

N. 01412/2016REG.PROV.COLL.

N. 05057/2015 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

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

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5057 del 2015, proposto da:
Ambiente 2.O Società Cooperativa a r.l., in persona del legale rappresentante in carica,
rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni Todisco, Saverio Profeta e Fabio Elefante, con
domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, n. 2;

contro

il Comune di Catanzaro, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Fabio
Saitta, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Renzo Ristuccia in Roma, via Ennio
Quirino Visconti, n. 20;

**e con l'intervento di
ad opponendum,**

Si.Eco S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato
Vito Aurelio Pappalepore, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Antonia De Angelis
in Roma, via Portuense, n. 104;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. Calabria, Catanzaro Sezione II n. 803 dell'8 maggio 2015, resa tra
le parti, concernente la procedura di affidamento del servizio di raccolta porta a porta, trasporto
rifiuti solidi urbani, rifiuti differenziati e servizi complementari sul territorio dei Comuni di
Catanzaro e Gimigliano.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Catanzaro;

Visto l'intervento ad opponendum di Si.Eco S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 dicembre 2015 il Consigliere Doris Durante;

Uditi per le parti l'avvocato Saverio Profeta, l'avvocato Fabio Elefante, l'avvocato Fabrizio Cataldo
su delega dell'avvocato Fabio Saitta e l'avvocato Vito Aurelio Pappalepore;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Ambiente 2.O Società Cooperativa a r.l. con ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, impugnava il provvedimento di esclusione dalla gara per l'affidamento del servizio di raccolta porta a porta, trasporto rifiuti solidi urbani, rifiuti differenziati e servizi complementari sul territorio dei Comuni di Catanzaro e Gimigliano indetta dal Comune di Catanzaro.

La esclusione era stata disposta per violazione dell'articolo 38, comma 1, lettera f) del d. lgs. n. 163 del 2006, non risultando dalla dichiarazione resa ai sensi del citato articolo 38, le gravi negligenze in cui era incorsa nell'esecuzione di altri contratti con la pubblica amministrazione.

Il ricorso era affidato alle censure di difetto assoluto di istruttoria e di motivazione e di violazione e falsa applicazione dell'articolo 38 e 46 del d. lgs. n. 163 del 2006 sotto diversi profili.

2.- Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria con sentenza in forma semplificata n. 803 dell'8 maggio 2015, respingeva il ricorso con condanna della ricorrente al pagamento delle spese di giudizio, ritenendo che l'aver omesso di dichiarare le pregresse risoluzioni contrattuali in cui era incorsa la consorziata Aimeri Ambiente, integrava la violazione di un obbligo sancito a pena di esclusione dalla normativa di settore.

3. Con ricorso in appello Ambiente 2.O ha impugnato la sentenza del TAR chiedendone l'annullamento o la riforma alla stregua dei motivi dedotti in primo grado e riproposti in veste critica.

4.- Il Comune di Catanzaro si è costituito in giudizio ed ha chiesto il rigetto del ricorso.

5.- La Si.Eco S.p.A., aggiudicataria della gara, ha spiegato intervento ad opponendum.

Le parti hanno depositato memorie difensive e di replica e, alla pubblica udienza del 17 dicembre 2015, il giudizio è stato trattenuto in decisione.

6.- L'appello è infondato e va respinto.

L'oggetto del giudizio riguarda la corretta interpretazione degli articoli 38 e 46 del d. lgs. n. 163 del 2006 alla luce della novella introdotta dal d.l. n. 90 del 24 giugno 2014, convertito nella l. 11 agosto 2014, n. 114/2014, in particolare se sia possibile ricorrere al soccorso istruttorio, nel caso di violazione della disposizione di cui al comma 1, lettera f) dell'articolo 38 del citato d. lgs. n. 163 del 2006.

La ricorrente, Ambiente 2.O in sede di partecipazione alla gara dichiarava di non essere incorsa in inadempimenti nell'esecuzione di altri contratti.

La stazione appaltante, essendo venuta a conoscenza su segnalazione di altro concorrente che la consorziata della ricorrente, Aimeri Ambiente s.r.l., aveva subito contestazioni e rescissioni contrattuali tra le quali quelle del Comune di Monopoli, di Guidonia Montecelio nel 2013, del Comune di Grottaferrata nel 2013 e dell'Unione di Comuni Montana Lunigiana nel 2012, mentre in sede di presentazione dell'offerta aveva dichiarato di non trovarsi nelle cause di esclusione di cui all'articolo 38 del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e di non aver commesso errore grave nell'esercizio dell'attività professionale, procedeva alla esclusione per violazione dell'articolo 38, comma 1, lettera f) del d. lgs. n. 163/2006.

7.- Ad avviso della ricorrente, illegittimamente sarebbe stata disposta l'esclusione dalla gara, dovendo invece farsi ricorso alla sanzione di cui al comma 2 bis dell'articolo 38 del d. lgs. n. 163 del 2006 e della più ampia e generalizzata disciplina sul soccorso istruttorio: disposizioni, queste, introdotte dal d. l. n. 90 del 24 giugno 2014, convertito nella l. 11 agosto 2014, n. 114 e, quindi, applicabili *ratione temporis*, trattandosi di gara bandita il 22 settembre 2014, quindi dopo l'entrata in vigore del citato d.l. n. 90 del 2014.

La ricorrente assume in proposito che la novella citata ha modificato gli articoli 38 e 46 del codice dei contratti pubblici che riguardano rispettivamente i requisiti di ordine generale occorrenti per la partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici e i documenti e le informazioni complementari, nonché la tassatività delle cause di esclusione, rendendo il soccorso istruttorio doveroso per ogni ipotesi di omissione o di irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni rese in sede di gara, con la conseguenza che l'esclusione rimane ipotesi marginale per il solo caso di omessa produzione, integrazione e regolarizzazione degli elementi e delle dichiarazioni carenti entro il termine assegnato dalla stazione appaltante o di effettiva insussistenza dei requisiti.

Verrebbe così anticipata, eventualmente esaurendosi all'interno dello stesso procedimento ogni irregolarità, obbligando il concorrente che vi abbia dato causa al pagamento in favore della stazione appaltante della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara per il caso di mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive.

In tale contesto normativo l'applicazione del soccorso istruttorio per acquisire la dichiarazione ex articolo 38, comma 1, lettera f) del d. lgs. n. 163/2006 sarebbe stata, quindi, doverosa, tanto più che non potrebbe configurarsi la fattispecie della dichiarazione "non veritiera" nelle ipotesi in cui la dichiarazione ex articolo 38, comma 1 del d. lgs. n. 163/2006, non riguarda qualsiasi irregolarità, inadempienza o ritardo nello svolgimento dell'attività professionale, bensì solo quelle che presentano la connotazione della "gravità" che, ove non tipizzata dalla lex di gara, è soggetta al filtro valutativo di chi rende la dichiarazione.

Aggiunge la società ricorrente che non sussisterebbe alcun grave errore nelle vicende contrattuali oggetto di risoluzione, sia per costituire esse una percentuale minima rispetto al fatturato della società (pari allo 0,53% e del 4,81% del proprio fatturato), peraltro relative a soli due anni del quarantennale periodo di attività nel settore della contrattualistica pubblica, sia per essere attribuibili alle imprevedute e imprevedibili contingenze finanziarie dovute al momento storico che avrebbero causato ritardi generalizzati nei pagamenti, sia per essere stati definiti tali contenziosi in via transattiva con riconoscimento di ingenti crediti della società.

La ricorrente richiama a sostegno della doverosità del soccorso istruttorio precedenti giurisprudenziali, compresa la recente decisione della terza sezione del Consiglio di Stato, n. 2388 del 13 maggio 2015.

Alla prospettazione della ricorrente si oppongono il Comune di Catanzaro e Si.Eco S.p.A. che si attestano su precedenti giurisprudenziali di questa sezione.

8.- Ferme le posizioni delle parti va osservato quanto segue:

- L'art. 38, comma 1, lett. f) del d. lgs. 163/06 stabilisce che "Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi...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 dalla stazione appaltante...".

La circostanza che la disposizione in questione stabilisca che la Stazione Appaltante possa accertare "con qualunque mezzo" l'errore grave commesso nell'esercizio dell'attività professionale se rimette alla discrezionalità dell'Amministrazione la valutazione circa l'inaffidabilità dell'impresa attribuendo alla stazione appaltante la facoltà di valutare in rapporto alle esigenze del contratto che si andrà a stipulare, l'effettiva valenza dell'errore professionale precedentemente commesso dall'impresa, implica l'obbligo di dichiarazione da parte dell'impresa partecipante degli errori commessi nell'esercizio dell'attività professionale.

In tale prospettiva viene in evidenza che la ratio della norma risiede nell'esigenza di assicurare l'affidabilità di chi si propone quale contraente, requisito che si ritiene effettivamente garantito solo se si allarga il panorama delle informazioni, comprendendo anche le evenienze patologiche contestate da altri committenti.

A tale orientamento si conforma anche l'AVCP (ora ANAC) secondo la quale la rilevanza dell'errore grave non è circoscritta ai casi occorsi nell'ambito di rapporti contrattuali intercorsi con la stazione appaltante che bandisce la gara, ma attiene indistintamente a tutta la precedente attività professionale dell'impresa, in quanto elemento sintomatico della perdita del requisito di affidabilità e capacità professionale ed influente sull'idoneità dell'impresa a fornire prestazioni che soddisfino gli interessi di rilievo pubblico che la stazione appaltante persegue.

La normativa comunitaria si atteggia nello stesso senso, atteso che l'art. 57 della Direttiva 2014/24/UE, par. 4 lett. c) e g), nel disciplinare le ipotesi di "gravi illeciti professionali" e di "carenze nell'esecuzione" (analoghi ai concetti di "errore grave" e di "negligenza e malafede" utilizzati dal legislatore interno) specifica, ora, che esse devono riguardare un precedente contratto d'appalto pubblico o un contratto di appalto con un ente aggiudicatore senza alcuna "separazione tra l'ipotesi in cui le stesse si siano verificate nei confronti della medesima o di una diversa stazione appaltante, rispetto a quella nei cui confronti sorge il relativo obbligo dichiarativo".

Corollario di tale prospettazione è che anche in relazione alle clausole di esclusione di cui alla lettera f) cit. vige la regola – valevole anche per altre condizioni di cui all'art. 38 – secondo la quale la gravità dell'evento è ponderata dalla stazione appaltante, sicché l'operatore economico è tenuto a dichiarare lo stesso ed a rimettersi alla valutazione della stazione appaltante (detta valutazione – se illogica o immotivata – potrà essere censurata innanzi l'autorità giudiziaria, mentre la mancata esternazione di un evento, anche se poi ritenuto non grave, comporta, di norma, l'esclusione dalla gara specifica e la comunicazione degli atti all'ANAC per l'eventuale provvedimento di sospensione dalle gare sino ad un anno, il tutto ai sensi e per gli effetti del comma 1 ter dell'art 38 cit..

In conclusione, la ratio della lettera f), comma 1 dell'articolo 38 del d. lgs. n. 163/2006 è quella di consentire alla stazione appaltante di valutare la rilevanza del comportamento tenuto dall'impresa partecipante nell'esercizio della attività professionale, ai fini del buon esito dell'appalto da affidare.

Ne consegue che la esclusione per le ipotesi del grave errore nell'esercizio dell'attività professionale di cui alla lettera f) del comma 1 dell'articolo 38, d. lgs. n. 163/2006 non assume carattere sanzionatorio, inserendosi in un giudizio prognostico della corretta esecuzione dell'appalto.

8.2- Va da sé che in tale contesto, la mancanza di tipizzazione da parte dell'ordinamento delle fattispecie rilevanti, non attribuisce alcun filtro sugli episodi di "errore grave" all'impresa partecipante, la quale è tenuta a portare a conoscenza della stazione appaltante ogni episodio di risoluzione o rescissione contrattuale anche non giudiziale, quand'anche transatto, essendo rimessa alla stazione appaltante la valutazione in relazione al nuovo appalto da affidare.

La Sezione, quindi, in conformità ai moltissimi precedenti giurisprudenziali (cfr., tra le tante, Cons. Stato, V, 25 febbraio 2015, n. 943; 14 maggio 2013, n. 2610; IV, 4 settembre 2013, n. 4455; III, 5 maggio 2014, n. 2289) ribadisce l'obbligo del partecipante ad una pubblica gara di mettere a conoscenza la stazione appaltante delle vicende pregresse (negligenze ed errori) o fatti risolutivi occorsi in precedenti rapporti contrattuali con le pubbliche amministrazioni.

Fermo dunque, che la ricorrente non ha portato a conoscenza della stazione appaltante le risoluzioni e rescissioni contrattuali in cui era incorsa la consorziata Aimeri Ambiente, deve ritenersi legittima l'esclusione comminata dalla stazione appaltante che è venuta a conoscenza di tali vicende.

8.3- Non costituisce esimente dell'obbligo dichiarativo la circostanza che le risoluzioni contrattuali costituiscono evenienze eccezionali nella quarantennale attività della Aimeri Ambiente e che si siano concluse con transazioni che hanno riconosciuto consistenti crediti della stessa Aimeri, atteso che l'esclusione è stata disposta non solo per la sussistenza della negligenza, essendo in realtà mancata la motivata valutazione di tali vicende da parte della stazione appaltante, quanto, ancora più a monte, per la violazione dell'obbligo della dichiarazione, avendo la ricorrente omissa di dichiarare tali vicende, avendo reso anzi dichiarazione in senso opposto.

8.4- Va ribadito a tal punto che non sussiste per l'impresa partecipante ad una gara la facoltà di scegliere i fatti da dichiarare, sussistendo al contrario l'obbligo della onnicomprensività della dichiarazione, spettando alla stazione appaltante il momento valutativo.

Ne consegue che non sussiste alcuna discrezionalità o filtro valutativo del dichiarante il quale è tenuto a portare a conoscenza della stazione appaltante di tutti gli episodi relativi a risoluzioni o rescissioni intervenute nei rapporti contrattuali con pubbliche amministrazioni.

8.5- Assume la ricorrente che, comunque, l'omissione della dichiarazione non avrebbe potuto comportare l'esclusione dalla gara, dovendosi fare applicazione del soccorso istruttorio.

Come è noto, il d.l. n. 90/2014 ha aggiunto all'articolo 38 del codice dei contratti pubblici il comma 2 bis, stabilendo, nel caso di mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive, la possibilità di integrare o regolarizzare le dichiarazioni necessarie, previo invito della stazione appaltante e dietro pagamento di una sanzione pecuniaria stabilita nel bando di gara e all'articolo 46 il comma 1 ter estendendo l'applicazione delle disposizioni di cui all'articolo 38, comma 2 bis, a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara.

Malgrado la generalizzazione dell'istituto del soccorso istruttorio, non si ritiene, in base ad una interpretazione letterale delle nuove disposizioni, che il soccorso istruttorio possa essere utilizzato laddove non è contestata la mancanza o l'incompletezza della dichiarazione, ma l'aver reso dichiarazione "non veritiera".

Nel caso, infatti, la ditta partecipante non solo non ha dichiarato le "gravi inadempienze" accertate dalla stazione appaltante verificatesi nei due anni precedenti la gara con riguardo alla stessa attività

professionale oggetto del presente bando con i Comuni di Guidonia Montecelio, Grottaferrata e con l'Unione dei Comuni della Lunigiana, ma ha reso dichiarazione di senso opposto, dichiarando di non aver subito contestazioni nel corso di altri rapporti contrattuali con le amministrazioni pubbliche.

Non v'è spazio, quindi, per il soccorso istruttorio cui può e deve farsi applicazione per i casi di mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive con la possibilità di integrare o regolarizzare le dichiarazioni necessarie, mentre nel caso di specie la dichiarazione ai sensi dell'articolo 38, comma 1, lettera f) del d. lgs. n. 163/2006 è stata resa ma non corrispondente alla realtà dei fatti.

La fattispecie della dichiarazione "non veritiera" in quanto priva della doverosa menzione di eventi la cui valenza ostativa alla instaurazione di un rapporto contrattuale è riservata alla stazione appaltante rimane fuori dalla sanatoria introdotta dall'articolo 38, comma 1 ter del d. lgs. n. 163/2006, in quanto non v'è la mancanza o la carenza, bensì la diversa fattispecie di dichiarazione non veritiera, con le conseguenze previste dal codice dei contratti pubblici per l'ipotesi di falsa dichiarazione che resta confermata anche in vigore della novella introdotta dal d.l. n. 90/2014 (anche l'ANAC, con la determinazione 8 gennaio 2015 n. 1, nell'interpretare le novità introdotte dal d.l. n. 90/2014 ha affermato che il soccorso istruttorio non può, in ogni caso, essere strumentalmente utilizzato per l'acquisizione, in gara, di un requisito o di una condizione di partecipazione, mancante alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta).

Non sussistono in conseguenza margini per fare applicazione del soccorso istruttorio a fronte di dichiarazione non veritiera effettuata dal concorrente.

Per le considerazioni esposte, essendo infondate le censure dedotte dalla ricorrente, l'appello deve essere respinto.

Le spese di giudizio possono essere eccezionalmente compensate tra le parti, attesa la novità delle questioni dedotte in giudizio.

P.Q.M.

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

Compensa le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 dicembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Doris Durante, Consigliere, Estensore

Carlo Schilardi, Consigliere

Raffaele Prospero, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
Il 11/04/2016

IL SEGRETARIO

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