

Dichiarazione non veritiera e soccorso istruttorio.

di Arturo Levato

Data di pubblicazione: 12-1-2017

1) La giurisprudenza più recente, che appare di gran lunga prevalente, ritiene che il vizio della dichiarazione non possa essere emendato mediante soccorso istruttorio, dovendosi fare applicazione dell'art. 75 del D.P.R. n. 445/2000, in base al quale in caso di "... non veridicità del contenuto della dichiarazione, il dichiarante decade dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera"

2) La produzione degli effetti di cui all'art. 75, D.P.R. n. 445/2000, in caso di dichiarazione non veritiera, prescinde da ogni accertamento riguardo al carattere doloso o colposo del comportamento del dichiarante. Ciò in quanto la dichiarazione "non veritiera" al di là dei profili penali, ove ricorrano i presupposti del reato di falso, nell'ambito della disciplina dettata dalla L. n. 445 del 2000, preclude al dichiarante il raggiungimento dello scopo cui era indirizzata la dichiarazione o comporta la decadenza dall'utilitas conseguita per effetto del mendacio.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 897 del 2016, proposto da Beta Professional Consulting S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e quale capogruppo mandataria della costituenda Ati con Areariscossioni S.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni Spataro e Walter Perrotta, domiciliati presso la Segreteria del Tribunale, ai sensi dell'art. 25 c.p.a.;

contro

il Comune di Tarsia, in persona del Sindaco in carica, elettivamente domiciliato in Catanzaro, via, Pugliese n. 29, presso lo studio dell'avv. Giuseppe Lanzo, che lo rappresenta e difende;

nei confronti di

Athena S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e quale capogruppo mandataria della costituenda Ati con Tre Esse Italia S.r.l.,

Eurodata S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentate e difese dagli avvocati Massimo Occhiena e Federico Jorio, elettivamente domiciliate

n Catanzaro, via Lidonnici n. 7, presso lo studio dell'avv. Antonello Fabiano;

sul ricorso numero di registro generale 1304 del 2016, proposto da Beta Professional Consulting S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e quale capogruppo mandatario della costituenda Ati con Areariscossioni S.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni Spataro e Walter Perrotta, domiciliati presso la Segreteria del Tribunale, ai sensi dell'art. 25 c.p.a.;

contro

il Comune di Tarsia, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

quanto al ricorso n. 897 del 2016:

- della determinazione del 9 giugno 2016 del Responsabile del IV Settore del Comune di Tarsia, di aggiudicazione definitiva in favore dell'associazione temporanea di imprese "Athena S.r.l. - Tre Esse Italia S.r.l.", della gara concernente "Noleggio di n. 1 strumento mobile di rilevazione delle infrazioni ai limiti di velocità - Gestione della riscossione, anche coattiva della sanzioni amministrative derivanti dalle violazioni alle norme del codice della strada commesse da veicoli e/o cittadini italiani e stranieri per la durata di anni 2 prorogabili per lo stesso periodo", (CIG 351514B27) anche, per quanto di ragione, nella parte in cui è stata ritenuta congrua la giustificazione presentata dall'Ati aggiudicataria nel subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta ed è stata autorizzata l'esecuzione anticipata "per motivi di urgenza" dell'appalto;

- della nota prot. n. 2670 del Comune di Tarsia, trasmessa in data 13 giugno 2016, anche nella parte in cui l'odierna ricorrente è stata messa al corrente dell'aggiudicazione definitiva e dell'imminente esecuzione in via d'urgenza; b) è stato espressamente denegato l'accesso al "progetto tecnico-giustificativo dei prezzi" dell'offerta dell'Ati aggiudicataria;

- della nota prot. n. 3103 dell'11 luglio 2016, con cui il Comune di Tarsia ha rigettato la richiesta di accesso alla documentazione giustificativa presentata dall'ATI aggiudicataria nel subprocedimento di verifica dell'offerta;

- del verbale di gara n. 1 dell'1 ottobre 2015; del verbale di gara n. 2 del 14 ottobre 2015; del

verbale di gara n. 3 del 6 novembre 2015; del verbale di gara n. 4 del 3 dicembre 2015; del verbale di gara n. 5 del 20 febbraio 2016; il verbale di gara n. 6 dell'11 marzo 2016; del verbale di gara n. 7 dell'8 aprile 2016; del verbale di gara n. 8 del 18 aprile 2016; del verbale di gara n. 9 del 27 aprile 2016; delle tabelle da cui risulta l'attribuzione dei punteggi per l'offerta tecnica e per l'offerta economica all'Ati aggiudicataria e all'Ati odierna ricorrente;

- della nota prot. n. 1855 del 28 aprile 2016 di richiesta di giustificazioni all'Ati aggiudicataria; del verbale del 12 maggio 2016, con cui sono state giudicate congrue e sufficienti le giustificazioni presentate dall'Ati aggiudicataria ed è stata dichiarata "ammessa alla gara e provvisoriamente aggiudicataria";

- del bando di gara e del disciplinare di gara, nella parte in cui, per quanto concerne i requisiti di capacità tecnica e, più in particolare, il requisito consistente nell' "aver svolto negli ultimi 3 anni ... il servizio di gestione del ciclo sanzionatorio delle infrazioni al Codice della strada commessa da soggetti stranieri e/o residenti all'estero e/o comunque con targa estera comprensiva di recupero stragiudiziale e riscossione in almeno 3 Enti Territoriali (Province, Comuni)", non è stato espressamente richiesto lo svolgimento di tale esperienza triennale con iscrizione all'Albo Ministeriale previsto dagli artt. 52, comma 5, lett. b) e 53, comma 1, del d.lgs. n. 446/ 1997;

- dell'eventuale verbale provvedimento di consegna o esecuzione anticipata dell'appalto frattanto emesso, nonché dell'eventuale contratto d'appalto frattanto eventualmente sottoscritto;

nonché per la condanna

dell'Amministrazione resistente, previa esclusione dell'ATI controinteressata e declaratoria di inefficacia del contratto nelle more eventualmente sottoscritto in favore della stessa, ad aggiudicare la gara all'Ati "Beta Professional Consulting S.r.l. - Areariscossioni S.r.l.";

nonché, ai sensi dell'art. 16, comma 2, c.p.a.

per ottenere l'ordine di esibire la documentazione costituente l'offerta tecnica presentata dall'ATI aggiudicataria, previo eventuale annullamento della nota prot. n. 2670

quanto al ricorso n. 1304 del 2016:

per l'annullamento

- della deliberazione di n. 60 del 29 settembre 2016 della Giunta comunale di Tarsia, relativa alla pubblicazione di un avviso degli operatori economici da invitare, con incarico al Responsabile del Servizio Finanziario di avviare indagine di mercato per l'affidamento, mediante procedura negoziata ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. b) del d.lgs. n. 50/2016, del servizio di "*controllo del traffico al fine di tutelare l'incolumità pubblica e prevenire le infrazioni al codice della strada*";

-dell'avviso di indagine di mercato prot. n. 4519 del 6 ottobre 2016;

Visti i ricorsi con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Tarsia e di Athena S.r.l. ed Eurodata S.r.l. in relazione al ricorso n. 897/2016;

Vista l'ordinanza n. 399 del 176 settembre 2016 con cui è stata accolta l'istanza cautelare proposta in relazione al ricorso n. 897/2016;

Vista l'ordinanza n. 523 del 17 novembre 2016 con cui è stata accolta l'istanza cautelare proposta in relazione al ricorso n. 1034/2016;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 16 dicembre 2016 il dott. Giovanni Iannini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

1. Il Comune di Tarsia, con bando del 10 agosto 2015, ha indetto una gara per l'aggiudicazione, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dell'appalto per il "Noleggio di n. 1 strumento mobile di rilevazione delle infrazioni ai limiti di velocità - Gestione della riscossione, anche coattiva, delle sanzioni amministrative derivanti dalle violazioni alle norme del codice della strada commesse da veicoli e/o cittadini italiani e stranieri per la durata di anni 2 prorogabili per lo stesso periodo" - (CIG 351514827), con importo a base di gara di euro 273.320,00, oltre Iva.

Nel bando e nel disciplinare di gara è contemplato, fra gli altri, il seguente requisito di ordine professionale:

"...iscrizione all'Albo Ministeriale dei soggetti abilitati ad effettuare attività di liquidazione e di accertamento dei tributi e quelle di riscossione delle entrate degli Enti Locali, previsto dall'art. 53 del D.Lgs 446/1997 come disciplinato dal D M. 289/2000 e s.m.i. e di avere un capitale sociale interamente versato non inferiore a 1.000.000,00 di euro per l'effettuazione, anche disgiuntamente, delle attività di accertamento dei tributi e di quelle di riscossione dei tributi e di altre entrate nelle province e nei comuni con popolazione fino a 10.000 abitanti; [Nel caso di partecipazione in RTI tale requisito dovrà essere posseduto dall'impresa partecipante al

raggruppamento o consorzio che effettuerà l'attività di riscossione]".

Quale requisito di capacità tecnica è previsto, fra gli altri, *"aver svolto negli ultimi tre anni (2011, 2012, 2013) il servizio di gestione del ciclo sanzionatorio delle infrazioni al C.d.S. commessa da soggetti stranieri e/o residenti all'estero e/o comunque con targa estera comprensiva di recupero stragiudiziale e riscossione in almeno 3 Enti Territoriali (Province, Comuni)"...**"In caso di Raggruppamenti Temporanei di Imprese o di Consorzi Concorrenti di cui all'articolo 34 comma 1 lettera e) del d.lgs. 163/2006, tali requisiti dovranno essere posseduti dal singolo soggetto che svolge la specifica attività nell'ambito del Consorzio o del Raggruppamento".*

2. Alla gara hanno partecipato due soli concorrenti: l'Ati Beta Professional Consulting S.r.l. (capogruppo, mandataria) e Areariscossioni S.r.l. (mandante); l'Ati Athena S.r.l. (capogruppo, mandataria) e Tre Esse Italia S.r.l. (mandante).

3. La Athena S.r.l. ha stipulato contratto di avalimento con Eurodata S.r.l. in relazione al requisito dello svolgimento, nel triennio precedente, della gestione del ciclo sanzionatorio delle infrazioni al C.d.S. commessa da soggetti stranieri e/o residenti all'estero e/o comunque con targa estera.

4. In esito al procedimento di gara l'Ati Athena - Tre Esse Italia ha conseguito il punteggio di 70 per l'offerta tecnica.

L'Ati Beta Professional Consulting S.r.l. e Areariscossioni S.r.l. ha riportato il punteggio complessivo di 64,083 per l'offerta tecnica.

Entrambe le partecipanti hanno conseguito il punteggio massimo di 30 per l'offerta economica.

In conseguenza, l'Ati Athena - Tre Esse Italia si è classificata al primo posto, con un punteggio complessivo di 100.

5. Con provvedimento del 9 giugno 2016 l'appalto è stato aggiudicato all'Ati Athena - Tre Esse Italia.

Con nota del 13 giugno 2016 la Stazione appaltante ha dato notizia all'Ati Beta Professional Consulting S.r.l. e Areariscossioni S.r.l. dell'avvenuta aggiudicazione definitiva e dell'imminente esecuzione in via d'urgenza, ai sensi dell'art. 11, comma 9, del d.lgs. n. 163/2006.

6. La Beta Professional Consulting, in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria della costituenda Ati con Areariscossioni S.r.l., con ricorso iscritto al n. 897/2016 R.G., ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione, nonché gli altri atti indicati in epigrafe, deducendone l'illegittimità sulla base dei seguenti motivi:

a) Violazione degli artt. 52 e 53 del d.lgs. 15 dicembre 1997 n. 446, dell'art. 3 *bis* del d.l.

40/2010, del d.m. n. 289/2000, degli artt. 42 e 49 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, degli artt. 1346 e 1418 c.c., del bando e del disciplinare di gara in ordine ai requisiti professionali ed ai requisiti di capacità tecnica, dei principi di buona fede, correttezza, trasparenza, della *par condicio* tra concorrenti, dell'art. 97 Cost., nullità del contratto di avvalimento, eccesso di potere per presupposto erroneo, illogicità manifesta, difetto di istruttoria, travisamento, sviamento.

La capogruppo dell'aggiudicataria, Athena, che pure ha dichiarato il possesso del requisito di capacità tecnica ("*aver svolto negli ultimi tre anni (2011, 2012, 2013) il servizio di gestione del ciclo sanzionatorio delle infrazioni al C.d.S. commessa da soggetti stranieri e/o residenti all'estero e/o comunque con targa estera comprensiva di recupero stragiudiziale e riscossione in almeno 3 Enti Territoriali (Province, Comuni)*", acquisito avvalendosi dell'ausiliaria Eurodata, non è in possesso dell'iscrizione dell'Albo ministeriale di cui all'art. 53, comma 1, del d.lgs. n. 446/1997. Anche l'ausiliaria Eurodata non è iscritta a tale Albo, per cui il requisito di cui si è avvalsa Athena sarebbe stato acquisito illecitamente. A ciò conseguirebbe la nullità del contratto di avvalimento per illiceità della causa e dell'oggetto ovvero per contrarietà a norme imperative.

b) Violazione dell'art. 49 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 e dell'art. 88 del D.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207, dell'art. 1322, comma 2, c.c., del principio della *par condicio*, nullità del contratto di avvalimento.

Il contratto di avvalimento sarebbe nullo per indeterminatezza dell'oggetto, giacché l'indicazione delle risorse messe a disposizione sarebbe priva di effettivi contenuti.

c) Violazione dell'art. 116, comma 2, c.p.a., degli artt. 3 e 22 e ss. della legge n. 241/1990, degli artt. 13, comma 6 e 79, comma 4, del d.lgs. n. 163/2006.

Illegittimamente la Stazione appaltante avrebbe negato l'accesso al progetto tecnico dell'aggiudicataria e alla documentazione giustificativa dell'offerta anomala., adducendo un pregiudizio derivante dalla diffusione di informazioni. L'art. 13, comma 6, del d.lgs. n. 163/2006 consentirebbe sempre l'accesso alle informazioni e alle offerte, ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi.

d) Violazione dell'art. 11, comma 9, del d.lgs. 13 aprile 2006 n. 163, dell'art. 3 della legge n. 241/1990, eccesso di potere per presupposto erroneo, illogicità, irragionevolezza, sviamento.

La previsione dell'esecuzione in via provvisoria comporterebbe la violazione dell'art. 9, comma 11, del d.lgs. n. 163/2006, che costituirebbe un mero *escamotage* per eludere lo *stand still*.

Non ricorrerebbe l'ipotesi eccezionale prevista dalla norma, in cui dalla mancata esecuzione immediata della prestazione deriverebbe un grave danno all'interesse pubblico, compresa la perdita di finanziamenti comunitari.

La ricorrente ha concluso chiedendo l'annullamento dell'aggiudicazione e degli altri atti

indicati in epigrafe e la condanna dell'Amministrazione resistente, previa declaratoria di inefficacia del contratto nelle more eventualmente sottoscritto, ad aggiudicare la gara all'Ati Beta Professional Consulting S.r.l. - Areariscossioni S.r.l.

Ha chiesto, inoltre, che, ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.a., sia ordinato alla Stazione appaltante di consentire l'accesso al progetto tecnico e alla documentazione giustificativa dell'offerta anomala.

7. Si è costituito il Comune di Tarsia, che ha dedotto l'infondatezza del gravame.

In relazione al primo motivo ha rilevato che parte ricorrente non ha tenuto conto che il servizio di gestione delle sanzioni e, quindi, anche delle sanzioni per i veicoli con targa estera, per il quale è richiesta Albo ministeriale di cui all'art. 53, comma 1, del d.lgs. n. 446/1997, può essere svolto congiuntamente dalle due imprese che compongono il raggruppamento temporaneo. Sarebbe infondata, inoltre, la tesi della nullità del contratto di avvalimento per illiceità e per indeterminatezza dell'oggetto.

La richiesta di accesso al progetto tecnico dell'aggiudicataria sarebbe infondata in quanto contrasto con le prescrizioni del disciplinare, che ha escluso l'accesso alle informazioni fornite dagli offerenti che costituiscono, secondo motivata e comprovata dichiarazione, segreti tecnici e commerciali.

8. Si è costituita, altresì, la controinteressata Athena S.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria dell'Ati con Tre Esse Italia S.r.l., che, dedotta l'infondatezza del ricorso proposto da Beta Professional Consulting, ha spiegato ricorso incidentale, deducendo la violazione dell'art. 97 Cost., degli artt. 38 e 46 del d.lgs. n. 163/2006, della *lex specialis*, dei principi di buon andamento e imparzialità, della *par condicio*, eccesso di potere per carenza di istruttoria, disparità di trattamento, travisamento dei fatti, irragionevolezza e illogicità.

La società mandante del raggruppamento ricorrente principale, Areariscossione S.p.a., pur avendo dichiarato di non aver commesso errore grave nell'esercizio della propria attività professionale, avrebbe subito la risoluzione anticipata del contratto relativo all'accertamento e alla riscossione della TARSU e dell'Ici per gli anni dal 2008 al 2011, disposta con deliberazione della Giunta comunale di Colognola ai Colli. La risoluzione è stata disposta "*...a seguito di irregolarità e specifiche inadempienze contrattuali imputabili al Concessionario, già contestate negli incontri in data 17 febbraio e 5 marzo u.s. presso la sede municipale*".

La società Areariscossioni, che ha totalmente omesso di indicare l'esistenza di tale circostanza, andava perciò esclusa dalla gara, essendo venuto meno all'obbligo di indicare lealmente gli errori professionali accertati da altra amministrazione contraente.

La controinteressata ha concluso chiedendo che, in accoglimento del ricorso incidentale, il ricorso principale sia dichiarato inammissibile o improcedibile ovvero che esso sia rigettato in quanto infondato nel merito.

9. Si è costituita, infine, Eurodata S.r.l., chiedendo che il ricorso principale sia dichiarato

inammissibile o irricevibile e, comunque, sia rigettato.

10. Con ordinanza n. 399 del 176 settembre 2016 stata accolta l'istanza cautelare proposta dal ricorrente principale.

11. Con ricorso iscritto al n. 1304/2016, la Beta Professional Consulting, in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria della costituenda Ati con Areariscossioni S.r.l., ha impugnato la deliberazione n. 60 del 29 settembre 2016 della Giunta comunale di Tarsia, relativa alla pubblicazione di un avviso degli operatori economici da invitare, con incarico al Responsabile del Servizio Finanziario di avviare indagine di mercato per l'affidamento, mediante procedura negoziata ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. b) del d.lgs. n. 50/2016, del servizio di "controllo del traffico al fine di tutelare l'incolumità pubblica e prevenire le infrazioni al codice della strada", nonché l'avviso di indagine di mercato prot. n. 4519 del 6 ottobre 2016.

A fondamento del ricorso la Beta Professional Consulting ha rilevato la violazione o l'elusione dell'ordinanza cautelare emessa in relazione al ricorso iscritto al n. 897/2016 R.G. e ha chiesto l'annullamento degli atti impugnati.

Il Comune di Tarsia non si è costituito in giudizio.

12. Alla pubblica udienza del 16 dicembre 2016 sono stati chiamati i ricorsi iscritti al n. 897/2016 R.G. e 1304/2016 R.G. e sono stati assegnati in decisione.

DIRITTO

13. In via preliminare deve essere disposta la riunione dei ricorsi iscritti al n. 897/2016 R.G. al n. 1304/2016 R.G., essendo essi connessi sotto il profilo soggettivo e oggettivo.

14. Può partirsi dall'esame del primo giudizio, attinente alla procedura già espletata e conclusasi con l'aggiudicazione in favore dell'Ati Athena - Tre Esse Italia, nel quale si registra la presenza di un ricorso principale e di un ricorso incidentale, tendenti entrambi a far valere cause di esclusione della parte avversa.

Non sussistono, infatti, soverchi dubbi in relazione alla necessità di fare applicazione dei principi sanciti, da ultimo, da Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 5 aprile 2016, causa C-689/14 e di esaminare, comunque, il ricorso principale.

La presenza di due soli concorrenti esclude, peraltro, problematiche relative all'effettiva esistenza di un interesse di carattere strumentale del ricorrente principale in caso di fondatezza di entrambe i ricorsi, delle quali si è occupata, di recente, la giurisprudenza nazionale (Cons. Stato, sez. III, 26 agosto 2016 n. 3708).

15. Il primo motivo del ricorso principale, come accennato, è dedicato all'esistenza di una causa di esclusione legata al mancato possesso di un requisito di ordine professionale.

15.1 Nel bando della procedura aperta e nel disciplinare, come premesso nell'esposizione in

fatto, viene indicata, tra i requisiti di ordine professionale, “*l’iscrizione all’Albo Ministeriale dei soggetti abilitati ad effettuare attività di liquidazione e di accertamento dei tributi e quelle di riscossione delle entrate degli Enti Locali, previsto dall’art. 53 del D.Lgs 446/1997 come disciplinato dal D M. 289/2000 e s.m.i. e di avere un capitale sociale interamente versato non inferiore a 1.000.000,00 di euro per l’effettuazione, anche disgiuntamente, delle attività di accertamento dei tributi e di quelle di riscossione dei tributi e di altre entrate nelle province e nei comuni con popolazione fino a 10.000 abitanti; [Nel caso di partecipazione in RTI tale requisito dovrà essere posseduto dall’impresa partecipante al raggruppamento o consorzio che effettuerà l’attività di riscossione]*”.

Non è contestato che la società Athena, capogruppo mandataria dell’Ati aggiudicataria, non è in possesso del requisito. Del pari incontestato è che anche la società Eurodata, di cui si è avvalsa la società ai fini del requisito di capacità tecnica relativo alla gestione della sanzioni dei veicoli di soggetti residenti all’estero o con targa estera, non è in possesso del requisito di ordine professionale.

Ritiene il Collegio che, in mancanza del requisito in questione, il raggruppamento aggiudicatario dovesse essere escluso dal procedimento di gara.

Come rileva il ricorrente principale, il fatto stesso che la capogruppo mandataria dell’Ati aggiudicataria abbia fatto ricorso all’avvalimento ai fini del possesso dei requisiti per l’esecuzione del servizio (l’appalto ha ad oggetto anche il noleggio di attrezzature), implica che essa avrebbe preso parte anche all’attività di riscossione, per il cui svolgimento, come si è detto, la *lex specialis* ha imposto l’iscrizione al menzionato Albo ministeriale.

A tale proposito, non appare sufficiente a superare il difetto del requisito la possibilità, segnalata dalle parti resistenti, dello svolgimento congiunto del servizio con la Tre Esse Italia, in possesso del requisito. A parte il fatto che si tratta solo di una possibilità, resta pur sempre la constatazione che la *lex specialis* ha imposto il possesso del requisito in capo ai soggetti che devono svolgere l’attività di riscossione e l’ammissione della possibilità di uno svolgimento congiunto costituirebbe evidente elusione della prescrizione del bando e del disciplinare.

Consegue a ciò l’illegittimità del provvedimento di aggiudicazione in favore dell’Ati Athena S.r.l. - Tre Esse Italia S.r.l., che deve essere, pertanto, annullato.

15.2 Passando a un rapido esame degli altri motivi del ricorso principale, è da dire che non appaiono fondate le ulteriori censure dirette a far valere, quale causa di esclusione, la nullità del contratto di avvalimento.

Con riferimento, innanzi tutto, alla tesi del ricorrente principale, secondo cui, in mancanza di iscrizione all’Albo ministeriale, la società Eurodata, di cui si è avvalsa l’Athena, avrebbe illecitamente acquisito il requisito di capacità tecnica oggetto dell’avvalimento, non appare possibile, in questa sede, nella quale non si dispone degli elementi minimi necessari per effettuare una valutazione, compiere un accertamento concernente la legittimità o meno della partecipazione di Eurodata ad altri procedimenti gara, di cui nulla è dato sapere.

Quanto al contenuto del contratto di avvalimento, l'affermazione del ricorrente principale, che ha sostenuto che il contratto di avvalimento ha un contenuto indeterminato, non appare condivisibile.

Nel contratto si specifica che sono messe a disposizione le seguenti risorse per l'esecuzione del contratto d'appalto: *“a. Risorsa: n. 1 personale amministrativo specializzato; b. Risorsa: Organizzazione tecnica specifica per la gestione e il reperimento degli intestatari di sanzioni al C.d.S. all'estero e supporto per il tentativo di riscossione stragiudiziale; c. Mezzi: attrezzature specifiche tecniche ed informatiche atte al monitoraggio degli atti”*.

Orbene, è vero che non vi è specificazione in ordine ai mezzi messi a disposizione e alle caratteristiche dell'organizzazione di cui è menzione, ma è anche vero che le indicazioni fornite appaiono sufficienti a individuare le risorse e i mezzi tecnici di cui l'aggiudicataria avrebbe potuto avvalersi, tenuto conto che si tratta di prestazioni di non elevato grado di complessità, che non richiedono personale dotato di particolare specializzazione o attrezzature e mezzi altamente tecnologici.

Si tratta, pertanto, di risorse agevolmente individuabili in base a dati di comune esperienza, in possesso, perlomeno, degli addetti al settore.

15.3 Con riferimento alla domanda di accesso, finalizzata, sostanzialmente, ad acquisire conoscenza della documentazione giustificativa relativa alle giustificazioni della congruità dell'offerta, ritiene il Collegio che, a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, non residui interesse a coltivare tale domanda, risultando ormai irrilevante detta documentazione.

15.4 Quanto alla domanda diretta ad ottenere la condanna della stazione appaltante all'aggiudicazione in favore della ricorrente principale, è chiaro che il relativo esito è subordinato alla decisione relativa al ricorso incidentale, che va, quindi, esaminato preliminarmente a tale domanda.

16. Passando, dunque, all'esame del ricorso incidentale, proposto dalla controinteressata Athena S.r.l., esso risulta basato sulle dichiarazioni rese ai fini della partecipazione alla gara da Areariscossioni S.r.l., mandante del raggruppamento di cui l'odierna ricorrente principale è mandataria.

Essa ha dichiarato di non *“...aver commesso errore grave nell'esercizio della propria attività professionale accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante”*.

Ciò secondo quanto disposto dall'art. 38, comma 1, lett. f, del d.lgs. n. 163/2006, che prescrive che sono esclusi dalle procedure di affidamento dei contratti pubblici 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 ricorrente incidentale ha evidenziato la Giunta comunale di Colognola ai Colli, con

deliberazione n. 35 del 17 marzo 2015, ha disposto la risoluzione anticipata del contratto relativo all'affidamento ad Areariscossioni delle attività di accertamento con relativa riscossione, anche coattiva, della TARSU e dell'Ici per gli anni dal 2008 al 2011 compresi, avendo rilevato che *“che la risoluzione contrattuale... sopravviene ai sensi di quanto previsto dagli artt. 16 e 23 del capitolato d’oneri del 23/09/2013 a seguito di irregolarità e specifiche inadempienze contrattuali imputabili al Concessionario, già contestate negli incontri in data 17 febbraio e 5 marzo u.s. presso la sede municipale”*, essendo state *“...accertate una serie di criticità e di violazioni di alcuni obblighi contrattuali ex art. 4 del capitolato d’oneri... da parte di Areariscossioni come meglio evidenziate nella relazione dell’ufficio tributi depositata in atti”*.

Ha specificato la ricorrente incidentale che nell’atto della Giunta si legge che *“...la stessa Amministrazione in più occasioni è stata coinvolta da cittadini che lamentavano una serie d’incongruenze in merito agli avvisi di accertamento/liquidazione loro notificati, che peraltro in più casi si sono palesate tali”* e che *“...è venuto meno il rapporto fiduciario che deve caratterizzare il contratto in essere, vista la delicatezza e complessità della materia trattata e l’impatto con la cittadinanza anche in termini d’immagine per il Comune da salvaguardare”*.

La ricorrente principale, al fine di contrastare quanto sostenuto dalla ricorrente principale, ha depositato nota n. 134779 del 13 maggio 2015 del Comune di Colognola ai Colli, a firma del Segretario Generale e del Responsabile del Settore economico finanziario e tributi. La nota fa riferimento a precedente missiva del 13 aprile 2015, a firma degli stessi soggetti, nella quale si era fatto presente che erano state riscontrate *“...irregolarità e specifiche inadempienze contrattuali imputabili al Concessionario, peraltro già evidenziate e contestate verbalmente...”* e che non erano state accolte le osservazioni e controdeduzioni trasmesse dalla società all’Ente.

Nella nota del 13 maggio 2015 il Comune, dichiarando di rettificare la nota precedente, dà atto che *“...le parti hanno ritenuto opportuno e deciso di comune accordo di risolvere anticipatamente il contratto tra loro in essere”* e precisa che *“...quanto sopra è avvenuto in via preventiva rispetto ad un’eventuale risoluzione anticipata ed unilaterale del contratto da parte di questa Amministrazione, nell’ambito di una composizione amichevole della controversia”*.

Successivamente la difesa della ricorrente principale ha depositato delibera del 24 ottobre 2016 della Giunta comunale di Colognola ai Colli, con la quale si sottolinea che non è intervenuta alcuna risoluzione unilaterale del contratto menzionato e si dà atto che la risoluzione anticipata è avvenuta in virtù di mutuo consenso delle parti, nell’ambito di una composizione amichevole della controversia insorta.

La ricorrente principale, in sostanza, tende a dimostrare di non avere commesso alcun mendacio o reticenza, in quanto la vicenda riguardante il rapporto con il Comune di Colognola ai Colli non sarebbe riconducibile alla fattispecie contemplata dall’art. 38, comma 1, lett. f, del d.lgs. n. 163/2006.

Osserva il Collegio che la giurisprudenza ha avuto modo di evidenziare che la dichiarazione cui si riferisce la disposizione ora richiamata ha la funzione *“...di garantire la possibilità per l’Amministrazione di scegliere l’aggiudicataria tra le ditte concorrenti che forniscono le*

maggiori garanzie di affidabilità e correttezza. È allora ragionevole che il legislatore imponga - si ribadisce, a pena di esclusione e con divieto di stipulazione del contratto d'appalto - quantomeno di dichiarare alla stazione appaltante l'avvenuta risoluzione per grave inadempienza di precedenti rapporti contrattuali con altri enti pubblici, così da consentirle di svolgere le opportune verifiche" (in questi termini, Cons. Stato, Sez. III, 26 febbraio 2016 n. 802).

In questa sede si tratta, pertanto, non di stabilire se l'errore commesso in precedente rapporto contrattuale fosse tale da importare l'esclusione dalla procedura di gara, giacché tale compito è riservato alla stazione appaltante, quanto di verificare se sussistesse un obbligo della concorrente di dichiarare l'esistenza della precedente vicenda.

La particolarità della fattispecie in esame è data dal fatto che l'Amministrazione comunale di Colognola ai Colli, pur avendo rilevato, con la deliberazione n. 35 del 17 marzo 2015, un inadempimento di Areariscossioni S.r.l., non ha disposto la risoluzione in danno, giacché lo scioglimento del rapporto contrattuale è conseguito a mutuo consenso delle parti.

Ritiene il Collegio che la questione vada risolta, non sullabase dell'astratta considerazione dell'atto che ha determinato lo scioglimento del rapporto (risoluzione unilaterale o mutuo consenso), ma valutando se, in concreto e sulla base di un criterio di buona fede in senso oggettivo, fosse ravvisabile l'obbligo dichiarativo in questione a carico della mandante del raggruppamento temporaneo.

La risposta al quesito sembra debba essere positiva.

Il tenore della deliberazione n. 35 del 17 marzo 2015 della Giunta di Colognola ai Colli ha un contenuto inequivocabile: sono state accertate *"...una serie di criticità e di violazioni di alcuni obblighi contrattuali..."* e ciò ha fatto venir meno *"...il rapporto fiduciario che deve caratterizzare il contratto..."*.

Nella stessa deliberazione si dà atto che, anche in virtù dell'obbligo di adoperarsi per una composizione amichevole delle controversie, previsto dall'art. 23 del capitolato, si è convenuto con la società Areariscossioni di risolvere in via amichevole la controversia. Ciò non toglie, tuttavia, che un inadempimento sia stato rilevato e abbia condotto alla risoluzione del rapporto. Che essa sia stata attuata mediante mutuo consenso, piuttosto che attraverso risoluzione unilaterale da parte del creditore della prestazione non eseguita in modo esatto, non appare un elemento decisivo, non essendo revocabile in dubbio che lo scioglimento del rapporto sia stato dovuto al venir meno della fiducia conseguente al rilevato inadempimento.

I successivi atti del Comune, la nota del 13 maggio 2015 e la deliberazione di Giunta del 24 ottobre 2016, non mutano sostanzialmente il quadro, giacché in essi l'Amministrazione, pur rilevando, invero del tutto immotivatamente, di voler precisare o rettificare quanto affermato nella nota del 13 aprile 2015 e con la deliberazione del 17 marzo 2015, si sono in effetti limitati a rimarcare che la risoluzione è avvenuta in virtù di mutuo consenso, ma non escludono affatto l'esistenza del rilevato inadempimento.

Il Collegio non ritiene, quindi, decisiva la circostanza che non sia stato attivato lo strumento della risoluzione unilaterale, giacché ciò è dipeso unicamente dalla decisione della stessa società di giungere a un accordo con il Comune di Colognola ai Colli per lo scioglimento consensuale del rapporto contrattuale.

La società Areariscossioni, pertanto, avrebbe avuto l'obbligo di dichiarare la circostanza relativa alla risoluzione del rapporto, per le cause di cui alla deliberazione n. 35 del 17 marzo 2015.

Riguardo alle conseguenze della mancata dichiarazione, la Sezione, in sede cautelare, si era attenuta a un orientamento che ritiene applicabile il rimedio del soccorso istruttorio anche al caso della mancata dichiarazione, considerata alla stregua di mera omissione piuttosto che di dichiarazione non veritiera.

Un approfondimento del panorama giurisprudenziale in materia ha consentito, tuttavia, una nuova valutazione complessiva della fattispecie, che, a ben vedere, non è caratterizzata da una mancata dichiarazione, ma da una dichiarazione non corrispondente a verità. La società Aereariscossioni, come si è detto, ha dichiarato di non aver commesso errore grave nell'esercizio della propria attività professionale. Nel fare ciò ha emesso una dichiarazione non veritiera, avendo omesso di menzionare l'episodio di cui si è detto, non ponendola stazione appaltante nelle condizioni di valutare la gravità di esso, ai fini di cui all'art. 38 sopra menzionato.

La giurisprudenza più recente, che appare di gran lunga prevalente, ritiene che il vizio della dichiarazione non possa essere emendato mediante soccorso istruttorio, dovendosi fare applicazione dell'art. 75 del D.P.R. n. 445/2000, in base al quale in caso di "*... non veridicità del contenuto della dichiarazione, il dichiarante decade dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera*" (in questo senso, Cons. Stato, sez. III, 10 agosto 2016 n. 3581; Tar Sardegna, sez. I, 25 giugno 2016 n. 529; Tar Campania, Napoli, sez. I, 22 giugno 2016 n. 3231; Cons. Stato, sez. V, 19 maggio 2016 n. 2106; Cons. Stato, sez. V, 11 aprile 2016 n. 1412; Cons. Stato, sez. III, 26 febbraio 2016 n. 802; Cons. Stato, sez. III, 5 maggio 2014 n. 2289).

La giurisprudenza ha, inoltre, chiarito che la produzione degli effetti di cui all'art. 75 del D.P.R. n. 445/2000, in caso di dichiarazione non veritiera, prescinde da ogni accertamento riguardo al carattere doloso o colposo del comportamento del dichiarante. Ciò in quanto "*...la dichiarazione "non veritiera" al di là dei profili penali, ove ricorrano i presupposti del reato di falso, nell'ambito della disciplina dettata dalla L. n. 445 del 2000, preclude al dichiarante il raggiungimento dello scopo cui era indirizzata la dichiarazione o comporta la decadenza dall'utilitas conseguita per effetto del mendacio*" (così Cons. Stato, sez. V, 9 aprile 2013 n. 1933).

Consegue a quanto sopra che anche il raggruppamento temporaneo avente quale capogruppo la Beta Professional Consulting avrebbe dovuto essere escluso dalla gara, a causa della non veridicità della dichiarazione di cui sopra, resa dalla mandante Areariscossioni.

17. Quanto sopra evidenziato implica che dalla procedura di gara avrebbero dovuto essere esclusa sia l'associazione temporanea di imprese aggiudicataria, sia l'associazione temporanea avente quale capogruppo la Beta Professional Consulting.

Alla luce di ciò, risulta infondato il ricorso iscritto al n. 1304/2016, con il quale la Beta Professional Consulting ha impugnato la deliberazione n. 60 del 29 settembre 2016 della Giunta comunale di Tarsia, con cui è stata disposta la pubblicazione di avviso degli operatori economici da invitare, con incarico al Responsabile del Servizio Finanziario di avviare indagine di mercato per l'affidamento, mediante procedura negoziata ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. b) del d.lgs. n. 50/2016, del servizio di "controllo del traffico al fine di tutelare l'incolumità pubblica e prevenire le infrazioni al codice della strada", nonché l'avviso di indagine di mercato prot. n. 4519 del 6 ottobre 2016.

In conseguenza della fondatezza tanto del ricorso principale iscritto al n. 897/2016 R.G. quanto del relativo ricorso incidentale, si determina una situazione nella quale deve considerarsi legittima l'indizione di una nuova procedura di gara, con conseguente infondatezza del nuovo gravame proposto dal Beta Professionale Consulting.

18. Discende da quanto rilevato che non può trovare accoglimento la domanda di Beta Professional Consulting tesa alla condanna della stazione appaltante ad aggiudicare in proprio favore l'appalto in questione, giacché, come rilevato, anche il raggruppamento temporaneo facente capo a questa società avrebbe dovuto essere escluso.

19 In conclusione, riguardo ai due ricorsi riuniti, deve essere accolto, in parte il ricorso principale proposto da Beta Professional Consulting, iscritto al n. 897/2016 R.G., con conseguente annullamento atti impugnati e con rigetto della domanda di tutela in forma specifica; deve essere accolto, altresì, il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata Athena S.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria dell'Ati con Tre Esse Italia S.r.l., in quanto il raggruppamento temporaneo Beta Professional Consulting - Areariscossioni avrebbe dovuto essere escluso dalla gara; deve, infine, essere rigettato il ricorso iscritto al n. 1304/2016 R.G.

La reciproca soccombenza giustifica la compensazione tra le parti delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima)

- dispone la riunione dei ricorsi iscritti ai numeri 897/2016 e 1304/2016 R.G.;

- accoglie in parte il ricorso principale proposto da Beta Professional Consulting S.r.l., in proprio e quale capogruppo mandatario della costituenda Ati con Areariscossioni S.r.l., e per l'effetto annulla gli atti impugnati e lo rigetta nella parte in cui è chiesta condanna della stazione appaltante all'aggiudicazione in favore della stessa associazione temporanea di impresa;

- accoglie il ricorso incidentale proposto da Athena S.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria dell'Ati con Tre Esse Italia S.r.l. e, per l'effetto, dichiara che il raggruppamento temporaneo Beta Professional Consulting S.r.l. Areariscossioni S.r.l. avrebbe dovuto essere escluso dalla gara;

- rigetta il ricorso iscritto al n. 1304/2016 R.G.

Compensa le spese del giudizio.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del 16 dicembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Giovanni Iannini, Consigliere, Estensore

Germana Lo Sapio, Referendario

IL PRESIDENTE

L'ESTENSORE

Giovanni Iannini

Vincenzo Salamone

Guida alla lettura.

La pronuncia in esame è di interesse nella parte in cui si sofferma sugli effetti legati al mancato rispetto degli obblighi dichiarativi gravanti su un'impresa partecipante ad una procedura selettiva.

Nella fattispecie, alla ricorrente principale si contesta la non veritiera dichiarazione di non essere incorsa in pregresse inadempienze nei confronti di un soggetto pubblico.

La ricorrente incidentale allega all'uopo la risoluzione anticipata di un contratto intercorso tra la ridetta deducente principale ed un Comune.

Ciò, in particolare, avrebbe determinato la violazione del previgente art. 38, comma 1, lett. f), D. Lgs. n. 163/2006, a mente del quale sono esclusi dalle procedure di affidamento dei contratti pubblici 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", precetto oggi rinvenibile, con alcune distinzioni contenutistiche, nell'art. 80, comma 5, lett. c), D. Lgs. n. 50/2016.

La ricorrente principale confuta la censura, sostenendo che la circostanza dedotta non sia riconducibile nella previsione di cui all'art. 38, D. Lgs. n. 163/2006.

Nello scrutinare il motivo di gravame, il Collegio si sofferma in prima battuta sulla *ratio* sottesa alla prescrizione in parola, la cui funzione è quella di *"... garantire la possibilità per l'Amministrazione di scegliere l'aggiudicataria tra le ditte concorrenti che forniscono le maggiori garanzie di affidabilità e correttezza"*.

La riportata *ratio* giustifica pertanto la scelta legislativa di imporre -a pena di esclusione e con divieto di stipulazione del contratto d'appalto- di dichiarare alla stazione appaltante l'avvenuta risoluzione per grave inadempienza di precedenti rapporti contrattuali con altri enti pubblici, così da consentirle di svolgere le opportune verifiche.

E' conseguenziale, quindi, che la società partecipante non possa operare un'autonoma valutazione circa la rilevanza o meno di sue pregresse inadempienze, atteso che è prerogativa esclusiva della stazione appaltante, nell'esercizio del potere discrezionale, vagliare la gravità o meno della condotta inadempitiva.

Sulla scorta di tali presupposti, il T.a.r. calabrese disattende il minoritario orientamento della giurisprudenza amministrativa, secondo cui anche a fronte di una mancata dichiarazione è applicabile il rimedio del soccorso istruttorio, considerando tale contegno alla stregua di mera omissione piuttosto che di dichiarazione non veritiera.

L'adito g.a. rileva, infatti, che in forza del maggioritario e condivisibile orientamento pretorio, il vizio della dichiarazione non può essere emendato mediante soccorso istruttorio, trovando applicazione l'art. 75, D.P.R. n. 445/2000, secondo cui in caso di *"... non veridicità del contenuto della dichiarazione, il dichiarante decade dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera"*.

Il Collegio aggiunge ancora che gli effetti di cui al menzionato art. 75 prescindono, in caso di dichiarazione non veritiera, da ogni accertamento riguardo al carattere doloso o colposo del comportamento del dichiarante, poichè *"...la dichiarazione "non veritiera" al di là dei profili penali, ove ricorrano i presupposti del reato di falso, nell'ambito della disciplina dettata dalla L. n. 445 del 2000, preclude al dichiarante il raggiungimento dello scopo cui era indirizzata la dichiarazione o comporta la decadenza dall'utilitas conseguita per effetto del mendacio"*.