

Se la dichiarazione non è veritiera il soccorso istruttorio non è ammesso

di Roberto Damonte

Data di pubblicazione: 17-6-2016

Nel vigore del d.lgs. n. 163/06 il concorrente ad una procedura ad evidenza pubblica è tenuto a dichiarare tutte le condanne riportate a prescindere dalla loro gravità ed attinenza alla moralità professionale, specie allorquando ciò sia espressamente richiesto dalla *lex specialis*. In presenza di una dichiarazione non veritiera la stazione appaltante non può attivare il soccorso istruttorio (1).

Il provvedimento di esclusione che sia motivato da una dichiarazione non veritiera può essere adottato anche in forma tacita, risultando l'omissione in cui la stazione appaltante sia incorsa di carattere meramente formale e, quindi, non annullabile ai sensi dell'art. 21-*octies* l. n. 241/90

La visura di cui all'art. 33 comma 1 d.p.r. 313/02 contenente tutte le iscrizioni del casellario penale, incluse pertanto le condanne per le quali il dichiarante ha beneficiato della «non menzione», può essere acquisita d'ufficio dalla stazione appaltante.

La previsione di cui all'art. 84, comma 4 d.lgs. n. 163/06, secondo la quale "*I commissari diversi dal Presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta*" non trova applicazione alle gare il cui criterio di aggiudicazione sia quello dell'offerta al prezzo più basso (2)

Atteso che l'art. 354 del regolamento di attuazione del Codice della Strada stabilisce che il servizio di rimozione dei veicoli ex art. 159 del Codice medesimo "*può essere affidato in concessione biennale*" la stazione appaltante può fissare una durata del servizio anche inferiore.

Il contratto di rimozione dei veicoli ex art. 159 del Codice della Strada, essendo stato qualificato dalla stazione appaltante alla stregua di un appalto pubblico di servizi e non di una concessione di servizi, comporta che i valori di cui al d.m. 4.9.1998, n. 401 costituiscano le tariffe applicabili dall'Amministrazione nei confronti dei cittadini e non un corrispettivo da garantirsi in favore dell'impresa esecutrice.

Si segnala che questi due ultimi due vizi concernendo la *lex specialis* piuttosto che l'aggiudicazione in sé e dovuto presumibilmente dovuti dedotti avverso questa prima.

(1) conforme *ex multis* Cons. St., Sez. V, 30 novembre 2015, n. 5403

(2) conforme T.A.R. Molise Campobasso Sez. I, 15 gennaio 2016, n. 17. In senso contrario T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 29 marzo 2011, n. 516.

Guida alla lettura

In merito alla circostanza che nel vigore del d.lgs. n. 163/06 i **concorrenti fossero tenuti a dichiarare tutte le sentenze di condanna**, specie ove richiesto dal bando di gara, costituisce un principio affermato in modo piuttosto costante dalla giurisprudenza amministrativa (tra le ultime Cons. St., Sez. V, 30 novembre 2015, n. 5403).

Parimenti la medesima giurisprudenza si è espressa pressoché univocamente nel senso di reputare insanabile la dichiarazione mendace, senza pertanto la possibilità di attivazione del cd. «soccorso istruttorio» e ciò anche successivamente all'introduzione dell'art. 38, comma 2-*bis* e 46, comma 1-*ter* nel testo del d.lgs. n. 163/06 ad opera dell'art. 39, comma 2 d.l. 24.06.2014, n. 90 convertito con modificazioni in l. 11.08.2014, n. 114.

Si segnala, tuttavia, che ai sensi dell'art. 80, comma 1 d.lgs. n. 50/2016 è stato introdotto il principio di tassatività dei reati che costituiscono causa di esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica, per cui attualmente la questione è radicalmente mutata, cosicché andrà esclusa dalla procedura di gara soltanto quell'impresa che non abbia dichiarato soltanto uno o più tra i reati indicati nell'elenco di cui al precitato comma 1.

In merito alla legittimità di un **provvedimento tacito di esclusione** pare condivisibile l'opinione del Tribunale genovese dal momento che la sua omissione non avrebbe potuto in alcun modo incidere sull'aggiudicazione dell'appalto (cfr. T.A.R. Lombardia Milano Sez. III, 3 giugno 2004, n. 2355).

Per quanto concerne, invece, la previsione dell'art. 354 del Regolamento di esecuzione del Codice della Strada, in forza del quale si prescrive che *“Il servizio di rimozione dei veicoli ai sensi dell'art. 159 del codice può essere affidato in concessione biennale rinnovabile”* desta, invece, qualche perplessità la circostanza che sia stato ritenuto legittimo l'operato della stazione appaltante di prevedere una durata inferiore del servizio, considerato che il Legislatore con il termine *“può”* non pare essersi riferito alla durata della concessione (perché se così fosse l'indicazione della durata sarebbe sostanzialmente *tamquam non esset*), bensì alla circostanza che il servizio possa essere affidato in appalto.

Infine, dubbi scaturiscono dalla circostanza che la stazione appaltante potesse qualificare l'appalto di cui trattasi alla stregua di un servizio e non di una concessione di servizi alla luce dell'espressa qualificazione contenuta sia dal Codice della Strada e sia dal Regolamento di

esecuzione di quest'ultimo.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 355 del 2016, proposto da:

Tomaino Car Point S.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avv. Augusto Bonazzi, Luca Ceccaroli,, domiciliato in Genova, via dei Mille n. 9 presso la Segreteria Tar Liguria;

contro

Comune di Genova, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Maria Paola Pessagno, Laura Burlando, con domicilio eletto presso Maria Paola Pessagno in Genova, Via Garibaldi 9;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'esecuzione,

della determinazione dirigenziale del Comune di Genova n. 2016 – 117. 110.0 – 14 di annullamento della gara avente ad oggetto il conferimento in appalto del servizio di rimozione trasporto di veicoli ai sensi dell'art. 159 del codice della strada e della successiva determinazione 2016 -117.11.0 – 20 di rettifica della precedente con cui il dirigente ha dichiarato deserta la gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Genova;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 26 maggio 2016 il dott. Luca Morbelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Sono impugnate la determinazione dirigenziale del Comune di Genova n. 2016 – 117. 110.0 – 14 di annullamento della gara avente ad oggetto il conferimento in appalto del servizio di rimozione trasporto di veicoli ai sensi dell'art. 159 del codice della strada e la successiva determinazione 2016 -117.11.0 – 20 di rettifica della precedente con cui il dirigente ha dichiarato deserta la gara.

I provvedimenti sono giustificati con la circostanza che, tramite il sistema AVCPASS, emergevano a carico dell'attuale amministratore unico della società Angeli e Guzzoni sig. Lorenzo Nicolini e del precedente sig. Giovanni Cerreti rispettivamente un decreto penale per violazione delle norme in materia ambientale e un decreto penale per guida in stato di ebbrezza non dichiarati in sede di gara.

Tale fattispecie è stata ritenuta integrare la falsa dichiarazione, con impossibilità di aggiudicazione alla ricorrente del servizio.

Con il primo motivo è stata dedotta: violazione dell'art. 97 Cost. e del principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi, violazione dell'art. 56 d.lgs. 163/06 degli artt. 69 e 74 r.d. 827/1924 erronea applicazione dell'art. 38, comma 1 ter, e dell'art. 75 d.lgs. 163/06, eccesso di potere, difetto di presupposti in quanto non sarebbe stato adottato nessun provvedimento di esclusione a carico della ricorrente, onde il difetto del presupposto per la dichiarazione che la gara è andata deserta.

Il motivo è infondato.

In presenza di una falsa dichiarazione la circostanza che la stazione appaltante non abbia assunto un formale provvedimento di esclusione non assume rilevanza, essendo alla fattispecie applicabile la previsione di cui all'art. 21-octies l. 241/90 sulla non annullabilità del provvedimento, atteso che neppure in questa sede è emerso che il contenuto del provvedimento avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

Con il secondo motivo si deduce: violazione dell'art. 38 d.lgs. 163/06, violazione della lex specialis di gara ed in particolare dell'art. 2 par. 3 del disciplinare di gara, eccesso di potere per ingiustizia manifesta, difetto di istruttoria contraddittorietà irragionevolezza, in quanto: a) le irregolarità sarebbero emendabili tramite il soccorso istruttorio; b) i reati sono lievissimi; c) la ricorrente ha in atto un contratto con il Comune di Genova, onde la presenza di tali reati avrebbe dovuto essere conosciuta e comunque non essere ostativa; d) sussisterebbe la buona fede in quanto dal certificato del casellario giudiziale rilasciabile ai privati nessuna condanna

risulterebbe a carico dei signori Lorenzo Nicolini e Giovanni Cerreti.

Anche il secondo motivo è infondato.

In primo luogo occorre rilevare come il soccorso istruttorio si debba arrestare in presenza di false dichiarazioni.

In capo ai concorrenti gravava, sia ai sensi dell'art. 38 d.lgs. 163/06 che ai sensi del bando di gara (pag. 2), l'obbligo di dichiarare tutte le condanne. Addirittura il bando specificava che "Al fine della cognizione della presenza anche di provvedimenti di condanna oggetto di non menzione, l'interessato può richiedere al casellario giudiziale competente la visura di cui all'art. 33 comma 1 d.p.r. 313/02", con ciò rendendo palese l'obbligo di integrale indicazione delle condanne riportate.

Tale univoca previsione che forniva ai concorrenti anche le modalità operative per adempiere agli obblighi di legge e della lex specialis, esclude che la sua violazione possa essere in qualche modo giustificata mediante il richiamo alla buona fede.

E così del pari la circostanza che le condanne fossero lievi non assume rilevanza posto che il comportamento ha frustrato la possibilità riconosciuta alla stazione appaltante di valutare tali condanne.

Con il terzo motivo si deduce: violazione degli artt. 21 e 28 d.p.r. 313/02 eccesso di potere per sviamento in quanto l'amministrazione non avrebbe potuto acquisire il certificato del casellario contenente tutte le iscrizioni essendo quest'ultimo richiedibile solo per motivi di giustizia.

Il motivo è infondato.

Da un primo punto di vista l'art. 38 d.lgs. 163/06 impone di dichiarare e specularmente per la stazione appaltante di accertare tutte le condanne.

Da altro punto di vista l'art. 33 d.p.r. 313/02 consente anche all'ente interessato l'acquisizione integrale delle iscrizioni, onde l'infondatezza del mezzo.

Con il quarto motivo si lamenta la violazione dell'art. 84 d.lgs. 163/06 in quanto i membri della commissione sarebbero funzionari dello stesso servizio.

Il motivo è generico in quanto non viene dimostrato che ricorra la causa impeditiva di cui all'art. 84, comma 4, d.lgs. 163/06 e cioè che gli stessi abbiano svolto altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta. In ogni caso il motivo è infondato, trattandosi di aggiudicazione al prezzo più basso.

Con il quinto motivo si deduce: violazione dell'art. 159 cds, dell'art. 354 d.p.r. 495/1992, d.m. 401/98 violazione dell'art. 41 Costituzione degli artt. 2, 3 e 117 Costituzione, violazione del principio di legalità, irragionevolezza, in quanto: a) l'affidamento è stato disposto per soli 18 mesi; b) le tariffe sarebbero determinate sulla base di parametri diversi da quelli stabiliti dalle

norma in rubrica.

Il motivo è infondato.

L'art. 354 regolamento di attuazione del cds non impone una durata biennale della concessione, come fatto palese dall'uso del verbo "può" e dalla circostanza che la concessione debba indicare la sua durata (che potrebbe essere anche inferiore).

Relativamente alla seconda censura le tariffe di cui al d.m. 401/98 riguardano le tariffe poste a carico dei trasgressori e non già il corrispettivo previsto per l'appalto posto a carico della stazione appaltante.

Il ricorso deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna le ricorrenti, in solido tra loro, al pagamento in favore dell'amministrazione resistente delle spese di giudizio che si liquidano in complessivi €. 2000, 00 (duemila/00) oltre IVA e CPA come per legge.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 26 maggio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Pupilella, Presidente

Luca Morbelli, Consigliere, Estensore

Angelo Vitali, Consigliere