione della condotta gravemente negligente tenuta nell'esecuzione di un diverso rapporto commerciale intrattenuto con la Società Napoli Holding a seguito di un affidamento diretto per sei mesi del servizio di prelievo, trasporto, contazione, smaltimento e accredito bancario di valori"..

"L'eventuale atto di transazione stipulato dall'impresa in relazione a diversi rapporti contrattuali, non solo non chiude ogni contesa ma consente all'Amministrazione (che sia la stessa che abbia stipulato la transazione o altra è indifferente) di procedere all'esclusione utilizzando come prova proprio il contenuto della transazione";

- c) con riferimento al rapporto della XXX spa con l'AMIU di ... (revoca dell'aggiudicazione ed esclusione dalla procedura per l'affidamento del servizio di vigilanza), il RUP dava atto che con ordinanza n. 634 del 20.11.2015 il TAR Puglia, Bari, aveva respinto l'istanza di sospensione cautelare degli atti gravati sul presupposto che "come condivisibilmente affermato da AMIU ..., i gravi errori professionali della ricorrente XXX spa risalenti ad epoca recente (da cui sono derivate due risoluzioni contrattuali del 4.12.2013 da parte di EAV e del 20.12.2013 da parte di Napoli Holding, eventi non indicati dalla stessa società nella dichiarazione ex art. 38 D.lgs 163/2006 del 7.01.2015), emergono in modo chiaro da alcune sentenze amministrative (fra cui Cons. Stato n. 2928/2015 che accerta la gravità dell'inadempimento e degli errori professionali di XXX con riferimento al rapporto intercorso con la citata Napoli Holding); che dette circostanze sono state correttamente menzionate nel gravato provvedimento di esclusione del 19.09.2015 con adeguata motivazione ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. f), del D. lgs n. 163/2006";

- d) con riferimento al rapporto intrattenuto da ZZZ s.r.l. – cessionaria del ramo di azienda – con il Comune di Brindisi, il RUP dava conto della revoca dell'aggiudicazione definitiva e della

risoluzione del contratto relativo all'affidamento del servizio di vigilanza armata, guardiania e servizio di portierato degli Uffici Giudiziari disposte dall'Amministrazione con delibera di G.C. n. 174 del 22.06.2015, in ragione di "un comportamento negligente, improntato a malafede e, quindi, gravemente inadempiente nei confronti degli obblighi contrattuali assunti": nel caso di specie l'Amministrazione, oltre che stigmatizzare l'omessa comunicazione della cessione del ramo di azienda a XXX spa – e quindi della successione di questa nel rapporto contrattuale – evidenziava la non corrispondenza della situazione rappresentata nelle giustificazioni prodotte in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta con i riscontri effettuati presso i pubblici uffici;

- e) con riferimento alla procedura di affidamento del servizio di vigilanza indetta dal Comune di Taranto, il RUP sottolineava come la stessa XXX spa, succeduta a ZZZ s.r.l. in corso di gara, fosse stata esclusa proprio in ragione dell'omessa indicazione delle precedenti risoluzioni contrattuali disposte dall'Ente Autonomo ... e dalla ... in sede di attestazione del possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38 D. lgs. 163/2006.

E d'altra parte, va sottolineato che l'art. 38, comma 1 lett. f) del D. lgs. 163/2006 onera il concorrente di dichiarare tutto ciò che è funzionale alla verifica, da parte della P.a., della insussistenza della causa di esclusione in questione.

La dichiarazione XXX 30 marzo 2015 è invece risultata, per quanto sopra rimarcato, non veritiera.

Le considerazioni che precedono evidenziano l'irrilevanza, ai fini del decidere, dell'operatività dell'art. 51 D. lgs. 163/2006 in quanto la dichiarazione spontaneamente resa dalla odierna ricorrente ha una latitudine talmente ampia, come già avvisato, da costituire una sorta di "biglietto da visita" nei riguardi della Amministrazione resistente.

Di tale "autopresentazione" il committente non poteva non tener conto stante la rilevanza che la dichiarazione aveva ai fini della verifica dei presupposti per l'instaurazione di un rapporto di fiducia con il concorrente.

Per questo, l'argomento della mancata "procedimentalizzazione" della fase del subentro non può avere un peso tale da escludere in radice l'influenza, nel processo decisionale della Stazione appaltante, di una dichiarazione non veritiera spontaneamente resa dal subentrante, nonostante la consapevolezza delle conseguenze da ciò derivanti (la dichiarazione è stata resa ai sensi del D.P.R. 445/2000).

Anche l'argomento in forza del quale la dichiarazione resa in data 30 marzo 2015 da XXX va interpretata alla luce delle prescrizioni del bando di gara e, dunque, "contestualizzata" con riferimento al triennio 2010 – 2011 – 2012, con conseguenze favorevoli per la ricorrente rimasta immune da vicende risolutive nel periodo considerato, non può essere accolto con favore.

Infatti, se il rappresentante della XXX avesse inteso rendere una dichiarazione che aveva quale sua cornice di riferimento l'arco di tempo contemplato dal bando – e cioè il triennio 2010-2011-2012- avrebbe dovuto rendere chiaramente intellegibile tale limitazione temporale,

piuttosto che rendere una dichiarazione diversa e più ampia pur sapendo di assoggettarsi in tal modo ad una verifica più incisiva da parte della Stazione appaltante.

Ben al contrario, come risulta dalla lettura degli atti di causa, XXX dichiara, alla data del 30 marzo 2015, e cioè all'atto del subentro a ZZZ, "a) di non trovarsi in alcuna delle condizioni preYYYte nell'art. 38, comma 1, lett.a, d), e), f), g), h), i), l), m), m-bis) ed m-quater del D.lgs 163/2006" (vedi dichiarazione XXX s.p.a., ai sensi del 1 D.P.C.M. 11 maggio 1991 n.187 e del DPR 445/2000 in atti).

Si tratta, con tutta evidenza, di una dichiarazione resa con la evidente consapevolezza di abbracciare tutta la storia pregressa della XXX, e quindi, come già notato, un "biglietto da YYYita" che XXX ha inteso fornire alla stazione appaltante, senza alcun improbabile collegamento con le prescrizioni del bando di gara.

In un contesto di questo tipo, la successiva dichiarazione che XXX ha reso in coerenza con quanto la Stazione appaltante ha richiesto, e cioè, "che l'impresa non è incorsa, per colpa propria, in provvedimenti di risoluzione di contratti con enti pubblici nell'ultimo triennio 2010-2011-2012", non ridimensiona il disvalore insito nella prima informazione non cristallina, portata a conoscenza della Asl di Taranto all'atto del subentro in gara di XXX.

Il Collegio osserva, sul punto, che le imprese che partecipano ad una gara pubblica debbono serbare, in ogni momento della competizione, un contegno ispirato ai canoni della buona fede e della correttezza nei rapporti con la Stazione appaltante.

La regola si lascia agevolmente decifrare: l'operatore economico in gara non può assumere comportamenti maliziosi, reticenti, o negligenti al fine di porsi al riparo da conseguenze sanzionatorie previste ogni qualvolta la Stazione appaltante possa legittimamente dubitare del possesso di requisiti di ordine generale o speciale, primo fra tutti quello della affidabilità dell'impresa.

La stessa giurisprudenza del Consiglio di Stato ha, ripetutamente, riconosciuto che "...una dichiarazione manifestamente falsa e/o non veritiera configura, di per sè, una causa autonoma di esclusione dalle procedure di evidenza pubblica; con conseguente correttezza e doverosità della sanzione espulsiva comminata dalla stazione appaltante" (si veda, ex multis, Cons. Stato, Sez. III, sentenza 5 ottobre 2016).

La circostanza di avere reso una dichiarazione non veritiera in ordine alla generale sussistenza di vicende risolutive pregresse mina alla radice il rapporto fiduciario che deve necessariamente intercorrere tra la Stazione appaltante e l'impresa che partecipa, anche quando si tratta di cessionario di ramo d'azienda.

E il rapporto fiduciario tra stazione appaltante e impresa in gara si incrina senz'altro proprio per il fatto che si dichiara qualcosa di non vero all'interlocutore pubblico - anche indipendentemente dalle possibili restrizioni di campo che la stessa P.a. ha ideato all'interno di un bando di gara - addirittura nel momento del primo contatto.

La difesa del ricorrente ha, in ultima analisi, mostrato di fare assegnamento sulla tesi di un non corretto esercizio della potestà di autotutela da parte della Stazione appaltante.

Quest'ultima sarebbe pervenuta contraddittoriamente alla decisione di annullare la precedente aggiudicazione della gara, disposta in favore della XXX, malgrado si fosse precedentemente ritenuto che alcune vicende risolutive non minavano l'affidabilità della ricorrente.

Sarebbe stata omessa anche una valutazione dell'interesse pubblico alla rimozione dell'atto, il che deve necessariamente avere luogo quando si adotta un provvedimento di secondo grado ad esito demolitivo.

Anche questa tesi non convince il Collegio.

Occorre chiarire, infatti, che la Asl si è determinata ad assumere una decisione di annullamento della precedente aggiudicazione in sede di autotutela non per effetto di un immotivato ripensamento della vicenda, ma sulla base di pronunce giurisprudenziali medio tempore intervenute – ci si riferisce alla sentenza Tar Lecce, II sezione 860/2016 - ed aventi ad oggetto la medesima questione di diritto.

Né può ritenersi con ragione che la valutazione circa l'affidabilità della concorrente non potesse formare oggetto di una rimediazione complessiva, per di più in presenza di una vicenda contenziosa come quella che ci occupa.

Quanto alla ritenuta omessa comparazione tra interessi in gioco, reputa il Collegio che sia stata data legittima preponderanza all'esigenza di non aggiudicare la gara a soggetto dalla affidabilità compromessa o claudicante, per avere contravvenuto ad un obbligo di comportamento, reso più chiaro alla luce delle pronunce giurisprudenziali intervenute su questione del tutto analoga a quella per cui è causa.

Era ed è dunque del tutto legittimo annullare l'aggiudicazione della gara in favore di soggetto economico il quale abbia reso, all'atto del subentro al cedente di un ramo d'azienda, la dichiarazione di non trovarsi in alcuna delle condizioni ostative previste dal codice degli appalti in modo non corrispondente al vero, a motivo del vulnus arrecato all'affidabilità del concorrente e, correlativamente, allo sfavorevole pronostico circa la corretta esecuzione del contratto intercorso con la stazione appaltante.

Alla stregua delle suesposte argomentazioni, il ricorso va respinto.

Le spese processuali seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Seconda definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la parte ricorrente alla rifusione delle spese processuali che liquida nella

complessiva misura di € 6.000,00, di cui € 3.000,00 in favore della Asl di Taranto ed € 3.000,00 in favore della YYY s.p.a., oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 6 ottobre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Eleonora Di Santo, Presidente

Carlo Dibello, Consigliere, Estensore

Claudia Lattanzi, Primo Referendario