

N. 04364/2014REG.PROV.COLL.  
N. 04101/2014 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.

sul ricorso numero di registro generale 4101 del 2014, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Asm Rieti s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Domenico Iaria e Francesco Barchielli, con domicilio eletto presso lo Studio Legale Lessona in Roma, corso Vittorio Emanuele II 18;

*contro*

Comune di Posta;

*nei confronti di*

Tac Ecologica s.r.l.;

*per la riforma*

della sentenza breve del T.A.R. LAZIO – ROMA, SEZIONE II-BIS, n. 4798/2014, resa tra le parti, concernente procedura di affidamento del servizio di igiene ambientale e servizi connessi con l'ecologia per il

Comune di Posta

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 17 giugno 2014 il Cons.

Fabio Franconiero e uditi per le parti l'avvocato Iaria;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

La Asm Rieti s.p.a. partecipava alla procedura indetta dal Comune di Posta, con determinazione a contrarre del 4 novembre 2013, per l'affidamento in appalto del servizio di igiene ambientale e servizi connessi con l'ecologia, venendone esclusa con provvedimento in data 29 gennaio 2014, per avere <<omesso di certificare il requisito>> di cui all'art. 38 comma m-ter del d.lgs. n. 163 del 2006 <<o, in caso di interpretazione letterale, autocertificato di non possederlo>>.

La successiva impugnativa, proposta davanti al TAR Lazio – sede di Roma, veniva respinta.

Secondo il giudice di primo grado la società ricorrente <<ha formalmente reso una dichiarazione con cui (...) ha attestato di non essere in possesso del requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. m-ter, del d.lgs. n. 163 del 2006>>, integrando l'apposito modello di domanda di partecipazione ("C"), che non richiedeva tale dichiarazione, e quindi assoggettandosi alle conseguenti verifiche dell'amministrazione.

Né, secondo il TAR, la medesima ricorrente poteva invocare il soccorso istruttorio di cui all'art. 46, comma 1, cod. contratti pubblici, non potendo tale strumento a disposizione della stazione appaltante supplire <<il caso in cui sia stata resa una dichiarazione chiara, atta ad attestare in termini inequivoci la carenza di un requisito prescritto dalla legge>>.

La Asm Rieti ha proposto appello, nel quale contesta gli assunti di quest'ultima e del TAR.

Deduce in contrario di avere dichiarato di essere in possesso dei requisiti di ordine generale. Ciò, tra l'altro, in virtù della dichiarazione sostitutiva di atto notorio resa mediante il modello "B", nonché mediante il predetto modello "C", recante, dopo l'aggiunta dell'ipotesi di cui alla citata lett. m-ter dell'art. 38 cod. contratti pubblici, l'attestazione <<di non trovarsi in una delle ipotesi di esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti di servizi di cui all'art. 38 del D. Lgs. 163/06 e s.m.i. o di altre disposizioni di legge>>.

L'appellante contesta del pari la statuizione con cui il TAR ha negato la sussistenza dei presupposti per il soccorso istruttorio, che invece assume applicabile nella presente fattispecie, in cui la dichiarazione si era prestata ad <<incertezze interpretative>>, tali da indurre l'amministrazione a richiedere un parere legale *pro-veritate*, poi recepito nella determinazione di esclusione contestata.

## DIRITTO

Preliminarmente va dato atto che, pur ritualmente evocate in questo giudizio, il Comune di Posta e la controinteressata Tac Ecologica s.r.l. non si sono costituite per resistere all'appello.

Nel merito quest'ultimo è manifestamente fondato con riferimento ad entrambi gli ordini di censura dedotti.

Quanto al tenore della dichiarazione in ordine al possesso del requisito di affidabilità morale previsto dalla lett. m-ter dell'art. 38 cod. contratti pubblici (la c.d. mancanza di coraggio), non emerge in alcun modo una dichiarazione negativa.

Infatti, come deduce l'appellante, il modello C, opportunamente integrato dalla medesima con l'indicazione dell'ipotesi prevista dalla citata disposizione normativa, reca l'attestazione <<di non trovarsi in una delle ipotesi di esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti di servizi di cui all'art. 38 del D. Lgs. 163/06 e s.m.i. o di altre disposizioni di legge>> e dunque una dichiarazione di tenore esattamente opposto a quello ritenuto dal giudice di primo grado.

Del resto, ed a chiusura dell'esame del motivo, appare quanto mai singolare che un'impresa partecipante ad una gara per l'affidamento di un appalto pubblico, nell'evidente prospettiva di conseguire l'aggiudicazione del contratto, provveda ad integrare il modello di partecipazione predisposto dalla stazione appaltante al fine di inserire una dichiarazione relativa ad un requisito di ordine generale non posseduto.

Come sopra accennato è manifesta anche la fondatezza del motivo in cui si censura l'omesso ricorso al potere di soccorso istruttorio da parte del Comune odierno appellato.

Nel caso di specie si verte infatti pacificamente in un caso di dichiarazione non già omessa, nei termini da ultimo esplicitati

dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato nella sentenza 25 febbraio 2014, n. 9, ma resa, sebbene a giudizio dell'amministrazione in modo non chiaro. E' allora evidente che quest'ultima, in luogo di ricorrere ad un parere legale, espresso peraltro in forma perplessa, avrebbe potuto chiarire il dubbio postosi, il tutto come risultante dal verbale della commissione del 29 gennaio 2014, mediante una richiesta ai sensi dell'art. 46, comma 1, d.lgs. n. 163/2006, alla società autrice della dichiarazione, al fine di avere contezza del suo significato. La sussistenza dei presupposti di applicabilità della disposizione ora richiamata emerge dal relativo tenore letterale, nella parte in cui prevede che <<le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti (...) a fornire chiarimenti in ordine al contenuto (...) delle dichiarazioni>> presentate ai fini della partecipazione alla gara.

Pertanto, in accoglimento dell'appello (e dei motivi aggiunti conseguenti al deposito della sentenza di primo grado successivamente alla pubblicazione del dispositivo), la sentenza del TAR Lazio con esso impugnata deve essere riformata, dovendosi conseguentemente accogliere il ricorso di primo grado della Asm Rieti ed annullare gli atti con esso gravati.

Le spese del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello ed i motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li accoglie e per l'effetto, in riforma della

sentenza appellata, accoglie il ricorso di primo grado, annullando gli atti con esso impugnati.

Condanna il Comune di Posta e la Tac Ecologica s.r.l., in solido tra loro, a rifondere all'appellante Asm Rieti s.p.a. le spese del doppio grado di giudizio, liquidate in € 6.000,00, oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 giugno 2014 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere

Fulvio Rocco, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/08/2014

IL SEGRETARIO

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